

---

# TRES ASPECTOS EN TORNO A LAS ACCIONES DE NULIDAD, REPARATORIA, DE AMPARO Y DE INCONSTITUCIONALIDAD: LA LEGITIMACIÓN ACTIVA, SUS OBJETOS Y LOS EFECTOS DE LA SENTENCIA

RAMÓN VERO VINCI

Master en Derecho de la Empresa, Universidad de Montevideo

## SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. LA ACCIÓN DE NULIDAD. III. LA ACCIÓN DE REPARACIÓN PATRIMONIAL. IV. LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. V. LA ACCIÓN DE AMPARO.

## I. INTRODUCCIÓN

A través del presente trabajo no pretendemos elaborar un desarrollo exhaustivo de la temática planteada. Simplemente procuraremos tratar en forma sucinta la doctrina y la jurisprudencia referente a cada uno de los tres aspectos que habremos de estudiar, en el campo de las acciones de nulidad, reparatoria, de amparo y de inconstitucionalidad.

Para ello, dividiremos el trabajo en cuatro capítulos dedicados cada uno de ellos a las distintas acciones que habremos de analizar. A su vez, dentro de cada capítulo habrán cuatro apartados en los que se tratarán por su orden, la legitimación activa, el objeto, los efectos de la sentencia y la jurisprudencia más relevante que pudimos encontrar sobre cada uno de estos aspectos.

## II. LA ACCIÓN DE NULIDAD

### A) La Legitimación Activa

#### 1. La parte actora: Legitimación Principal

La legitimación activa para entablar la acción de nulidad se encuentra prevista en los artículos 309 inciso 3° de la Constitución y 49 del Decreto - Ley 15.524.

El primero de los artículos establece que *"La acción de nulidad sólo podrá ejecutarse por el titular de un derecho o de un interés directo, personal y legítimo violado o lesionado por el acto administrativo."*

El segundo de los artículos nombrados dispone que *"Las personas físicas o jurídicas, titulares de un derecho o de un interés directo, personal y legítimo violado o lesionado por el acto administrativo, estarán legitimadas para promover la acción anulatoria"*.

Al respecto, el Dr. Enrique Tarigo ha señalado que estrictamente ambas normas deben ser entendidas como expresando que están legitimados *"quienes afirmen ser titulares de un derecho o de un interés directo, personal y legítimo que, al mismo tiempo, afirman ha sido violado o lesionado por el acto administrativo"* (Cf. Enrique E. Tarigo, *"Enfoque Procesal del Contencioso Administrativo de Anulación"*, F.C.U., páginas 29 a 30)

El punto guarda relación con la legitimación causal, la cual es considerada en procedimiento que rige el contencioso de anulación recién cuando se dicta la sentencia definitiva.

En efecto, cómo enseña Giorgi, la "*legitimatío ad causam*" no es un presupuesto procesal sino "*la condición indispensable para obtener una sentencia favorable.*"

El presupuesto procesal lo constituye la "*legitimatío ad procesum*".

Mientras la primera implica la calidad de sujeto del litigio, de parte en sentido material, la segunda refiere a la calidad de sujeto de la acción, de parte en sentido formal. (Cf. Héctor Giorgi, "*El Contencioso Administrativo de Anulación*", Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República, página 122)

Y más adelante, el prestigioso autor explica que "*el texto constitucional enumera equivocadamente, como causa de admisibilidad de la acción, una exigencia de fondo, indispensable para el éxito de la pretensión que en ella se deduce: la violación o lesión por la decisión administrativa impugnada de un derecho o de un interés directo, personal y legítimo.... la determinación de si hay o no violación de un derecho o de un interés legítimo, constituye el objeto del juicio, la cuestión de fondo a resolver en la sentencia*" (Cf. Héctor Giorgi, *op. cit.*, página 139)

Hecha esta aclaración, es menester abocarnos al estudio de los conceptos de derecho subjetivo e interés legítimo.

En relación con este tema, el Dr. Augusto Durán Martínez hace referencia a las distintas posturas que se han dado en torno a la diferenciación entre ambas categorías y a la trascendencia de las mismas, para finalmente optar por las definiciones que al respecto da Francisco Suárez, en mérito a que nuestra Constitución prevé la distinción entre derechos e intereses legítimos, no siendo posible por tanto ignorarla.

El citado autor manifiesta que "*el derecho subjetivo es el poder moral que cada uno tiene sobre lo suyo o sobre lo que se le debe*". El derecho subjetivo "*es conferido o reconocido por el Derecho en atención directa al sujeto y sólo indirectamente en función del interés público, mientras que el interés legítimo es tutelado en atención directa al interés público y solo indirectamente en función del particular*" (Cf. Augusto Durán Martínez, "*El Contencioso Administrativo de Anulación en el Derecho Uruguayo*", Anuario de Derecho Administrativo, Tomo VIII, F.C.U., páginas 113 u 114)

En otro enfoque, el Dr. Horacio Cassinelli Muñoz explica que el derecho subjetivo "*consiste en la posición en que se encuentra un interesado frente a alguien que está obligado a una prestación; es decir el derecho subjetivo es el polo opuesto a la situación jurídica subjetiva correlativa de obligación*" (Cf. Horacio Cassinelli Muñoz, "*Responsabilidad del Estado por Lesión de Interés Legítimo*" en "*Cuarto Coloquio Contencioso de Derecho Público. Responsabilidad del Estado y Jurisdicción*" Editorial Nueva Jurídica, página 12 y en similar sentido véase del mismo autor "*El Interés Legítimo como Situación Jurídica Garantida en la Constitución Uruguaya*", en "*Perspectivas del Derecho Público en la Segunda Mitad del Siglo XX*", Homenaje a Enrique Sayaqués Laso, Tomo III, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, página 290)

Y con referencia al interés legítimo, luego de destacar que se trata de una situación jurídica que se correlaciona con la idea de poder, lo define como "*aquel interés que puede ser legítimamente satisfecho mediante el ejercicio de un poder por parte de la Administración, pero que también puede quedar legítimamente insatisfecho mediante el ejercicio de ese poder*" (Cf. Horacio Cassinelli Muñoz, *op. cit.* 1, página 13, y *op. cit.* 2, páginas 288 a 289)

Mientras la lesión a un derecho subjetivo se configurará mediante el incumplimiento de la obligación correlativa al mismo, la lesión al interés legítimo se verificará solamente cuando la Administración ejerza ilegítimamente su poder.

Por su parte, el Dr. Giorgi menciona que el interés legítimo "*es un interés protegido por el ordenamiento jurídico*" y lo diferencia del derecho subjetivo por la manera en la cual se lo protege. En el caso del derecho subjetivo, la protección del ordenamiento jurídico es absoluta y perfecta. En el caso del interés legítimo, la protección del ordenamiento es relativa o indirecta, a través de la tutela del interés general. Esto sería lo que la doctrina italiana llama "*diritto affievolito*" o "*diritto riflesso*" (Cf. Héctor Giorgi, *op. cit.*, página 68)

En Derecho Comparado, el autor italiano Alessi ha criticado esta postura tradicional, que emplea como criterio de distinción entre una situación y otra "*el grado de protección del interés*", manifestando que la misma presupone una concepción "*individualístico-subjetiva*" de la jurisdicción administrativa que no siempre se da. A esto agrega además que la misma presupone también la efectiva existencia de una tutela, aunque sea ocasional, de reflejo, siendo demostrable que la misma en muchos casos tampoco se da (*en el sentido de protección que conduzca a la realización concreta del interés*.) (Cf. Alessi, "*Posición Jurídica de los Ciudadanos frente a la Administración*", página 452)

Entiende que lo que realmente diferencia al derecho subjetivo del interés legítimo es la utilidad que se le garantiza al individuo en cada una de las situaciones jurídicas. Cuando la situación jurídica es de derecho subjetivo al individuo se le garantiza una "*utilidad sustancial*", directamente referida al mismo. En cambio, cuando la situación jurídica es de interés legítimo, al individuo sólo se le garantiza una "*utilidad instrumental*", asegurándosele únicamente "*la legalidad del comportamiento administrativo*", sin que por ello necesariamente se le satisfaga su interés sustancial.

Así por ejemplo, el recurrir a la jurisdicción competente para la anulación de un concurso que se hubiera llevado a cabo en forma ilegal, en el cual el candidato no hubiera podido ganar, sólo le permi-

tirá el poder esperar que en el concurso que se lleve a cabo legalmente pueda ganar. (Cf. Alessi, *op. cit.*, páginas 455 a 457)

Luego de este somero recorrido que no pretende agotar la nómina de autores que tratan el punto, es preciso recordar que la nota que califica como legítimo al interés, implica que el mismo se encuentre protegido o amparado jurídicamente, no bastando con un interés que emane de una simple situación de hecho o de una actitud tolerante de la Administración. (Cf. Héctor Giorgi, *op. cit.* página 188 y Enrique E. Tarigo, *op. cit.*, página 30)

Al tratarse de un interés calificado, se descarta al interés "simple" como supuesto habilitante para ejercer la acción de nulidad. En efecto, como enseña Giorgi, en la jurisdicción anulatoria no estamos frente a un proceso al acto, frente a un contencioso objetivo, en el sentido antagónico al de litigio entre partes. De ser así, la anulación del acto sería imperativa en los casos en que el acto estuviera viciado por irregularidades manifiestas.

Nuestro régimen constitucional no autoriza a anular actos administrativos si al mismo tiempo no lesionan un interés legítimo o un derecho de quien los impugnó en la vía anulatoria. En consecuencia, el titular de la acción deberá probar la lesión de su situación jurídica de sus intereses o derechos. Como se dijo en el Informe en mayoría de la Comisión Especial de Reforma Constitucional de la Cámara de Representantes: "No existe un derecho subjetivo a la legalidad; ni tampoco el sólo interés legítimo a la legalidad, que pertenece a todos los habitantes de la República... La acción de nulidad no es una acción popular" (Cf. Héctor Giorgi, *op. cit.*, páginas 67 a 68)

Además de la nota de legítimo, el interés debe ser directo y personal. El interés directo, es el actual o inmediato y no el eventual o futuro. El interés personal es el que atañe a personas determinadas, a situaciones jurídicas subjetivas o particulares. Se contraponen a los intereses impersonales o generales. (Cf. Héctor Giorgi, *op. cit.*, página 188; Enrique E. Tarigo, *op. cit.*, página 30 y Augusto Durán Martínez, *op. cit.*, página 114)

Con respecto a esta última nota calificativa del interés, el Dr. Durán pone el ejemplo de una cuestión que afecte a un integrante de un sindicato, para manifestar que se trata de una cuestión que no habilitaría al sindicato a actuar por él. El interés sería el personal del afiliado, careciendo el sindicato de legitimación para actuar. (Cf. Augusto Durán Martínez, *op. cit.*, página 114)

El Dr. Giorgi, señala que en Francia la jurisprudencia ha objetivizado en parte el contencioso anulatorio, al permitir que los sindicatos recurran actos jurídicos en el ejercicio de la llamada acción corporativa, en defensa de un interés gremial o profesional colectivo. En este tipo de supuestos en los que el sindicato actúa para proteger para proteger intereses de sus miembros y no de la entidad u organización como tal, no habría un interés personal. (Cf. Héctor Giorgi, *op. cit.*, página 188 a 189)

Para terminar con este apartado, mencionemos que existe una corriente de opinión que limita la noción de "parte" a los titulares de derechos subjetivos y excluye de la misma a los intereses legítimos.

Esta concepción no ha sido compartida por la doctrina mayoritaria. En primer lugar, porque restringe en demasía la noción de parte y la de derechos subjetivos, limitándola a los derechos subjetivos perfectos y excluyendo a los intereses legítimos, que en realidad, serían una especie dentro del género de los derechos subjetivos. (Cf. Héctor Giorgi, *op. cit.*, página 119)

En segundo lugar, porque "sólo en virtud de una concepción ultraprivatista del derecho subjetivo puede negarse la calidad de parte al titular de un interés legítimo y sólo por una concepción ultrapublicista de la jurisdicción anulatoria puede considerarse que el titular de ese interés actúa como un simple instrumento al servicio del interés público, esto es, sea sólo un medio en el logro de un fin primordial: la defensa del derecho objetivo." (Cf. Héctor Giorgi, *op. cit.* página 119, citado por Enrique E. Tarigo, *op. cit.* página 30)

La parte actora podrá ser una persona física o jurídica y en este último caso, privada o pública, como surge del artículo 49 del Decreto - Ley 15.524. Nada impediría que una persona pública recurriera administrativamente la decisión de otra persona pública.

## 2. Los terceros coadyuvantes: legitimación secundaria

Como dice Giorgi, en la doctrina procesal se distingue la legitimación principal, propia de las partes, de la legitimación secundaria, que se da en el instituto de la intervención adhesiva. En este último caso, se autoriza a un tercero a actuar en el juicio junto a la parte actora o demandada, coadyuvando con ella. (Cf. Héctor Giorgi, *op. cit.*, página 130)

La intervención adhesiva, requiere que un tercero invoque un interés jurídico propio ligado al interés en litigio. Se trata de una forma de intervención voluntaria que puede asumir dos formas diferentes: la simple o la autónoma o litisconsorcial. (Cf. Enrique E. Tarigo, *Lecciones de Derecho Procesal Civil*, Tomo I, F.C.U., página 311)

La simple, "se verifica cuando un tercero, en razón de tener un interés jurídico coincidente con el derecho alegado por cualquiera de las partes originarias, participa en el proceso con la finalidad de adherir o coadyuvar al éxito de la pretensión o al éxito de la oposición a la pretensión." Lo característico de esta especie de tercería voluntaria es que el

tercero carece de legitimación para litigar por sí solo frente al adversario de la parte a la que adhiere. (Cf. Enrique E. Tarigo, *op. cit.* 2, página 311)

La autónoma o litisconsorcial, se configura cuando "el ingreso del tercero en el proceso pendiente tiene por objeto hacer valer un derecho propio frente a alguna de las partes originarias, adhiriendo a la calidad de actor o a la de demandado asumida por una y otra de éstas". A diferencia de la intervención voluntaria simple, el tercero cuenta con legitimación, tanto para ser demandado como para demandar originariamente. (Cf. Enrique E. Tarigo, *op. cit.* 2, página 313)

Previo a considerar la pluralidad de actores en las tercerías adhesivas o coadyuvantes, es preciso aclarar que en el proceso contencioso de anulación no cabe por su objeto la otra modalidad de intervención voluntaria del tercero, denominada principal o excluyente. (Véase al respecto, Enrique E. Tarigo, *op. cit.* 2, página 309, en donde se la define y la *op. cit.* 1, página 31, del mismo autor, en donde se establece la improcedencia de esta modalidad en el contencioso de anulación y en el mismo sentido, Augusto Durán Martínez, *op. cit.*, página 114, coincidiendo éstos autores con lo destacado con anterioridad por Héctor Giorgi, *op. cit.*, página 130)

### 3. La Pluralidad de Actores: Legitimación Secundaria Activa

El punto se encuentra tratado específicamente por el Dr. Enrique Sayagués Laso, quien al respecto establece que cuando un acto administrativo afecta el derecho o interés de varias personas, cada una de ellas estará capacitada para accionar separadamente impugnando la validez del acto. Pero también podrán iniciar conjuntamente la acción, en un solo juicio.

En la primera hipótesis, cabría disponer, de oficio o a petición de parte, la acumulación de los diversos juicios en trámite.

En la segunda hipótesis, se estaría formando un litis consorcio activo, deduciéndose una acción conjunta. Un ejemplo de ello se daría cuando al impugnar los actos de ascenso los funcionarios que se consideran postergados optan por actuar en forma conjunta. (Cf. Enrique Sayagués Laso, *Tratado de Derecho Administrativo, Tomo II, Clásicos Jurídicos, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales - Fundación de Cultura Universitaria, página 600 y nota al pie de página número 5*)

Como se podrá apreciar, la modalidad de pluralidad de actores a que se hace referencia es la denominada tercería adhesiva autónoma o litisconsorcial. (Ve. Enrique E. Tarigo, *op. cit.* 2, página 313)

La pluralidad de actores no crearía mayores problemas. Si la sentencia rechazare el recurso, cómo sólo tiene efectos en el proceso en que se dicta, no perjudicaría a los demás. Si el fallo anulara el acto, o tiene efecto absoluto, en cuyo caso beneficiaría a todos, o sólo produce efectos en el caso concreto, y entonces constituiría un precedente que anticiparía el resultado favorable para las demás acciones en trámite. (Cf. Enrique E. Sayagués Laso, *op. cit.*, página 601)

La intervención adhesiva en el proceso contencioso administrativo de anulación se encuentra legislada en los artículos 55 a 57 del Decreto - Ley 15.524. Los dos primeros refieren al tercero que coadyuva con la parte demandada. El último artículo establece que

"cuando actuara como coadyuvante más de una persona y sus posiciones no fueran contradictorias, el Tribunal podrá exigir que designen procurador común en el plazo que al efecto señala. Si en el mismo, los requeridos no se pusieren de acuerdo, el Tribunal podrá hacer la designación correspondiente" (Ve. Enrique E. Tarigo, *op. cit.* 1, página 31)

## B) El Objeto de la Acción de Nulidad

### 1. Lineamientos generales

Para determinar el objeto de la acción de nulidad, es bueno partir del concepto del objeto del proceso contencioso de anulación. Al respecto, el Dr. Giorgi manifiesta que la jurisdicción anulatoria es aquella que tiene por objeto la anulación de los actos administrativos irregulares, que lesionen un derecho subjetivo o un interés directo, personal y legítimo. (Este concepto se puede inferir de lo señalado por el autor en las páginas 33 y 140, fundándose en lo dispuesto por los artículos 309 inciso 1° y 309 inciso 3° de la Constitución)

Por su parte, el Dr. Tarigo, siguiendo a Landoni, define al objeto del proceso contencioso administrativo como "la pretensión de anulación de determinado acto administrativo" (Cf. Enrique E. Tarigo, *op. cit.* 1, página 25, seguido por Augusto Durán Martínez, *op. cit.*, página 115)

Y más adelante, al pronunciarse sobre el objeto de la pretensión anulatoria, manifiesta que es "el acto administrativo definitivo - es decir, aquel a cuyo respecto se ha agotado debidamente la vía administrativa- y cuya anulación se pretende en la correspondiente demanda de nulidad" (Cf. Enrique E. Tarigo, *op. cit.* 1, página 25)

En otro orden, el Dr. Sayagués Laso establece que "los actos administrativos inválidos se impugnan ante el Tribunal mediante la acción de nulidad. (arts. 309 s., de la Constitución)" Y luego destaca que la misma "está

estructurada como un juicio entre partes, cuya finalidad es tutelar los derechos e intereses de las personas afectadas por los actos de la administración y afirmar por esa vía la regularidad de la actividad administrativa" (Cf. Enrique Sayagués Laso, *op. cit.*, páginas 571 a 572)

Como se habrá podido apreciar, el objeto del proceso, el objeto de la pretensión y el objeto de la acción de nulidad son conceptos estrechamente ligados entre sí.

El objeto del proceso consistirá en resolver el litigio, esto es, "el conflicto intersubjetivo de intereses, calificado por una pretensión resistida o insatisfecha, sometido a la resolución del Juez o tribunal". En este caso puntual, resolver si se hace lugar o no a la pretensión de nulidad. (Véase para la definición de objeto del proceso u Enrique E. Tarigo, *op. cit.*, páginas 26 y ss)

A su vez, el objeto de la acción, consistirá en la pretensión, que en este caso tendrá por objeto la obtención de la anulación del acto administrativo definitivo inválido o irregular. Esta pretensión, se ejercerá a través del acto procesal de demanda.

De todo lo expuesto y complementando las ideas de los prestigiosos autores, pensamos que podría decirse que el objeto de la acción de nulidad consistiría en la pretensión de anulación de un acto administrativo definitivo, que resultara contrario a una regla de derecho o que hubiera sido dictado con desviación de poder, lesionando una situación jurídica subjetiva de interés legítimo o de derecho subjetivo.

## 2. Supuestos alcanzados por el objeto de la Acción de Nulidad

Para el tratamiento de este punto, habremos de ceñirnos básicamente a los excelentes trabajos del Dr. Durán Martínez y del Dr. Tarigo.

En primer lugar, destacamos que como surge de lo señalado en el apartado anterior y en virtud de lo dispuesto por el artículo 309 de la Constitución, el objeto de la acción de nulidad comprenderá exclusivamente a los actos administrativos, quedando fuera por ende los hechos y los actos que no tengan naturaleza administrativa.

El acto administrativo, se encuentra definido por el artículo 120, del Decreto 500/991, como "toda manifestación de voluntad de la Administración que produce efectos jurídicos", recogiendo en la misma los conceptos generalmente admitidos por la doctrina mayoritaria. (Cf. Augusto Durán Martínez, *op. cit.*, página 114)

Con respecto a los actos que no tengan naturaleza administrativa, corresponde señalar, en primer término, que quedan excluidos los actos legislativos y los jurisdiccionales. En segundo término, debemos precisar que sólo quedarán alcanzados los actos con contenido decisorio, los que obliguen a los administrados, quedando fuera así las opiniones técnicas o dictámenes administrativos, que en sentido estricto no constituyen actos administrativos.

Con el objeto de clarificar cuales son los actos que pueden ser objeto de la acción de nulidad, el artículo 23 del Decreto - Ley 15.524 establece: "En particular, y sin que ello importe una enumeración taxativa, se considerarán objeto de la acción de nulidad:

- a) Los actos administrativos unilaterales, convencionales o de toda otra naturaleza dictados con desviación, abuso o exceso de poder, o con violación de una regla de derecho, considerándose tal, todo principio de derecho o norma constitucional, legislativa, reglamentaria o contractual.
- b) Los que sean separables de los contratos administrativos.
- c) Los que se hayan dictado durante la vigencia de la relación estatutaria que vincula al órgano estatal con el funcionario público sujeto a su autoridad, relativos a cualquier clase de reclamo referente a la materia regulada por ella, así estos sean de naturaleza económica"

Comentando las disposiciones contenidas en los literales a) y b), el Dr. Tarigo señala que de las mismas surgiría una diferenciación entre actos administrativos "convencionales", que a texto expreso son declarados procesables por el literal a), de los "contratos" administrativos que, indirectamente, no lo serían, en la medida en que se afirma que son procesables los actos administrativos "que sean separables de los contratos administrativos" (literal b). (Cf. Enrique E. Tarigo, *op. cit.* 1, página 26)

Esta línea de razonamiento cuenta con la adhesión del Dr. Durán Martínez, quien luego de transcribir el artículo 23 del Decreto - Ley 15.524 expresa que "con esto queda claro que los contratos no pueden ser objeto de la acción anulatoria", explicando que le asiste razón a Giorgi cuando señala que la referencia a actos convencionales comprende aquellos actos unilaterales que requieren la voluntad de otro sujeto para que produzca efectos jurídicos, como ser la designación de un funcionario. (Cf. Augusto Durán Martínez, *op. cit.* página 115, citando a Héctor Giorgi, en "La competencia del tribunal de lo contencioso administrativo y su potestad de suspender la ejecución de los actos administrativos", "Escritos Jurídicos", F.C.U., página 155)

En el otro extremo, el artículo 27 del mismo Decreto - Ley excluye de la jurisdicción anulatoria los actos que:

- 1°) Se emitan denegando los reclamos de cobro de pesos, indemnización de daños y perjuicios que tienen su causa en un hecho procedente de la Administración, del que se la responsabiliza.
- 2°) Desestimen la devolución de las cantidades de dinero que reclaman los interesados por entender que han sido indebidamente pagadas.
- 3°) Desestimen las peticiones de los interesados que tiendan al reconocimiento de compensaciones de adeudos, imputación de créditos o pagos futuros o reclamos similares.
- 4°) *Estén regulados por el derecho privado*"

Con referencia a esta disposición, el Dr. Durán establece que en la misma se han recogido soluciones ya admitidas por la jurisprudencia administrativa. Y luego comparte lo dicho por el Dr. Tarigo, en cuanto a que la exclusión del numeral primero resulta clara, en tanto el reclamo de cobro de pesos o de indemnización por daños y perjuicios no podría, aunque sobre ellos recayera una resolución denegatoria, "trasmutar en acto lo que fue un hecho." (Cf. Augusto Durán Martínez, *op. cit.*, página 115, citando la obra del Dr. Tarigo, *op. cit.* 1, página 19)

En otro orden, se resalta la modificación dada a la redacción del artículo 309 de la Constitución, que posibilita por el giro "cualquier otro órgano del Estado" que actualmente se pueda interponer la acción de nulidad contra actos administrativos dictados por el Poder Legislativo, el Poder Judicial, el Tribunal de Cuentas, la Corte Electoral y el Tribunal de lo Contencioso Administrativo. (Cf. Enrique E. Tarigo, *op. cit.* 1, página 12 y Augusto Durán Martínez, *op. cit.*, página 115)

Entre las normas que establecían los actos no procesables ante el T.C.A., se encontraba el artículo 26, que dejaba fuera del objeto de la acción de nulidad a los actos políticos, los de gobierno, los discrecionales, los fundados en razones de seguridad nacional y los declarados de interés público por la ley. Dicho artículo fue derogado casi en su totalidad por el artículo 1° de la ley N° 15.869, que dispuso. "Deróganse los numerales 2,3 y 4 del artículo 26 del Decreto - Ley N° 15.524, de 9 de marzo de 1984. Los llamados actos políticos podrán ser objeto de la acción de nulidad" (Cf. Eduardo E. Tarigo, *op. cit.* página 27)

Esta disposición nos lleva a tener que hacer referencia al tema de los actos de gobierno y los actos políticos. Con respecto a los primeros, mucho se ha discutido acerca de su inclusión o exclusión del objeto de la acción de nulidad.

Según la opinión del Dr. Giorgi, de conformidad con el informe de la Comisión Especial de Reforma Constitucional de la Cámara de Representantes, del año 1951, fue decisión expresa el excluir "los actos que provienen de una autoridad que tiene al mismo tiempo funciones de administración y de gobierno cuando el acto está dominado o impuesto por las necesidades de gobierno" (concepto de acto de gobierno). Y a esto, agregaba el autor que en la propia Constitución se distinguía con claridad los actos de administración, que serían los administrativos, de los actos de gobierno. (Cf. Héctor Giorgi, *op. cit.*, páginas 147 a 151)

Esta ha sido la posición mayoritaria sostenida en nuestro país, tanto en el plano doctrinal como el jurisprudencial, destacándose entre sus principales expositores a Enrique Sayagués Laso, Gelsi Bidart, Julio Prat y Daniel Hugo Martins. (Vé. en el plano doctrinal a E. Sayagués Laso, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo II, página 560; Julio A. Prat, "Derecho Administrativo", Editorial Acali, Tomo V, Volumen III, página 162, citados por Augusto Durán Martínez, *op. cit.*, página 116, nota 25; Enrique E. Tarigo, *op. cit.* 1, página 28, citando la opinión de Gelsi Bidart y Daniel Hugo Martins, "El Poder y su Control", "Acción de Nulidad", "Serie Congresos y Conferencias N° 1", "Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político", página 222. En el plano jurisprudencial, Julio A. Prat, *op. cit.*, Tomo III, Volumen II, página 31, llamada 91, también citado en el trabajo de Durán Martínez, *op. cit.*, página 116, nota 26)

En el otro extremo, se han ubicado por ejemplo el Dr. Horacio Cassinelli Muñoz y el Dr. Mariano Brito. De acuerdo a lo señalado en clase por el Profesor Brito, la Constitución no estaría excluyendo de la acción de nulidad a los actos de gobierno. Además agrega el argumento del Dr. Cassinelli, que los antecedentes de la Reforma Constitucional no se plebiscitan, careciendo así de trascendencia para la interpretación, en virtud de que lo que se vota es el texto constitucional y no sus antecedentes. No obstante, advierte sobre la gran dificultad que se presentará para encontrar un legitimado activo por una lesión provocada por el acto. En definitiva, señala que si bien se ha entendido que los actos de gobierno no son justiciables ante el TCA, ello no obliga al Tribunal a aceptar la calificación que de los mismos hiciera el gobierno. Pone como ejemplos a los actos del gobierno de facto que bajo la denominación de "actos de gobierno" realizaron destituciones y al caso de la destitución del Senador Germán Araujo. En ambos casos, el TCA asumió competencia. (Véase la opinión de Cassinelli Muñoz en "Los actos de gobierno y los artículos 147, 160, 303 y 309 de la Constitución", "Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración", Tomo 67, páginas 241 y ss., citado por Durán Martínez, *op. cit.*, página 116, nota 27)

El Dr. Tarigo señala en su análisis de la norma que "según resulta del informe de la Comisión de Constitución y Legislación del Senado en relación al proyecto de ley que luego se convertiría en la ley N° 15.869, se mantuvo la procesabilidad de los llamados actos políticos, pero dejando en claro que la Comisión no se pronunciaba acerca de si estos actos conforman una categoría independiente, o por el contrario, quedan subsumidos dentro de la categoría de actos de gobierno" (Cf. Enrique E. Tarigo, *op. cit.*, página 28)

Y culmina su comentario manifestando que el Tribunal de lo Contencioso Administrativo ha admitido en determinada época la existencia de actos políticos, como ser la cesantía en un cargo de particular confianza, la censura del Poder Legislativo a un Ministro o el acto por el cual el Presidente de la República dispone el cese de un Ministro. (Cf. Enrique E. Tarigo, *op. cit.*, página 28)

Por su parte, el Dr. Durán, luego de destacar las discusiones que se han planteado en torno a los actos de gobierno y destacar las diferentes posiciones, hace alusión a la posición del Dr. Méndez, autor que distinguió entre los actos políticos y los actos de gobierno, excluyendo a ambos de la acción de nulidad.

Respecto de los actos políticos, Méndez decía que *"los encontramos en todos los poderes u órganos primarios buscando la energía o fuerza fundamental que pone en movimiento al Estado como corporación social, como expresión de una colectividad determinada. Podríamos decir que representan la vida del Estado por sí misma, el esfuerzo por mantener el conjunto orgánico que él representa a fin de estar en condiciones de satisfacer luego concretamente todas las funciones capitales que constituyen su contenido funcional.... El acto político se caracteriza por su alcance objetivo, por su contenido generalmente extrajurídico y por su finalidad genérica"*

Con relación al acto de gobierno, el autor expresa que *"no tiene la amplitud del político ni goza de la consideración o tratamiento que acabamos de ver"*, aunque al igual escapa de la jurisdicción anulatoria, *"sin perjuicio de que pueda ser juzgado en consideración a sus elementos jurídicos extrínsecos, tanto a la competencia como a la desviación de poder"* (Cf. Aparicio Méndez, *"Lo contencioso de anulación en el Derecho Uruguayo"*, Biblioteca de Revista de Derecho Público y Privado, páginas 85 y ss., citado por Augusto Durán Martínez, *op. cit.*, página 116)

Y luego establece que la terminología del Dr. Méndez había sido recogida por el artículo 26 del Decreto Ley 15.524, que excluía tanto a los actos de gobierno como a los políticos de la acción anulatoria. Sin embargo, con lo dispuesto por el artículo 1° de la ley 15.869, se incluye expresamente a los actos políticos, generándose así un problema sumamente delicado para distinguir entre unos y otros.

Personalmente, se inclina por la posición que entiende que ninguno de los dos actos serían procesables ante el TCA. (Cf. Augusto Durán Martínez, *op. cit.*, página 116)

Por otra parte, indica que la Constitución exige para que un acto administrativo pueda ser objeto de nulidad que el mismo sea definitivo, que define como *"aquel respecto del cual se ha agotado la vía administrativa debidamente"*. Este concepto se encuentra recogido por el artículo 24 del Decreto - Ley 15.524, al establecer que:

*"Los actos administrativos, a los efectos de la acción anulatoria, adquieren carácter de definitivos cuando a su respecto se ha agotado la vía administrativa con la resolución expresa o ficta recaída sobre el o los recursos que correspondan, conforme a lo regulado en el capítulo sobre el cumplimiento de aquel presupuesto...."*

*"A los mismos efectos se consideran comprendidos entre los actos administrativos definitivos procesables, aquellos que hacen imposible o suspenden en forma indefinida la tramitación, decidiendo así, directa o indirectamente el fondo del asunto"* (Vé. Augusto Durán Martínez, *op. cit.*, página 116)

El tema del objeto podría estudiarse con mayor profundidad y extensión, incluyéndose además, los requisitos de admisibilidad de la acción y las causales de anulación del acto administrativo. En el estudio de estos temas, se destacan, entre otras obras, el libro del Dr. Giorgi, en los capítulos V y VI y los trabajos del Dr. Tarigo y del Dr. Durán tantas veces citados.

De todas maneras y para ser concisos con lo señalado en oportunidad de definir al objeto de la acción de nulidad, creemos indispensable al menos señalar cuales son las causales de anulación del acto administrativo del punto de vista constitucional y legal.

En ese sentido, la norma constitucional prevista por el artículo 309 inciso 1° establece que el Tribunal conocerá de las demandas de nulidad de los actos administrativos definitivos *contrarios a una regla de derecho o dictados con desviación de poder*.

El contralor se limita a examinar la juridicidad, la validez o regularidad del acto administrativo definitivo, quedando fuera de sus potestades el examen de la conveniencia o mérito del acto.

En el plano legislativo, las normas claves para determinar las causales serían los artículos 24, 25 y 26 del Decreto - Ley 15.524. Con respecto al primero y al tercero, nos remitimos a los comentarios que trascubimos de los Doctores Tarigo y Durán. Simplemente, nos restaría agregar lo manifestado por el Dr. Martins, en oportunidad de explicar las causales de la acción de nulidad. En ese sentido, mencionaba que la ley había ampliado la causal de *"desviación de poder"*, incluyendo además, al *"abuso"* y el *"exceso de poder"* (Cf. Daniel Hugo Martins, *op. cit.*, página 224)

Para la explicación del significado de cada uno de estos conceptos, así como también del resto de las causales de la acción de nulidad, se remite a la opinión del Dr. Cajarville, en su trabajo sobre la *"Invalidez de los actos administrativos"*.

Con relación a la desviación de poder, expresa Cajarville que: *"En la base de la voluntad jurídica del órgano hay generalmente una expresión psicológica del o de los titulares del órgano, esta voluntad conlleva siempre un fin, como intención, propósito, objetivo o designio, porque es propio de la voluntad humana querer para una finalidad"*

Y luego establece que sobre el "abuso" y el "exceso" de poder no existen conceptos generalmente admitidos ni en doctrina ni en jurisprudencia, inclinándose por entender que el ámbito de los mismos es el de las relaciones entre el contenido dispositivo del acto con sus presupuestos de hecho (motivos) y con el fin debido.

El autor concluye su trabajo haciendo la distinción entre cada una de las causales de la acción de nulidad, las que transcribimos textualmente en la forma en que fueron sintetizadas por el Dr. Martins, de la siguiente manera:

- a) "desviación de poder" existirá siempre que "el fin querido" por la voluntad de la Administración, apreciado subjetivamente, no coincida con el "fin debido" impuesto por la regla de derecho.
- b) "abuso de poder" existirá toda vez que lo dispositivo no sea objetiva y cuantitativamente adecuado a los motivos, o no sea objetiva y cuantitativamente idóneo para el fin debido; los motivos existieron pero sólo hacían necesaria una medida de menor gravedad, dosificación o cuantía.
- c) "exceso de poder" existirá cuando lo dispositivo no sea objetiva y cualitativamente adecuado a los motivos, o no sea objetiva y cualitativamente idóneo para el fin debido; en tal caso, objetivamente, no han existido motivos para actuar como se ha hecho, o no se ha perseguido el fin debido.
- d) "violación de una regla de derecho" existirá siempre que cualquiera de los presupuestos o cualquiera de los elementos del acto sea contrario o no conforme a lo dispuesto por un principio de derecho o norma constitucional, legal, reglamentaria o contractual" (Cf. Daniel Hugo Martins, op. cit. páginas 223 a 224, citando la opinión del Dr. Juan Pablo Cajarville, en su trabajo sobre "Invalidez sobre los actos administrativos")

En lo que tiene que ver con lo dispuesto por el artículo 25 del Decreto - Ley 15.524, que era la norma que nos faltaba por comentar, se dispone que "Será admisible la demanda de nulidad de los actos generales que dictare la Administración, que hubiesen de ser cumplidos directamente o no por los administrados...", y agrega que "También lo será la impugnación de los actos dictados en aplicación de los actos generales mencionados en el inciso anterior, fundada en la ilegitimidad de estos o de los primeros aún cuando se hubiere omitido recurrir y contener a propósito del acto de carácter general"

Con esta norma se consagran las enseñanzas del Profesor Giorgi, cuando en 1958 establecía las mismas soluciones para los actos administrativos regla, los que materialmente serían legislativos. (Cf. Héctor Giorgi, op. cit., páginas 143 a 145)

## C) Los Efectos de la Sentencia Definitiva

El tema de los efectos de la sentencia definitiva que resuelve el contencioso de nulidad puede ser encarado básicamente desde tres enfoques. Un primer enfoque, atendería a los que el Profesor Giorgi denominaba como "efectos en el espacio" de la sentencia anulatoria, que se centra en el alcance general o relativo del fallo, previsto por el artículo 311 de la Constitución.

Un segundo enfoque, referiría a los efectos en el tiempo, tanto de la sentencia confirmatoria como de la anulatoria, así como también de la sentencia que no hace lugar a la nulidad pero reserva al titular de un interés directo, personal y legítimo la acción de reparación.

Finalmente, cabría un tercer enfoque, que basado en las potestades del Tribunal, permitiría distinguir los llamados efectos negativos de los positivos. Este último enfoque refiere solamente a la sentencia anulatoria del TCA.

A continuación dividiremos nuestra exposición en tres apartados, destinados al tratamiento de cada uno de los enfoques nombrados.

### 1. Efectos de la sentencia en el espacio

#### a) Efectos de la Sentencia Anulatoria

Al respecto, el artículo 311 de la Constitución dispone que:

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

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

Al comentar la norma, el Profesor Tarigo destaca que "aunque la conclusión no resulte enteramente lógica, lo que surge de la norma transcripta es que cuando se anule el acto administrativo por lesionar un derecho subjetivo del accionante, la sentencia tendrá necesariamente, efectos relativos, es decir, efectos con relación al demandante. (Aún cuando además de ese derecho exista un interés de la regla de derecho o de la buena administración en la anulación del acto)

Y por el contrario, cuando la anulación haya sido en consideración a un interés directo, personal y legítimo y además, en interés de la regla de derecho o de la buena administración, la eficacia de la sentencia será "erga omnes" (Cf. Enrique E. Tarigo, *op. cit.* 1, página 62)

En el mismo sentido se pronunciaron con anterioridad, los maestros Giorgi y Sayagués Laso, quienes criticaban a la disposición constitucional por su falta de lógica. (Ve. Héctor Giorgi, *op. cit.*, páginas 287 a 290 y Enrique Sayagués Laso, páginas 595 a 596)

La falta de lógica en la regulación de los efectos de la sentencia anulatoria estaría dada por el hecho de que los mismos motivos que llevaron a atribuir efectos "erga omnes" a las sentencias previstas en el segundo inciso del artículo 311 estarían presentes en las hipótesis a que refieren las sentencias previstas en el inciso primero. En efecto, bien podrían darse casos en que un acto administrativo lesionara derechos subjetivos de más de una persona y que al mismo tiempo mediaran razones de buena administración, de protección del orden jurídico y de igualdad de tratamiento de los administrados, para justificar una sentencia anulatoria con efectos "erga omnes" (Cf. Héctor Giorgi, *op. cit.*, página 289)

Sayagués decía que la disposición constitucional "carece de lógica porque en el primer inciso toma en cuenta la naturaleza del agravio al recurrente, lesión de un derecho subjetivo, y en el segundo considera otro elemento, el "interés de la regla de derecho o de la buena administración; para guardar armonía, en el segundo inciso debió referirse a los casos en que se declara la nulidad por causar lesión a un interés" (Cf. Enrique Sayagués Laso, *op. cit.*, página 595)

Ahora bien, en opinión del Dr. Giorgi, la eficacia "erga omnes" de la cosa juzgada del fallo que anula el acto "en interés de la regla de derecho o de la buena administración", se extiende únicamente a las personas a quienes afecta la decisión administrativa impugnada, no alcanzando por ende, a los casos similares. Esto implica tanto como decir que "el fallo del Tribunal no extingue los actos administrativos no recurridos, aun cuando sean de igual contenido que el que ha sido objeto de impugnación y anulado".

Ello se debe fundamentalmente a dos razones. En primer lugar, adjudicar efectos expansivos al fallo implicaría la atribución de potestades legislativas a un órgano de justicia. En segundo lugar, la extensión del fallo anulatorio a los actos similares o idénticos que hubieran quedado firmes en razón de no haber sido impugnados, desvirtuaría el régimen constitucional, que en consideración a la estabilidad y seguridad de las situaciones administrativas ha señalado plazos breves para recurrir. (Cf. Héctor Giorgi, *op. cit.*, páginas 289 a 290)

De acuerdo a lo señalado en clase, una solución extensiva a todos los interesados y no solamente a quienes hubieran impugnado el acto llevaría a tener que sostener la existencia de un contencioso de derecho objetivo, lo cual no parecería condecirse con la exigencia de un interés personal, que implicaría que el mismo tiene que haberse deducido. Agregado a esto se presentaría la dificultad de tener que individualizar a los sujetos alcanzados por la sentencia.

En lo que respecta a la postura del TCA, conforme a lo señalado por el Profesor Brito, el Tribunal no se ha pronunciado específicamente por una u otra posición.

En otro orden, es preciso aclarar que será necesario que el Tribunal atribuya expresamente los efectos generales y absolutos a su fallo, no operando los mismos en forma automática, aún cuando se dieran los requisitos para dictar la sentencia con dichos efectos.

Para terminar, destacamos que la opinión conforme a la cual en los casos de lesión a derechos subjetivos el fallo sólo podrá tener efectos relativos no ha sido unánimemente compartida por nuestra doctrina nacional. En efecto, como se ha destacado en clase, el constitucionalista Justino Jiménez de Aréchaga llegó a entender que los efectos "erga omnes" también podrían operar en los casos de violaciones a derechos subjetivos perfectos.

## b) Efectos de la Sentencia Confirmatoria

La sentencia confirmatoria del TCA tiene efectos relativos. Por esa razón, el constituyente ha utilizado una terminología inadecuada cuando, en lugar de establecer que rechaza la acción instaurada, si la misma es infundada, manda que se confirme el acto impugnado. El empleo del verbo confirmar, es susceptible de dar lugar a confusiones, pues podría interpretarse, al decir de Giorgi, como "certificación de legalidad, con carácter absoluto, de la decisión administrativa cuestionada" (Cf. Héctor Giorgi, *op. cit.*, página 290 a 291)

La sentencia que desecha la demanda limita sus efectos a las partes litigantes. Ello no constituye más que la aplicación del principio general del proceso civil "res iudicata ius inter partes". Este principio se aplica también a la jurisdicción anulatoria por no diferir por su naturaleza con la civil. En el único caso en que no rige es en las sentencias que anulen actos en interés de la regla de derecho o de la buena administración, por así haberlo dispuesto expresamente el constituyente. (Cf. Héctor Giorgi, *op. cit.*, página 291 y en similar sentido, Sayagués Laso, *op. cit.*, página 595)

De esta manera, se garantiza el derecho a accionar a todos aquellos que se sientan lesionados por una decisión administrativa.

### c) Efectos de la Sentencia que Reserva al Impugnante la Acción Reparatoria

No hemos encontrado que la doctrina se refiriera específicamente al punto, excepto por el Dr. Durán, quien establece que esto ocurre cuando el impugnante es titular de un interés legítimo, personal y directo y no se llega a los cuatro votos necesarios para la anulación pero se logra que tres miembros del Tribunal declaren suficientemente justificada la causal de nulidad invocada. De esta manera, se habilitaría al impugnante a acudir a la vía reparatoria (artículo 310 de la Constitución). (Cf. *Augusto Durán Martínez, op. cit., página 124*)

Atendiendo puntualmente al tema de los efectos de la sentencia en el espacio, diríamos que esta sentencia se regiría también por el principio general "*res iudicata ius inter partes*", no haciéndose lugar a la acción de nulidad, pero posibilitándole al impugnante una reparación patrimonial.

## 2. Efectos de la sentencia en el tiempo

### a) Efectos de la Sentencia Anulatoria

Los efectos de la sentencia anulatoria plantean problemas muy complejos. En tanto la sentencia confirmatoria no presenta grandes problemas, pues su pronunciamiento no altera el ordenamiento jurídico, la anulatoria, por su naturaleza constitutiva, por su efecto retroactivo, nos coloca ante situaciones de hecho y jurídicas que fundamentándose en el acto anulado, perderían como consecuencia de la anulación, toda validez. (Ve. el trabajo de *Cristina Vázquez, "Ejecución de la Sentencia Anulatoria", en "Cuarto Coloquio: Contencioso de Derecho Público. Responsabilidad del Estado y Jurisdicción, páginas 52 a 54, en el que se analizan las diferentes posiciones doctrinales en cuanto a la naturaleza de la sentencia anulatoria, siendo opinión mayoritaria la que entiende que es fundamentalmente constitutiva*)

El efecto jurídico retroactivo del fallo anulatorio haría desaparecer del mundo jurídico todas las consecuencias que hubieran derivado en el pasado del acto administrativo anulado.

Por esa razón, el Profesor Giorgi formula ciertas aclaraciones. En primer lugar, establece que la declaración de invalidez y anulación del acto administrativo no quita al mismo su carácter de tal. Esto implica que el acto administrativo fue cumplido legítimamente por la Administración hasta la fecha de anulación, produciendo efectos.

No se puede ignorar que el acto anulado pudo haber producido sus efectos durante el lapso que va entre su formulación por la Administración a su anulación por el Tribunal encargado de juzgarlo. Y ciertos hechos pudieron haberse consumado, escapando por ende al alcance del pronunciamiento jurisdiccional.

Del mismo modo, la "*restitutio in integrum*" resultará a veces imposible respecto de los actos administrativos que condicionaban su validez a la del acto anulado. Así por ejemplo, no podría admitirse que las decisiones adoptadas por un funcionario cuyo nombramiento fuera anulado perdieran por vía de consecuencia toda validez.

Por idénticas razones a las que fundamentan la teoría de la función de hecho – interés legítimo de los terceros, principio de continuidad de funcionamiento de los servicios públicos, etc. esos actos subsistirán sin importar que provengan de un funcionario ilegítimamente designado.

Ante la imposibilidad de la "*restitutio in integrum*", el administrado lesionado por el acto ilegal deberá ser indemnizado, en compensación, por la Administración.

En cambio, las resoluciones de mera aplicación del acto anulado y aquellas decisiones estrechamente unidas o ligadas al mismo, sufrirán los efectos de la anulación. (Cf. *Héctor Giorgi, op. cit., páginas 292 a 294*)

### b) Efectos de la Sentencia Confirmatoria

Como ya se dijo anteriormente, la sentencia confirmatoria no produce, en principio alteraciones en el mundo jurídico. En efecto, la mencionada sentencia tiene por objeto declarar la juridicidad del acto atacado, dando solución a un estado de incertidumbre jurídica. Encuadra pues en lo que la doctrina procesalista califica como sentencias declarativas. Las sentencias declarativas son aquellas que "*tienen por objeto la pura declaración de la existencia o inexistencia de un derecho, dando solución a un estado de incertidumbre jurídica.*" (Cf. *Cristina Vázquez, op. cit., páginas 51 a 52, siguiendo las definiciones de Eduardo Couture*)

Agreguemos, como enseña Tarigo, que las sentencias declarativas tendrán una retroactividad absoluta. La función del fallo en éstos casos resultará meramente documental, declarando el derecho. El derecho hasta entonces incierto se hace cierto, adquiriendo en la sentencia la demostración perfecta de esa certidumbre. (Cf. Enrique E. Tarigo, "Lecciones de Derecho Procesal Civil", Tomo I, página 214, citando también a las ideas de Eduardo Couture)

Sin embargo, es preciso señalar, que en opinión de la Dra. Vázquez, la sentencia confirmatoria haría más que declarar la juridicidad del acto. También lo confirmaría.

Como consecuencia de su confirmación, el acto atacado deviene firme, no admitiendo impugnación alguna en vía administrativa o jurisdiccional. En este sentido, podría decirse que la sentencia tendría un cierto efecto constitutivo, aunque, como observa Giorgi, no produciría el efecto típico de las sentencias constitutivas, que consiste en "crear, modificar o extinguir una situación jurídica regulada por el derecho de fondo", careciendo de una eficacia jurídico-material directa. (Cf. Cristina Vázquez, op. cit., página 52, donde hace referencia a la precisión del Dr. Giorgi)

### c) Efectos de la Sentencia que Reserva al Impugnante la Acción Reparatoria

Cuando la sentencia reserva al impugnante la acción reparatoria podríamos decir que también declara la juridicidad del acto impugnado y lo confirma. Por lo expuesto, nos remitimos a las consideraciones vertidas en el apartado anterior, al analizar los efectos de la sentencia confirmatoria. (Cf. Cristina Vázquez, op. cit., página 52)

## 3. Los efectos negativo y positivo de la sentencia anulatoria

Como dice Giorgi, las sentencias anulatorias del TCA pasadas en autoridad de cosa juzgada obligan jurídicamente a las partes. Esa autoridad, se impone a la Administración, a quien competirá el cumplimiento de la sentencia, para lo cual deberá adoptar todas las medidas que directa o indirectamente sean consecuencia de la misma, teniendo en cuenta fundamentalmente, los motivos o considerandos que constituyen la base o soporte del mismo, cuyo estudio le permitirá interpretarlo y ejecutarlo rectamente. (Cf. Héctor Giorgi, op. cit., página 294)

En algunos casos, la reparación jurídica del agravio inferido por el acto administrativo podrá lograrse íntegramente con la decisión jurisdiccional, pero en otros, será necesario que la Administración adopte medidas especiales para ejecutar o cumplir la sentencia. A vía de ejemplo, en el caso de la anulación de la destitución de un funcionario público, será necesario que la Administración disponga lo necesario para que el mismo pueda reintegrarse efectivamente al cargo del cual era titular. (Cf. Héctor Giorgi, op. cit., páginas 296 y 298)

El efecto negativo de la sentencia de anulación se dará por la extinción del acto administrativo ilegítimo, mientras que el efecto positivo, se verificará a través de indicadores que permitan orientar a la Administración sobre cuáles son los caracteres que debió necesariamente tener el acto para ser legítimo, para no incurrir en la nulidad invocada, los que podrán encontrarse en la parte dispositiva y en los fundamentos del fallo (Cf. Cristina Vázquez, en "Cuarto Coloquio, Contencioso de Derecho Público. Responsabilidad del Estado y Jurisdicción", "Ejecución de la Sentencia Anulatoria", Editorial Nueva Jurídica, páginas 54 a 55, citando la manifestado por Cassinelli Muñoz en "Acción de Impugnación y Acción de Cumplimiento en lo Contencioso Administrativo para la tutela de intereses legítimos, R.D.J.A., t. 70, página 122 y en "El ajuste de la Administración a las sentencias jurisdiccionales", R.D.J.A., Tomo 55, páginas 70 y ss.)

## D) La Jurisprudencia

La jurisprudencia que consideramos más relevante sobre los tres temas gira fundamentalmente en torno a la legitimación activa y los efectos de la sentencia. No obstante, haremos alguna referencia a algún caso vinculado al objeto de la acción de nulidad.

### 1. Jurisprudencia sobre legitimación activa

El primer caso que hemos escogido trata sobre una acción de nulidad interpuesta para impugnar una resolución del Poder Ejecutivo que autorizó a la Sociedad Televisora Larrañaga S.A. a operar temporalmente la frecuencia del Canal 2 de Televisión de Punta del Este, adjudicado al SODRE. El accionante se agravia estableciendo que el otorgamiento de frecuencias vacantes debe hacerse con llamado público a interesados, invocando como norma violada el artículo 7, del Decreto 734/978 y señalando además de haber realizado una importante inversión en Canal 11 Punta del Este, en el entendido de que el Canal 2 iba a ser una emisora oficial.

El Tribunal desestimó la demanda por falta de legitimación activa, considerando que el actor no era titular de un interés directo, personal y legítimo ni tampoco de un derecho subjetivo. (*Sentencia N° 787, de 14 de septiembre de 1994*)

El segundo caso que nos pareció interesante considerar fue el entablado por Zona Franca Florida S.A. contra el Estado, Ministerio de Economía y Finanzas. La acción se promovió contra las resoluciones dictadas por Dirección Nacional de Zonas Francas que aprobaron la calidad de usuarios del sistema de Zonas Francas a las empresas York International Corp. S.A. y Mimo Uruguay S.A., y la resolución dictada por la misma autoridad (DNZF), que aprobó el contrato de usuario directo entre las firmas Zona Franca de Montevideo S.A. y Mimo S.A.. La parte afirma que el acto de aprobación de los contratos es ilegítimo porque se desvirtúan los términos de la autorización originariamente otorgada por el P.E., especialmente por quebrantar la ley 15.921, en cuanto a que se deben entregar parcelas con construcciones erigidas, lo que no sucede en el caso. Afirma que las contrataciones que a su entender resultan ilegítimas han perjudicado a Zona Franca Florida S.A., en la medida que desviaron en beneficio de Zona Franca de Montevideo S.A. potenciales usuarios que inicialmente venían negociando con ella.

El Tribunal desestimó la demanda por falta de legitimación en la causa al no haber probado que ella y no Zona Franca de Montevideo S.A. estaba habilitada para celebrar contratos de usuarios directos de predios sin construcciones. Se señala además que las resoluciones que autorizaron a las dos sociedades a explotar zonas francas privadas establecieron una situación de libre competencia, teniendo por ende la actora una mera expectativa en cuanto a que los terceros (York International Corp. S.A. y Mimo Uruguay S.A.) contrataran con ella. Y se concluye que si en definitiva los terceros nombrados contrataron con Zona Franca Montevideo S.A. y la administración aprobó tales contratos, la accionante es ajena a los mismos, a cuyo respecto son "*res inter alios acta*" según los principios generales, no sufriendo un perjuicio jurídico como consecuencia directa de los actos administrativos, careciendo en consecuencia de legitimación activa. (*Sentencia N° 1223, de 5 de noviembre de 1999*)

## 2. Jurisprudencia sobre el Objeto

En primer lugar, destacamos los casos 18 y 19, del Anuario de Derecho Administrativo, Tomo V, en los que se resuelve que los actos de asesoramiento no constituyen actos administrativos en el sentido previsto por el artículo 309 de la Constitución. (*Sentencias N° 788 de 7-X-1991 y 44 de 5-II-1992, página 133*)

En segundo lugar, nos resultó interesante el caso 20, del mismo Anuario. Allí se establece que cuando un órgano administrativo advierte que un reglamento contradice una ley, se impone que se abstenga de aplicarlo, siempre que no se trate de una reglamentación dictada por el jerarca del órgano que debe decidir. Y luego se dice que cuando exista un titular de un derecho subjetivo o de interés directo, personal y legítimo lesionado por un acto administrativo dictado en aplicación de un reglamento contrario a una regla de derecho y no impugnado, esa persona puede recurrir el acto derivado y deducir la correspondiente acción de nulidad. (*Sentencia N° 132 de 19-II-1991, página 133*)

En tercer lugar, elegimos el caso 81, del mismo Anuario. En el mismo se establece que la impugnación tardía, cuando el acto ha quedado firme, constituye un vicio de tal naturaleza que impide tener por cumplido el presupuesto de validez de la acción, el cual es el correcto agotamiento de la vía administrativa. (*Sentencias N° 197 de 24-VII-1991 y 209 de 29-VII-1991, páginas 149 a 150*)

Finalmente, mencionaremos el caso 59, del Tomo VIII del Anuario de Derecho Administrativo, que refiere a la impugnación de una resolución por la cual el Intendente Municipal de Canelones disponía el "*cúmplase*" a dos decretos de la Junta Departamental de Canelones, que aprobaban la Modificación Presupuestal para los ejercicios 1993 - 1994.

Por tratarse de un acto de promulgación y ser por ende parte integrante del proceso legislativo propio de los Gobiernos Departamentales se estimó que el acto fue dictado legítimamente, no cabiendo la eventual posibilidad de impugnarlo por tratarse de un acto de naturaleza legislativa. (*Sentencias 543, 544, 545, 566, 599 y 600 de 29-VII-1996, página 327*)

## 3. Jurisprudencia sobre los efectos de la sentencia definitiva

Sobre el punto haremos alusión a tres casos. El primero, es el 1096 del Anuario de Derecho Administrativo, Tomo V, donde se establece que si bien corresponde anular el acto, ello no importa admitir que el cargo corresponda asumirlo el accionante, pues si bien surge su mejor derecho frente al designado habrían otros funcionarios prioritariamente. Como se podrá apreciar, el caso se relaciona también con la situación jurídica que posea el impugnante, que no era de derecho subjetivo sino de interés legítimo.

El segundo caso, es el 12.256 de la Justicia Uruguaya, dictada por el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 6° Turno. En la misma se establece que la Administración se encuentra obligada a cumplir con el pronunciamiento del TCA, debiendo acatar los dos extremos contenidos en la sentencia: el negativo, dirigido a extinguir el acto procesado, y el positivo, orientado al sometimiento de las partes al fallo, en cuanto presupone rehuir el acto invalidado, respetando la carrera del funcionario destituido. El TCA no puede disponer la recomposición de la carrera administrativa porque ello exorbita sus poderes, pero la misma es una consecuencia obvia e ineludible de la anulación del acto y de la repristinación de la relación estatutaria. En consecuencia, no habiendo cumplido la Administración, corresponde la reparación por equivalente. (*Sentencia de Segunda Instancia, de 25 de marzo de 1992, redactada por Víctor Bermúdez, citando como doctrina para fundar sus considerandos a Real, Cassinelli y Sayagués Laso*)

El tercero de los casos que hemos seleccionado refiere a los efectos generales y absolutos de la Sentencia N° 996, de 23-12-96, también redactada por el Dr. Bermúdez. La acción se promueve contra un Decreto del Poder Ejecutivo, el N° 369/94 de 22-8-94, especialmente en su artículo 4°. Dicho acto reglamentaba la ley 16.497, que regula la actividad de los representantes de firmas extranjeras, disponiendo que los mismos deberían inscribirse en un registro que llevaría el Ministerio de Economía y Finanzas. El artículo impugnado, excepción hecha a determinados impugnantes. En consecuencia, en el Considerando V se resolvió, atento a la naturaleza de decreto reglamentario del acto y a su ámbito de aplicación y en interés de la regla de derecho y buena administración, conferirle al fallo efectos generales y absolutos. Cuando se habla de ámbito de aplicación, se hace referencia a los vicios invalidantes de dicho acto, que por invasión de esfera y materia privativas de la ley, exorbitan el alcance de la potestad reglamentaria y la naturaleza del acto. (*Ve. al respecto Lorenzo Sánchez Carnelli, "Contencioso Administrativo", "Control Jurisdiccional de los Actos Administrativos", Editorial Nueva Jurídica, páginas 122 a 124*)

### III. LA ACCIÓN DE REPARACIÓN PATRIMONIAL

#### A) La Legitimación Activa

En este caso, dado que no existen particularidades especiales en torno a la legitimación secundaria, centraremos nuestro estudio en la legitimación principal. Para los terceros coadyuvantes se aplicarán las normas que regulan el proceso civil, remitiéndonos a los conceptos explicitados en oportunidad de analizar la acción de nulidad.

En función de la manera en la cual se encuentra regulada la legitimación activa en nuestro derecho, pensamos útil distinguir entre la acción de reparación por actos administrativos ilegítimos y las demás hipótesis en que procede la acción.

#### 1. La legitimación activa en la Acción de Reparación por Actos Administrativos Ilegítimos

En este caso, las normas a tener en cuenta son fundamentalmente los artículos 310, 312 y 309.

El primero de los artículos nombrados trata sobre las potestades del Tribunal de lo Contencioso Administrativo para anular o confirmar el acto. Es allí donde se establece que "*El Tribunal reservará a la parte demandante, la acción de reparación, si tres votos conformes declaran suficientemente justificada la causal de nulidad invocada*". El caso trata sobre lo que la mayoría de la doctrina entendió como una acción complementaria de la de nulidad. Al pronunciarse respecto a quiénes podrían entablar la acción de reparación en esta hipótesis, el Profesor Cassinelli establece que "*en el caso expresamente previsto, la acción de reparación se reserva a la parte demandante en la acción de nulidad*", vale decir, que quien estará legitimado será el titular de un interés directo, personal y legítimo que haya entablado la acción de nulidad contra un acto administrativo definitivo ilegítimo, tal como surge del artículo 309, que regula la legitimación para promover la acción de nulidad. (*Ve. Horacio Cassinelli Muñoz, en "El Interés Legítimo como Situación Jurídica Garantida en la Constitución Uruguaya", en "Perspectivas del Derecho Público en la Segunda Mitad del Siglo XX", "Homenaje a Sayagués Laso", Tomo III, página 303 y en "La Acción de Reparación Patrimonial en la Reforma Constitucional", "Reflexiones sobre la Reforma Constitucional de 1996", página 121, donde explica el fundamento de lo que denomina acción de reparación accesorias, como complemento de la de nulidad*)

El segundo de los artículos dispone:

"La acción de reparación de los daños causados por los actos administrativos a que refiere el artículo 309 se interpondrá ante la jurisdicción que la ley determine y sólo podrá ejercitarse por quienes tuvieron legitimación activa para demandar la anulación del acto de que se tratare.

"El actor podrá optar entre pedir la anulación del acto o la reparación del daño por éste causado.

"En el primer caso y si obtuviere una sentencia anulatoria, podrá luego demandar la reparación ante la sede correspondiente. No podrá, en cambio, pedir la anulación si hubiere optado primero por la acción reparatoria, cualquiera fuere el contenido de la sentencia respectiva. Si la sentencia del Tribunal fuere confirmatoria, pero se declarara suficientemente justificada la causal de nulidad invocada, también podrá demandarse la reparación."

Esta disposición ha establecido modificaciones a la denominada "prejudicialidad" de la acción anulatoria respecto de la de reparación y plantea determinados problemas interpretativos que habrán de ser tratados en el capítulo que destinaremos al objeto de esta acción.

En lo que aquí interesa, podemos ver claramente que tanto cuando se ejerza únicamente la acción de reparación como cuando la misma se ejerza como complemento de la acción de nulidad, la misma "sólo podrá ejercitarse por quienes tuvieran legitimación para demandar la anulación del acto que se tratare"

La norma que regula la legitimación para demandar la nulidad de los actos administrativos es el artículo 309, que establece en su último párrafo que: "La acción de nulidad sólo podrá ejercitarse por el titular de un derecho o de un interés directo, personal y legítimo, violado o lesionado por el acto administrativo"

En consecuencia, podemos decir que de la interpretación armónica de las disposiciones citadas surge que los sujetos legitimados para promover la acción de reparación serán quienes hallan sido lesionados por un acto administrativo ilegítimo en una situación jurídica de derecho subjetivo o de interés legítimo, personal y directo.

Como complemento de las disposiciones constitucionales, deberán tenerse presente además los artículos 38 y 49 de la Ley Orgánica del TCA. (Cf. Cristina Vázquez, "Novedades en materia de reparación patrimonial por daños causados por acto administrativo", en "La Reforma Constitucional de 1997", F.C.U., página 174)

## 2. La Legitimación Activa en la Acción de Reparación en el resto de los Supuestos

Siguiendo la enumeración de supuestos realizada por el Profesor Juan Pablo Cajarville, podemos decir que la acción de reparación de los daños causados por la Administración también procede cuando los perjuicios son consecuencia de hechos, omisiones, actos no impugnables ante el TCA y de incumplimientos contractuales. (Cf. Juan Pablo Cajarville Petuffo, "Lo Contencioso de Reparación", Editorial Universidad y en "Revista Uruguaya de Derecho Procesal, Tomo I, FCU, 1989 que reproduce el mismo trabajo, páginas 23 a 24, apartado IV)

El tema de la legitimación en la acción de reparación, se encuentra específicamente tratado por el Profesor Horacio Cassinelli Muñoz, en sus trabajos sobre "El Interés Legítimo como Situación Jurídica Garantida en la Constitución Uruguaya" y "La Responsabilidad del Estado por Lesión de Interés Legítimo". (Ve. "El Interés Legítimo como Situación Jurídica Garantida en la Constitución Uruguaya", en "Perspectivas del Derecho Público en la Segunda Mitad del Siglo XX, Homenaje a Sayagués Laso, páginas 302 a 304 y "La Responsabilidad del Estado por Lesión de Interés Legítimo", en "Cuarto Coloquio. Contencioso de Derecho Público. Responsabilidad del Estado y Jurisdicción", páginas 11 a 17)

Al abordar puntualmente el tema de la reparación del daño causado mediante lesión de interés legítimo, el autor aclara que "La conocida polémica desarrollada en Italia acerca de la resarcibilidad del daño causado mediante lesión de interés legítimo no tiene lugar en Derecho Uruguayo, porque el inciso final del artículo 310 de la Constitución viene a dirimirla en el sentido de la admisión expresa de la solución afirmativa" Y luego explica que el mencionado inciso prevé la reserva al demandante de la acción de reparación en hipótesis ajenas a la lesión de un derecho subjetivo. (Cf. Horacio Cassinelli Muñoz, op. cit. 1, página 302)

Y en su otro trabajo explica que "muchos autores en el extranjero han sostenido que sólo cabe la acción de reparación cuando hay lesión de derechos subjetivos", lo que en nuestro Derecho no tendría cabida. (Cf. Horacio Cassinelli Muñoz, op. cit. 2, página 36)

De esta manera, el autor estaría marcando las diferencias entre nuestro derecho y el italiano, en donde sería necesario - al menos en opinión de algunos autores- que el accionante fuera titular de un derecho subjetivo perfecto.

Ahora bien, como lo destaca el autor, el inciso final del artículo 310 recoge el principio general de la responsabilidad civil de la Administración, por el daño causado en la ejecución de los servicios confiados a su gestión

o dirección, consagrado en el artículo 24 de la Constitución, para la lesión de interés legítimo provocada por un acto administrativo.

¿Qué ocurre en los otros supuestos? El autor estima que *"una vez removido el criterio teórico contrario a la resarcibilidad de esta especie de daños, la interpretación del artículo 24 no puede ser restrictiva. Por ende, ha de entenderse que en la República Oriental del Uruguay rige en toda su plenitud el principio de que hay acción de reparación del daño causado mediante la lesión de un interés legítimo, ora provenga ésta de un acto administrativo, ora derive de una omisión o demora o de cualquier otro hecho cualquiera"* (Cf. Horacio Cassinelli Muñoz, op. cit. 1, páginas 302 a 303)

Similares consideraciones encontramos en su otro trabajo, cuando expresa que *"estu conclusión que valdría para los casos en los cuales la lesión de interés legítimo proviene de un acto administrativo, puede considerarse que no es más que la aplicación de una regla general, y extenderse a los casos en que la insatisfacción de un interés legítimo no provenga de un acto administrativo sino de un hecho, de una omisión o de cualquier otro tipo de comportamiento jurídico o no jurídico, lesivo de un interés legítimo; también concluiríamos que tiene que entenderse procedente la responsabilidad del Estado por lesión de interés legítimo"* (Cf. Horacio Cassinelli Muñoz, op. cit. 2, página 16, apartado 7)

Una postura diferente parecería haber sostenido el Dr. Sayagués Laso cuando en el capítulo que dedica a los principios generales de la responsabilidad por acto o hecho administrativo expresa que *"Para que surja obligación de indemnizar es indispensable que el reclamante haya sido afectado en su derecho. El mero ataque a un interés no da base a la reparación patrimonial"*. No obstante, el autor propugna un criterio amplio para determinar si se ha lesionado el derecho del particular. (Ve. Sayagués Laso, op. cit., tomo I, página 619)

## B) El Objeto de la Acción de Reparación

Siguiendo los lineamientos generales que señalamos en oportunidad de estudiar la acción de nulidad, recordamos, que el objeto de la acción, consiste en la pretensión. Si el objeto de la acción consiste en la pretensión, en este caso, el objeto de esta acción consistiría en la obtención de la reparación patrimonial por los hechos u actos lesivos imputables al Estado. En efecto, pensamos que en sentido amplio, la acción de reparación patrimonial abarcaría todos los supuestos de responsabilidad del Estado, rigiendo como principio básico en la materia el artículo 24 de la Constitución, sin dejar de tener en cuenta también los artículos 23, 25, 7, 8, 72 y 332 del mismo cuerpo normativo.

En el presente trabajo, limitaremos nuestro objeto de análisis básicamente a los perjuicios derivados de un acto administrativo ilegítimo, sin perjuicio de hacer una breve referencia a los supuestos de responsabilidad de la Administración ya enumerados al tratar la legitimación, y para terminar, realizaremos algunos comentarios sobre el alcance del contencioso administrativo de reparación, aludiendo básicamente a pronunciamientos jurisprudenciales.

Se podría decir que focalizaremos nuestra atención en un concepto de acción de reparación restringido fundamentalmente a la reparación patrimonial de los actos administrativos ilegítimos, siguiendo la terminología de objeto empleada por la Dra. Mariella Saettone, la cual lo define comparándolo con el propio de la acción de nulidad. Textualmente expresa que *"en la acción anulatoria, el objeto es la lesión jurídica misma, buscándose la eliminación de la eficacia jurídica del acto administrativo definitivo, en cambio la acción reparatoria refiere al perjuicio material, está dirigida a los efectos reflejos que ha provocado ese acto sobre el patrimonio del damnificado"* (Cf. Mariella Saettone, "La Acción Reparatoria y la Prejudicialidad (Art. 312 y D.T. y E.L)", "Reforma Constitucional 1997", "Serie Congresos y Conferencias N° 16", "Revista de Derecho Constitucional y Político", página 167)

De esta manera, dejaremos fuera el análisis de la responsabilidad por actos legislativos y jurisdiccionales y la naturaleza jurídica de la responsabilidad del Estado, temas que por su vastedad y complejidad, excederían el propósito de esta monografía. Simplemente bástenos con señalar que en el trabajo de la Dra. Cristina Vázquez se sintetizan los fundamentos de las distintas posiciones doctrinales en torno a la naturaleza jurídica objetiva o subjetiva de la responsabilidad del Estado. A su vez, el Dr. Brito ha elaborado un trabajo que sistematiza y comenta los pronunciamientos jurisprudenciales en materia de responsabilidad extracontractual del Estado administrativa, legislativa y jurisdiccional. (Ve. Cristina Vázquez, en "Novedades en materia de reparación patrimonial por daños causados por acto administrativo, introducidas en virtud de la Reforma de 1997, op. cit., páginas 165 a 173 y Mariano R. Brito, "Responsabilidad Extracontractual del Estado Administrativo, Legislativa y Jurisdiccional", en obra en homenaje a Alberto Ramón Real, FCU, año 1996, páginas 129 a 143)

A continuación, veremos en forma sucinta y por su orden, los supuestos de responsabilidad de la Administración, la acción de reparación por los perjuicios derivados de un acto administrativo ilegítimo y el alcance del contencioso de reparación a nivel jurisprudencial.

## 1. Los supuestos en que procede la Acción de Reparación por daños causados por la Administración

Reiterando lo señalado por el Profesor Cajarville, recordamos que los supuestos en que procedería la acción de reparación por daños causados por la Administración serían los siguientes:

- 1) Por daños causados por hechos de la Administración.
- 2) Por daños causados por omisiones de la Administración.
- 3) Por daños causados por un incumplimiento contractual.
- 4) Por daños causados por actos no impugnables ante el TCA.
- 5) Por daños causados por actos administrativos impugnables mediante la acción de nulidad.

En lo que respecta a la primera hipótesis, nos encontramos en el terreno de los hechos, los que podrían ser voluntarios o involuntarios y estar vinculados o no a un acto administrativo previo o independiente de todo acto administrativo.

En la segunda hipótesis, la omisión podrá ser total, la que se configura cuando la Administración debía actuar y no actuó, o bien parcial, que consistiría en una actuación tardía.

En el tercer supuesto, deberá tenerse presente que si el incumplimiento se cristalizó en el dictado de un acto separable, éste podrá ser objeto de la acción de nulidad.

En el cuarto caso, podría tratarse tanto de actos que por su naturaleza no fueran administrativos, así como también, de actos legítimos, en la medida en que se verificaran los requisitos necesarios para que operara la responsabilidad en esos casos.

En el quinto supuesto, nos encontramos con los daños causados por actos administrativos impugnables mediante acción de nulidad, sea que hayan sido anulados jurisdiccionalmente o no. (Cf. Juan Pablo Cajarville, *op. cit.*, páginas 23 a 24, apartado 4)

A continuación veremos en mayor detalle este último supuesto.

## 2. La Acción de Reparación por los Perjuicios derivados de un Acto Administrativo Ilegítimo

En esta hipótesis, con anterioridad a la Reforma Constitucional de 1997, la doctrina dominante entendía que la acción de reparación de los daños ocasionados por actos administrativos ilegítimos requería el previo agotamiento de la vía anulatoria.

Así por ejemplo, el Dr. Giorgi, después de desarrollar la posición opuesta, concluía que en virtud de lo dispuesto por los artículos 312 inciso 1° y 310 inciso 3° "la perjudicialidad de la acción anulatoria respecto a la reparatoria surge indiscutiblemente...". Luego explicaba que la regla de la perjudicialidad no regía para los casos de actos no viciados y concluía su desarrollo diciendo que el objeto de la acción en el supuesto previsto en el artículo 312 no se limitaba exclusivamente a la determinación del daño sino que previamente, perseguía la condena de la Administración.

Entre los sostenedores de esta postura estaban, entre otros, los profesores Sayagués, Real, Korzeniak, Prat. En la posición contraria, se ubicaban Méndez, Jiménez de Aréchaga, Deus, Martins, Durán, Esteva y Risso. (Ve. Muriella Suettone, *op. cit.*, páginas 174 a 175 donde reseña las fuentes bibliográficas para consultar las fundamentaciones de cada autor)

El argumento central de la perjudicialidad radicaba en una interpretación a contrario sensu de la norma prevista en el artículo 312, que al interpretarla conjuntamente con lo dispuesto por el artículo 29 de la ley orgánica del TCA conducía inexorablemente a esa solución. (Ve. Juan Pablo Cajarville, *op. cit.*, páginas 24 a 28, en donde el autor llega a esa conclusión luego de analizar lo dispuesto por ambas normas)

El argumento fundamental de la otra posición se centraba en los distintos objetos perseguidos en una y otra jurisdicción, aduciéndose que la Jurisdicción por Lesión de Derechos no había sido afectada en ningún sentido por la Jurisdicción Anulatoria. (Cf. Héctor Giorgi, explicitando la opinión de Méndez, *op. cit.*, páginas 83 a 84)

Como consecuencia de las dificultades interpretativas que se suscitaban, se estimó oportuno reformar lo establecido por el artículo 312, el cual quedó redactado de la siguiente manera:

*"La acción de reparación de los daños causados por los actos administrativos a que refiere el artículo 309 se interpondrá ante la jurisdicción que la ley determine y sólo podrá ejercerse por quienes tuvieren legitimación activa para demandar la anulación del acto de que se tratare.*

El actor podrá optar entre pedir la anulación del acto o la reparación del daño por éste causado.

*En el primer caso y si obtuviere una sentencia anulatoria, podrá luego demandar la reparación ante la sede correspondiente. No podrá, en cambio, pedir la anulación si hubiere optado primero por la acción reparatoria, cualquiera fuere el contenido de la sentencia respectiva. Si la sentencia del Tribunal fuere confirmatoria, pero se declara suficientemente justificada la causal de nulidad invocada, también podrá demandarse la reparación"*

La disposición plantea básicamente dos problemas interpretativos. El primero, que consiste en determinar si es necesario agotar la vía recursiva para poder entablar la acción reparatoria. El segundo, que se circunscribe a determinar la jurisdicción competente en la materia.

Sobre el primer punto, la dificultad interpretativa se presenta por la referencia que hace el inciso 1° del artículo 312 a los actos a que refiere el artículo 309, que son los actos administrativos definitivos, esto es, aquel a cuyo respecto se agotó debidamente la vía administrativa.

De una primer lectura, parecería pues, que la disposición constitucional estaría exigiendo a quien se viera lesionado por un acto administrativo debería previamente acudir a la vía administrativa para luego poder entablar la acción reparatoria. (Cf. Mariella Saettone, *op. cit.*, página 169)

Sin embargo, no sería ese el sentido que surgiría de una interpretación de los textos en aplicación del método lógico sistemático teleológico. En efecto, después de ensayar varias argumentaciones posibles, la Dra. Saettone establece que podría sostenerse que al estar el artículo 312 partiendo del supuesto del acto administrativo definitivo los otros supuestos se regirían por el principio general. Y continúa su desarrollo diciendo que el fundamento que alegaría el accionante sería el principio general de la responsabilidad del Estado establecido en el artículo 24 de la Constitución. (Cf. Mariella Saettone, *op. cit.*, página 171)

En similar sentido, se pronunció la Dra. Cristina Vázquez, quien al plantearse la duda de si para iniciar la acción reparatoria era necesario haber agotado previamente la vía administrativa, respondía que no era ese el sentido que procedía dar a la norma.

Concretamente, explica que en el supuesto previsto por el artículo 312, el sujeto colocado en dicha situación tendrá la opción de plantear la acción de nulidad o la reparatoria. Al conferir la opción, se habría puesto fin a la prejudicialidad de la acción anulatoria respecto de la reparatoria, operando la derogación superveniente de dicha solución en cuanto resultara del artículo 29 de la ley orgánica del TCA, como entendiera Cajarville.

Fuera de la hipótesis particular contemplada en la disposición, regiría el principio general del artículo 24 de la Carta, en virtud del cual podría accionarse contra el Estado para hacer efectiva su responsabilidad, sin necesidad de agotar previamente la vía administrativa. (Cf. Cristina Vázquez, *op. cit.*, página 174 a 175)

Esta posición sería la sustentada además por los Drs. Horacio Cassinelli Muñoz y Daniel Hugo Martins, en las "Reflexiones sobre la Reforma Constitucional de 1996", realizada los días 2 y 3 de abril de 1997 en el Salón Azul de la Intendencia Municipal de Montevideo. (Cf. Horacio Cassinelli Muñoz, "La Acción de Reparación Patrimonial en la Reforma Constitucional", *op. cit.*, página 124" y Daniel Hugo Martins, "Algunos aspectos del Reparatario Patrimonial", *op. cit.*, páginas 127 y siguientes)

En una posición diferente, el Dr. Carlos Labaure Aliseris ha sostenido que aún se mantendría el requisito del agotamiento previo de la vía administrativa, en base a dos argumentos.

El primero, se basaría en el texto del artículo 312, que al remitirse a los "actos administrativos definitivos" (actos a que refiere el artículo 309) estaría estableciendo claramente que para que la opción prevista se pudiera ejercer, el reclamante debería previamente agotar la vía administrativa. En efecto, el concepto de acto administrativo definitivo mayoritariamente aceptado los define como aquellos respecto a los cuales se ha agotado la vía administrativa mediante los recursos pertinentes.

El segundo argumento, surgiría de la coincidencia entre la interpretación propuesta y lo que surge de la exposición de motivos del Proyecto de Reforma Constitucional de 1993; en el que se expresa que "No eliminamos totalmente el agotamiento previo de la vía administrativa como requisito para pedir luego la anulación del acto lesivo o la reparación de los perjuicios..." (Cf. Carlos Labaure Aliseris, "Contencioso Anulatorio y de Reparación Patrimonial", *Anuario de Derecho Administrativo*, Tomo VI, páginas 39 a 40)

Sobre el tema de la determinación de la jurisdicción competente, el Dr. Martins plantea el problema de la aplicación al caso de la ley 15.881. Explica que se plantearían ciertos problemas interpretativos para que pudieran intervenir en estos asuntos los Jueces Letrados de lo Contencioso Administrativo.

En este sentido, transcribe lo dispuesto por la ley, la que establece que "Los Juzgados Letrados de primera instancia en lo Contencioso Administrativo entenderán en primera instancia en toda la materia contenciosa administrativa de reparación patrimonial en que sea parte demandada una persona pública estatal". Y luego dice que "Esta materia comprenderá el contencioso de reparación por actos administrativos anulados por el Tribunal, Actos administrativos respecto de los cuales no proceda la acción anulatoria, hechos de la administración, actos administrativos revocados en vía administrativa por razones de ilegalidad, actos legislativos y jurisdiccionales"

Y acto seguido, pone de manifiesto que en el texto de la ley no está atribuida expresamente la competencia en el caso de que se opte por la acción de reparación cuando hay un acto administrativo ilegal susceptible de acción de nulidad ante el TCA. El acápite de la ley habla de "toda materia contencioso administrativa de reparación patrimonial", pero luego tenemos el artículo 2º, que dice que en todos los demás asuntos en que sea parte demandada una persona pública estatal, regirán las disposiciones de la ley 15.750.

De esta manera, se pregunta si hay contradicciones entre el artículo 2º y el 1º y responde que no. Debe entenderse que cuando el artículo 2º habla de todos los demás asuntos se está refiriendo a los que no sean reparatorio patrimonial, como podría ser una rescisión de contrato, concluyendo que esos casos irán a los Juzgados Letrados de lo Civil, los cuales tienen competencia residual. (Cf. Daniel Hugo Martins, *op. cit.*, páginas 130 a 131)

### 3. El alcance del Contencioso de Reparación a nivel Jurisprudencial

En el plano jurisprudencial, hemos podido percibir que se han dado dos corrientes interpretativas en cuanto al alcance más amplio o más restringido de la competencia de los Juzgados Letrados de lo Contencioso Administrativo, que consiste en la materia contenciosa de reparación patrimonial.

Por un lado, hemos encontrado una postura que interpreta restrictivamente la competencia de dichos juzgados, basándose en el principio de la competencia residual de los juzgados con competencia civil y en que las reclamaciones basadas en incumplimientos obligacionales no constituyen materia del contencioso de reparación.

En esta tendencia jurisprudencial se ubica por ejemplo la Sentencia N° 229/91 del Tribunal de Apelaciones Civil de 8º Turno, en la que se sostiene que frente a un incumplimiento contractual es competente el Juzgado Letrado de Primera Instancia del Interior y no el Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo, "por cuanto no se trata de responsabilidad aquiliana, sino de responsabilidad contractual de la Administración" (Cf. "El Observador Económico", Sección Política/7, del viernes 24 de abril de 1992)

Otro caso que se orienta en esta línea de razonamiento se puede encontrar en la Revista Uruguaya de Derecho Procesal, N° 4/985, caso n° 148, en la cual el TCA entiende que ontológicamente hay que distinguir entre actos administrativos "antijurídicos" de los generados a título de incumplimientos "obligacionales" latos, citando a Gamarra, en "Estudios sobre Obligaciones", página 17 y ss., los que escaparían a ese fuero. (Sentencias 116/84 y 95/84)

También se puede citar como jurisprudencia seguidora de esta corriente al caso 12.038 de "La Justicia Uruguaya", del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 6º Turno, por la cual se entiende que el Contencioso Administrativo de Reparación no comprende el cobro de sueldos y de subsidio legal. Ello sería competencia de la Justicia Civil y no de la Letrada de lo Contencioso Administrativo.

La Sentencia redactada por el Dr. Bermúdez establece respecto del subsidio que la fuente de la reclamación no deriva de ningún acto administrativo ilícito sino que se hallaría en la ley que lo establece, debiendo equipararse la prestación a las de pago de haberes salariales. Y cita también al trabajo de Gamarra, distinguiendo entre los daños y perjuicios causados por actos administrativos "antijurídicos" de los generados a título de incumplimientos obligacionales "latos".

A esto agrega el argumento de la competencia residual civil y lo dispuesto por el artículo 2º de la ley 15881., concluyendo que no puede calificarse como reparatoria una decisión que compete a la Justicia Civil, según el citado artículo.

Por otro lado, hemos encontrado otra postura que interpreta que no resulta admisible distinguir si se reclama la reparación de daños y perjuicios o haberes impagos, para determinar si un asunto compete a los Juzgados Letrados de lo Contencioso Administrativo o a los Juzgado Civiles, quedando comprendidos tanto un caso como el otro dentro de la materia de reparación patrimonial, competencia propia de los primeros.

En tal sentido, encontramos la Sentencia del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 3º Turno, publicada con el número de caso 10922 de "La Justicia Uruguaya". Para el Tribunal "no resulta admisible distinguir si se reclama la reparación de daños y perjuicios o haberes impagos, porque el artículo 312 de la Constitución y el artículo 29 del decreto ley 15.532 hacen referencia al contencioso de reparación de los daños causados y entre ellos puede estar comprendida la no percepción de sueldos".

En síntesis, concluye que el pago de haberes es competencia de la Justicia Letrada de lo Contencioso Administrativo, confirmando la resolución dictada por el Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de 12º Turno.

## C) Los Efectos de la Sentencia Definitiva

### 1. Efectos de la Sentencia en el Espacio

Siguiendo con la terminología de Giorgi, con respecto a los efectos de la sentencia definitiva en el espacio, resulta aplicable el principio del proceso civil "*res iudicata ius inter partes*", circunscribiéndose los mismos a las partes en el proceso. Dicho con otras palabras, se aplica el "*principio de relatividad*" y los efectos se limitan al caso litigioso y a los sujetos intervinientes en el proceso.

Rige pues el principio consagrado por el artículo 219 del C.G.P. que establece que "*la cosa juzgada, obtenida en proceso contencioso, tendrá efecto en todo proceso entre las mismas partes siempre que versare sobre el mismo objeto y se fundare en el misma causa*"

Como dice Tarigo, la norma recoge los postulados de la doctrina clásica, que sostenía que la cosa juzgada formada en el proceso reconocía un doble límite en su extensión: un límite objetivo y un límite subjetivo. El límite objetivo está constituido por el objeto o cosa reclamada y por la causa o título jurídico en cuya virtud se reclama, esto es "*la causa petendi*". El límite subjetivo, está configurado por las partes en el proceso. (Cf. Enrique E. Tarigo, "*Lecciones de Derecho Procesal Civil*", Tomo II, FCU, página 295)

Lo expuesto es aplicable tanto a la sentencia que acoge la demanda como a la que la rechaza.

### 2. Efectos de la Sentencia en el Tiempo

Como se habrá podido apreciar en oportunidad de estudiar la acción de nulidad, el tema de los efectos de las sentencias en el tiempo se relaciona íntimamente con la naturaleza jurídica de las mismas. Por ello, partiendo de su naturaleza jurídica estableceremos sus efectos.

#### a) Efectos de la Sentencia que Rechaza la Demanda

La sentencia que rechaza la demanda será de naturaleza mere declarativa, pues no producirá efectos constitutivos ni de condena. Como se recordará, las sentencias declarativas son aquellas que "*tienen por objeto la pura declaración de la existencia o inexistencia de un derecho, dando solución a un estado de incertidumbre jurídica.*" (Cf. Cristina Vázquez, *op. cit.*, páginas 51 a 52, siguiendo las definiciones de Eduardo Couture)

En este caso, pensamos que el fallo tendrá por objeto la pura declaración de la inexistencia del derecho del reclamante a ser resarcido, en virtud de no haberse configurado la responsabilidad estatal.

Recuérdese además, que las sentencias declarativas tendrán una retroactividad absoluta al dar solución al estado de incertidumbre jurídica. (Cf. Enrique E. Tarigo, "*Lecciones de Derecho Procesal Civil*", Tomo I, página 214)

#### b) Efectos de la Sentencia que Acoge la Demanda

La sentencia que acoge la demanda será de naturaleza condenatoria. En efecto, las sentencias de condena han sido definidas por Tarigo como "*aquellas que ponen fin a un proceso en que se formuló una pretensión de condena, acogiendo tal pretensión e imponiendo al demandado, por consiguiente, una prestación determinada de dar, hacer o no hacer.*"

Luego el autor pone como ejemplos de estas sentencias las que le imponen al demandado el pago de una cantidad adeudada o la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados por un ilícito civil. (Cf. Enrique E. Tarigo, *op. cit.*, Tomo I, páginas 180 a 181)

Las sentencias de condena retrotraen sus efectos al día de la demanda. El fundamento radica en que la necesidad de servirse del proceso no se vuelva en contra de quien tiene razón por el tiempo que requiera la actividad judicial destinada a la actuación de la ley. (Cf. Enrique E. Tarigo, *op. cit.*, Tomo I, páginas 214 a 215)

Por tratarse de una sentencia dictada contra el Estado regirá lo dispuesto por el artículo 400 del CGP para la ejecución de sentencias contra el mismo. En dicha norma se establece que "*Ejecutoriada una sentencia contra el Estado, el acreedor pedirá su ejecución mediante el procedimiento que corresponda. Si la sentencia condenare al pago de una cantidad de dinero líquida y exigible, se hará saber al Banco de la República Oriental del Uruguay que debe poner a la orden del órgano jurisdiccional interviniente, debitando de la cuenta del Estado, una suma equivalente al monto de la ejecución, a lo que debe proveerse dentro del plazo máximo de diez días. Confirmada por el Banco la disponibilidad de la suma, se librará orden de pago a favor del acreedor. El Poder Ejecutivo tomará, en la preparación de cada Presupuesto General de Gastos, las providencias necesarias para cancelar los débitos del ejercicio anterior u que se refiere este artículo*"

Como explica Tarigo, se trata de una vía sustitutiva de la de apremio, como contrapartida de la inembargabilidad de los bienes del Estado. Esta norma, había sido derogada en el año 1990 por el artículo 685 de la ley 16.170, que le había quitado automaticidad al sistema de cumplimiento de las sentencias por parte del Estado, el cual ha recobrado vigencia por imperio de lo preceptuado por la ley 16991, que reimplanta la vigencia del artículo 400 del CGP. (Cf. Enrique E. Tarigo, *op.cit.*, Tomo III, páginas 99 a 101)

## D) La Jurisprudencia

Buena parte de la jurisprudencia relevante que encontramos ya fue tratada en oportunidad de analizar el alcance del contencioso reparatorio.

Por otra parte, varios de los pronunciamientos más trascendentes se han centrado en la naturaleza objetiva o subjetiva de la responsabilidad estatal o en perjuicios derivados de actos jurisdiccionales o legislativos, cuestiones que hemos dejamos fuera de nuestro análisis. En ese sentido, resultan recomendables los trabajos del Dr. Mariano Brito y de la Dra. Alicia Castro. (Ve. Mariano R. Brito, "Responsabilidad Extracontractual del Estado Administrativa. Legislativa y Jurisdiccional", *op. cit.*, páginas 129 a 143 y Alicia Castro, en

"Algunos Comentarios sobre la Jurisprudencia Contencioso Administrativa de Reparación Patrimonial", en "Cuarto Coloquio. Contencioso de Derecho Público. Responsabilidad del Estado y Jurisdicción", páginas 81 a 92)

Asimismo, encontramos pronunciamientos jurisprudenciales referentes a la responsabilidad por hechos u omisiones de la Administración. Como éstos supuestos fueron sucintamente mencionados en la presente monografía, haremos algunos breves comentarios referentes a los mismos.

### 1. Jurisprudencia sobre la Legitimación Activa

En el material que pudimos obtener no encontramos jurisprudencia que concretamente refiriera a la cuestión.

### 2. Jurisprudencia sobre el Objeto

#### a) Responsabilidad por Actos de la Administración

Aquí se plantea el problema de la necesidad o no de distinguir entre los daños y perjuicios causados por "actos antijurídicos" y los generados a título de incumplimientos obligacionales "lentos", de determinar si los últimos quedan comprendidos dentro de la materia reparatoria patrimonial y son competencia de los Juzgados Letrados de lo Contencioso Administrativo o no. Se genera la dificultad de determinar si la no percepción de sueldos ingresa dentro del concepto constitucional y legal de "contencioso de reparación" o si por el contrario, no constituye una reclamación por daños y perjuicios sino por cobro de dinero.

Por la trascendencia del asunto, estimamos conveniente tratarlo en un apartado propio, dentro del objeto, por lo cual nos remitimos a lo ya expuesto en dicha oportunidad.

Simplemente, vamos a agregar, siguiendo los comentarios de la Dra. Alicia Castro y en lo que guarda relación con los temas tratados en nuestro trabajo, que se mantiene el criterio de la reparación integral, entendiéndose que supone "reparar" la situación. Así aparecen tribunales en los que se verifica una mayor recepción de la "pérdida de chance" como daño reparable, que sustituye en algunos casos, el lucro cesante alegado por el accionante y en otros, el daño eventual alegado por la defensa. (Cf. Alicia Castro, *op. cit.*, página 88)

En esta tendencia jurisprudencial señalada por la Dra. Castro, destacamos el caso 12256, publicado en "La Justicia Uruguaya". Allí se transcribe el fallo del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 6° Turno, redactado por el Dr. Víctor Bermúdez, en el cual se analiza la cuestión de los efectos lesivos provocados por un acto administrativo ilegítimo de destitución que luego del pronunciamiento anulatorio dispuesto por el TCA, no acató el efecto positivo del fallo, recomponiendo la carrera del funcionario.

Al no haber obrado UTE en la forma correspondiente, se establece como equivalente económico de la pérdida de un derecho el 25% de la cifra total a que resulte en definitiva condenada la Administración, conforme al porcentual fijado por el TCA. Ello se ajustaría al principio de reparación integral del perjuicio y, en cierta forma, operaría como una suerte de "ejecución por equivalente" (condena al pago de una suma de dinero), en sustitución de la "ejecución directa específica" o "in natura" (efectiva recomposición de la carrera administrativa). (Véase el caso citado en las páginas 282 a 284 de LJU)

Lamentablemente no hemos podido encontrar jurisprudencia en relación a si es necesario agotar previamente la vía administrativa para ejercer la opción prevista por el artículo 312 de la Constitución, conforme a su actual redacción.

## b) Responsabilidad por Hechos de la Administración

En la Responsabilidad por Hechos, el problema básico lo constituye la determinación de la reglas aplicables. En tal sentido la SCJ estima que existe un régimen autónomo de Derecho Público, aunque ello no implica que los regímenes constituyan ámbitos aislados e incommunicados. (S.73/92,899/94 Y 727/95)(Cf. Alicia Castro, *op. cit.*, páginas 86 a 87)

Sin perjuicio de lo señalado anteriormente, destacamos como interesante el caso a que refiera la Sentencia N° 75, de 6 de octubre de 1995, del Juzgado Letrado de lo Contencioso Administrativo de 1° Turno, en el cual falló el Magistrado Pedro Keuroglan, el cual fue publicado en el Tomo VI del Anuario de Derecho Administrativo. (Ve. ADDA., Tomo VI, páginas 137 y ss.)

Como lo resume el Dr. Fernando González Márquez, el caso trataba de tres menores adolescentes, dos varones y una mujer, que penetraron a un predio militar (Polígono de Tiro), con cerco perimetral en mal estado y en algunos lugares inexistentes, que no contaba con carteles de prohibición de ingreso. Un soldado que cumplía funciones en un predio vecino dejó su lugar de guardia y al percatarse de la presencia de los jóvenes, se les apersonó. En la oportunidad, obligó a los dos varones a mantenerse inmovilizados boca abajo y retirándose unos metros del lugar con la joven, la sometió a actos aberrantes, permaneciendo en todo momento con su fusil de reglamento.

El magistrado entendió que respondía el Estado, Ministerio de Defensa Nacional, descartando que hubiera un "acto personalísimo del funcionario", acogiendo un concepto amplio de "servicio público". Siguiendo a Deus, afirmó que se trata de proteger con la mayor eficacia posible los derechos de los particulares frente a la actividad del Estado en sus distintas formas.

Corresponde señalar además, que en la especie se dieron las condiciones requeridas por el artículo 25 de la Constitución para que el Estado pudiera accionar contra el funcionario para resarcirse de lo pagado a la víctima, pues el mismo actuó con dolo. (Cf. Fernando González Márquez, "Responsabilidad del Estado", "Anuario de Derecho Administrativo", Tomo VI, páginas 143 y siguientes)

## c) Responsabilidad por Omisión de la Administración

Con respecto a la responsabilidad por omisión de la Administración, destacamos la sentencia 349/95, en la que se distingue entre deber público y obligación. La atribución de cometidos al Estado, implicaría una situación de deber, en función de intereses generales y no meramente individuales.

La Dra. Alicia Castro, al comentar el fallo manifiesta que no se advierte el motivo por el cual no se admitiría exigirle al Estado el cumplimiento de un cometido, señalando que frente a la inacción debe haber un plazo razonable. (Cf. Alicia Castro, *op. cit.*, página 91)

## 3. Jurisprudencia sobre los Efectos de la Sentencia Definitiva

Tampoco aquí hemos encontrado jurisprudencia que tratara la cuestión, quizás porque los efectos de estas sentencias no plantearían mayores dificultades, siguiéndose los principios generales en la materia.

## IV. LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

### A) La Legitimación Activa

De la misma manera que lo hicieramos al tratar la acción de reparación patrimonial, nos limitaremos a considerar la legitimación principal, en virtud de que la secundaria no ofrece mayores dificultades y ha sido pacíficamente admitida en el procedimiento de declaratoria de inconstitucionalidad tanto por la doctrina como por la Suprema Corte de Justicia. (Nótese además, que el artículo 511.1 del CGP es explícito al mencionar al *tercerista como legitimado en la vía de excepción o defensa*)

La norma reguladora de la cuestión es el artículo 258 de la Constitución, que al regular las vías idóneas para promover la declaración de inconstitucionalidad, expresa que la misma podrá solicitarse por todo aquel que se considere lesionado en su interés directo, personal y legítimo"

Al comentar la norma, el Profesor Cassinelli destaca el matiz diferencial que se da en el artículo 309, al regular la legitimación para el caso de la acción de nulidad, en donde se establece que "sólo podrá ejercitarse por el titular de un derecho subjetivo o de un interés directo, personal y legítimo violado o lesionado por el acto administrativo"

En el primer caso, la fórmula constitucional estaría imponiendo la adopción de un criterio que se atuviera al contenido de la solicitud, sin perjuicio de revisarse la calificación jurídica que el solicitante hubiera hecho de los hechos que invocara. De esta manera, para el prestigioso profesor quedaría excluida la actividad probatoria de los elementos constitutivos del caso concreto al que debería referirse el fallo y, por ende, limitado el objeto de la prueba, a los hechos determinantes de la inconstitucionalidad alegada.

A vía de ejemplo, si el solicitante afirmara, por ejemplo, que es dueño de un inmueble en Montevideo, y que, por tanto, la elevación inconstitucional del impuesto inmobiliario lesiona su interés directo, personal y legítimo, la Suprema Corte de Justicia debería dar por supuesto que el solicitante fuera el dueño del inmueble que invocara, y limitar su análisis, en cuanto a la legitimación del solicitante, a la apreciación de si la elevación inconstitucional del impuesto referido configuraría o no, en tal supuesto, una lesión de interés directo, personal y legítimo del dueño. La verdad o falsedad de los hechos configurativos de la lesión invocada, debería ser juzgada por el Juez o Tribunal que tuviera que sentenciar en el caso concreto. Si el solicitante falseara o errara los hechos constitutivos del caso concreto, el fallo referiría a otro caso concreto, por defectuosa redacción de la solicitud.

En el caso de la acción de nulidad, el TCA goza de plena cognición de los elementos constitutivos de la pretendida lesión y por ende, de la verdad de los hechos invocados. (Cf. Horacio Cassinelli, en *"El Interés como Situación Jurídica Garantida en la Constitución Uruguaya"*, *"Perspectivas del Derecho Público en la segunda mitad del siglo XX"*, *"Homenaje a Sayagués Laso"*, páginas 292 a 293)

Desde ya adelantamos que esta opinión no parece haber sido seguida por la Suprema Corte de Justicia, órgano que suele exigir a quien invoque la legitimación en la causa que acredite la titularidad en la que funda su acción. Al respecto, resultará ilustrativa la sentencia n° 801/95, publicada en *"La Justicia Uruguaya"*, en el caso número 13.043, del Tomo CXIII, que habremos de comentar en el apartado destinado a la jurisprudencia.

Pero además habría otra diferencia que este profesor ha resaltado en otro de sus trabajos, que consiste en la falta de mención al derecho subjetivo, omisión que no puede pasar inadvertida. ¿Cómo es posible que la Constitución haya previsto la defensa contra la ley en el caso de lesión de un interés calificado y no lo haya hecho para el caso de lesión de un derecho subjetivo perfecto, donde la tutela debería ser mucho mayor?

Cassinelli lo interpretó en el sentido que cuando una ley lesiona un derecho subjetivo perfecto no debería procesarse conforme al procedimiento previsto para la declaración de inconstitucionalidad de las leyes y que los derechos cercenados podrían ejercerse a pesar de dicha norma legal. La solución de principio sería que el Juez resolviera las contradicciones existentes en el ordenamiento jurídico para resolver el caso planteado, sea en base al principio de jerarquía, sea en base al criterio de temporalidad.

La mencionada solución sólo cedería en mérito a la solución constitucional expresa, como sería el caso de los artículos 256 y siguientes de la Constitución, que implican que las contradicciones entre una ley y una Constitución bajo la cual la misma se promulgó deban ser resueltas únicamente por la SCJ. (Cf. Cassinelli Muñoz, *"Inexistencia, nulidad o inconstitucionalidad de los actos legislativos"*, en *"R.D.J.A."*, Tomo 72, páginas 50 y ss., resumido por el Dr. Martín Riso Ferrand, en *"Derecho Constitucional"*, Tomo I, Editorial Ingranusi LTDA., páginas 162 a 166)

Al referirse a lo manifestado por Cassinelli, el Dr. Riso discrepa con dicha solución, entendiendo que la excepción al principio general aludido no se encuentra en el artículo 258, que refiere a una cuestión procesal (legitimación activa y vías idóneas para la declaración), sino en los artículos 256 y 257. La primera de las normas prevé sin limitación alguna que las leyes podrán ser declaradas inconstitucionales y la segunda atribuye a la SCJ la competencia exclusiva y originaria en la materia. Dicha excepción comprendería toda norma legal inconstitucional, sea que lesionara un interés legítimo o un derecho subjetivo. La falta de referencia en el artículo 258 a la lesión de derecho subjetivo no sería otra cosa que una laguna, la que debería ser integrada conforme a los principios constitucionales y a las normas análogas. En este caso, la norma sería la que establezca la tutela del interés legítimo. (Cf. Martín Riso Ferrand, *op. cit.*, página 166)

Otro tema que ha suscitado divergencias de opiniones ha sido la cuestión referida a la posibilidad del Poder Ejecutivo de accionar por Inconstitucionalidad.

Por la negativa se han pronunciado, entre otros, Moretti, Aguirre Ramírez, Elizalde y Cagnoni.

Por la afirmativa, se inclinaron, entre otros, Jiménez de Aréchaga, Vescovi, Arias, Berro Oribe, Cassinelli Muñoz, etc. (Cf. Martín Riso Ferrand, *op. cit.*, página 167, donde cita las fuentes bibliográficas en las cuales se ubican los trabajos de cada uno de los autores nombrados)

Entre los defensores de la posición favorable a la legitimación activa del Poder Ejecutivo, Jiménez de Aréchaga decía *"que puede promover la cuestión de inconstitucionalidad todo litigante a cualquier título..."*, agregando que el Poder Ejecutivo se encontraba legitimado a tales efectos en nuestro derecho, porque *"si bien el Ejecutivo es co-legislador, no puede oponerse eficazmente a que se termine el proceso de formación de una ley mediante un veto absoluto, desde que, en todo caso, sus observaciones podrán ser superadas por la Asamblea"*

*General por mayoría especial" (Cf. Jiménez de Aréchaga, "La Constitución Nacional", Tomo III, página 225, citado por Risso Ferrand, op. cit., página 168)*

Entre los sostenedores de la posición adversa, destacamos lo manifestado por el Profesor Cagnoni al concluir su trabajo, afirmando que "la amplitud de la fórmula del art. 258, que no puede ser desconocida ni lo es, no es el único argumento como lo es para quienes sostienen la legitimación del Poder Ejecutivo en la declaración de inconstitucionalidad, sino que, como toda norma constitucional, debe ser insertada en el contexto: la gestión del interés general o público no es exclusiva de un órgano ni puede ejercerse rompiendo el equilibrio inconstitucional de los poderes del gobierno, debiendo ejercerse de acuerdo a las atribuciones, en los momentos y por los medios fijados en la Carta que, precisamente, se asienta en el referido equilibrio.

Cuando el Poder Ejecutivo ha ejercido sus atribuciones, en el momento oportuno y por los medios idóneos-Sección VII de la Constitución-promulgando expresamente una ley, carece de legitimación para promover la declaración de inconstitucionalidad que impidiendo la aplicación pudo pretender (y probablemente, obtener) por la vía directa y expresa que la Carta le atribuye.

*Al aceptar el proyecto de ley sancionado y promulgarlo, conjuntando su voluntad al deseo del Poder Legislativo, si ha cambiado de voluntad deberá recorrer nuevo camino proponiendo la derogación" (Cf. José Anibal Cagnoni, "El proceso de Inconstitucionalidad y el Poder Ejecutivo", en "Revista de Derecho Público" N° 2, página 177)*

Cabe destacar también que la Suprema Corte de Justicia se ha manifestado favorablemente sobre la cuestión, como se verá en el capítulo de jurisprudencia, al comentar la sentencia publicada en el caso 11812 de LJU.

Para terminar, cabría preguntarse si la SCJ podría demandar la declaratoria de inconstitucionalidad. Pensamos que en la medida en que demostrara que tiene legitimación activa podría hacerlo.

## B) El Objeto de la Acción de Inconstitucionalidad

Al respecto señala Vescovi que el objeto de la acción de nulidad es la inconstitucionalidad de las leyes o decretos departamentales. (Cf. Enrique Vescovi, "El Proceso de Inconstitucionalidad de la Ley", en "Curso de Derecho Procesal, Tomo V, Volumen II, Instituto Uruguayo de Derecho Procesal, Facultad de Derecho Y Ciencias Sociales, Universidad de la República, F.C.U., página 322)

Siendo contestes con nuestra definición conforme a la cual el objeto de la acción lo constituye la pretensión, podríamos decir que el objeto de esta acción consiste en la pretensión de declaratoria de inconstitucionalidad de una ley o de un decreto departamental con fuerza de ley en su jurisdicción (artículos 256 y ss. y 260)

Cabe determinar entonces cuáles son los actos jurídicos que pueden ser declarados inconstitucionales por la SCJ, tarea a la cual habremos de abocarnos en el siguiente apartado.

### 1. Actos comprendidos en el Objeto

Conforme a la opinión de Cassinelli Muñoz, compartida entre otros por Risso Ferrand y Esteva Galiccio, la Constitución estaría utilizando la expresión ley en su sentido formal. Esto significa que a los efectos de la declaración de inconstitucionalidad, serán leyes:

- a) aquellos actos jurídicos expedidos por el Poder Legislativo a través del procedimiento ordinario para su sanción. (artículos 133 y siguientes de la Constitución)
- b) aquellos actos sancionados por el procedimiento previsto para la sanción de leyes de Presupuesto o las que pueden adjuntarse a la Rendición de Cuentas y Balance de Ejecución Presupuestal (artículos 214 y siguientes)
- c) aquellos actos sancionados por el procedimiento previsto en el numeral 7 del artículo 168 (procedimiento de declaratoria de urgente consideración) (Cf. Martín Risso Ferrand, op. cit., páginas 157 a 158 y Eduardo Esteva Galiccio, "Declaración de Inconstitucionalidad de Actos Legislativos", en "El Poder y su Control", op. cit., página 99 a 100)

Ahora bien, siguiendo a Esteva, corresponde que formulemos algunas interrogantes.

- a) ¿Al efecto previsto por el artículo 256 de la Constitución, el acto jurídico debe ser una ley tanto en sentido formal como sustancial?

No cabe duda que no basta únicamente con el criterio material o sustancial, quedando fuera por ende, los reglamentos y los actos regla que formalmente no sean legislativos. Pero ¿es posible que el acto en cuestión sea legislativo únicamente en sentido formal? El Dr. Esteva se pronuncia afirmativamente, aunque advirtiendo que dichas leyes suscitarían otro clase de inconvenientes.

- b) ¿Las leyes interpretativas de la Constitución son actos jurídicos que puedan ser declarados inconstitucionales?

La respuesta parecería indiscutiblemente afirmativa, en virtud del texto y contexto de la Carta. (artículos 256 y 85, ordinal 20)

c) ¿Están sujetos a este contralor de constitucionalidad de los actos legislativos los tratados?

La respuesta a esta interrogante encuentra opiniones encontradas. Por un lado están los que siguiendo a Jiménez de Aréchaga entienden que el tratado tiene fuerza de ley en el derecho interno. Así por ejemplo opina el Dr. Esteva.

Pero por el otro lado, esta la posición conforme a la cual los tratados internacionales tendrían fuerza superior a la ley. Así por ejemplo piensa el Dr. Aguirre Ramírez, quien desarrolla la fundamentación de su postura en su libro *"Tratado de Derecho Legislativo"*

d) ¿Qué ocurre con los decretos leyes expedidos por los Gobiernos de Facto?

A partir del momento en que se produce su convalidación, validación, aprobación, ratificación o confirmación, son actos jurídicos con forma de ley ordinaria.

e) ¿Qué sucede con las llamadas "leyes constitucionales"? (procedimiento previsto en el literal D del artículo 331 de la Constitución)

Tanto el Dr. Risso como el Dr. Esteva comparten la opinión de Cassinelli, conforme a la cual las "leyes constitucionales" serían una etapa de un procedimiento de reforma constitucional, quedando así fuera el objeto del procedimiento de declaración de inconstitucionalidad.

f) ¿Que acontece con los Actos Institucionales?

Al igual que con los decretos leyes expedidos por los Gobiernos de Facto, los que fueron ratificados son "leyes" a los efectos previstos por el artículo 256 de la Constitución

Por su parte, el artículo 260 dispone que "los decretos de los Gobiernos Departamentales que tengan fuerza de ley en su jurisdicción, podrán ser también declarados inconstitucionales"

Esta categoría de acto refiere a los "actos legislativos de la Junta Departamental en sentido formal, es decir, los actos de la Junta Departamental promulgados por... (el Intendente Municipal..., que ocupan el grado normativo supremo dentro del orden departamental ("que tienen fuerza de ley en su jurisdicción"), como dice el artículo 260" (Cf. Horacio Cassinelli Muñoz, en "La apelación para ante la Asamblea General...", op. cit. página 127, citado por el Eduardo Esteva Galiccio, op. cit., página 104)

Respecto de esta clase de actos jurídicos podrían plantearse similares interrogantes a las planteadas anteriormente, respecto a si un decreto de un Gobierno Departamental con fuerza de ley en su jurisdicción debe serlo tanto en sentido orgánico formal como material y acerca de los decretos municipales de facto.

En punto a lo primero, la solución técnica sería la misma que se dio para las leyes.

En cuanto a lo segundo, y limitándose al período de 1973 a 1985, el Dr. Esteva señala que dichos decretos legislativos municipales no fueron no podrían ser constitucionalmente ratificados por ley. Tampoco cada Gobierno Departamental expidió un decreto con fuerza de ley que realizara la validez general. Frente a ello y de compartirse la tesis tradicional del Dr. Cassinelli conforme a la cual se exige la validación por los órganos competentes una vez finalizado el gobierno de facto, nos encontraríamos ante un decreto legislativo departamental que fue sancionado en forma irregular y por consiguiente habría una clara inconstitucionalidad formal.

De todas maneras, habría que examinar si a partir del 15 de febrero de 1985 no existió una ratificación indirecta realizada por otro decreto con fuerza de ley en su jurisdicción del respectivo Gobierno Departamental. (Cf. Eduardo Esteva Galiccio, op. cit., páginas 99 a 105)

Habiéndose determinado los actos en el objeto del procedimiento de la declaratoria de inconstitucionalidad de los actos legislativos, correspondería determinar en qué supuestos existe inconstitucionalidad de los actos legislativos formales.

## 2. Supuestos en que existe Inconstitucionalidad de los Actos Legislativos Formales

Siguiendo una vez más al trabajo del Dr. Esteva, podemos decir, en una primera aproximación, que un acto legislativo formal será inconstitucional cuando sea incompatible con la Constitución.

Ello nos lleva a tener que explicar ¿qué se entiende por Constitución? Y en Uruguay, la Constitución formal es el acto jurídico que para su reforma requiere la utilización de alguno de los procedimientos previstos por el artículo 331. Nuestra Constitución es rígida, porque para su reforma requiere la utilización de procedimientos o la actuación de órganos diferentes respecto a los que se establecen para la elaboración de las leyes formales ordinarias. Es una Constitución, que a diferencia de las semirígidas, consagra en su texto un procedimiento para la declaración de inconstitucionalidad de las leyes, asegurando así la superlegalidad constitucional.

En segundo lugar, debemos tener en cuenta lo dispuesto por el artículo 329 que dispone:

*"Declaranse 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 esta Constitución, ni a las leyes que expida el Poder Legislativo"*

Este artículo refiere al supuesto en que las leyes vigentes al momento en que entró en vigor con fuerza obligatoria la Constitución, se opusieran a esta.

¿Qué ocurre con esas leyes? Por una parte, ven saneados sus vicios formales. Por otra parte, quedan derogadas en todas las materias y puntos que directa o indirectamente se opongan a la nueva Constitución.

Por último, el artículo 329 admite la eventual derogación por otras leyes ordinarias de las que ratifica en su fuerza y vigor.

En una segunda aproximación, se hace necesario ubicar los actos legislativos cronológicamente en relación con la Constitución. En ese sentido, pueden presentarse los siguientes supuestos:

- a) El acto legislativo es anterior a la entrada en vigor de la Constitución y alguna de las materias y puntos es incompatible con ella. Por tratarse de una ley, debe aplicarse el artículo 329. Existe derogación y no inconstitucionalidad, salvo que se trate de la aplicación de dicha ley a actos o hechos acaecidos antes de entrar en vigor la Constitución actual. Si es un decreto de un Gobierno Departamental, con fuerza de ley en su jurisdicción, el artículo 329 no resulta aplicable, pues dispone exclusivamente para las leyes, debiendo recurrirse a los principios generales.
- b) El acto legislativo es posterior a la entrada en vigencia de la Constitución actual y resulta derogado (la derogación no fue retroactiva) por otro acto legislativo de su mismo valor y fuerza (está vigente) y es incompatible con la Constitución ("por razón de forma o de contenido"). El acto legislativo es inconstitucional.
- c) El acto legislativo es posterior a la entrada en vigencia de la Constitución actual, fue derogado (la derogación no fue retroactiva) por otro acto legislativo de su mismo valor y fuerza (no está vigente desde el momento en que fue derogado y para el futuro), es incompatible con ella ("por razón de forma o de contenido") y puede ser aplicado en un caso concreto cuyos límites temporales quepan en el lapso de vigencia. El acto legislativo derogado es inconstitucional.
- d) El acto legislativo es posterior a la entrada en vigor de la Constitución actual, fue derogado retroactivamente por otro de su misma fuerza y vigor (la derogación tuvo efectos *ex tunc* y *ex nunc*, en realidad se suprimió su vigencia). Es como si el acto legislativo original no hubiera existido. No hay problema de inconstitucionalidad del acto original, aunque en ciertos casos pueda ser inconstitucional el segundo.

De esta manera, la primera aproximación debe sustituirse por la siguiente: Un acto legislativo formal (ley o decreto con fuerza de ley en su jurisdicción de un Gobierno Departamental), posterior a la Constitución actual, vigente o derogado con efectos sólo para el futuro por otro acto legislativo, es inconstitucional cuando es incompatible con dicha Constitución, aquella bajo la cual se expidió.

En vez, si el acto legislativo formal (ley o decreto de un Gobierno Departamental que tenga fuerza de ley en su jurisdicción) es anterior a la Constitución actual, sus vicios formales respecto de la Constitución bajo cuya vigencia fue elaborado, fueron saneados por el artículo 329 y si se opone en alguna materia o punto a la Constitución actual, perdió su fuerza y vigor, está derogado. (Cf. *Eduardo Esteve Galiccio, op. cit., páginas 105 a 108*)

Similares consideraciones y ejemplos pueden encontrarse en el libro de Martín Risso Ferrand, en el Capítulo VI, que refiere a la vigencia de la Constitución y los efectos sobre el ordenamiento jurídico anterior. (Véase *Martín Risso Ferrand, op. cit., páginas 113 a 125*)

Al respecto, consideramos útil recordar las consideraciones del autor al referirse a los principios relativos a la pluralidad de fuentes de producción jurídica y a los conceptos de validez y vigencia, herramientas de hermenéutica que simplifican enormemente la resolución de este tipo de casos.

En relación a los principios, el autor explicaba que la pluralidad de fuentes de producción conduce a la existencia de frecuentes contradicciones entre las mismas, las que en general se resuelven en base a los principios de temporalidad y jerarquía según el caso.

El principio de temporalidad, implica que entre fuentes de similar jerarquía, las eventuales contradicciones se resuelven en base a la sucesión temporal. El nuevo acto, deroga así al anterior, lo que puede producirse de dos maneras:

- a) cuando el nuevo acto expresamente establece la abrogación del anterior
- b) cuando el acto nuevo es incompatible con el anterior (derogación tácita)

A esto deben efectuarse además dos precisiones:

- a) que el principio de temporalidad funciona aún cuando el acto posterior sea de jerarquía superior al anterior y no sólo en el caso de fuentes de similar status

b) que en los casos de derogación tácita rige el principio de que la ley general no deroga la anterior especial salvo texto expreso

En síntesis, el principio de temporalidad implicaría que si la norma posterior es de igual o superior jerarquía, deroga a la anterior.

Por otra parte, el principio de jerarquía, sería el que opera cuando la contradicción se produce con una norma posterior a la primera, de inferior jerarquía.

Esto debe complementarse con las nociones de validez y vigencia. La validez, refiere a la irregularidad de los requisitos intrínsecos a un acto. La vigencia, refiere al período durante el cual los hechos acaecidos se rigen por una determinada norma. (Cf. *Martín Riso Ferrand, op. cit., páginas 48 a 50, citando el trabajo de Horacio Cassinelli Muñoz, "Oposición superveniente: ¿Derogación o Inconstitucionalidad?, en R.D.I.A., Tomo 55, op. cit., página 160*)

En definitiva, la cuestión de determinar si la cuestión se trata de inconstitucionalidad o de derogación, girará en torno a los principios de temporalidad y jerarquía y a los conceptos de vigencia y validez. La inconstitucionalidad se presentará cuando una ley sea contraria a la Constitución bajo la cual fue promulgada. Habrá así un problema de invalidez y será preciso aplicar el principio de jerarquía. La derogación se presentará cuando una Constitución se oponga a una ley. Se aplicará aquí el principio de temporalidad y la ley dejará de regir.

Es preciso aclarar que las opiniones que acabamos de transcribir no han sido pacíficamente aceptadas por toda la doctrina y jurisprudencia. En efecto, en doctrina el Dr. Riso hace referencia a las posiciones encontradas entre Martín C. Martínez y la del Dr. Massera. Mientras el primero distinguía como lo hacen Esteva y Riso entre derogación e inconstitucionalidad, el segundo reivindicaba una posición conforme a la cual a la SCJ le competía resolver en todos los casos de contradicción entre una norma legal y una constitucional, sea que esta fuera anterior o posterior.

En el plano jurisprudencial, el TCA adhirió siempre a la distinción entre inconstitucionalidad y derogación y en consecuencia, cuando existía una contradicción entre una ley posterior a la Constitución, concluía que había inconstitucionalidad y requería el pronunciamiento de la SCJ. Por el contrario, si la Constitución era posterior a la ley, por entender el tribunal que se trataba de una cuestión de derogación, el mismo resolvía la cuestión.

A nivel de la SCJ, la solución histórica fue la contraria, reivindicando siempre su competencia exclusiva para resolver todos los casos de contradicción entre una norma constitucional y una legal, independientemente de la sucesión temporal entre ambas, considerando que en uno y otro caso correspondía hablar de inconstitucionalidad.

A partir de 1991, comenzaron a surgir discordias en los pronunciamientos, hasta que en 1993, la Corte modificó su jurisprudencia, adhiriendo a la posición doctrinalmente mayoritaria. Dicha Sentencia fue la publicada en el caso 12.430 de LJU, a la cual habremos de referirnos en el apartado de jurisprudencia. (Cf. *Martín Riso Ferrand, op. cit., páginas 122 a 124*)

De esta manera, la competencia originaria y exclusiva de la SCJ para declarar la inconstitucionalidad de los actos legislativos formales (art. 257 de la Constitución) operaría solamente cuando en el caso se de una contradicción entre una ley y la Constitución bajo la cual fue promulgada la misma. (Cf. *Eduardo Esteva Galiccio, op. cit. página 108 y Martín Riso Ferrand, páginas 123 a 124*)

### 3. Causales de Inconstitucionalidad

Guiándonos una vez más por el trabajo del Profesor Esteva, podemos señalar que conforme a lo establecido por el artículo 256 de la Constitución, los actos legislativos formales podrán ser declarados inconstitucionales por razón de forma o de contenido.

Este aspecto suscita algunos problemas. Existe acuerdo en doctrina que nuestra Constitución es rígida. Sin embargo, algunos artículos requieren algunas precisiones. Así el prestigioso profesor se dedica a explicar los problemas interpretativos que suscitan los artículos 79, inciso 1º, 3ª oración; 88, inciso 3º; 174, inciso 3º y 269.

De los cuatro casos, hemos escogido dos, a los solos efectos de ilustrar sobre la problemática planteada. Veremos el caso del artículo 88, inciso 3º y el del artículo 174, inciso 3º.

El artículo 88, inciso 3º, dispone que "El número de Representantes podrá ser modificado por la Ley, la que requerirá para su sanción, dos tercios de votos del total de los componentes de cada Cámara". ¿Puede la ley contando con el referido quórum de votación fijar en cualquier guarismo el número de miembros de la Cámara de Representantes? En principio parecería que sí, pero existen algunos límites. No podría hacerlo por debajo de treinta y ocho, dado que el inciso 2º establece que corresponderán a cada Departamento, dos Representantes por lo menos.

El artículo 174, inciso 3° faculta al acto jurídico con forma de ley ordinaria aprobada por mayoría especial, para modificar el número de los Ministerios. Pero no sería posible reducir el número de Ministerios a uno, dada la utilización en plural del vocablo "Ministerios".

De esta manera, no sería posible realizar afirmaciones terminantes en el sentido que determinadas leyes sólo podrían ser inconstitucionales por razón de forma.

El punto de partida sería distinguir adecuadamente los diferentes actos jurídicos. Si fuera un acto legislativo, en sentido formal y orgánico, la SCJ lo podría declarar inconstitucional por razón de forma o de fondo. Pero si fuera por ejemplo una ley de amnistía, los vicios posibles serían sólo dos: que la ley no hubiera sido aprobada por el quórum de votación requerido o que no existiera el caso extraordinario que la Constitución requiere como motivo. (Cf. *Eduardo Esteva Galiccio, op. cit., páginas 110 a 111*)

## C) Los Efectos de la Sentencia Definitiva

Para el tratamiento de los efectos de la sentencia, previo a seguir el enfoque que los clasifica en el espacio y en el tiempo, habremos de hacer alusión a las distintas vías para solicitar la declaración de inconstitucionalidad, en mérito a que guardan relación con el tema de los efectos.

### 1. Vías para solicitar la Declaración de Inconstitucionalidad

Las vías posibles son 3: la de excepción, la de oficio y la de acción.

La vía de excepción significa, en la terminología constitucional, que la misma puede plantearse en cualquier procedimiento judicial. De aplicarse una interpretación literal de la norma, la mencionada defensa no podría plantearse en el proceso jurisdiccional que se sustancia ante el TCA, lo cual carece de sentido, cuando se faculta a dicho órgano a solicitar vía oficio la declaración de inconstitucionalidad.

Este problema fue solucionado por el CGP en su artículo 510, al hacer referencia a un proceso jurisdiccional, dentro de lo cual ingresaría eventualmente la Corte Electoral.

La vía de oficio, se encuentra prevista en el inciso 2° del ordinal 2°, del artículo 258 de la Constitución. Si el Juez o Tribunal consideran que una norma legal que deban aplicar es inconstitucional, podrán solicitar a la SCJ que se pronuncie al respecto, elevando las actuaciones. No se trata de una vía consultiva sino que procede cuando los Jueces o el Tribunal consideren que existe un vicio de inconstitucionalidad.

La vía de acción supone que la cuestión no se plantea en un proceso en trámite, sino directamente ante la SCJ. De acuerdo a lo señalado por Risso Ferrand, la Constitución no estaría exigiendo que para accionar directamente ante la SCJ no hubiere un proceso jurisdiccional pendiente, destacando al conveniencia de que dicha vía pudiese ejercerse aún cuando el interesado tuviera un juicio en trámite, porque se evitaría la paralización del procedimiento.

Este criterio no ha sido seguido por el CGP, acotando en el artículo 510 a la vía de acción para cuando no existiere proceso pendiente. El autor estima que podría estimarse que al restringir el alcance constitucional, la norma fuera contraria a la misma. (Cf. *Martín Risso Ferrand, op. cit., páginas 160 a 161*)

### 2. Efectos de la Sentencia Definitiva en el Espacio

El artículo 259 de la Constitución prevé que el fallo de la SCJ se referirá exclusivamente al caso concreto y sólo tendrá efectos en los procedimientos en que se haya pronunciado, declarando si corresponde o no declarar el acto legislativo como contrario a la Constitución.

En consecuencia, podríamos decir que aquí también rige el principio de relatividad de los efectos del fallo, tanto para la sentencia que acoge la solicitud de declaratoria de inconstitucionalidad como para la que la rechaza.

Comentando el instituto de declaratoria de inconstitucionalidad de las leyes, el Dr. Nelson Niciliello encontraba como fundamento para la limitación del fallo de la Suprema Corte de Justicia al Principio de Separación de Poderes. (Cf. *Nelson Nicoliello, "Los Criterios de la Suprema Corte de Justicia en materia de Declaración de Inconstitucionalidad", en "El Poder y su Control", op. cit., página 127*)

La determinación del caso concreto en las vías de excepción y de oficio no presentaría dificultades, dado que el mismo estaría referido al proceso principal en que la cuestión de constitucionalidad se planteara y al objeto de dicho juicio. Quiere decir que el fallo no afecta a quienes no fueron parte en el juicio. Rige el principio de relatividad de los efectos de la cosa juzgada, que ya comentamos ampliamente al estudiar las acciones reparatoria y anulatoria.

La solución tiene su lógica en el derecho a ser oída y de argumentar su derecho de defensa que tienen las personas. Si un particular pudiera oponer contra otro que no fue parte en el juicio en el cual se declaró la inconstitucionalidad de un acto legislativo, se estaría vulnerando el derecho al debido proceso.

Cuando pasamos a la vía de acción, la determinación del caso concreto se complica y como señala Cassinelli, la misma dependerá de la habilidad del accionante.

Mientras en la vía de excepción el caso concreto es la contienda sometida a la decisión del órgano jurisdiccional o el asunto voluntario sobre el cual se deba decidir, en la vía de acción, el caso concreto se determina por la identidad del actor, la identidad de la disposición cuestionada y la identidad del interés legítimo, personal y directo. (Cf. *Martín Riso Ferrand, op. cit., páginas 171 a 173.*)

Cassinelli da el siguiente ejemplo. Si se solicita en vía de acción la declaración de inconstitucionalidad de un decreto de un Gobierno Departamental con fuerza de ley en su jurisdicción, que implica un aumento en la contribución inmobiliaria, el interesado podrá efectuar diversos planteos:

- A) Puede expresar en la demanda que el promotor es propietario de un inmueble en la Jurisdicción del mismo (individualizándolo) y que se le pretende cobrar par el año en que se promueve la acción un importe indebido.
- B) Puede hacer referencia, en forma más amplia, a que es propietario de varios inmuebles en la Jurisdicción del mismo (individualizándolos) y que se le pretende aplicar a dicho ejercicio y en el futuro.

En una y otra hipótesis, la extensión del caso es diferente. (Cf. *Cassinelli Muñoz, Derecho Público, Volumen II, página 314, citado por Martín Riso Ferrand, op. cit., páginas 173*)

### 3. Efectos de la Sentencia Definitiva en el Tiempo

#### a) Efectos de la Sentencia que Declara la Constitucionalidad de las Disposiciones impugnadas

Pensamos que esta sentencia tendría una naturaleza meramente declarativa, en tanto se limita a dar certidumbre jurídica acerca de la constitucionalidad de las disposiciones o del acto legislativo impugnado en el caso concreto.

En consecuencia, los efectos tendrán, como ya se ha señalado en sede de las acciones de nulidad y de reparación patrimonial, retroactividad absoluta (Cf. *Enrique L. Tarigo, "Lecciones de Derecho Procesal Civil", Tomo I, página 214*)

#### b) Efectos de la Sentencia que Declara la Inconstitucionalidad de las Disposiciones Impugnadas

Se trata de un aspecto sumamente discutido tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial, suscitando opiniones encontradas fundamentalmente en los efectos temporales de la sentencia que declara la inconstitucionalidad de los actos legislativos impugnados por vía de acción.

En el plano doctrinal, el Profesor Raúl Moretti afirmó que los fallos de la Suprema Corte de Justicia que acogen la solicitud de declaración de inconstitucionalidad serían constitutivos, porque la ley seguiría siendo válida y eficaz desde su sanción y con posterioridad a la sentencia, exceptuando su alcance limitado al caso concreto. (Cf. *Raúl Moretti, "La inconstitucionalidad de las leyes y su declaración por el Poder Judicial", en "La Justicia Uruguaya", Tomo XLVII, páginas 23 y siguientes, citado por Eduardo Esteve Galiccio en "Una jurisprudencia errónea: los efectos de la sentencia declarativa de inconstitucionalidad", "Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político", N° 50, páginas 194 a 195 y Sentencia N° 43, de 24 de junio de 1992 de la SCJ, publicada en "Revista de Derecho Público", N° 2, página 123*)

Las sentencias constitutivas son aquellas que crean una situación jurídica nueva o modifican o extinguen una situación jurídica preexistente. (Cf. *Cristina Vázquez, op. cit., página 52 y Enrique Tarigo, op. cit., página 215*)

No poseen efecto retroactivo alguno, proyectando sus efectos hacia el futuro. En efecto, será la propia sentencia la que cree una situación jurídica nueva o la que modifique o extinga una situación jurídica preexistente. (Cf. *Enrique Tarigo, op. cit., página 215*)

Por su parte, el Dr. Jorge Larrioux ha sostenido que: "la sentencia declarativa de inconstitucionalidad participa de las características de la sentencia de conulteriu (impone la inaplicabilidad de la ley), retrotrayendo sus efectos al día de la demanda, actuando esa declaración al momento mismo de la acción o excepción, pues la actividad judicial de conocimiento conlleva un tiempo y es necesario impedir que aquél que se sirve del proceso para obtener razón, sufra daño por el tiempo que éste ha insumido".

Como consecuencia de la naturaleza condenatoria que tendría la sentencia declarativa de inconstitucionalidad los efectos retroactivos del fallo se limitarían a las fechas de interposición del recurso en cualquiera de sus vías. (Cf. Jorge T. Larrieux, "Eficacia temporal de la sentencia declarativa de inconstitucionalidad", en "Revista Judicialuru", N° 33, página 172, citado por Eduardo Esteva Galiccio, en "Una jurisprudencia errónea...", op. cit., páginas 198 a 199)

Finalmente, tenemos la opinión de quienes sostienen que la naturaleza de la sentencia que declara la inconstitucionalidad de un acto legislativo es declarativa, con efectos retroactivos para el caso concreto. Así por ejemplo opinarían el Dr. Esteva, el Dr. Artecona y el Maestro Couture, de acuerdo a lo señalado por el último de los autores. (Ve. Eduardo Esteva Galiccio, op. cit., páginas 194 y siguientes y Daniel Artecona Gulla, "Efectos de la sentencia declarativa de inconstitucionalidad", "Revista de Derecho Público", N° 2, páginas 127 y siguientes)

En el plano jurisprudencial, a través de la Sentencia N° 43, de 24 de junio de 1992, la Suprema Corte de Justicia se pronunció por la postura sostenida por el Dr. Larrieux, citando en su favor además a las opiniones de los Drs. Véscovi y Arlas. (Ve. "Revista de Derecho Público", N°2, páginas 123 y ss.)

Siguiendo el resumen del Dr. Risso Ferrand, señalemos que el caso trataba de una persona de derecho público no estatal, que había obtenido por vía de acción, la declaración de inconstitucionalidad de determinadas disposiciones legales tributarias y posteriormente accionó por pago de lo indebido, pretendiendo el reembolso de lo que había pagado en virtud de dicha norma, antes de la declaración de inconstitucionalidad.

Al habiendo tenido éxito en primera instancia, se revocó el pronunciamiento obtenido en segunda instancia y en casación, la Corte, adhiriendo a la posición del Dr. Larrieux, entendió que tanto la excepción como la acción pretendían la inaplicabilidad de la ley y que la demanda presuponia que las disposiciones podían aplicarse y que la declaración no procedía por haber sido definitivamente aplicada la norma.

Ello sería consecuencia de que el caso concreto a que aludiría la Carta nacería recién con la demanda. Con anterioridad, al no existir procedimiento, el caso no existiría. En consecuencia, se concluyó que la sentencia que declaraba la inconstitucionalidad de los actos impugnados sólo abarcaba la aplicación de la ley desde el momento en que se había deducido la pretensión. (Cf. Martín Risso Ferrand, op. cit., páginas 174 a 175)

Esta postura ha merecido diversas críticas. En primer lugar y con respecto a la opinión de Arlas, para quien la vía de acción sería únicamente preventiva, pudiendo plantearse sólo cuando no existiera un proceso pendiente y produciendo por ende la declaración de inconstitucionalidad efectos hacia el futuro, El Dr. Esteva señala que tales consecuencias no surgen del texto constitucional. En efecto, el autor señala que la inexistencia de proceso no es un requisito exigido por la Constitución, agregando que de acuerdo al texto de la misma la vía de acción también podría ser reparatoria. (Cf. Eduardo Esteva Galiccio, op. cit., páginas 195 a 196)

En segundo lugar y con relación a la opinión de Véscovi, se transcriben extractos de los que parecería surgir que el autor entendería que la sentencia que declara la inconstitucionalidad tendría, naturaleza declarativa, produciendo efectos retroactivos, limitados al caso concreto, tanto en la vía de excepción como en la de acción, lo cual no serviría para avalar la opinión de la Suprema Corte de Justicia (Ve. Eduardo Esteva Galiccio, op. cit., páginas 196 a 198)

En tercer lugar, se ha criticado la idea de que el caso concreto nazca con la demanda, ya que por lógica el mismo debe preceder a la pretensión. (Cf. Eduardo Esteva Galiccio, op. cit., página 200)

En cuarto lugar, se ha puesto de manifiesto que al hacer aplicable la idea de que el caso concreto nace con la solicitud, sin distinciones y para todas las vías, se podrían plantear graves consecuencias. (Véanse los ejemplos planteados por el Dr. Esteva en las páginas 201 a 202 del trabajo citado)

En quinto lugar y para terminar, se ha dicho que "los efectos del fallo de la Corte podrán presentar aspectos de retroactividad o no, según el caso concreto de que se trate, y según como el mismo haya sido planteado si se trata de ejercicio de la vía de acción. El problema no radica en la retroactividad o no de la sentencia sino en la determinación del caso concreto en el cual, por mandato constitucional, se aplicaría la misma" (Cf. Martín Risso Ferrand, op. cit., página 176)

## D) La Jurisprudencia

A diferencia de lo que nos sucedió con la acción de reparación, el material resultó bastante más abundante. Por razones de tiempo, nos limitaremos a comentar los casos números 11.812, 13.043 y 12.430 de LJU, siguiendo la metodología de ordenar los comentarios según el tema al cual refieran.

## 1. Jurisprudencia sobre la Legitimación Activa

### a) Legitimación Activa del Poder Ejecutivo

Con respecto a éste tema, destacamos lo establecido en el caso 11.812, que trata sobre la solicitud de inconstitucionalidad interpuesta por parte del Poder Ejecutivo, por vía de excepción, contra la ley 16.004, en un juicio de nulidad que se seguía en su contra.

La Suprema Corte de Justicia entendió que el Estado poseía legitimación activa para impugnar una ley de inconstitucionalidad, con base a lo establecido en el artículo 258 de la Constitución.

### b) Legitimación Activa de los Particulares

La legitimación activa de los particulares, se encuentra muy bien analizada en el caso 13.043. Se trataba de la clausura de un local destinado a la explotación de juegos electrónicos por haber violado la prohibición de no permitir el ingreso al mismo de menores de 18 años. La solicitud la interpuso el titular del establecimiento, en el juicio de nulidad que perseguía contra el Gobierno Departamental de Montevideo, por vía de excepción.

Entre los argumentos que interesan respecto a la legitimación, el solicitante manifestó que el acto legislativo formal departamental que habilitaba la clausura de su local resultaba violatorio de lo dispuesto por los artículos 10 y 41 de la Carta.

Con relación a la supuesta violación a lo dispuesto por el artículo 10, que consagra los principios de libertad y legalidad, la Corte entendió que de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 509 del CGP, quienes pueden invocar la violación del mismo son quienes se encuentran directamente alcanzados por la interdicción, o sea, aquellos a quienes se les impide el acceso a esa clase de comercios.

Con referencia a la violación al artículo 41 de la Carta, estableció que el cuidado y la educación de los hijos les compete a sus padres, razón por la cual, aquí tampoco tendría el titular del establecimiento clausurado legitimación activa para cuestionar una infracción a esta norma.

Y luego se extiende remitiéndose a doctrina y jurisprudencia, para concluir que la alegación de inconstitucionalidad no está abierta a cualquiera, sino sólo a la persona que demuestre o invoque que han lesionado sus derechos o intereses legítimos, por la ley que constituye el objeto de la impugnación.

Si bien la Corte habla de "*demostrar o invocar*", nos parece que en realidad no se conformaría simplemente con una invocación, sino más bien una demostración de que el solicitante se encuentre lesionado en su situación jurídica de derecho subjetivo o de interés legítimo.

## 2. Jurisprudencia sobre el Objeto

### a) Actos Comprendidos

En el caso 11.812, la ley objeto de la impugnación era calificada por el legislador como interpretativa y tenía por finalidad aclarar ciertas cuestiones relacionadas al hecho generador del Impuesto a la Renta de Industria y Comercio, fundamentalmente en su aspecto material.

La Corte entendió que correspondía desentrañar la verdadera naturaleza de la norma, aceptando la calificación legal de norma interpretativa sólo en los casos en que por su contenido lo fuera verdaderamente.

Y al analizar la misma estableció que si había incertidumbre jurídica en la interpretación del texto y si la finalidad era interpretarlo, se reunían los presupuestos que determinaban que la norma fuera interpretativa. Como en el caso tales extremos se habían verificado, concluyó que la ley impugnada era interpretativa y constitucional.

En el caso 13.043, el acto sujeto al contralor de constitucionalidad era un decreto de las Juntas de Vecinos de Montevideo, que resultaba impugnado por no haber sido convalidado por la autoridad democrática.

La SCJ entendió que había habido una convalidación implícita en tanto decretos posteriores de la Junta Departamental de Montevideo suspendieron la aplicación e incluso sustituyeron varias de sus disposiciones.

Por otra parte, la Corte sostuvo que no comparte la interpretación conforme a la cual no se podrían limitar Derechos Fundamentales sin una ley en sentido formal.

## b) Contradicciones alcanzadas por el Contralor de Constitucionalidad a cargo de la Suprema Corte de Justicia

Como ya señaláramos en oportunidad de estudiar el objeto de la acción de inconstitucionalidad, en el caso 12.430 publicado en *"La Justicia Uruguaya"*, la Corte cambió la jurisprudencia que venía sosteniendo hasta ese entonces con respecto a los supuestos en los cuales asume competencia.

En efecto, a través de la Sentencia que dicta con fecha 27 de agosto de 1993, la SCJ deja de sostener la tesis de la unidad de competencia, conforme a la cual no habría fundamento técnico para distinguir entre derogación de una ley por oposición superveniente a una norma constitucional y oposición de una ley respecto de una norma constitucional vigente en el momento de su promulgación, quedando ambos supuestos comprendidos en la órbita de contralor de dicho órgano, para pasar a preconizar la tesis opuesta.

La Corte entendió que para que la confrontación entre un acto legislativo formal y la Constitución fueran lógicamente posibles la regla constitucional debía preexistir al acto legislativo objeto de valoración, debiendo tener ambos, regla constitucional y acto legislativo, un período común de vigencia temporal.

En la hipótesis de inconstitucionalidad, lo que se discute es la legitimidad del acto legislativo, lo que requeriría su confrontación con el modelo constitucional vigente al momento de su promulgación.

En el caso de oposición entre una norma legislativa formal y una norma constitucional de vigencia posterior, la oposición no sería un caso de inconstitucionalidad sino de derogación.

Por lo tanto, como el caso trataba de una norma constitucional posterior a un acto legislativo formal, la Suprema Corte de Justicia declinó competencia, manifestando que carecía de jurisdicción, por no constituir la materia a la que se refiere el artículo 256 de la Constitución.

En el caso concreto se trataba de un retirado policial que buscaba promover por vía de acción la inconstitucionalidad del artículo 4° de la ley 13.793, que a su criterio establecía un régimen de pasividades violatorio del artículo 67, inciso 2° de la Constitución.

### 3. Jurisprudencia sobre los Efectos de la Sentencia Definitiva

Lamentablemente aquí tampoco pudimos conseguir jurisprudencia que refiriera a los efectos de la sentencia definitiva.

## V. LA ACCIÓN DE AMPARO

### A) La Legitimación Activa

Nuevamente, aquí nos limitaremos al estudio de la denominada legitimación principal, dejando de lado la legitimación secundaria, en virtud de que la misma se rige por los principios generales.

En cuanto a la legitimación principal para el ejercicio de la Acción de Amparo, el texto legal refiere concretamente a *"derechos y libertades"*.

En lo que respecta a la situación jurídica de derecho subjetivo perfecto no existen dudas que se encuentra comprendida por el instituto. Sin embargo, al no haberse mencionado a texto expreso la situación jurídica de interés legítimo, se generan dudas respecto a si la misma se encontraría alcanzada por la ley de amparo.

En opinión del Escribano Emilio Biasco Marino, el amparo por lesión de un interés legítimo resulta procedente, en virtud de la naturaleza jurídica de esta situación jurídica, la cual claramente deriva de un derecho o libertad. Esta opinión resulta compartida en el plano doctrinal y por distintos fundamentos, entre otros, por Viera, Cassinelli, Torello, Gelsi Bidart, Van Rompaey, Ochs Olazábal y Bidart Campos. (Cf. *Emilio Biasco, "El Amparo General en el Uruguay"*, páginas 298 a 299)

Concretamente, el Profesor Viera al plantearse el problema admitía la procedencia, en tanto se tratara de un interés expresa o implícitamente protegido por la Constitución, como serían los llamados intereses difusos. (Cf. *Luis Alberto Viera, "Ley de Amparo"*, Ediciones Idea, página 32)

Por su parte, el Dr. Torello manifiesta que *"La legitimación también está claramente precisada: está legitimado para promover el amparo el titular de un derecho subjetivo (y hay que admitir que también el titular de un interés directo, personal y legítimo) o libertad, reconocida por la Constitución"* Y luego aclara que además del amparo regulado por la ley 16.011, estaría el establecido en el Pacto de San José de Costa Rica, que por su naturaleza no habría sido derogado por la ley de amparo. En virtud este tratado, el Dr. Torello sostiene que gozarán de protección no sólo los derechos reconocidos por la Constitución, si no también los

reconocidos por las leyes o por las normas de dicho tratado. (Cf. Luis Torello, "Acción de Amparo", en "El Poder y su Control", op. cit., páginas 177 a 178)

En relación a los intereses difusos, como ya se señaló, el Dr. Viera estima que los mismos estarían alcanzados por el amparo. Igual opinión tiene el Escribano Biasco, quien al tratar el punto hace alusión a las distintas denominaciones que se han dado en derecho comparado a esta categoría de intereses, destacando la opinión de Giannini, para quien los intereses difusos serían los intereses comunes a todos los individuos de una formación social, no organizada y no individualizable en forma autónoma. Se diferenciarían de los colectivos en que no se ubicarían en una determinada organización social, sino que se encontrarían extendidos o diseminados en un universo no organizado. (Ve. Emilio Biasco, op. cit., página 303)

Respecto al concepto de intereses difusos y su diferencia con los colectivos, el Profesor Vescovi ha señalado que los difusos "son intereses fragmentarios o supraindividuales, que aparecen comprometidos en la dinámica de nuestra sociedad moderna" y luego destaca que lo que diferencia los intereses difusos de los colectivos es la ausencia de una comunidad de personas genéricamente organizada e identificable. Los colectivos, por el contrario, consistirían en los intereses comunes a una actividad de personas, cuando existiera algún vínculo jurídico entre los componentes del grupo, como por ejemplo, los sindicatos. De todas maneras, el autor estima que los artículos 42 y 220 resultarían aplicables a ambas categorías. (Cf. Enrique Vescovi, "La participación de la Sociedad Civil en el Proceso. La defensa del interés colectivo y difuso. Las nuevas formas de legitimación", "Revista Uruguaya de Derecho Procesal 1/2000, F.C.U., páginas 21 a 22)

Lo expuesto, en cierta manera resulta coincidente con las definiciones que establece el artículo 81 de la ley 8.078 del Brasil. En efecto, la citada norma define como difusos a los intereses "transindividuales, de naturaleza indivisible, de que sean sujetos personas indeterminadas y ligadas por circunstancias de hecho", mientras que los colectivos serían los intereses "transindividuales, de naturaleza indivisible, de que sea sujeto un grupo, una categoría o una clase de personas ligadas entre sí o con la parte contraria por una relación jurídica - base". Lo que diferenciaría unos de otros sería la relación jurídica - base entre los interesados o entre estos y un tercero. ("la parte contraria"). (Cf. Juan Carlos Barbosa Moreira, "La iniciativa en la defensa judicial de los intereses difusos y colectivos", "un aspecto de la experiencia brasileña", "Revista Uruguaya de Derecho Procesal, F.C.U., Tomo 2, 1992, página 235)

Como ejemplos típicos de estos intereses se suele hacer referencia a la defensa del medio ambiente, de los derechos del consumidor, de valores artísticos, culturales, históricos, turísticos, paisajísticos, etc. (Cf. José Carlos Barboza Moreira, op. cit., página 236)

La regulación de los intereses difusos, que Vescovi entiende extensible a los intereses colectivos, se encuentra prevista en los artículos 44 y 220. El primero, legisla sobre la representación de dichos intereses y el segundo, sobre los efectos de la cosa juzgada.

Concretamente, el artículo 44 establece que "en el caso de cuestiones relativas a la defensa del medio ambiente, de valores culturales o históricos y, en general, que pertenezcan a un grupo indeterminado de personas, estarán legitimados indistintamente para promover el proceso pertinente, el Ministerio Público, cualquier interesado y las instituciones o asociaciones de interés social que según la ley o a juicio del tribunal garanticen una adecuada defensa del interés comprometido"

Y el artículo 220, previendo una solución acorde a la naturaleza de ésta clase de intereses establece que "la sentencia dictada en procesos promovidos en defensa de intereses difusos (artículo 42) tendrá eficacia general, salvo si fuere absolutoria por ausencia de pruebas, en cuyo caso, otro legitimado podrá volver a plantear la cuestión en otro proceso"

## B) El Objeto de la Acción de Amparo

Con carácter genérico, podríamos decir que el objeto del amparo como instituto, consistiría en la tutela de los derechos y libertades "reconocidos expresa o implícitamente por la Constitución". Siguiendo la idea de que la pretensión es el objeto de la acción, podríamos decir que la acción de amparo es aquella que tiene por objeto la protección de derechos y libertades reconocidos expresa o implícitamente por la Constitución. Así por ejemplo se han pronunciado autores de la talla de Brito, Biasco y Rippe. (Cf. Mariano Brito, "Acción de Amparo", "El Poder y su Control", op. cit., páginas 144 a 145; Emilio Biasco, op. cit., páginas 204 a 205 y Siegbert Rippe, "El Amparo contra Actos de los Particulares en Materia Comercial", Anuario de Derecho Comercial, Tomo IV, páginas 279 a 283)

Pero como enseña Viera, los elementos objetivos del amparo son los que perfilan su objeto. (Cf. Luis Alberto Viera, op. cit., página 12). Esto nos llevaría a tener que determinar los elementos objetivos, los cuales serían, de acuerdo a lo establecido básicamente por los artículos 1º y 2º de la ley 16.011:

1. un acto, hecho u omisión
2. que lesionara, restringiera, alterara o amenazara
3. un derecho o libertad reconocida expresa o implícitamente por la Constitución, salvo el hábeas corpus,
4. con manifiesta ilegitimidad,

5. sin que existieran en el ordenamiento jurídico otros medios judiciales o administrativos que permitieran obtener el mismo resultado que se persigue con el amparo,
6. provocando o amenazando con provocar al titular del derecho o libertad un daño irreparable. (Cf. Luis Alberto Viera, *op. cit.*, página 13)

De esta manera, en un sentido más específico, podríamos decir que el objeto de la acción de amparo consiste en la tutela de derechos o libertades reconocidos expresa o implícitamente por la Constitución, salvo el hábeas hábeas, cuando un acto, hecho u omisión los lesione o amenace lesionarlos, provocando o amenazando con provocar un daño irreparable, siempre que sea con ilegitimidad manifiesta y no existan otros medios judiciales o administrativos que permitan obtener el mismo resultado.

A continuación, habremos de examinar brevemente cada uno de estos elementos, siguiendo básicamente a los lineamientos que sobre el punto han efectuado Viera, Rippe, Brito y Biasco en las obras ya citadas.

## 1. Un acto, hecho u omisión

Como enseña Rippe, el acto puede definirse en un sentido amplio o en uno estricto.

En sentido estricto el acto contiene una triple significación. En primer lugar, implica una actividad, una acción, un obrar del sujeto. En segundo lugar, supone una voluntariedad en la realización del acto y en tercer lugar, implica la aptitud para crear, modificar o extinguir relaciones de derecho por parte del mismo.

En un sentido amplio, en cambio, abarcaría tanto un hecho humano como un acto en sentido estricto, comprendiendo tanto su aspecto activo o positivo como su aspecto pasivo o negativo, en cuanto incluye el no hacer o la omisión en el hacer de ese sujeto. (Cf. Siegbert Rippe, *op. cit.*, página 283)

En el supuesto previsto por la ley 16.011, pensamos que el legislador habría entendido al acto en su sentido estricto, distinguiéndolo del hecho y de la omisión. Así podríamos decir que por acto debería entenderse, como enseña Biasco, siguiendo a la definición de Messineo, a "el acto humano, realizado con conciencia y voluntad, por parte de quien es capaz de obrar; del que nacen efectos jurídicos, cuyo resultado es querido y tomado en consideración por el ordenamiento jurídico" (Cf. Emilio Biasco, *op. cit.*, página 204)

Recordemos además que en el ámbito del Derecho Administrativo y del Derecho Público, se entiende que hay acto cuando hay una determinación de voluntad de la Administración que se exterioriza, que se hace perceptible por los terceros con su significado, en sí misma, como mera declaración de la voluntad y no cuando la determinación de la voluntad se hace perceptible a los terceros sólo a través de su ejecución. (Cf. Juan Pablo Cajarville Peluffo, citando a Gordillo, en "Lo Contencioso de Reparación", *op. cit.*, páginas 17 a 18)

En tal sentido, nuestro ordenamiento jurídico ha definido al acto administrativo como "toda manifestación de voluntad de la Administración que produce efectos jurídicos" (Cf. Artículo 120 del Decreto 500/91)

De esta forma, integrarían la categoría de actos administrativos los denominados "actos de la Administración activa", quedando fuera los llamados "actos de la Administración consultiva o de control", excepto cuando produjeran efectos jurídicos en la esfera de los destinatarios.

La administración consultiva sería la que comprende las actividades dirigidas a suministrar en forma de pareceres, aclaraciones, consejos, directivas u orientaciones insumos para que la autoridad adopte su resolución principal o conclusiva.

La administración de control sería la que abarca las actividades dirigidas a verificar la regularidad jurídica (control de legitimidad) o el cumplimiento de las reglas de buena administración (control de mérito), respecto de quienes deben ejercer las competencias de administración activa. (Cf. Emilio Biasco, *op. cit.*, página 205)

Quedan expresamente excluidos del objeto de la acción de amparo los actos jurisdiccionales, cualquiera sea su naturaleza y el órgano del que emanen, los de la Corte Electoral "in totum" y las leyes y decretos de los Gobiernos Departamentales que tengan fuerza de ley en su jurisdicción. (Cf. Luis Alberto Viera, *op. cit.*, página 13)

En relación al hecho, el mismo puede definirse también en un sentido amplio como en un sentido restringido.

En un sentido amplio y con carácter general, serían hechos "los eventos constituidos por una acción u omisión humana, involuntaria o voluntaria (acto jurídico), o por una circunstancia de la naturaleza que crea, modifica o extingue derechos" (Cf. Emilio Biasco, *op. cit.*, página 210, citando la noción de Couture)

En un sentido restringido, hechos serían los eventos constituidos por una acción humana involuntaria o por una circunstancia de la naturaleza que creara, modificara o extinguiera derechos. Mientras el acto sería todo comportamiento voluntario, el hecho sería aquel carente de voluntad (Ve. Juan Pablo Cajarville Peluffo, *op. cit.*, página 18)

En el ámbito del Derecho Público y del Derecho Administrativo, la noción de hecho no implica necesariamente que el mismo deba ser aquel en el cual la voluntad del sujeto es inexistente. Muy por el contrario, podrían haber hechos de la Administración tanto voluntarios como no voluntarios. Los primeros, serían aque-

llos en los cuales la voluntad de la Administración sólo se hace perceptible para los terceros a través de su ejecución o cumplimiento. Los involuntarios, serían los acontecimientos que son consecuencia de una actuación de la Administración no querida por la misma o contraria a su voluntad. (Ve. Juan Pablo Cajarville Peluffo, *op. cit.*, página 18)

Por último, la omisión, en un sentido restringido, separada de las nociones de acto y de hecho, consistiría en un no hacer lo debido. (Cf. Emilio Biasco, *op. cit.*, página 206)

Esta última hipótesis implicará para la actuación judicial el tener que enfrentarse en muchos casos con delicadísimas cuestiones de competencia y separación de poderes y funciones, cuando la Administración sea el sujeto omiso. (Cf. Mariano Brito, *op. cit.*, páginas 157 a 160)

En el plano de las conductas imputables a la Administración, el Profesor Brito señala que las omisiones pueden darse tanto cuando se debe ejecutar un acto concreto y no se hace como cuando se debe pronunciar una decisión y no se la dicta. (Cf. Mariano Brito, *op. cit.*, página 158)

Y más adelante analiza el problema que se plantea cuando la Administración debe adoptar una decisión y omite hacerlo, concluyendo que en nuestro sistema jurídico no corresponde a la judicatura dictarla. En efecto, destaca el autor que "la voluntad legislativa apunta a que el Juez del amparo determine lo que la autoridad omisa deba o no deba hacer y el plazo en que deberá hacerlo, pero no contempla la atribución de potestad al juez para que se sustituya al obligado" (Cf. Mariano Brito, *op. cit.*, página 160)

## 2. Una lesión, restricción, alteración o amenaza de lesión

En segundo término, el acto, hecho u omisión debe de modo actual o inminente lesionar, restringir, alterar, amenazar o afectar los derechos o libertades del accionante.

Como se puede observar, la norma contempla tanto el amparo represivo (*medio de protección de un derecho o libertad lesionado, restringido o alterado*) como el preventivo (*protección frente a la amenaza de la producción de cualquiera de esos eventos*) (Cf. Luis Alberto Viera, *op. cit.*, páginas 13 a 14 y Luis Torello, "Acción de Amparo", en "El Poder y su Control, *op. cit.*, página 173)

Este requisito implicaría que el acto, hecho u omisión fuera actual, presente, real y efectivo. Si ya ocurrió, si definitivamente se consumó, sin efectos en el presente, no existirían méritos para que operara el amparo. Si fuera futuro e incierto, tampoco operaría. Sólo cuando el hecho, acto u omisión fuera lesivo o cuando amenazare con provocar lesión podría habilitarse el funcionamiento del amparo.

Se requiere que exista una relación de causa a efecto entre el acto, hecho u omisión y el amparo, entre la contemporaneidad del mismo como provocación y la inmediatez del amparo como respuesta. Si no existe un interés actual y presente, si no subsisten los efectos del acto, hecho u omisión al tiempo del amparo, éste será improcedente. (Cf. Siegbert Rippe, *op. cit.*, página 283, subsumiendo este elemento o presupuesto con el enumerado en primer lugar por nosotros)

El Escribano Biasco distingue entre el agravio o interés presente o contemporáneo y el inminente. Mientras el primero supondría lo que se da "in actu", lo efectivo y real, el segundo estaría constituido por lo que amenaza o está por suceder o ejecutarse prontamente, en un futuro cercano, inmediato, por oposición al futuro remoto. En un caso, operaría el amparo represivo y en el otro, el preventivo. (Cf. Emilio Biasco, *op. cit.*, páginas 248 a 254)

Si se sigue la posición de este autor, la inminencia del agravio también deberá revestir las notas de ser cierta e inmediata. Se agregan además las notas de gravedad y concreción y el requisito establecido por la jurisprudencia nacional de imprevisibilidad del peligro invocado, que buscan que no se sobrecargue la jurisdicción por el uso indiscriminado de esta especie preventiva. (Cf. Emilio Biasco, *op. cit.*, páginas 250 a 255)

Para terminar señalemos que conforme a la opinión de Néstor Sagües, las lesiones, restricciones, limitaciones o amenazas quedarían subsumidas en dos hipótesis: la restricción, que incluiría la reducción, disminución o limitación y la alteración, que supondría el cambio o modificación.

Siguiendo a Biasco, preferimos sostener que las diversas hipótesis legales podrían reducirse a las limitaciones y las amenazas, siguiendo el tratamiento tradicional en nuestra doctrina de la temática. (Ve. Emilio Biasco, *op. cit.*, página 255, donde hace referencia a la distinción del autor argentino)

## 3. A un derecho o libertad reconocida por la Constitución, salvo el hábeas corpus

Este es el aspecto medular del amparo, que comprende, como ya se dijo en oportunidad de tratar la legitimación, no sólo a los derechos subjetivos, sino también a los intereses legítimos, los difusos y los colectivos, de acuerdo a la opinión de la más autorizada doctrina. (Ve. por ejemplo Luis Alberto Viera, *op. cit.*, página 32, Luis Torello, *op. cit.*, páginas 177 a 178 y Emilio Biasco, *op. cit.*, páginas 298 a 299, citando la doctrina favorable a esta postura)

Implica la necesidad que el acto, hecho u omisión lesione, restrinja, limite o amenace un derecho o una libertad expresa o implícitamente reconocida por la Constitución. Es lo que comúnmente la doctrina refiere como el objeto del amparo u objeto del agravio. (Ve. por ejemplo Mariano Brito, *op. cit.*, páginas 144 y a 154, Siegbert Rippe, *op. cit.*, páginas 279 a 283 y Emilio Biasco, *op. cit.*, páginas 277 y ss.)

La amplitud con que debe interpretarse este elemento ha sido puesta de manifiesto por el Profesor Brito al explicar que quedan comprendidos en el objeto del amparo no sólo los llamados derechos individuales, en su enumeración clásica, sino también los derechos económicos y sociales. En efecto, los derechos y libertades reconocidos implícita o explícitamente por la Constitución comprenderían a todos los derechos fundamentales del hombre, los cuales se definen como "aquellas perfecciones debidas al hombre por reclamo de su naturaleza corporal y espiritual, haciéndolas posibles en plenitud y que la razón descubre". (Cf. Mariano Brito, *op. cit.*, página 146)

Y luego explica que el hombre, en cuanto ser, es un todo, una unidad a la que le pertenecen todos los derechos fundamentales, las perfecciones que le son debidas sin que pueda ser dividido en dos o más partes: el hombre moral de un lado y el hombre político, o jurídico o económico por el otro. Las perfecciones debidas al hombre no sólo abarcarían al derecho a la vida, honor, libertad, seguridad, trabajo y propiedad, así como la protección consecuente que de los mismos se consagra en el artículo 7 de nuestra Constitución, sino que también abarcaría los derechos cívicos, económicos y sociales, propios de la condición de animal político y social del mismo. Derechos fundamentales serían tanto unos como otros, siendo ambos inherentes a la personalidad humana y por ende reconocidos por virtud del artículo 72 de la Constitución. Es así que la familia, la salud, la vivienda decorosa, la indigencia y la seguridad social también constituirían bienes jurídicos tutelados por la Carta. (Ve. Mariano Brito, *op. cit.*, páginas 146 a 147)

En la misma corriente de pensamiento se ha ubicado el Profesor Alberto Viera al manifestar que "quedan comprendidos en el amparo, los derechos consignados en la Declaración de Derechos Humanos de las Naciones Unidas del 10 de diciembre de 1948, los contenidos en los Pactos Internacionales de Derechos Civiles, Políticos, Económicos, Sociales y Culturales de 19 de diciembre de 1966, ratificados por ley 13.751 o en la Convención Interamericana de Derechos Humanos, más conocida por Pacto de San José de Costa Rica, del 22 de noviembre de 1969, ratificada por el art. 15 de la ley 15.738 sino, también, otros como el derecho a la intimidad o los llamados intereses difusos a que se refieren los artículos 42 y 220 del Código General del Proceso (protección del medio ambiente, del equilibrio ecológico, del acervo histórico y cultural, del consumidor, etc.)" (Ve. Luis Alberto Viera, *op. cit.*, página 15 y Mariano Brito, citando la opinión del autor, *op. cit.*, páginas 148 a 149)

Sin embargo, alguna jurisprudencia nacional ha sostenido que la acción de amparo en principio no comprendería los llamados derechos económicos y sociales o por lo menos no en su totalidad, cambiando la solución de principio cuando alguno de esos derechos fuera reconocido por una ley. (Ve. Mariano Brito, *op. cit.*, página 149, citando la Sentencia N° 158, del Tribunal de Apelaciones que intervino en los autos "Cossio Valentina y otros c/ BHU y otros, Acción de Amparo, ficha 181/89)

Esta postura ha sido criticada por el Profesor Mariano Brito, sosteniendo la comprensión de estos derechos por virtud de lo establecido por el artículo 72 y otros de nuestra Constitución. No obstante, el autor advierte que su criterio no supone que pueda operar sin más una socialización de la responsabilidad correspondiente para la protección de esos derechos económicos, sociales y culturales, cuya asunción personal radicaría en la persona humana y su protagonismo originario y responsable en orden a su perfeccionamiento personal y el de las comunidades de que hace parte (familia en primer lugar). La responsabilidad estatal tendría aquí un carácter subsidiario, en defecto o imposibilidad de los originalmente obligados. (Cf. Mariano Brito, *op. cit.*, páginas 147 a 150)

La interpretación llevada a cabo por la jurisprudencia citada por el Dr. Brito podría tener su sustento en lo establecido por el artículo 25 de la ley 15.737, que en su artículo 25, numeral 1° prescribe como objeto del amparo a "los derechos fundamentales reconocidos no sólo por la Constitución, sino por las leyes o por las normas de la propia Convención". Sin embargo, la doctrina que trata el punto no ha sostenido en ningún momento la restricción jurisprudencial.

Así por ejemplo, el Dr. Rippe, al referirse al Pacto de San José de Costa Rica establece que el mismo introduce la tutela de los derechos legales. Y posteriormente, si bien interpreta que la ley 16.011 sería restrictiva de los supuestos previstos por el Tratado no duda en inclinarse por la solución comprensiva de los supuestos previstos por el Pacto de San José de Costa Rica, en mérito a que por su propia naturaleza internacional, sería prevalente sobre las soluciones de nuestro derecho interno.

Por su parte, el Dr. Torello sostuvo que en materia de amparo existiría otro ordenamiento legal vigente en el país, anterior a la ley 16.011, que por su naturaleza no cabría entender que hubiera sido modificado por la ley de amparo. Refiriéndose a lo dispuesto por el Pacto de San José de Costa Rica y a lo establecido por la ley 16.011 manifiesta que "el espectro del amparo que regula la ley N° 16.011 no se circunscribe a derechos o libertades reconocidos expresa o implícitamente por la Constitución, sino que se amplía

a otros derechos reconocidos en leyes y convenciones que obligan internacionalmente a la República" (Cf. Luis Torello, *op. cit.*, página 176)

Personalmente preferimos la opinión del Dr. Brito, que mediante su interpretación de corte jusnaturalista, basada en lo dispuesto por el artículo 72 de nuestra Constitución, evita las interpretaciones restrictivas del objeto del amparo. (Cf. Mariano Brito, *op. cit.* páginas 144 a 157, basándose en las opiniones doctrinales de Sampay y Real)

Esta postura parecería ser la seguida por el Escribano Biasco, quien al preguntarse qué ocurre con los derechos no enumerados por el artículo 7 de la Constitución, diseminados en la Sección II y otras de la Constitución, responde que en virtud de lo establecido por el artículo 72 de la Carta, quedan comprendidos en el objeto del amparo no sólo los derechos enumerados por el texto constitucional sino también por los inherentes a la personalidad humana o derivados de la forma republicana de gobierno. (Cf. Emilio Biasco, *op. cit.*, página 138)

Para finalizar, cabe agregar que se excluyen del objeto del amparo los casos en que proceda la interposición del hábeas corpus. Los supuestos de hábeas corpus comprenderían tres especies: el reparador o clásico, el preventivo y el restringido. El primero, es el expresamente previsto por el artículo 17 de la Constitución, que regula el modo más grosero de agresión a la libertad ambulatoria: la prisión indebida. El segundo, refiere a los casos en que exista amenaza cierta a la libertad ambulatoria. El tercero, tutelaría atentados menores al "jus movendi et an bulandi", como seguimientos molestos, actos de hostigamiento, vigilancias excesivas, impedimento de acceso a lugares, etc. (Cf. Luis Alberto Viera, *op. cit.*, página 15, citando el trabajo del profesor argentino Néstor Pedro Sagües sobre el Hábeas Corpus)

#### 4. Con ilegitimidad manifiesta

Este es un elemento propio de la excepcionalidad del instituto, que para no desvirtuar su funcionamiento exige que el acto, hecho u omisión que lesione, restrinja, altere o amenace lesionar un derecho o libertad reconocida por la Constitución, salvo el hábeas corpus, lo haga con ilegitimidad manifiesta. No bastará pues con acreditar la lesión, restricción, alteración o amenaza a un derecho o libertad reconocida por la Constitución, sino que además se requerirá que exista ilegitimidad en el acto, hecho u omisión que las genere.

En efecto, por aplicación del principio de relatividad de los derechos podría afectarse o limitarse a un derecho o libertad constitucional sin que existiera ilegitimidad. Como dice Viera, en la actualidad no existen derechos absolutos, salvo estrictas excepciones, pudiendo limitarse todo derecho o libertad por razones de interés general. En el orden nacional, por una ley y en el departamental por un decreto con fuerza de ley. Los actos cumplidos por la Administración en cumplimiento de tales leyes o decretos con fuerza de ley, serían legítimos aunque afectaran un derecho o libertad constitucional. Todo ello en la medida en que no existiera arbitrariedad en la restricción o afectación del derecho o libertad, quedando en definitiva librada a la valoración que hiciera el juez la determinación de la existencia o ausencia de este elemento. (Vé. Luis Alberto Viera, *op. cit.*, páginas 16 a 17 y Siegbert Rippe, *op. cit.*, página 286, quien se pronuncia en similar sentido para el ámbito en que la afectación a los derechos o libertades la provoque un particular, sin abusos, excesos, arbitrariedades o ilegitimidades)

Esto nos lleva, en primer lugar, a tener que definir qué se entiende por ilegitimidad. Al respecto, el Profesor Biasco, siguiendo a Giucciardi, distingue del punto de vista técnico entre ilegitimidad e ilicitud, estableciendo que mientras la primera refiere a una violación a una norma de acción, la segunda refiere a una violación de una norma de relación. La ilegitimidad estaría relacionada a los actos de la administración en tanto la ilicitud estaría vinculada al comportamiento de la misma.

No obstante, aclara que en nuestro ordenamiento jurídico quedarían subsumidos en el concepto de ilegitimidad tanto los actos como los comportamientos (omisiones o hechos) contrarios al ordenamiento jurídico en general, violatorios tanto de una norma de acción como de relación. La ilegitimidad se concretaría así en toda hipótesis violatoria de normas jurídicas en sentido amplio. (Cf. Emilio Biasco, *op. cit.*, páginas 266 a 267)

Esta amplitud de la noción se puede encontrar en el artículo 309, inciso 1º de la Constitución, que al regular la acción de nulidad establece que procederá contra actos definitivos contrarios a una regla de derecho o con desviación de poder. En el mismo sentido, puede verse lo establecido por el Decreto - Ley 15.524, en su artículo 23, literal a).

Por otra parte, es preciso destacar, como lo enseña el Profesor Brito, que la noción de ilegitimidad debería desbordar la de la legalidad positiva o formal, por cuanto el objeto que se tutela aquí alcanza tanto a los derechos y libertades reconocidos expresamente como a los reconocidos implícitamente por la Constitución.

Sería absurdo pues dejar fuera del ámbito de protección del amparo a aquellos derechos o libertades que no hubieran sido reconocidos expresamente por una norma positiva. Todo ello por virtud de lo establecido por el artículo 72 de la Carta, que incorpora a nuestro ordenamiento jurídico positivo todos los principios

generales de la ley natural. (Cf. Mariano Brito, *op. cit.*, páginas 155 a 157. Recuérdese sin embargo, que cierta tendencia jurisprudencial no ha interpretado el campo de aplicación del amparo con la amplitud del Dr. Brito, como ya se vio al analizar el elemento 3)

Habiéndose precisado el significado de ilegitimidad, debemos abocarnos a desentrañar el sentido de la nota que la califica como manifiesta.

En tal sentido, el Dr. Viera establece que lo manifiesto implica que la ilegitimidad resulte "clara, evidente, inequívoca, grosera. Que prácticamente se probara de inmediato, "in continenti", dejándose fuera del amparo las cuestiones opinables, que por ello requirieran mayor amplitud de debate y prueba. (Cf. Luis Alberto Viera, *op. cit.*, página 17)

Por su parte, el Dr. Rippe expresa que el la manifiesta ilegitimidad "debe necesariamente consistir en una violación categórica e indubitable de un derecho individual que pueda comprobarse por la parte agraviada de manera objetiva e inmediata y así ser apreciada por el Juez de la causa". Si el caso requiriese, en cambio, un mayor debate y pruebas más extensas, por cuestiones opinables o que presentaran cierta complejidad por las propias particularidades y circunstancias del caso, si el caso necesitara de un análisis mas amplio y profundo, el amparo no sería el procedimiento apropiado. (Cf. Siegbert Rippe, *op. cit.*, página 287)

En similar sentido, el Escribano Biasco explica que manifiesto "es lo que por sus propias calidades, se muestra - prima facie -, tal como es, sin necesidad de mayor actividad interpretativa o integrativa". Y continúa: "Manifiesto equivale a lo que es patente, ostensible, indiscutible, descubierto, expuesto, mostrado, exteriorizado, aparente, claro, declarado, desnudo, evidente, sabido, visible, notorio, público, que hace ostentación, gala o alarde de ilegitimidad" (Cf. Emilio Biasco, *op. cit.*, página 268, basándose en los pronunciamientos jurisprudenciales para definir al concepto)

Lo expuesto es consecuencia de la naturaleza y fines del instituto. Como advierte el Dr. Rippe, "el amparo como mecanismo tutelar y de garantía de los derechos constitucionales es por sus propósitos, excepcionalidad y efectos, de trámite sumario, incluso sumarísimo y ello no permite un autoriza etapas de conocimiento y prueba que no sean de rápida, directa y eficaz aprehensión, composición y comprensión de los hechos". Y más adelante afirma que "de lo contrario, no sólo se desvirtuaría este instituto sino que se violentarían otros principios esenciales de nuestro sistema jurídico, como el de igualdad de las partes en juicio, el derecho al debido proceso y la garantía de defensa. En efecto, la mecánica del instituto permite que el amparado pueda situarse un una posición de indudable preeminencia y ventaja en desmedro de su contraparte..." (Cf. Siegbert Rippe, *op. cit.*, página 287)

Sin embargo, debe tenerse presente que la jurisprudencia ha sostenido que el elemento ilegitimidad manifiesta no debe interpretarse con un criterio extremadamente restrictivo, sin que por ello se vulnere la exigencia de ostensibilidad y claridad de la ilegitimidad. (Cf. Emilio Biasco, *op. cit.*, página 268)

Lo señalado se relaciona íntimamente con el rechazo de la demanda por improponibilidad manifiesta, la que implica el rechazo de plano o "in limine" de la demanda, sin sustanciarla, disponiendo el archivo de las actuaciones. Al respecto, la jurisprudencia ha establecido que el rechazo liminar de la acción por manifiesta improponibilidad debe quedar reservado para aquellos casos en que seguir adelante con el juicio choque con el sentido común, dadas las manifestaciones del actor. Ante la menor duda, deberá posibilitarse el acceso a la sentencia definitiva, no pudiendo resolverse negativamente sin apreciar la totalidad del espectro jurídico en conflicto, la certeza del derecho y la existencia de la conducta lesiva. Al Juez, por principio, le corresponderá asumir una actitud protectora, evitando afectar el derecho de defensa. (Cf. Emilio Biasco, *op. cit.*, páginas 351 y siguientes, donde recoge los principios interpretativos que la jurisprudencia ha elaborado sobre el punto)

## 5. Sin que existieran otros medios judiciales o administrativos que permitieran obtener el mismo resultado

Se trata de otro de los elementos característicos de la excepcionalidad de este instituto, que determina que para que proceda el amparo no baste que mediante un acto, hecho u omisión manifiestamente ilegítimo, se lesione, restrinja, altere o amenace lesionar un derecho o libertad reconocida por la Constitución, salvo el hábeas corpus, exigiéndose además que no existan otros medios que permitan obtener el mismo resultado (artículo 9, literal B) o que si existieren, fueran por las circunstancias claramente ineficaces para la protección del derecho. (artículo 2º, ley 16.011). (Cf. Luis Alberto Viera, *op. cit.*, páginas 20 a 21)

El Profesor Viera comentando este elemento manifestó que "es este aspecto el que le da al amparo su carácter de instrumento extraordinario, excepcional, residual, que corresponde cuando, dadas las circunstancias, los medios normales de protección resultan impotentes". Y más adelante, al determinar cuáles eran las circunstancias que ameritaban el amparo frente a los medios corrientes de tutela, expresó que "el amparo corresponde cuando hay una lesión o una amenaza inminente de lesión a un derecho o libertad constitucional que produce o va a ocasionar un daño irreparable al titular de tal derecho o libertad, de esperar se cumplan los trámites de los instrumentos normales", concluyendo que

en el amparo hay siempre una razón de tiempo, de inmediatez, que requiere un actuar sin tardanza, un proceder con urgencia. (Cf. *Luis Alberto Viera, op. cit., páginas 20 a 21*)

Por su parte, el Profesor Rippe, al explicar las notas de este elemento, afirma también que en este aspecto se puede apreciar el carácter restrictivo y excepcional del instituto, en tanto sólo procede en ausencia o por ineficacia de los procedimientos normales establecidos por la ley para resolver las pretensiones de las partes en el juicio. (Cf. *Siegbert Rippe, op. cit., página 288*)

Se trata de un recurso previsto para evitar oportuna y eficazmente un daño grave e inminente o un daño grave e irreparable, por lo que si existieran otros recursos ordinarios que pudieran con relativa facilidad e inmediatez lograr esos propósitos, el amparo debería ser rechazado. Sólo cuando no existieren dichos recursos o cuando los mismos no tuvieran la aptitud para resolver con prontitud y eficacia situaciones graves, críticas y urgentes deberá admitirse el amparo. De lo contrario, se alteraría indebidamente el principio cardinal del debido proceso legal. (Cf. *Siegbert Rippe, op. cit., página 288*)

En este sentido, resultan aplicables las consideraciones que el Profesor Brito efectuara en su trabajo al señalar el peligro denunciado en el Senado de que la acción de amparo no se convierta en "un mecanismo lateral, una especie de burla de lo jurídico, interponiendo una y otra vez recursos para evitar el funcionamiento adecuado y ágil de la justicia" (Ve. *Mariano Brito, op. cit., página 145, donde transcribe la opinión del Senador, Dr. Jorge Batlle sobre la acción de amparo*)

En definitiva, quedará librado al buen criterio del Juez la valoración de la oportunidad y eficacia de las vías procesales normales. Como ha sido puesto de manifiesto por el Profesor Rippe, se trata de un aspecto que dependerá de la apreciación personal del Juez, siendo uno de los elementos más complejos y controvertibles del amparo. (Cf. *Siegbert Rippe, op. cit., página 288*)

En dicha apreciación judicial, el Profesor Biasco resalta que no alcanzaría con señalar la existencia de otros medios para desestimar el amparo, debiéndose analizar además si estos son iguales o más eficaces que el amparo. De lo contrario, debería operar el amparo, en forma paralela a los restantes medios existentes. (Cf. *Emilio Biasco, op. cit., páginas 339 a 340, analizando el punto bajo en nombre de "Principio de Subsidiariedad"*)

## 6. Provocando o amenazando con provocar al titular del derecho o libertad un daño irreparable

Finalmente, se adicionaría como elemento necesario, que el acto, hecho u omisión manifiestamente ilegítimo produjera o fuera a producir al titular del derecho o libertad lesionado o amenazado de lesión un daño irreparable. (Cf. *Luis Alberto Viera, op. cit., página 21*)

El Profesor Rippe entiende que se requiere que se justifique la presencia de un daño serio, grave, innegable, que sólo pueda prevenirse o superarse oportuna y eficazmente mediante el amparo. (Cf. *Siegbert Rippe, op. cit., página 287*)

Si no se presentara manifiestamente la inminencia o irreparabilidad del daño, el amparo carecería de fundamento y eficacia, ya que su fin específico consiste en prevenir la lesión, en el caso de amenaza, o detenerla, en el caso de la lesión, restableciendo de inmediato el derecho lesionado. (Cf. *Siegbert Rippe, op. cit., página 287*)

Sólo la inmediatez del daño justificaría la inmediatez intrínseca a la acción de amparo, excepcional y sumaria por definición. El amparo, no tiene un propósito reparatorio sino restitutorio. Por lo expuesto, si el daño ya se hubiera consumado definitivamente o si ya no subsistieran los efectos lesivos, el amparo no sería pertinente porque se limitaría a una declaración abstracta, sin efectos en el caso concreto. El amparo es un instituto con un efecto puntual y específico: abstenerse de realizar un acto u hecho prohibido o ejecutar un acto u hecho omitido. (Cf. *Siegbert Rippe, op. cit., páginas 287 a 288, hablando solamente de actos, aunque con un sentido comprensivo de los hechos y las omisiones, de acuerdo a lo sustentado por el autor en la página 283*)

El citado autor concluye su análisis de éste elemento manifestando que aunque la ley 16.011 no haya sido explícita en cuanto a la necesidad del mismo, se trataría de un presupuesto implícito, inherente a la razón y ser del amparo. (Cf. *Siegbert Rippe, op. cit., página 288*)

El Profesor Viera, al comentar este elemento, aclara que la referencia a daño irreparable refiere a la reparación en especie, pues la monetaria siempre sería posible. Y agrega que si la conducta ilegítima aún no ha producido sus efectos, el amparo buscará eliminarla o suspenderla. Si, en cambio, la conducta ya hubiera producido sus efectos, el amparo buscaría restituir las cosas al estado anterior al gravamen. Por esa razón, el artículo 9º, en su literal b), establece que la sentencia que haga lugar al amparo deberá determinar con precisión lo que deba o no hacerse y el plazo por el cual dicha resolución regirá, si correspondiera fijarlo. (Cf. *Luis Alberto Viera, op. cit., página 21*)

El Profesor Biasco, destaca al estudiar este presupuesto, que la doctrina sostiene que aún existiendo otros procedimientos legales, el amparo sería viable cuando el empleo de esos medios ordinarios pudiera ocasionar un daño grave e irreparable, por denegación de justicia, estableciéndose la carga del actor de invocar y demostrar que el agravio existe y es irreparable. (Cf. *Emilio Biasco, op. cit., página 262, citando la obra del autor argentino Néstor Sagiés*)

Pero luego afirma que en realidad el daño se produciría como consecuencia de la limitación del goce continuo de los derechos y libertades; situación que no habilitaría a transformar la consecuencia en condición. La exigencia de la acreditación de un daño irreparable, traería aparejado para el autor un bloqueo casi total a la posibilidad de deducir amparo por peligro o inminencia de lesión. A su criterio, el amparo procedería ante cualquier agresión actual o inminente al goce de un derecho o libertad, independientemente de la cuantía del daño que dicha agresión alcanzara a provocar; pues se trataría de impedir que se siguiera afectando el bien jurídico tutelado. (Cf. *Emilio Biasco, op. cit., página 262*)

El autor culmina su análisis señalando que la circunstancia de que los perjuicios ocasionados puedan ser indemnizados pecuniariamente no obsta al ejercicio del amparo, que trata precisamente de evitar la reparación por equivalente, criticando numerosa jurisprudencia que sostiene lo contrario. (Cf. *Emilio Biasco, op. cit., páginas 262 a 265*)

## C) Efectos de la Sentencia Definitiva

### 1. Efectos de la Sentencia Definitiva en el Espacio

Con relación a los efectos de la sentencia definitiva en el espacio, resulta aplicable también aquí el principio general "*res iudicata ius inter partes*" o "*principio de relatividad*", circunscribiéndose la eficacia del fallo al caso litigioso y a los sujetos intervinientes en el proceso.

En consecuencia, la sentencia dictada en un proceso de amparo no obligará a las autoridades o sujetos que no fueron parte en el mismo. (Cf. *Emilio Biasco, op. cit., página 370*)

Como ya explicáramos en oportunidad de tratar los efectos en el espacio de la sentencia definitiva de reparación patrimonial contra el Estado, estamos en el ámbito de lo que la doctrina clásica procesalista denomina como límites objetivos y subjetivos de la cosa juzgada. El límite objetivo lo constituye la cosa reclamada y la causa o título jurídico en cuya virtud se reclama y el límite subjetivo lo constituyen las partes en el proceso. (Cf. *Enrique E. Tarigo, "Lecciones de Derecho Procesal Civil", Tomo II, FCU, página 295*)

Lo expuesto resultaría aplicable tanto a las sentencias que acogieran la demanda de amparo como a las que la denegaran.

Sin embargo, debe tenerse la regulación específica prevista para el caso de intereses difusos establecida por el artículo 220, que ya transcribíamos en sede de legitimación activa de la presente acción. En virtud de lo establecido por ésta norma, la sentencia que acoja la defensa de los intereses difusos beneficiará a todos los posibles interesados, teniendo eficacia general. Si por el contrario, la sentencia fuera desestimatoria de la defensa de éstos intereses, por falta de pruebas, no se impedirá que otro legitimado pueda volver a plantear la misma cuestión en un nuevo proceso. (Cf. *Enrique E. Tarigo, op. cit., páginas 297 a 298*)

### 2. Efectos de la Sentencia Definitiva en el Tiempo

#### a) Efectos de la Sentencia que Deniega el Amparo

La sentencia que deniega el amparo es, como dice el Escribano Biasco, de naturaleza mere declarativa, porque no produce efectos constitutivos no de condena. (Cf. *Emilio Biasco, op. cit., páginas 369 a 370*)

Por lo tanto y como ya se ha manifestado en oportunidad de tratar las sentencias que desestiman las demandas de nulidad, reparación patrimonial e inconstitucionalidad, el fallo tendrá retroactividad absoluta, terminando con la situación de incertidumbre jurídica que había hasta ese entonces. (Cf. *Enrique E. Tarigo, "Lecciones de Derecho Procesal Civil", Tomo I, página 214*)

#### b) Efectos de la Sentencia que Acoge el Amparo

La sentencia que acoge el amparo es calificada por la doctrina que trata el punto como de naturaleza condenatoria, porque luego de declarar el derecho de las partes, impondrá a una de ellas una prestación de hacer o no hacer alguna cosa. (Cf. *Emilio Biasco, op. cit., página 370 y Siegbert Rippe, op. cit., página 292*)

El contenido de la sentencia será puntual. El Juez habrá de limitarse a amparar o no al actor en sus derechos o libertades reconocidas por la Constitución, esto es, suspender u ordenar la ejecución de un acto. Se trata pues de un contenido no patrimonial y concreto.

Por ello, si los efectos del acto ejecutado u omitido hubieran cesado la sentencia del amparo no sería procedente por carecer de contenido. (Cf. Siegbert Rippe, *op. cit.*, página 292)

Según lo destaca el Profesor Biasco, los contenidos específicos de ésta sentencia de condena serían:

- a) identificación de la autoridad o particular contra quien se dirigiera o contra quien se concediera el amparo
- b) determinación precisa de lo que debiera o no debiera hacerse
- c) plazo para el cumplimiento de lo dispuesto, que no podría exceder de 24 horas continuas, contadas a partir de la notificación
- d) sanciones pecuniarias conminativas (astreintes), si correspondieran (Cf. Emilio Biasco, *op. cit.*, página 371)

Con relación a los efectos en el tiempo de ésta sentencia, el Profesor Rippe señala que no estamos frente a una sentencia anulatoria de actos, no teniendo por ende, efectos retroactivos.

Sólo constituiría una protección para el demandante, que causa únicamente cosa juzgada formal, no material. No impide ni limita la posibilidad de que las partes en conflicto inicien otros procedimientos judiciales que resuelvan sobre las controversias de fondo entre aquellas. La sentencia, agotados los propios recursos del proceso, es inimpugnable, pero esencialmente mutable, como todo juicio sumario, en un procedimiento distinto y posterior, como está establecido en el artículo 11 de la ley 16.011. (Cf. Siegbert Rippe, *op. cit.*, página 292)

Por su parte, el Profesor Biasco se pronuncia en similar sentido al señalar que el objeto del amparo es la protección del goce de derechos y libertades concretos y que en consecuencia, la cosa juzgada se da a esos solos efectos. Y partiendo de las nociones que sobre cosa juzgada elaboró Couture, concluye que en el amparo sólo hay cosa juzgada formal y no sustancial. En efecto, la cosa juzgada formal se define por el prestigioso autor como la que produce efectos limitados con relación al proceso en que la sentencia ha sido emitida, sin obstar a su revisión en un proceso posterior, mientras que la cosa juzgada sustancial sería la que produce sus efectos incluso con relación a todo otro proceso posterior. (Cf. Emilio Biasco, *op. cit.*, páginas 384 a 385)

En un enfoque diferente, se encuentra el Dr. Torello, quien adoptando la postura de Barrios de Angelis sostiene que la sentencia recaída en este proceso es siempre provisional y causa cosa juzgada sustancial o material parcial. Quiere decir que no será jurídicamente procedente revisar lo decidido en un proceso de amparo en otro similar, pero sí será jurídicamente procedente revisar lo decidido en el proceso de amparo en otro proceso de mayor estructura, diverso al amparo e idóneo o pertinente para debatir, en él, sobre la cuestión sumarísima tratada en el amparo. (Cf. Luis Torello, *op. cit.*, páginas 183 a 184)

Como habrá podido apreciarse, se trata más bien de una cuestión terminológica, coincidiendo todos los autores en que los efectos son los establecidos por el artículo 11 de la ley 16.011.

Hechas éstas precisiones, corresponde que nos aboquemos al análisis puntual del problema que analiza el Dr. Torello para los casos de amparo contra actos de las Personas Públicas.

Luego de plantear que en la Comisión del Senado se partió erróneamente de la base que el amparo constituía una verdadera medida cautelar y de explicar que podrían darse supuestos en que el instituto operara como medida autosatisfactiva, el autor pone de manifiesto que en el campo de los actos contra la Administración, la obtención de resultados autosatisfactivos que suspendieran la ejecución de sus actos, aparejaría para ésta la imposibilidad de revisar lo resuelto en el proceso de amparo. En efecto, a diferencia de lo que pudiera ocurrir con referencia a los hechos, el prestigioso procesalista estima que la Administración no tendría aquí vía procesal que le permitiera dejar sin efecto lo dispuesto por el Juez del amparo.

Este problema de la posible definitividad de lo decidido sin que la Administración pudiera acceder a un proceso posterior revisivo de lo resuelto en el de amparo podría implicar, eventualmente, una posible inconstitucionalidad de la ley de amparo.

No obstante, el autor se inclina por entender que la solución al problema planteado se hallaría en lo dispuesto por el literal b), del artículo 9º, que establece que la sentencia que acoja el amparo deberá fijar el plazo por el cual dicha resolución regirá, cuando correspondiere hacerlo. Este artículo rectamente interpretado implicaría que en los casos de amparo contra actos de la Administración debería fijarse siempre el plazo durante el cual la sentencia regiría.

Con esta interpretación, el mandato que suspendiera la ejecución de los actos administrativos tendría siempre carácter provisional, por su limitación temporal, excluyendo que la sentencia de amparo operara la plena y definitiva satisfacción de la pretensión, imponiendo para ello al pretensor que necesariamente acudiría a la sede jurisdiccional constitucionalmente competente para que allí se decidiera, en el proceso pertinente, lo relativo al punto de la ilegitimidad del acto. (Cf. Torello, *op. cit.*, páginas 180 a 183)

El Profesor Viera, al estudiar el amparo administrativo llegaría a similares conclusiones, en cuanto al carácter provisional de éstas sentencias, al señalar que "frente a un acto administrativo contra el que se obtuvo amparo, deben igualmente interponerse los recursos que confiere el orden jurídico para evitar que el acto se torne definitivo y, en su oportunidad, deducir la acción anulatoria ante el T.C.A. El no uso de los medios de impugnación corrientes daría lugar a la caducidad del amparo". (Cf. Luis Alberto Viera, *op. cit.*, página 27, citando la opinión de Bidart Campos)

## D) La Jurisprudencia

La acción de amparo ha sido el tema respecto del cual la jurisprudencia resulta abundante y sobre todos los temas. Ello se debe fundamentalmente a las magníficas sistematizaciones que realizaron las Drs. Graciela Bello, Selva Klett y Graciela Berro en "*Ley de Amparo*" y el Escribano Emilio Biasco en "*El Amparo General en el Uruguay*". (Ve. "*Ley de Amparo*", con comentarios a la ley del Profesor Luis Alberto Viera y sistematización jurisprudencial a cargo de las Drs. Graciela Bello, Selva Klett y Graciela Berro, *op. cit.*, páginas 46 y ss. y "*El amparo general en el Uruguay*", de Emilio Biasco, en donde trata conjuntamente doctrina y jurisprudencia, agrupándola por temas)

No creemos por lo tanto conveniente realizar una reproducción de lo que ya se ha hecho con tanta brillantez. Muy por el contrario, siendo consecuentes con el objetivo que nos fijamos, sólo intentaremos sucintamente tratar algunos casos de los tantos que se han sistematizado y guardan relación con los temas que fueron estudiados en el presente trabajo.

### 1. Jurisprudencia sobre Legitimación Activa

#### a) Derechos Subjetivos

De los numerosos casos que se tratan en el capítulo I del Libro "*Ley de Amparo*", destacamos el N° 58, por la aparente restricción que parecería estar operando por la interpretación que de los llamados derechos de segunda generación realiza la jurisprudencia del caso.

Concretamente, se resume el caso de la siguiente manera. Los actores dedujeron amparo contra el B.H.U. y los Ministerios de Economía y Finanzas y de Trabajo y Seguridad Social, expresando que se habían sido lesionados por no haberse ejecutado el Plan de Viviendas para Jubilados, previsto por el artículo 7 de la ley 15.900, viéndose privados del beneficio establecido por expresa disposición legal y reconocido además por el artículo 45 de la Constitución.

La ley asegura vivienda higiénica y económica a un amplio sector de los pasivos del país, y el derecho a la vivienda se encuentra también reconocido constitucionalmente.

El artículo 25 de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos consagra una fórmula más amplia que la del Pacto Internacional de las Naciones Unidas (ratificado por ley 13751) porque refiere a los derechos y libertades reconocidos en la Convención y en las Constituciones y leyes de los Estados partes.

Puede aceptarse, en principio, que la acción de amparo no comprende los llamados derechos económicos y sociales, o por lo menos no en su totalidad. Pero la situación cambia cuando alguno de esos derechos es reconocido por ley.

Además, no sólo el derecho a la vivienda se encuentra involucrado, sino que por elevación están también comprometidos el derecho al cobro de la pasividad y los más amplios de propiedad y trabajo. (art. 7 de la Constitución)

Por ende, no parece exacto propiciar un criterio estrecho para ponderar el objeto del amparo en casos como el *sui juris* y ello porque si bien existe un deber personal a procurarse la vivienda, también concurre el interés general traducido en un mandato constitucional de que el legislador propenda a asegurar la vivienda higiénica y económica. (Ve. "*Ley de Amparo*", *op. cit.*, páginas 90 a 91)

La cuestión ya fue comentada en oportunidad de analizar el objeto del amparo y la extensión o amplitud con que debe interpretarse el giro legal derechos o libertades reconocidas expresa o implícitamente por la Constitución, remitiéndonos a las consideraciones formuladas por el Profesor Brito, en el sentido de que los derechos económicos y sociales también se encuentran reconocidos por la Constitución y en consecuencia, pueden ser objeto del amparo, sin necesidad de que una ley los reconozca. (Cf. Mariano Brito, *op. cit.*, páginas 149 a 150)

#### b) Intereses Directos, Personales y Legítimos

En este ámbito, la jurisprudencia se ha mostrado más cautelosa, detallando la posición de otros países en el área hispanoamericana sobre el tema y descartándose en algunos casos. (Cf. Graciela Bello, Selva Klett y Graciela Berro, en "*Ley de Amparo*", *op. cit.*, página 49)

Como ejemplo de la jurisprudencia que descarta la procedencia del amparo en el caso de intereses legítimos, destacamos el caso 4, del capítulo I, del libro "*Ley de Amparo*".

En el resumen efectuado en dicha obra se establece que la pretensión deducida por la actora tiene por fin proteger su derecho al trabajo que entiende lesionado por la resolución del BCU que determinó el cese de su comisión en él, pese a haber formulado en tiempo su deseo de integrar en forma definitiva los cuadros funcionales del Banco, al amparo del art. 7 de la ley 15.581.

El derecho al trabajo que protege la Constitución como fundamento del amparo, debe entenderse referido al trabajo respecto del cual se tenga un derecho reconocido y firme.

La resolución que se ataca no lesiona el carácter de funcionaria pública de la actora, ni sus derechos funcionales en su oficina de origen; lesiona sí su interés a continuar en ese trabajo determinado, pero no su derecho a él, en tanto ese derecho no existe.

Y más adelante y en lo que aquí interesa se establece: "*el amparo no protege contra violaciones de un interés o de una expectativa por legítimos que ellos sean, sino que protege la violación de un derecho o libertad*" (Ve. "*Ley de Amparo*", *op. cit.*, página 67)

Personalmente pensamos que pese a lo tajante del fallo, en la realidad del caso concreto, la situación no sería tan grave, pues la situación parecería asemejarse más a la de mera expectativa. No obstante, pensamos que la situación jurídica de interés legítimo debería estar comprendida dentro del objeto del amparo, remitiéndonos a las argumentaciones esgrimidas en oportunidad de analizar la legitimación activa de ésta acción.

### c) Intereses Difusos

En materia de intereses difusos, la Jurisprudencia ha sido ampliamente receptiva, particularmente en la defensa de los derechos ambientales, sin perjuicio de que luego, por otras circunstancias, se desestimara el amparo.

De los numerosos casos existentes, escogimos el número 13 del Capítulo I, del libro "*Ley de Amparo*".

En éste caso, se promovió el amparo por el Centro Comercial e Industrial Colón y Zonas Adyacentes, con la finalidad de obtener la suspensión provisoria y cautelar de las obras iniciadas por la UTE y la IMM para el tendido de un sistema de cables de alta tensión, que implicaba el corte de árboles del ornato público y destrucción del entorno urbano. Puntualmente, se invocó la lesión de los derechos a la salud, integridad física, pérdida de la calidad de vida de los habitantes de la zona, impacto ambiental y destrucción del entorno paisajístico. El amparo se desestimó por falta de prueba de la amenaza o lesión a derechos fundamentales y por ausencia de ilegitimidad manifiesta, agregándose que en todo caso debía tenerse en cuenta la magnitud, importancia y conveniencia que la obra pública en su conjunto representaba para la población de Montevideo, debiendo predominar estos intereses, que son de carácter general. (Ve. "*Ley de Amparo*", *op. cit.*, páginas 71 y 109)

## 2. Jurisprudencia sobre el Objeto del Amparo

En materia de objeto es donde se presenta la mayor cantidad de material. Pensamos que sería útil hacer una reseña de algunos de los casos que se han planteado contra la Administración, haciendo referencia primero a casos en que se haya hecho lugar al amparo, para luego mencionar casos en que no se haya hecho lugar al mismo. Cabrían múltiples enfoques. Éste ha sido el que nos pareció que se adaptaba más a las limitaciones de nuestro trabajo.

### a) Algunos casos en que se ha hecho lugar al Amparo contra la Administración

#### i. Amparo que suspende la ejecución de actos Administrativos

Elegimos el caso número 20 del libro "*Ley de Amparo*". La actora, jubilada como administrativa de colegios religiosos, promovió el amparo contra el BPS, considerándose lesionada en cuanto le quitó el goce de sus derechos jubilatorios, luego de cuatro años de cobro regular, sin haber sido notificada de ninguna resolución.

El magistrado estimó que en la especie se violaron las reglas del debido proceso administrativo. Por vía de hecho se le suprimió el goce de un derecho que la propia Administración le había reconocido previamente por decisión firme, habiéndose adoptado resolución del Directorio con posterioridad al no pago de sus haberes sin darle oportunidad de defensa y sin haberla notificado.

En consecuencia, se resolvió suspender la ejecución de la resolución del BPS hasta que transcurra el término para recurrir en vía administrativa o se notifique la decisión definitiva a la demandada. (Ve. "*Ley de Amparo*", *op. cit.*, página 74)

Como puede apreciarse, se sigue lo señalado por Torello al señalar que al suspender la ejecución de los actos administrativos el amparo es provisional y necesariamente establece la duración de la medida, para que el accionante plantee la cuestión de fondo eventualmente ante el TCA. (*Véase lo señalado en oportunidad de analizar los efectos temporales de la sentencia de amparo*)

## ii. Amparo que exige un pronunciamiento de la Administración

Aquí nos pareció interesante el caso número 5, del Capítulo VI, del libro "*Ley de Amparo*".

El Jefe de Contaduría de ANEP había dispuesto de hecho la retención total de haberes del funcionario accionante, estando pendiente una investigación administrativa cuya dilación era injustificada.

Dicha retención se transformó en una verdadera sanción que fue manifiestamente ilegítima no sólo por su indefinición temporal, sino por la ausencia de decisión firme de la Administración que, concluyendo en la existencia de una falta funcional, dispusiera tal medida.

El funcionario estaba asistido del derecho a exigir que se definiera su situación en un plazo prudencial y con las debidas garantías del procedimiento administrativo.

Por tal motivo, se dispuso que ANEP iniciara, en un plazo máximo de ocho días la investigación administrativa y procediera, en un plazo máximo de setenta y dos horas a abonar las sumas impagas por concepto de pensión alimenticia que se le habían retenido al funcionario conjuntamente con su sueldo. (*Ve. "Ley de Amparo", op. cit., página 209*)

## iii. Amparo que hace cumplir la decisión propia de la Administración

Aquí optamos por el caso 6°, del libro "*Ley de Amparo*". En el resumen del caso se establece que la decisión de la Comisión Especial (ley 15.783) constituye la voluntad de la propia Administración, que actuó en ejercicio de un poder propio asignado por ley, sustituyendo al organismo correspondiente.

Por lo expuesto, se estimó del caso dar cumplimiento a dicha resolución que había ordenado la reincorporación del actor (funcionario de la Intendencia de Florida) con calidad y cargo que tenía en el momento de su destitución.

La sentencia de segunda instancia, confirmó la de primer grado, que ordenaba la reincorporación del actor a los cuadros funcionales de la demandada en plazo de veinticuatro horas a partir de la notificación de la sentencia y bajo apercibimiento de aplicación de astreintes. (*Ve. "Ley de Amparo", op. cit., páginas 209 a 210*)

## b) Algunos casos en los que no se ha hecho lugar al Amparo contra la Administración

### i. Amparo contra Reglamento General de la Administración

Destacamos sobre el punto el caso número 74, del capítulo I, del libro "*Ley de Amparo*".

El caso trata sobre un amparo deducido por la Defensoría de Oficio en lo Criminal contra la Dirección Nacional de Cárceles, solicitando se suspenda la aplicación del Reglamento General de Cárceles en cuanto a las sanciones disciplinarias que el mismo establece.

El Tribunal entendió que siendo el Reglamento un acto unilateral de la Administración que crea normas jurídicas generales estaría excluido de la acción de amparo.

La ley no excluye de modo expreso a los reglamentos del amparo, pero por lo que fluye de varias disposiciones de la reglamentación de éste instituto (arts. 1,3,8 y 9), el sentido que se extrae del contexto es que no parece previsto como medio de impugnación contra normas generales.

Aún cuando en el plano teórico fuera posible, dentro de nuestro sistema jurídico institucional de división e independencia de poderes, tal posibilidad aparece sin apoyo jurídico. (*Cf. Rivas, Judicatura N° 25 Y 26*)

Por la recepción de controlar ésta actividad administrativa se podría llegar a la mutación de un Estado de Derecho en un Estado Jurisdiccional de Derecho. (*Ve. "Ley de Amparo", páginas 99 y 147*)

### ii. Amparo improcedente por no contarse con un derecho al cargo vacante

Se trata del caso número 40, del capítulo I, del libro "*Ley de Amparo*". El amparo se dedujo contra el MSP (Colonia Etchepare), considerándose la amparista lesionada en su derecho al ascenso y a la carrera administrativa en cuanto por una orden interna de servicio, ratificada por resolución del Poder Ejecutivo, se encargó

de la Dirección Administrativa de la Colonia a un funcionario con menos derecho que ella, aduciéndose requerimientos del normal funcionamiento del servicio.

Se entendió que el acto presuntamente lesivo no aparecía como manifiestamente ilegítimo, por cuanto la actora no gozaba del derecho al cargo vacante sino que tenía una legítima expectativa y eventual derecho a postularse al mismo.

Además, la actora había ejercido el derecho de petición, habiéndose operado a la fecha la denegatoria ficta, por lo que debió haber planteado la acción de nulidad ante el TCA. Si no lo hizo, no podía luego pretender subsanar su omisión a través de la acción de amparo. (Ve. "*Ley de Amparo*", op. cit., página 82)

### iii. Amparo improcedente contra suspensión preventiva del cargo

El caso que seleccionamos referente al punto es el 26 del capítulo I, del libro "*Ley de Amparo*". El amparo lo deduce un funcionario de la Administración de Correos contra la Dirección de dicho organismo en cuanto ésta había ordenado la investigación administrativa con separación del cargo y retención parcial de sueldos del accionante conforme al Decreto 640/73.

Las medidas adoptadas no constituyeron una sanción disciplinaria sino una medida provisoria por la cual la Administración alejó momentáneamente de sus tareas al funcionario para permitir la investigación administrativa conducente al esclarecimiento de los hechos.

La separación preventiva del cargo no debe prolongarse más allá de lo estrictamente necesario para practicar la investigación y no debe ser superior al plazo probable de la suspensión a recaer

La acción de amparo en esta materia es excepcionalísima por cuanto los actos administrativos se presumen legítimos.

Además, para éste pronunciamiento judicial, el amparo no procedería encontrándose pendiente el agotamiento previo de la vía administrativa y en esa circunstancia estando expedito el accionamiento anulatorio jurisdiccional. (Ve. "*Ley de Amparo*", op. cit., páginas 76 a 77)

Esto último, ha sido cuestionado por Biasco como afirmación genérica. En efecto, el prestigioso autor señala al estudiar "*el principio de subsidiariedad*", que la existencia de otros medios no significa necesariamente la interposición efectiva y menos el agotamiento de los otros posibles medios. No alcanza con señalar otros medios para desestimar al amparo. Deberá valorarse además la efectividad de éstos para saber si procede o no el amparo. (Cf. Emilio Biasco, op. cit., páginas 339 a 340)

De todos modos, pensamos que el tema de la existencia de otros recursos no fue lo realmente determinante de que no se hiciera lugar al amparo.

## 3. Jurisprudencia sobre los Efectos de la Sentencia Definitiva del Amparo

Sobre este punto, a diferencia de lo ocurrido con el objeto, la jurisprudencia resulta escasa. Plantearemos aquí solamente tres casos. Uno que referirá a los efectos en el espacio y dos que referirán a los efectos en el tiempo.

### a) Efectos de la Sentencia Definitiva en el Espacio

Sobre el punto escogimos el caso 81 del capítulo V, del libro "*Acción de Amparo*".

En el caso 81 se establece que es procedente relevar de oficio la excepción de cosa juzgada en el ámbito del amparo, cuando se pretende replantear la misma pretensión y concurren los elementos objetivos que perfilan el instituto. (art. 133 in fine C.G.P.)

La no existencia simultánea de todos los requisitos exigidos por la ley en la pretensión deducida ante el similar de 21° Turno, fue lo que determinó su rechazo liminar, providencia que al quedar ejecutoriada, hizo cosa juzgada sobre su objeto.

Siendo así, no puede reverse por otra sede la misma situación en competencia de amparo. La viabilidad de éste, su procedencia respecto a la situación jurídica planteada en la demanda, resulta alcanzada por la cosa juzgada.

Para el sentenciante, existiría cosa juzgada formal, porque la providencia denegatoria ya no sería susceptible de recurso alguno y se configuraría cosa juzgada sustancial, en cuanto, de no modificarse alguno de los elementos objetivos, no cabría promover una nueva acción de amparo. Todo sin perjuicio de que quedare subsistente el ejercicio de las acciones que pudiesen corresponder a las partes, de conformidad a lo establecido en el artículo 11 de la ley 16.011. (Ve. "*Ley de Amparo*", op. cit., página 205)

Nótese que ésta postura resulta distinta a la sostenida por Biasco, para quien la sentencia sólo tendría cosa juzgada formal, en razón justamente a la posibilidad de ejercer otras acciones. (Ve. Emilio Biasco, op. cit., páginas 383 a 384)

Tampoco parecería ser coincidente con la posición de Torello, para quien solamente habría cosa juzgada sustancial o material parcial. (Ve. *Luis Torello, op. cit., páginas 183 a 184*)

De todas maneras, como ya se señaló en su oportunidad, parece más bien una cuestión terminológica que una diferencia práctica, pues no hay desacuerdos en cuanto a lo establecido en el artículo 11 de la ley 16.011.

Ubicamos el caso en los efectos en el espacio, por tratarse de una cuestión referente a los límites objetivos de la cosa juzgada.

## b) Efectos de la Sentencia Definitiva en el Tiempo

Aquí optamos por seleccionar los casos 82 del Capítulo V y 4 bis, del capítulo VI, del libro "*Ley de Amparo*".

En el caso 82, se establece que en lo que atañe a la sentencia desestimatoria del amparo, cabe señalar que ella puede obedecer a que el Juez considere que el acto impugnado no reúna el carácter de manifiestamente arbitrario o ilegal, o que exista otra vía legal para la tutela del derecho invocado por el actor.

En ambos supuestos, el pronunciamiento judicial es inmutable en lo que respecta al amparo, y no puede servir de fundamento para deducir una excepción de cosa juzgada en otro proceso distinto al amparo, que se pronuncie sobre la misma cuestión.

En el segundo caso, porque el Juez del amparo se ha limitado a comprobar y declarar la inexistencia de un requisito de admisibilidad de la pretensión y no ha emitido decisión alguna acerca del derecho reclamado y de la ilegalidad cometida. (Ve. "*Ley de Amparo*", *op. cit., página 206*)

Ubicamos éste caso dentro de los efectos de la sentencia en el tiempo porque se analiza la cosa juzgada desde la perspectiva de su inmutabilidad y no desde la óptica de su alcance objetivo o subjetivo.

Finalmente, en el caso 4 bis se dispuso la suspensión de la resolución de la Intendencia Municipal de San José en cuanto prohibía la extracción de arena de los padrones que, a la fecha de dicho acto, explotaba el demandante mediante título hábil conferido por autoridad competente.

Se estableció que dicha suspensión regiría hasta que el accionante se hallara en condiciones de interponer demanda anulatoria jurisdiccional ante el TCA y suspensión cautelar ante el mismo Tribunal, extremos que deberán justificarse en forma idónea. (Ve. "*Ley de Amparo*", *op. cit., páginas 208 a 209*)

En el caso se aprecia la naturaleza provisional del amparo que suspende la ejecución de actos administrativos, determinando la duración de la medida hasta que el accionante pueda interponer la demanda de nulidad y solicitar ante el TCA la suspensión cautelar del acto. Se sigue aquí la interpretación preconizada por Torello en cuanto a la provisionalidad de la sentencia que acoge el amparo suspendiendo la ejecución de actos administrativos.