



Revista de Investigações Constitucionais

E-ISSN: 2359-5639

revista@ninc.com.br

Universidade Federal do Paraná

Brasil

DURÁN MARTÍNEZ, AUGUSTO

La jurisprudencia de la corte interamericana de derechos humanos en la perspectiva del
derecho administrativo: especial referencia al caso Gelman vs. Uruguay
Revista de Investigações Constitucionais, vol. 1, núm. 2, mayo-agosto, 2014, pp. 103-130
Universidade Federal do Paraná
Curitiba, Brasil

Disponibile en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=534056248006>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto



La jurisprudencia de la corte interamericana de derechos humanos en la perspectiva del derecho administrativo: especial referencia al caso Gelman vs. Uruguay

The jurisprudence of the inter-american court of human rights in the perspective of administrative law: special reference to the case Gelman vs. Uruguay

AUGUSTO DURÁN MARTÍNEZ*

Universidad de la República (Uruguay)
Universidad Católica del Uruguay (Uruguay)
aduranmartinez@adinet.com.uy

Recebido/Received: 02.02.2014 / February 2nd, 2014

Aprovado/Approved: 22.02.2014 / February 22nd, 2014

Resumen

Este estudio analiza el tema de los derechos a la tutela jurisdiccional efectiva y al debido proceso en el procedimiento administrativo a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El trabajo utiliza como objeto principal de reflexión el caso Gelman vs. Uruguay.

Palabras-clave: derechos humanos; Corte Interamericana de Derechos Humanos; tutela jurisdiccional efectiva; debido proceso en el procedimiento administrativo.

Abstract

This study examines the issue of the rights to effective judicial protection and due process in the administrative procedure in the light of the jurisprudence of the Inter-American Court of human rights. The paper used as a main object of reflection the case Gelman vs. Uruguay.

Keywords: human rights; Inter-American Court of human rights; effective judicial protection; due process in the administrative procedure.

Como citar este artigo | How to cite this article: DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la perspectiva del Derecho Administrativo. Especial referencia al caso Gelman vs. Uruguay. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 1, n. 2, p. 103-130, maio/ago. 2014. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v1i2.40512>

* Profesor Catedrático de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República y en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay (Montevideo, Uruguay). Doctor en Derecho y Ciencias Sociales por la Facultad de Derecho de la Universidad de la República. Catedrático de Derecho Público en el Instituto Universitario Politécnico del Uruguay. Catedrático de Procesos Constitucionales en la Facultad de Derecho del Instituto Universitario CLAEH. Director del Departamento de Derecho Administrativo y Decano Emérito de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay. Miembro del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo.

SUMARIO

INTRODUCCIÓN. PRIMERA PARTE: Tutela jurisdiccional efectiva y debido proceso en el procedimiento administrativo. **I.** Tutela jurisdiccional efectiva. **II.** Debido proceso en el procedimiento administrativo. SEGUNDA PARTE: Resolución nº 322/2011 y el caso gelman. **I.** Resolución nº 322/2011, de 30 de junio de 2011. **II.** Revocación de actos administrativos firmes y estables por razones de legitimidad. **III.** Legitimidad de los actos administrativos de ejecución de la ley de caducidad. **IV.** Proyección de la sentencia gelman vs. Uruguay en el ámbito del derecho administrativo. **V.** Consecuencias jurídicas de la resolución nº 322/2011. APRECIACIONES FINALES. REFERENCIAS.

INTRODUCCIÓN

1. Si repasamos la historia del derecho advertimos que los derechos humanos comenzaron a conocerse primero en el derecho interno, incrementaron su desarrollo luego en el derecho internacional y desde allí, se proyectan con particular fuerza en el ámbito interno de los países.¹

Ese desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos y su proyección sobre los derechos internos contribuyó sensiblemente a conformar un nuevo derecho administrativo basado en la centralidad de la persona humana.

Vemos así, por lo menos en los países de una cultura más avanzada, una especial preocupación por los derechos humanos y la recepción, por ese motivo, de una serie de estándares comunes en procura de asegurar la dignidad del hombre.

En buena medida, el faro luminoso que orienta, hoy en día, ese proceso de afianzamiento del Estado Constitucional de Derecho proviene del derecho internacional de los derechos humanos.

2. Ese progreso en la materia se ha visto en el ámbito de la doctrina, de la jurisprudencia y del derecho positivo. Pero no ha sido con la misma intensidad en todos los países ni, necesariamente, en el orden indicado.

3. En materia de derecho administrativo, las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son escasas y recientes.

Por esa razón, referiré en general a la proyección del derecho internacional de los derechos humanos sobre el derecho administrativo, sin perjuicio de mencionar también algunas sentencias de la C.I.D.H.

No obstante, no debe pensarse que esa jurisprudencia no sea importante. Por el contrario, pienso que es muy importante pues permite avizorar un desarrollo de los derechos humanos en el ámbito del derecho administrativo, en términos generales, muy positivo.

¹ DURÁN MARTÍNEZ, A. La proyección del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho administrativo uruguayo. In: _____. **Estudios sobre derechos humanos**. Montevideo: Ingranusi Ltda., 1999. p. 89 – et. seq.

4. En este estudio me referiré en primer lugar a cuestiones relacionadas con la tutela jurisdiccional efectiva y con el debido proceso en el procedimiento administrativo. Luego analizaré la Resolución del Poder Ejecutivo N° 322/2011, de 30 de junio de 2011, dictada con motivo de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos recaída en el caso Gelman vs. Uruguay.

PRIMERA PARTE: TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA Y DEBIDO PROCESO EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

I. TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA

1. El artículo 25 del Pacto de San José de Costa Rica, así como otros instrumentos internacionales contribuyeron en mucho a dotar de contenido al derecho de la tutela jurisdiccional efectiva.

Así, ya no se duda hoy en día que este derecho, como mínimo, comprende:

- a) el acceso a la justicia, es decir, a un tribunal jurisdiccional independiente;
- b) una amplia recepción de las medidas cautelares;
- c) la procedencia de todos los medios necesarios para la ejecución de la sentencia.²

Y todo esto resulta aplicable en el derecho administrativo, tanto en la jurisdicción anulatoria, como en el ámbito de la justicia ordinaria.

2. Por violación del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, en lo relacionado con el acceso a la justicia, es que en Costa Rica, la doctrina³ y la Suprema Corte de Justicia⁴ consideró inconstitucional la ley que impone el previo agotamiento de la vía administrativa para plantear una acción jurisdiccional contra el Estado.

Lo mismo ha entendido recientemente, en Argentina, Cassagne⁵ y por esa misma razón, además de otros argumentos, hemos cuestionado en nuestro país, hace ya

² MARTÍN REBOLLO, L. **Leyes Administrativas**. 16 ed. Pamplona: Thomson Reuters, 2010. p. 147; GONZÁLEZ PÉREZ, J. El derecho a la tutela jurisdiccional. **Cuadernos Civitas**, Madrid, 1989. p. 256 – et. seq.; DURÁN MARTÍNEZ, A. Medidas cautelares en el contencioso administrativo de anulación uruguayo. In: MACHADO ARIAS, J.P. (Org.). **Procedimiento y Justicia Administrativa en América Latina**. México: Konrad Adenauer Stiftung, 2009, p. 388 – et. seq.; DURÁN MARTÍNEZ, A. Ejecución de la sentencia anulatoria en el Contencioso Administrativo Uruguayo. In: _____. **Estudios de Derecho Público**. Vol. II. Montevideo: [s. n.], 2008. p. 371 – et. seq.

³ JINESTA LOBO, E. Inconstitucionalidad del agotamiento preceptivo de la vía administrativa: la necesidad de su carácter facultativo In: DURÁN MARTÍNEZ, A. **Estudios de Derecho Administrativo**. Uruguay: La Ley, 2011. p. 159 – et. seq.

⁴ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la República de Costa Rica, n. 03669-2006, de 15 de marzo de 2006. **Estudios de Derecho Administrativo**, n. 3, La Ley, Uruguay, 2011, p. 655 – et. seq.

⁵ CASSAGNE, J.C. El agotamiento de la vía administrativa: su subsistencia. In: JORNADAS LATINOAMERICANAS DE DERECHO ADMINISTRATIVO. Procedimiento Administrativo. Colegio Público de Abogados de la Capital Federal y la Escuela de Posgrado en Derecho de la Universidad de Belgrano. **Anais**. Buenos Aires, República Argentina, 27-29 abr. 2011.

bastante tiempo, la errónea tesis de que es preciso el previo agotamiento de la vía administrativa para presentar una acción reparatoria⁶.

3. El Tribunal Constitucional español, desarrollando el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva recogido en el artículo 24 de la Constitución ibérica y el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea consideró inconstitucional la prohibición legal de suspender actos y disposiciones administrativas (sentencia 115/1987, de 7 de julio) y sostuvo que la tutela judicial no es tal sin medidas cautelares que aseguren el efectivo cumplimiento de la resolución definitiva que recaiga en el proceso (sentencia 238/1992, de 17 de setiembre)⁷. Luego la ley N° 29/1998, de 13 de julio de 1998 (art. 129.1) recogió esa acertada línea jurisprudencial.

Argentina ha sido un ejemplo en cuanto al empleo de las medidas cautelares en los litigios contra el Estado⁸.

Por mi parte, por las mismas razones y por lo dispuesto en el artículo 25 del Pacto de San José de Costa Rica, he entendido aplicables en los litigios contra el Estado, incluso en la acción anulatoria, las medidas cautelares previstas en las normas procesales generales⁹.

4. En materia de ejecución de sentencias, la evolución también ha sido notable, tanto en cuanto a la posibilidad de la aplicación de astreintes y en cuanto a la posibilidad de embargar bienes estatales¹⁰. Sobre este último punto tiene particular importancia la sentencia de la Corte Europea de los Derechos del Hombre, en el caso *Hornsby* contra Grecia, que consideró que la improcedencia de los embargos contra el Estado dispuestos por ciertas leyes era contrario al principio de igualdad recogido en el artículo 6 de la Convención Europea de los Derechos del Hombre¹¹ y la sentencia del Tribunal Constitucional español de 15 de julio de 1998, en cuanto considera contrario al artículo

6 DURÁN MARTÍNEZ, A. **Contencioso Administrativo**. Montevideo: F.C.U., 2007. p. 410 – et. seq., 421 – et. seq.; DELPIAZZO ANTÓN, G., Tutela jurisdiccional efectiva frente a la Administración. Montevideo: Universidad de Montevideo - Facultad de Derecho, 2009. p. 39 – et. seq., p. 76 DURÁN MARTÍNEZ, A. Responsabilidad patrimonial del Estado por error judicial. In: _____. **Estudios de Derecho Administrativo**. Uruguay: La Ley, 2011. p. 684 – et. seq.

7 MARTÍN REBOLLO, L., **Leyes** ..., p. 148.

8 GARCÍA PULLÉS, F.R. **Tratado de lo Contencioso Administrativo**. Tomo II. Buenos Aires: Hamurabi, 2004. p. 797 – et. seq.; CASSAGNE, J.C.; PERRINO, P.E. El nuevo proceso contencioso administrativo en la Provincia de Buenos Aires. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2006. p. 322 – et. seq.; ABERASTURY, P. **La justicia administrativa**. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2006. p. 329 – et. seq.

9 DURÁN MARTÍNEZ, A., Medidas cautelares ..., loc. cit., p. 388 – et. seq., en especial, pp. 403 – et. seq.

10 MARTÍN REBOLLO, L., **Leyes** ..., pp. 147 – et. seq.; GONZÁLEZ PÉREZ, J. **Ley de jurisdicción contencioso-administrativa**: Jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional. Madrid: Civitas, 1992. p. 467; DURÁN MARTÍNEZ, A. Ejecución de la sentencia anulatoria: Una mirada al derecho comparado con la preocupación por el contencioso administrativo uruguayo. In: _____. **Estudios de Derecho Público**..., p. 279 – et. seq.

11 COSTA, J.P. L'exécution des décisions juridictionnelles. **La Revue Administrative**. Numéro spécial. Évolutions et révolutions des contentieux administratifs. Paris: PUF, 1999. p. 69-75.

24.1 de la Constitución el privilegio de la inembargabilidad de los bienes del Estado no afectados directamente al uso o servicio público¹².

5. Ese avance que se ha producido en el derecho administrativo en los puntos indicados en las sociedades más avanzadas, gracias al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en nuestro país casi no se ha notado.

En efecto, en materia de acceso a la justicia, si bien la Suprema Corte de Justicia ha rechazado el previo agotamiento de la vía administrativa como un requisito de admisibilidad de la acción reparatoria, hay todavía una importante corriente jurisprudencial de los tribunales inferiores, que la admiten. De manera que, en los casos en que no procede el recurso de casación, se puede producir una denegación del derecho al acceso a la justicia. Además, la última sentencia de la Suprema Corte de Justicia que se pronunció sobre el punto, lo fue por tres votos contra dos¹³, lo que, con un próximo cambio de integración, si asume un Ministro poco conocedor del Derecho Público y de las más avanzadas corrientes jurídicas que se imponen en el mundo occidental, se corre el riesgo de una peligrosísima involución.

En materia de medidas cautelares, en el marco de la acción anulatoria, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo solo ha admitido la suspensión de los efectos del acto administrativo y en contadas ocasiones, en jurisprudencia erróneamente muy restrictiva¹⁴.

En materia de ejecución de sentencia en el ámbito del Tribunal de lo Contencioso Administrativo no se han admitido las vías comunes previstas en el derecho procesal. Y en el ámbito del Poder Judicial, si bien se afirma la tendencia a admitir la imposición de asreintes contra el Estado, la ejecución forzada tropieza con una vetusta legislación que en forma genérica dispone la inembargabilidad de bienes estatales¹⁵, sin que todavía se hayan producido las declaraciones de inconstitucionalidad que corresponden, en la línea de las corrientes jurisprudenciales más avanzadas que nos muestra el derecho comparado.

II. DEBIDO PROCESO EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

1. En materia de procedimiento administrativo es muy clara la influencia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

El Pacto de San José de Costa Rica estuvo presente permanentemente sobre la mesa de trabajo cuando se redactó el decreto N° 500/991, de 27 de setiembre de

¹² MARTÍN REBOLLO, L, **Leyes** ..., p. 148.

¹³ Sentencia de la Suprema Corte de Justicia N° 4.671, de 24 de diciembre de 2010, en **Tribuna del Abogado**. Publicación del Colegio de Abogados del Uruguay. Montevideo, abril/mayo 2011, N° 172, pp. 38 y ss.

¹⁴ DURÁN MARTÍNEZ, A., **Medidas cautelares** ..., loc. cit., pp. 388 – et. seq.

¹⁵ DURÁN MARTÍNEZ, A., Ejecución de la sentencia anulatoria en el Contencioso Administrativo Uruguayo. In: _____, **Estudios de Derecho Público** ..., p. 359 – et. seq.

1991¹⁶. Son inequívocas las referencias al respecto que efectúa, por ejemplo, el artículo 5¹⁷ y el artículo 170.¹⁸ Muy consciente fue así el Poder Ejecutivo de la época de que es preciso interpretar y aplicar el derecho en clave de derechos humanos.

2. De particular importancia me parece mencionar esa influencia en materia del debido proceso.

El principio del debido proceso en el procedimiento administrativo deriva del derecho de defensa, por lo que es inherente a la persona humana; de ahí su raíz natural.

Con razón CASSAGNE lo ve como una proyección de las garantías recogidas en el artículo 8.1. del Pacto de San José de Costa Rica¹⁹. Y no es por casualidad que el artículo 5 de nuestro decreto N° 500/991, al referirse al principio del debido proceso, mencione –entre otras fuentes– las normas de Derecho Internacional aprobadas por la República en una clara alusión a la Convención Americana de Derechos Humanos, como lo hará más adelante en forma explícita en el artículo 170.

El decreto N° 500/991 nace en momentos en que comienza a afianzarse una verdadera cultura de Derechos Humanos.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la Opinión Consultiva N° 9/87, de 6 de octubre de 1987, sostuvo “que no obstante la literalidad del artículo 8.1, éste, junto con el resto de los numerales del artículo 8 de la Convención, deviene aplicable a procedimientos de cualquier naturaleza y no solamente a los instruidos bajo la figura de un recurso ante una autoridad judicial”²⁰. En forma clara, la Corte aquí considera aplicable al procedimiento administrativo las garantías judiciales previstas en todo el artículo 8 del Pacto de San José de Costa Rica.

Esta postura se reiterará en la sentencia de 31 de enero de 2001 recaída en el caso *Tribunal Constitucional vs. Perú*.²¹

¹⁶ DURÁN MARTÍNEZ, A., La proyección del derecho internacional..., loc. cit., p. 95 – et. seq.; DURÁN MARTÍNEZ, A. Tendencias actuales del procedimiento administrativo en el Uruguay. **Revista de derecho público**, n. 40, Montevideo, F.C.U., 2011.

¹⁷ “Art. 5º Los interesados en el procedimiento administrativo gozarán de todos los derechos y garantías inherentes al debido proceso de conformidad con lo establecido por la Constitución de la República, las leyes y las normas de Derecho Internacional aprobadas por la República.”

¹⁸ “Art. 170. El funcionario público sometido a un procedimiento disciplinario tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad, y se presumirá su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad por resolución firme dictada con las garantías del debido proceso. (Convención Americana de Derechos Humanos, ‘Pacto de San José de Costa Rica’, arts. 8 numeral 2 y 11).”

¹⁹ CASSAGNE, J.C. Ley Nacional de Procedimiento Administrativo. Buenos Aires: La Ley, 2009. p. 100.

²⁰ MACHADO ARIAS, J. P. El procedimiento y proceso administrativos en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: _____. **Procedimiento y Justicia Administrativa en América Latina**. México: Konrad Adenauer Stiftung, 2009. p. 132.

²¹ MACHADO ARIAS, J.P. **Procedimiento y justicia**. ... p. 132 – et. seq.

En este caso, la C.I.D.H. reiteró lo dicho en la opinión consultiva citada, pero es de dudosa utilidad en la especie, pues versó sobre un procedimiento que ha sido considerado más de naturaleza jurisdiccional, que administrativa.²²

El caso *BAENA, Ricardo y otros vs. Panamá*, resuelto por sentencia de 2 de febrero de 2001, es el que se considera fundamental, pues aquí la Corte repite esa posición en un procedimiento inequívocamente administrativo, lo que será confirmado con ulteriores sentencias.²³ En efecto, esa línea jurisprudencial seguirá, entre otros en los siguientes casos: a) *Ivcher Bronstein vs. Perú*, de 6 de febrero de 2001; b) *Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, de 17 de junio de 2005; c) *Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*, de 29 de marzo de 2006; d) *Claude Reyes y otros vs. Chile*, de 19 de setiembre de 2006.²⁴

Esta postura de la Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene gran trascendencia pues, sin necesidad de aceptar el valor de fuente formal de derecho de su jurisprudencia, ha llevado en el plano interno a efectuar lo que se ha llamado un control de convencionalidad.²⁵

La C.I.D.H. en sentencia recaída en el caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, de 24 de noviembre de 2006, expresó: “Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también ‘de convencionalidad’ ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones.”²⁶

Lo expuesto por la C.I.D.H. en la sentencia precedentemente mencionada es perfectamente compatible, no solo porque el Pacto de San José es derecho positivo vigente en el Uruguay, ya que fue ratificado por la ley N° 15.737, de 8 de marzo de 1985, sino también porque los derechos humanos en él reconocidos se aplican directamente por ser precisamente derechos humanos. Ese control de convencionalidad es absolutamente procedente en el Uruguay, no porque lo diga la C.I.D.H., puesto que, como

²² MACHADO ARIAS, J.P. *Procedimiento y justicia*... p. 132 – et. seq.

²³ MACHADO ARIAS, J.P. *Procedimiento y justicia*... p. 134 – et. seq.

²⁴ MACHADO ARIAS, J.P. *Procedimiento y justicia*... p. 135 – et. seq.

²⁵ MACHADO ARIAS, J.P. *Procedimiento y justicia*... p. 159.

²⁶ MACHADO ARIAS, J.P., *Procedimiento y justicia*..., p. 159.

enseguida veremos, su jurisprudencia no es fuente formal de Derecho, sino porque los derechos humanos en general y el Pacto de San José de Costa Rica en particular, sí lo son.

El Pacto de San José ha cumplido una importantísima labor docente. No solo fue principal fuente inspiradora del decreto N° 500/991 sino que, desde esa perspectiva, corresponde interpretar y aplicar nuestra normativa en materia de procedimiento administrativo como corresponde en una concepción del derecho que exige una interpretación *conforme a los derechos humanos o desde la dignidad de la persona humana*.²⁷

Cabe reconocer, así, que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha contribuido significativamente a dotar de un contenido preciso al principio del debido proceso.²⁸

3. De ese contenido deseo destacar la caducidad de la pretensión punitiva de la Administración, recogida en el artículo 223 del decreto N° 500/991 citado, en su redacción original.

Este artículo efectúa una especificación de un principio general en el procedimiento disciplinario. En efecto, deriva del derecho a un procedimiento de duración razonable, que integra el contenido del principio del debido proceso, por lo que es aplicable a todo procedimiento administrativo represivo, sea interno o externo.²⁹ La regla del procedimiento de duración razonable la C.I.D.H. la extrae no solo del artículo 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, sino también del artículo 25.³⁰

Por eso, merece el máximo rechazo la redacción dada a ese artículo por el decreto N° 420/007, de 7 de noviembre de 2007 y lo sustentado por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo en la sentencia N° 500/2011, de 14 de junio de 2011, en cuanto consideró inaplicable la caducidad de la pretensión punitiva de la Administración en aquellos procedimientos externos, donde no está prevista expresamente.³¹ El error del Poder

²⁷ BARBÉ PÉREZ, H. Los principios generales de derecho como fuente de derecho administrativo en el derecho positivo uruguayo. In: UNIVERSIDAD DE LA REPÚBLICA. **Estudios Jurídicos en memoria de Juan José Amézaga**. Montevideo: Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República, 1958. p. 116.

²⁸ DURÁN MARTÍNEZ, A. Principio del debido proceso en el procedimiento administrativo represivo. In: _____. **Estudios de Derecho Administrativo**. Uruguay: La Ley, 2010. p. 316 – et. seq.

²⁹ DURÁN MARTÍNEZ, A. Principio del debido proceso..., loc. cit., p. 323 – et. seq.

³⁰ MACHADO ARIAS, J.P. El procedimiento y proceso..., loc. cit., p. 148.

³¹ El CONSIDERANDO X) de dicha sentencia establece: “Tampoco corresponde recibir por la Sala el agravio expuesto en torno a la ‘caducidad de la pretensión punitiva de la Administración’, que fuera sustentada -por analogía- en la norma contemplada por el art. 223 del Decreto N° 500/991. Esta disposición (hoy modificada por el art. 1° del Decreto N° 420/007) que establecía un plazo máximo de dos años para la instrucción de un sumario administrativo, indudablemente regía para el procedimiento disciplinario, es decir, el procedimiento administrativo que la Administración dispone a fin de determinar si ha habido en su ámbito interno hechos irregulares y si sus funcionarios administrativos han incurrido en faltas administrativas sancionables en relación a esos hechos.

Obviamente, no se trata del caso manejado en el ocurrente, dado que como bien se acota por la accionada, aquí se trata de un procedimiento externo, que corresponde a hechos que tuvieron lugar fuera del ámbito de

Ejecutivo fue pensar que se puede derogar por decreto un principio general de derecho de máximo valor formal. El error del Tribunal de lo Contencioso Administrativo fue no advertir que estamos ante un principio; y los principios no requieren texto expreso para su aplicación. Hace ya muchos años BARBÉ PÉREZ dejó muy en claro, que los principios generales de derecho son fuente directa y principal en nuestro ordenamiento jurídico.³²

SEGUNDA PARTE: RESOLUCIÓN N° 322/2011 Y EL CASO GELMAN

I. RESOLUCIÓN N° 322/2011, DE 30 DE JUNIO DE 2011

1. La Resolución N° 322/2011, de 30 de junio de 2011, del Poder Ejecutivo, dictada en Consejo de Ministros, por su numeral 1° dispuso:

“Revocáse (sic) por razones de legitimidad todos los actos administrativos y Mensajes emanados del Poder Ejecutivo, en aplicación del artículo 3° de la Ley N° 15.848 de 22 de diciembre de 1986, que consideraron que los hechos denunciados estaban comprendidos en las disposiciones del artículo 1° de la referida Ley y en su lugar declárase que dichos hechos no estaban comprendidos en la citada norma legal.”³³

la Administración y del que surge una sanción a dos personas que no integran la misma. Este procedimiento administrativo se rige por las normas del procedimiento administrativo común, que no contiene ninguna limitación temporal como la establecida para el proceso disciplinario; claro está, más allá de que el Decreto N° 500/991 rija esencialmente para los órganos de la Administración Central.

Asimismo, debe tenerse presente que el art. 1° del Reglamento Disciplinario del Banco Central (art. 168 del Decreto N° 500/991) dispone, que al procedimiento disciplinario se le aplican en subsidio las normas que regulan el procedimiento administrativo común. En cambio, no parece admisible trasladar al ámbito de este último las normas que la regla de derecho reserva exclusivamente para aquél, contemplando su singularidad.”

³² BARBÉ PÉREZ, H. Los principios generales de derecho como fuente de derecho administrativo en el derecho positivo uruguayo. In: UNIVERSIDAD DE LA REPÚBLICA. **Estudios Jurídicos en memoria de Juan José Amézaga**. Montevideo: Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República, 1958. p. 48 – et. seq.

³³ Los artículos relevantes, a efectos de nuestro estudio, de la ley N° 15.848, son los siguientes:

“Artículo 1°. Reconócese que, como consecuencia de la lógica de los hechos originados por el acuerdo celebrado entre partidos políticos y las Fuerzas Armadas en agosto de 1984 y a efecto de concluir la transición hacia la plena vigencia del orden constitucional, ha caducado el ejercicio de la pretensión punitiva del Estado respecto de los delitos cometidos hasta el 1° de marzo de 1985 por funcionarios militares y policiales, equiparados y asimilados por móviles políticos o en ocasión del cumplimiento de sus funciones y en ocasión de acciones ordenadas por los mandos que actuaron durante el período de facto.

Art. 2°. Lo dispuesto en el artículo anterior no comprende:

- a) Las causas en las que, a la fecha de promulgación de esta ley, exista auto de procesamiento;
- b) Los delitos que se hubieran cometido con el propósito de lograr, para su autor o para un tercero, un proyecto económico.

Art. 3°. A los efectos previstos en los artículos anteriores, el Juez interviniente en las denuncias correspondientes, requerirá al Poder Ejecutivo que informe, dentro del plazo perentorio de treinta días de recibida la comunicación, si el hecho investigado lo considera comprendido o no en el artículo 1° de la presente ley.

Si el Poder Ejecutivo así lo comunicare, el Juez dispondrá la clausura y el archivo de los antecedentes. Si en cambio, no contestare o informa que no se halla comprendido dispondrá continuar la indagatoria.

2. El referido acto administrativo es creador de una norma general y concreta por lo que, conforme al inciso cuarto del artículo 120 del Decreto Nº 500/991, de 27 de setiembre de 1991, configura una Disposición General.

3. Al ser esta Disposición General dictada por el Poder Ejecutivo, según el artículo 121 del citado Decreto Nº 500/991 recibe el nombre de Decreto.

No obstante, en un claro apartamiento de lo dispuesto por los incisos quinto y sexto del artículo 124 del mismo Decreto Nº 500/991, se le dio forma de Resolución y no de Decreto.

Por esta razón, para identificar el acto en estudio lo haré conforme a como lo hizo el Poder Ejecutivo, aunque sea incorrecto.

II. REVOCACIÓN DE ACTOS ADMINISTRATIVOS FIRMES Y ESTABLESPOR RAZONES DE LEGITIMIDAD

1. Como se ha visto, la Resolución Nº 322/2011 revoca actos administrativos y Mensajes. Como los Mensajes no se revocan, centraré mi atención en los actos.

2. El Poder Ejecutivo pretende justificar lo resuelto con la afirmación efectuada en el CONSIDERANDO VIII. En efecto, allí afirma que “la Administración está obligada a revocar aquellos actos administrativos contrarios a Derecho, de oficio o a petición de parte, lo que constituye jurisprudencia constante del Tribunal de lo Contencioso Administrativo siguiendo a Sayagués Laso.”

3. He estudiado el tema en reiteradas oportunidades. Desde hace veinticinco años he sostenido lo contrario: la Administración no puede revocar actos administrativos firmes, es decir, inimpugnables, creadores de derechos o, en términos más generales, creadores de una situación favorable, ni siquiera por razones de legitimidad.³⁴

Desde la fecha de promulgación de esta ley hasta que el Juez reciba la comunicación del Poder Ejecutivo quedan suspendidas todas las diligencias presumariales en los procedimientos mencionados en el inciso primero de este artículo.

Art. 4º. Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos precedentes el Juez de la causa remitirá al Poder Ejecutivo testimonios de las denuncias presentadas hasta la fecha de promulgación de la presente ley referentes a actuaciones relativas a personas presuntamente detenidas en operaciones militares o policiales y desaparecidas así como de menores presuntamente secuestrados en similares condiciones.

El Poder Ejecutivo dispondrá de inmediato las investigaciones destinadas al esclarecimiento de estos hechos. El Poder Ejecutivo dentro del plazo de veinte días a contar de la comunicación judicial de la denuncia dará cuenta a los denunciantes del resultado de estas investigaciones y pondrá en su conocimiento la información recabada.”

³⁴ DURÁN MARTÍNEZ, A. Revocación del acto administrativo. In: _____. **Estudios de Derecho Administrativo: Parte General.** Montevideo: [s. n.], 1999. p. 206 – et. seq.; DURÁN MARTÍNEZ, A., Impugnación de reglamento. In: _____. **Estudios de Derecho Administrativo. Parte General...**, p. 253 y ss.; DURÁN MARTÍNEZ, A. Cosa juzgada administrativa. In: _____. **Estudios de Derecho Administrativo. Parte General...**, p. 348 – et. seq.; DURÁN MARTÍNEZ, A. **Contencioso Administrativo.** Montevideo: F.C.U., 2007. p. 187 – et. seq., 244 – et. seq.; DURÁN MARTÍNEZ, A. **Contencioso Administrativo.** Montevideo: F.C.U., 2007. p. 235 – et. seq.; DURÁN MARTÍNEZ, A., **Casos...**, p. 206 – et. seq.; DURÁN MARTÍNEZ, A. Limitaciones a la revocación de un acto administrativo firme por razones de legitimidad en la Ley Federal de Procedimiento Administrativo

4. Para sustentar la afirmación precedente me he basado en algunas sentencias que son verdaderas cumbres jurídicas del mundo occidental cristiano. He tenido en cuenta, así, en un primer momento, el *arrêt Dame Cachet* del Consejo de Estado francés, de 3 de noviembre de 1922,³⁵ y el caso Carman de Cantón, de la Corte Suprema de la Nación argentina, de 1936;³⁶ y luego, además, el *caso de la viuda de Berlín* del Tribunal Administrativo Superior de Berlín, de 1956.³⁷

5. Los tres fallos citados se basan fundamentalmente en la seguridad jurídica. Pero mientras que la sentencia francesa y la argentina atienden básicamente un determinado componente del concepto de seguridad jurídica, la estabilidad de los derechos adquiridos, la sentencia alemana apunta a otro aspecto de la seguridad, la confianza, derivada de la certidumbre.

La primera es una visión de tipo “patrimonialista”; la segunda se preocupa del comportamiento futuro.

Hoy en día, se afirma la existencia del derecho a la *certidumbre jurídica*. VILLAR PALASI lo define como “la expectativa razonable que todo ciudadano puede esperar, en un Estado de Derecho, para conocer la regulación aplicable a una conducta determinada.”³⁸ Este derecho implica no solo el derecho a conocer qué es lo que dicen las reglas de derecho sino también a conocer cómo se interpretan y cómo se aplican.

La vida en sociedad requiere un comportamiento previsible del Estado, y esto se logra con una aplicación uniforme del derecho.³⁹

En torno a estos conceptos, a partir del fallo de la viuda de Berlín se construyó el principio de la confianza legítima,⁴⁰ uno de los límites a la revocación de oficio del acto administrativo.

LARENZ al referirse al principio de la confianza expresó:

alemana y en la normativa nacional uruguaya. **Revista de la Faculdade de Derecho, n. 30, Universidad de la República, Uruguay, 2011.**; DURÁN MARTÍNEZ, A. Contenido adjetivo y sustantivo de las leyes de procedimiento administrativo. _____. **Estudios de Derecho Administrativo**. Uruguay: La Ley, 2013.

³⁵ HAURIOU, M. **La jurisprudence administrative de 1892 à 1929**. Tomo II. París: Sirey, 1929. p. 100 – et. seq.; DURÁN MARTÍNEZ, A. Del fallo Dame CACHET al Decreto N° 83-1025 de 28 de noviembre de 1983. In: _____. **Estudios...**, pp. 167 – et. seq.

³⁶ LINARES, J.F. **Fundamentos de Derecho Administrativo**. Buenos Aires: Astrea, 1975. p. 349-350; DURÁN MARTÍNEZ, A., Revocación ..., loc. cit., p. 210 – et. seq.

³⁷ COVIELLO, P.J.J. La protección de la confianza del administrado. Buenos Aires: Lexis Nexis. Abeledo-Perrot., 2004. p. 37 – et. seq.; DURÁN MARTÍNEZ, A., Limitaciones a la revocación ...; DURÁN MARTÍNEZ, A. Contenido adjetivo y sustantivo....

³⁸ VILLAR PALASI, J.L.; VILLAR EZCURRA, J.L. El derecho a la certidumbre jurídica y la incertidumbre de nuestro derecho. In: MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., (Org.). **La protección jurídica del ciudadano**: Estudios en homenaje al Prof. Jesús González Pérez. Tomo I. Madrid: Civitas, 1993, p. 101.

³⁹ DURÁN MARTÍNEZ, A. Seguridad para las inversiones en el Uruguay. In: _____. **Estudios de Derecho Público...**, p. 80 – et. seq.; DURÁN MARTÍNEZ, A. El precedente administrativo. **Revista de Derecho**, n. 5, Universidad Católica del Uruguay, Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, 2010. p. 68.

⁴⁰ COVIELLO, P.J.J. **La protección...**, p. 462.

“El ordenamiento jurídico protege la confianza suscitada por el comportamiento de otro y no tiene más remedio que protegerla, porque poder confiar, como hemos visto, es condición fundamental para una pacífica vida colectiva y una conducta de cooperación entre los hombres y, por tanto de la paz jurídica. Quien defrauda la confianza que ha producido o aquella a la que ha dado ocasión a otro, especialmente a la otra parte en un negocio jurídico, contraviene una exigencia que el Derecho -con independencia de cualquier mandamiento moral- tiene que ponerse a sí mismo porque la desaparición de la confianza, pensada como un modo general de comportamiento, tiene que impedir y privar de seguridad al tráfico individual. Aquí entra en juego la idea de una seguridad garantizada por el Derecho, que en el derecho positivo se concreta de diferentes maneras.”⁴¹

En un intento de precisar la protección de la confianza legítima, Coviello escribió:

“La protección de la confianza legítima es el instituto del derecho público, derivado de los postulados del Estado de Derecho, de la seguridad jurídica y de la equidad, que ampara a quienes de buena fe creyeron en la validez de los actos (de alcance particular o general, sean administrativos o legislativos), comportamientos, promesas, declaraciones o informes de las autoridades públicas, que sean jurídicamente relevantes y eficaces para configurarla, cuya anulación, modificación, revocación o derogación provoca un daño antijurídico en los afectados, erigiéndose, bajo la observancia de esos componentes, en un derecho subjetivo que puede invocar el administrado, y que consiste, en su aspecto práctico, en la limitación de los efectos de la anulación, de tratarse de un acto (de alcance individual o general) inválido o del reconocimiento del derecho a una indemnización de no ser ello posible; ...”⁴²

La vida en sociedad exige que el Estado sea confiable. El Estado tiene el deber de ser confiable y, como correlato, las personas tenemos el derecho a poder confiar en la palabra del Estado.

La faceta que llamo “patrimonialista” de la jurisprudencia Dame Cachet y de la Carman de Cantón y la faceta de la “confianza” de la jurisprudencia de la viuda de Berlín no se contradicen; más bien se complementan, y ambas integran el contenido de la seguridad jurídica.

6. La más selecta doctrina argentina ha observado la notable evolución que ha sufrido nuestro tema. De una época en que se afirmaba el principio de la revocabilidad de los actos administrativos se ha pasado al principio opuesto, es decir, el de la irrevocabilidad de los actos administrativos.⁴³

⁴¹ LARENZ, K. **Derecho justo**: Fundamentos de ética jurídica. Madrid: Civitas, 1993. p. 91.

⁴² COVIELLO, Pedro J.J. **La protección** ..., p. 462.

⁴³ LINARES, J.F., **Fundamentos**..., p. 3650 – et. seq.; CASSAGNE, J.C. **Derecho Administrativo**. 8 ed. Tomo II. Lexis Nexis. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2006. p. 362 – et. seq.; GORDILLO, A. **Tratado de Derecho Administrativo**. Tomo III. 9 ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2007.

La afirmación del principio de la revocabilidad del acto administrativo y su lógica consecuencia, la revocación de oficio por razones de legitimidad de actos aun creadores de derechos, responde a la época del modelo autoritario de Estado de Derecho emanado de la Revolución francesa. Responde al auge del positivismo jurídico, al auge del Estado Legislativo y a la época en que se definía el Derecho Administrativo como el Derecho de la Administración.

Pero a medida que el positivismo va cediendo posiciones, que se pone el acento en los principios, que los derechos humanos pasan al primer plano, que el Estado Legislativo deja paso al Estado Constitucional, que el Derecho Administrativo es concebido ya no como el derecho de la Administración sino como el Derecho de los intereses colectivos⁴⁴ o el Derecho del poder para la libertad –según feliz expresión de González Navarro–,⁴⁵ es lógico que se afirme el principio de la irrevocabilidad de los actos administrativos y se niegue la legitimidad de la revocación de oficio de los actos administrativos firmes creadores de derecho.

Lo interesante de las tres sentencias citadas radica en que no se fundaron en textos legislativos sino en principios. El derecho positivo vino después a ratificar la línea jurisprudencial indicada. En Francia, la jurisprudencia *Dame Cachet* fue recogida en el decreto N° 83-1025, de 28 de noviembre de 1983; en Argentina, la jurisprudencia *Carman de Cantón* fue recogida en la Ley Nacional de Procedimiento Administrativo, decreto-ley N° 19.549/72, de 3 de abril de 1972 (modificado por el decreto-ley N° 21.686/77); en Alemania, la jurisprudencia de la *Viuda de Berlín* fue recogida en la Ley Federal de Procedimiento Administrativo de 25 de mayo de 1976.

Y eso porque, como acertadamente observa Gordillo, al fundarse en la seguridad jurídica la irrevocabilidad, en esos casos, tiene base constitucional.⁴⁶ En realidad, como la seguridad jurídica es inherente a la persona humana considero que es supraconstitucional, sin perjuicio de su recepción en los artículos 7 y 72 de nuestra Constitución.

Por eso es que he afirmado en nuestro derecho la irrevocabilidad de los actos administrativos firmes y estables: por que se trata de una cuestión de principio, un principio que –por derivar de la seguridad jurídica– es inherente a la persona humana. Es más, la solución del artículo 166 del decreto N° 500/1991, de 27 de setiembre de 1991, en cuanto mantiene los actos firmes y estables de ejecución de un acto de efectos generales, derogado o anulado como consecuencia de un recurso por razones de legitimidad, presupone esta posición.

⁴⁴ MEILÁN GIL, J.L., Exposición In: INSTITUTO ROMEU FELIPE BACELLAR. **V Congresso da Associação de Direito Público do Mercosul, X Congresso Paranaense de Direito Administrativo**. Brasil, Foz do Iguaçu, 2009, a la cual accedí por la generosidad de su autor.

⁴⁵ DURÁN MARTÍNEZ, A. Derechos de los usuarios de los servicios de interés económico general desde la perspectiva de los derechos humanos. In: _____. *Estudios de Derecho Administrativo*. Uruguay: La Ley, 2011. p. 77.

⁴⁶ GORDILLO, A. *Tratado...*, p. VI-2 – et. seq.

7. La referencia a la opinión de Sayagués Laso que efectúa el CONSIDERANDO VIII de la Resolución en estudio no es del todo correcta.

En efecto, la opinión de Sayagués Laso no es tan tajante como se la presenta. Por un lado efectúa muchas precisiones y, por otro, advierte que, al introducirse en la Constitución de 1952 la acción de nulidad con el agotamiento de la vía administrativa como requisito de admisibilidad, se podría aceptar la jurisprudencia francesa en la materia,⁴⁷ que es precisamente la originada por el fallo Dame Cachet.

Además, no se puede olvidar que Sayagués Laso escribió su obra en 1953, es decir, en un medio cultural donde predominaba el positivismo jurídico y el Estado Legislativo, aunque estaban dadas las condiciones para que operase plenamente el Estado Constitucional; continuaba la visión autoritaria del Estado de Derecho y del Derecho Administrativo como Derecho de la Administración y casi no se hablaba de derechos humanos. No podemos, así, trasladar la opinión de Sayagués Laso emitida en ese contexto, cuando el contexto cultural que vive el país es radicalmente diferente.

Es cierto que el Tribunal de lo Contencioso Administrativo continúa admitiendo la revocación de oficio por razones de legitimidad aun de actos creadores de derechos. En ese aspecto, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo continúa prisionero del pasado. Pero está cambiando, conforme a las nuevas ideas. Por ejemplo, ya ha rechazado la obsoleta tesis de la presunción de legitimidad del acto administrativo que sostuvo durante más de medio siglo⁴⁸ y ha comenzado a otorgar relevancia a la conducta anterior invocando las teorías de los actos propios o de la confianza legítima,⁴⁹ por lo que me parece que esas son señales que anuncian un cambio en el tema de la revocación de oficio de los actos administrativos hacia la dirección correcta.

No puedo dejar de mencionar, por otra parte, que existen varios pronunciamientos del Tribunal de Cuentas de la República en el sentido de mi opinión⁵⁰ y también sentencias del Poder Judicial. Entre estas destaco la notable sentencia del Juzgado de Paz Departamental de San José de Primer Turno N° 13, de 12 de agosto de 2005,⁵¹ que guarda un gran parecido con la del caso Carman de Cantón. También la Procuraduría del Estado en lo Contencioso Administrativo, en base a los "principios de certeza

⁴⁷ SAYAGUÉS LASO, E. **Tratado de Derecho Administrativo**. 9 ed. Tomo I. Actual. Daniel Hugo Martins. Montevideo: F.C.U., 2010. p. 511 – et. seq., 523 – et. seq.

⁴⁸ Sentencia N° 427 de 17 de junio de 2010, CONSIDERANDO XI.

⁴⁹ Ibidem CONSIDERANDO VII, literal D.

⁵⁰ DURÁN MARTÍNEZ, A. **Contencioso** ..., p. 189, nota 376.

⁵¹ **La Justicia Uruguaya**, año 2005, t. 132, Caso N° 15.166, pp. J-300 – et. seq.; DURÁN MARTÍNEZ, A., **Contencioso** ..., p. 189 – et. seq.

y seguridad jurídica”, rechazó la legitimidad de la revocación de actos administrativos firmes y estables.⁵²

8. En suma, la afirmación del CONSIDERANDO VIII responde a una visión del Estado y del Derecho anticuada, totalmente superada, absolutamente incompatible con la concepción del derecho basado en la centralidad de la persona humana que rige en el mundo civilizado y, en particular, incompatible con el régimen jurídico vigente en Uruguay.

III. LEGITIMIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DE EJECUCIÓN DE LA LEY DE CADUCIDAD

1. Lo expuesto basta para denunciar la ilegitimidad de la Resolución N° 322/2011 del Poder Ejecutivo. Pero conviene detenernos un instante a fin de ver si los actos cuya revocación se dispone son efectivamente ilegítimos. Si no son ilegítimos, ni siquiera se puede invocar su ilegitimidad para su revocación.

2. De la lectura de la Resolución del Poder Ejecutivo citada se advierte claramente que no se cita ningún acto administrativo en particular. No se invoca ningún vicio padecido en cada uno de esos actos, sino que la ilegitimidad que se les imputa se basa en la ilegitimidad de la ley N° 15.848, de 22 de diciembre de 1986, de la cual son actos de ejecución.

3. Siendo así las cosas, no procede analizar cada uno de esos actos que, repito, no se identifican y, por otra parte, no conozco. Procede así centrar la atención en la ley N° 15.848 citada.

Y, en ese análisis, cabe tener en cuenta que cuando se dictaron esos actos cuya revocación ahora se dispone, la ley en cuestión estaba vigente, como lo está ahora, y no había sido declarada inconstitucional. Es más, el planteamiento de inconstitucionalidad efectuado en esa época fue rechazado por la Suprema Corte de Justicia.

De modo que el Poder Ejecutivo pudo y debió aplicar la ley. Otra actitud hubiera sido ilegítima.

De más está decir que la declaración de inconstitucionalidad que advino recientemente, no habilita al dictado de la resolución ahora en análisis puesto que, conforme al artículo 259 de la Constitución, el fallo de la Suprema Corte de Justicia refiere exclusivamente al caso concreto y solo tiene efectos en el procedimiento en que se haya pronunciado.

Cabe concluir pues, desde ese punto de vista, que esos actos de ejecución de la ley son legítimos.

⁵² Dictamen de la Procuraduría del Estado en lo Contencioso Administrativo N° 70/2010, de 26 de febrero de 2010, recaída en los autos GENTA Bolívar C/ESTADO-Ministerio de Industria, Energía y Minería y Administración Nacional de Telecomunicaciones. Acción de Nulidad. Expediente N° 227/08.

IV. PROYECCIÓN DE LA SENTENCIA GELMAN VS. URUGUAY EN EL ÁMBITO DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

1. No obstante lo expresado, cabe señalar que la reciente sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 24 de febrero de 2011, recaída en el Caso GELMAN vs. Uruguay, agrega un nuevo elemento a nuestro tema que es preciso analizar. En efecto, de la parte expositiva de la Resolución del Poder Ejecutivo en estudio se desprende claramente que dicho acto pretende ser un acto de ejecución de la citada sentencia.

Eso nos obliga a tener en cuenta esa sentencia y analizar su incidencia en la especie.

2. Como punto de partida en ese análisis procede una afirmación de principio: las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos deben cumplirse. Así se han pronunciado, como no podía ser de otra manera, los primeros comentarios jurídicos del fallo publicados en Uruguay.⁵³

Si esto no fuese así no tendría sentido el sistema jurisdiccional creado, el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva no sería sino virtual y no existiría, en realidad, ninguna garantía jurídica de los derechos humanos.

En principio, pues, los fallos deben cumplirse, y cumplirse de buena fe.

3. Ahora bien, la afirmación precedente es una afirmación muy fácil de pronunciar pero no tan fácil de ejecutar. En efecto, a menudo las sentencias de la Corte Interamericana no son de aplicación sencilla y los Estados perdidosos encuentran considerables dificultades para su cumplimiento.

4. Lo primero que hay que tener en cuenta en la aplicación de una sentencia es que ella configura un texto jurídico que debe ser interpretado para su aplicación.

Y esa interpretación debe efectuarse de acuerdo al precepto de *interpretación conforme*;⁵⁴ *interpretación conforme a la Constitución* o, mejor dicho, *interpretación conforme al bloque de constitucionalidad*.

No hay unanimidad en cuanto al contenido *del bloque de constitucionalidad*⁵⁵ ni siquiera en cuanto a su terminología; otros hablan de *bloque de los derechos humanos*.⁵⁶

Entiendo por *bloque de constitucionalidad* el conjunto de reglas de Derecho incluidas en la Constitución y los derechos humanos reconocidos o no por la Carta,

⁵³ OCHS OLAZABAL, D. El fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Gelman contra Uruguay. *Estudios Jurídicos*, n. 9, Montevideo, 2011, p. 881; OCHS OLAZABAL, D. El fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Gelman contra Uruguay. *Estudios Jurídicos*, n. 9, Montevideo, 2011. p. 146.

⁵⁴ DURÁN MARTÍNEZ, A. En torno al Neoconstitucionalismo. *Estudios Jurídicos*, n. 7, Universidad Católica del Uruguay - Facultad de Derecho, Montevideo, 2009. p. 76-77.

⁵⁵ ESCOBAR MARTÍNEZ, L.M. Prólogo. In: RISSO FERRAND, M. Algunas garantías básicas de los derechos humanos. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana/IBÁÑEZ, 2011. p. 18.

⁵⁶ RISSO FERRAND, M., *Algunas garantías...*, p. 72.

contenidos o no en las Convenciones internacionales. Por esa razón, prefiero la expresión *bloque de constitucionalidad* a la de *bloque de los derechos humanos* –aun reconociendo las falencias de esa terminología– porque comprende también las reglas de la Constitución aunque no sean referidas a derechos humanos.

En el caso, para la interpretación y aplicación de la sentencia se habrá de partir naturalmente de los derechos humanos, de las Convenciones Internacionales vigentes y de la Constitución, a fin de determinar los órganos internos competentes para la ejecución y la forma de la misma.

Como los términos jurídicos son a menudo polisémicos, es decir, susceptibles de más de un sentido, el principio de *interpretación conforme* hace que, de dos interpretaciones posibles, una ajustada al *bloque de constitucionalidad* y otra no, habrá de optarse por aquella que más se adecue al *bloque de constitucionalidad*.

5. Vivimos lo que HÄBERLE ha llamado “la sociedad abierta de los intérpretes de la Constitución.”⁵⁷ “En los procesos de interpretación constitucional están incluidos todos los órganos del Estado, todos los poderes públicos, todos los ciudadanos y los grupos. ¡No hay un *numerus clausus* de intérpretes de la Constitución!”⁵⁸

El juez constitucional podrá ser el intérprete más importante, pero no el único.⁵⁹

Lo dicho con relación a la Constitución comprende naturalmente al *bloque de constitucionalidad* y la referencia al juez constitucional incluye al juez de derechos humanos.

Pero ese juez, privilegiado sí, no es *señor del derecho* como en un tiempo pretendió ser el legislador. Es guardián del derecho pero no señor del derecho. Está sometido al derecho que custodia como su servidor, de él extrae su fuerza,⁶⁰ que no es mayor que la que se le ha conferido. Esto hay que tenerlo bien presente; ya lo advirtió muy bien MONTESQUIEU al comienzo mismo de fundamentar su célebre teoría de separación de poderes. “No hay poder que no incite al abuso, a la extralimitación. ¡Quién lo diría! Ni la virtud puede ser ilimitada.”⁶¹

“Hoy, ciertamente, –decía ZAGREBELSKY– los jueces tienen una gran responsabilidad en la vida del derecho desconocida en los ordenamientos del Estado de derecho legislativo. Pero los jueces no son los señores del derecho en el mismo sentido en que lo era el legislador en el pasado siglo. Son más exactamente los garantes de la complejidad estructural del derecho en el Estado constitucional, es decir, los garantes de la

⁵⁷ HÄBERLE, P. **El Estado Constitucional**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003. p. 149 – et. seq.

⁵⁸ HÄBERLE, P. **El Estado**... p. 150.

⁵⁹ DURÁN MARTÍNEZ, A. En torno al..., loc. cit., p. 79.

⁶⁰ SOTO KLOSS, E. Responsabilidad por actividad jurisdiccional. In: _____. [et. al.]. **Congreso Internacional de Derecho Administrativo**. Montevideo: Universidad de la República-Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 1984. p. 129 – et. seq.; DURÁN MARTÍNEZ, A. En torno al..., loc. cit., p. 100.

⁶¹ MONTESQUIEU. **El espíritu de las leyes**. 6 ed. Buenos Aires: Editorial Heliasta S.R.L., 1984. p. 186.

necesaria y dúctil coexistencia entre ley, derecho y justicia. Es más, podríamos afirmar como conclusión que entre el Estado constitucional y cualquier ‘señor del derecho’ hay una radical incompatibilidad. El derecho no es un objeto propiedad de uno, sino que debe ser objeto del cuidado de todos.”⁶²

La actual concepción del derecho ha convertido al juez de derechos humanos en el hombre más poderoso del mundo. Pero no deja de ser hombre, por lo que carece de poderes ilimitados.

No puede así, el juez de derechos humanos, en la custodia de los derechos humanos, desconocer derechos humanos.

Esto es una pauta orientadora que se debe tener en cuenta en la interpretación y aplicación de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

6. OCHS, en su reciente estudio, ha señalado que con relación a las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos la propia Corte “ha puntualizado la existencia de dos categorías de sujeción. Son absolutamente obligatorias para el Estado parte del proceso concluso por dicho acto jurídico. Y, además, la doctrina inspiradora del fallo resulta vinculante para los demás Estados, aunque no obligatoria.”⁶³

La afirmación precedente requiere un análisis con cierto detenimiento.

La Corte Interamericana es un órgano creado. Recibe su competencia del acto creador o de otros del mismo valor y fuerza que el acto creador. No puede, sin norma habilitante, ampliar de oficio su competencia.

La Corte es creada por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, también llamada Pacto de San José de Costa Rica, ratificada por nuestro país por la ley N° 15.737, de 8 de marzo de 1985, y recibe su competencia de la propia Convención.

Lo primero que cabe advertir es que carece de competencia penal.⁶⁴

Conforme al artículo 68.1 del Pacto, los efectos de la sentencia comprometen únicamente al Estado parte del caso. Y de la comunicación del fallo a los demás Estados Partes de la Convención, prevista en el artículo 69, no se deduce que las sentencias tengan fuerza obligatoria, también, respecto de los Estados que no fueron parte en el proceso. De manera que una sentencia que condena a un Estado no afecta a otro Estado. Por esa razón, no se puede decir que la doctrina inspiradora del fallo resulta vinculante para los demás Estados. La Convención no ha concebido un sistema de jurisprudencia, fuente formal de derecho, como el británico, ni un régimen de *stare decisis* como en los Estados Unidos. Si la Convención o sus Protocolos no han asignado a la jurisprudencia fuerza vinculante, no lo puede hacer la Corte.

⁶² ZAGREBELSKY, G. **El Derecho dúctil**: Ley, derechos, justicia. Madrid: Trotta, 2005. p. 153.

⁶³ OCHS OLAZÁBAL, D. El fallo de la Corte..., loc. cit., p. 881.

⁶⁴ URIOSTE BRAGA, F., En torno a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Caso ‘GELMAN C. URUGUAY’. In: DURÁN MARTÍNEZ, A. **Estudios de Derecho Administrativo**. Uruguay: La Ley, 2011.

También del Pacto de San José de Costa Rica se desprende que los efectos de las sentencias se circunscriben al caso concreto.

El hecho de que la doctrina inspiradora del fallo no tenga fuerza vinculante más allá del ámbito subjetivo del fallo no quiere decir que no sea importante. Por el contrario, estimo que la jurisprudencia de la Corte es muy importante porque ha contribuido a crear una cultura de derechos humanos. Ha tenido una notable labor docente que nos ha permitido ver derechos humanos allí donde no los veíamos, por la imperfección del conocimiento humano. Y, en esos casos, aparece un efecto vinculante, pero no porque lo diga la Corte sino porque estamos en presencia de derechos humanos; derechos humanos que no conocíamos, pero que conocimos gracias a la labor de la Corte. Dicho de otro modo, la fuerza jurídica viene del derecho humano que la Corte ayudó a descubrir. Pero la Corte no puede crear derechos humanos donde no los hay. La Corte no puede actuar arbitrariamente.

Desde ese punto de vista, cabe reconocer que el derecho a averiguar la verdad es un derecho humano: deriva de la naturaleza de ser racional del hombre, como hace muchos años lo he advertido.⁶⁵

No cabe duda tampoco de que la reparación patrimonial por los daños causados es también un derecho humano.

Pero no existe un derecho humano a la represión penal; la represión penal corresponde al Estado y se ejerce a través de una acción pública. Por esa razón es que la Constitución, en casos extraordinarios y como una vía para lograr la paz social, prevé la posibilidad de otorgar indultos o amnistías (artículo 85, numeral 14).

El indulto, así como la amnistía, configura un perdón.

Al llegar a este punto es preciso una reflexión, aunque sea breve, acerca de la naturaleza humana.

El hombre es un animal racional, por ser racional es social y por ser social es político. Esto se desprende plenamente del pensamiento de ARISTÓTELES y Santo TOMÁS DE AQUINO.⁶⁶

La sociabilidad, connatural al hombre, proviene de su racionalidad. La condición de ser racional impulsa al hombre a vivir en sociedad. Pero no basta la razón para sostener la vida social; la sociabilidad se sustenta con el amor. Por eso podemos decir también, si se me permite la expresión, que el hombre es *un animal amoroso*.

Este aspecto es precisamente destacado por BENEDICTO XVI en su primera Carta Encíclica, "Deus caritas est" y en su tercera, "Caritas in veritate".

⁶⁵ DURÁN MARTÍNEZ, A. La obligación de motivar: un principio general de derecho administrativo. In: _____. **Estudios de Derecho Administrativo**..., p. 68.

⁶⁶ ARISTÓTELES. **La política**. Buenos Aires: Editorial Tor Srl., 1965. p. 7 – et. seq.; TOMÁS DE AQUINO. Opúsculo sobre el gobierno de los príncipes. In: TOMÁS DE AQUINO. **Tratado de la ley, Tratado de la justicia**: Opúsculo sobre el gobierno de los príncipes. México: Editorial Porrúa S.A., 1975. p. 257 – et. seq.; SUÁREZ, F. **Selección de Defensio Fidei y otras obras**. Buenos Aires: Depalma, 1966. p. 31 – et. seq.; DURÁN MARTÍNEZ, A. El derecho administrativo entre legalidad y derechos fundamentales. In: _____. **Estudios de Derecho Público**..., p. 266.

El término en latín "*caritas*" a veces es traducido en español como *amor* y otras veces como *caridad*. Así, el título de la primera Encíclica se ha traducido al español como "Dios es amor" y el de la tercera, como "La caridad en la verdad".

Caridad y amor no son términos sinónimos, pero se encuentran relacionados puesto que la caridad es una forma de amor.

El Papa recordaba el vasto campo semántico de la palabra amor. Así, decía, "se habla de amor a la patria, de amor por la profesión o el trabajo, de amor entre amigos, entre padres e hijos, entre hermanos y familiares, del amor al prójimo y del amor a Dios. Sin embargo, en toda esta multiplicidad de significados destaca, como arquetipo por excelencia, el amor entre el hombre y la mujer."⁶⁷

Los antiguos griegos tenían tres términos para el amor: *eros*, *philia* y *agapé*, según si su proyección era en un sentido ascendente, horizontal o descendente.⁶⁸

El *agapé* es un amor que se proyecta en sentido descendente, es un amor que se da gratuitamente sin pedir nada a cambio y, además, es un amor que perdona.⁶⁹

Amor, *caritas*, *agapé* no son incompatibles con la justicia, que lleva dar al otro lo que es suyo. Parte de ella, pero la supera. "La caridad supera la justicia y la completa siguiendo la lógica de la entrega y el perdón. La 'ciudad del hombre' no se promueve sólo con relaciones de derechos y deberes sino, antes y más aún con relaciones de gratitud, de misericordia y comunión."^{70 71}

⁶⁷ BENEDICTO XVI. Carta Encíclica *Caritas in veritate*: La caridad en la verdad. San José: Librería Editrice Vaticana, 2009. p. 5.

⁶⁸ BENEDICTO XVI. Carta Encíclica *Deus Caritas in...*, p. 6 – et. seq..

⁶⁹ BENEDICTO XVI. Carta Encíclica *Deus Caritas in...*, p. 16.

⁷⁰ BENEDICTO XVI. Carta Encíclica *Deus Caritas est*. Librería San José: Editrice Vaticana, 2006. p. 7.

⁷¹ CASSAGNE, al estudiar la Encíclica "*Caritas in veritate*" precisamente el pasaje a que refiere a la relación entre *justicia* y *caritas* expresó: "De la Encíclica se desprende la insuficiencia de la justicia conmutativa e incluso de la distributiva y aún de la social, para resolver, por sí mismas, la problemática social que plantea la globalización. Este punto de vista, no conduce, sin embargo, a desconocer la trascendencia que tiene la observancia y práctica de la justicia en cualquier comunidad para la paz social y el desarrollo integral de las personas, ni tampoco sostener la subordinación de una especie de justicia a otra.

Lo que sí implica es el reconocimiento de la íntima relación que existe entre justicia y caridad y la necesidad de encontrar nuevas formas de organización y sistemas para reforzar y ampliar los lazos de solidaridad social basados en el principio de gratuidad y poder así contribuir a la construcción de los pilares de la ciudad de Dios que propugnaba SAN AGUSTÍN.

Se afirma que la "*justicia es inseparable de la caridad*" y "*es intrínseca a ella*". Con razón, puede considerarse a la justicia como "*la primera vía de la caridad*", o como dijo Paulo VI, "*su medida mínima*".

Hay que tener presente también que, la justicia es una relación de igualdad. Por eso, ella se infringe cuando se degrada el principio de legalidad, que comprende tanto la ley (concebido como ordenamiento material) como el derecho, según la fórmula acuñada en las modernas constituciones europeas (vgr. la Constitución de España), que adoptan como principio constitucional que la Administración está sometida a la ley y al derecho.

La degradación del principio de legalidad afecta profundamente a la justicia al provocar discriminaciones arbitrarias o irrazonables fundadas en el mero capricho de los jueces, legisladores o funcionarios. Esta degradación es mucho más grave en algunas materias como la penal, en la que entran en juego derechos humanos fundamentales que hacen a la dignidad de la persona humana. Resultan particularmente objetables, en nuestro país, las tendencias jurisprudenciales que degradan principios y garantías constitucionales básicas

"El amor –caritas– siempre será necesario, incluso en la sociedad más justa. No hay orden estatal, por justo que sea, que haga superfluo el servicio del amor. Quien intenta desentenderse del amor se dispone a desentenderse del hombre en cuanto hombre."⁷²

La sociedad requiere del amor en todos los sentidos indicados –no sus desviaciones, por cierto, contra las que nos advierte acertadamente el Sumo Pontífice⁷³– incluido el *agapé*.

Al ser el amor connatural al hombre, incluido el amor que perdona, nadie puede privar a nadie del derecho de perdonar.

Los uruguayos perdonamos. Lo hicimos primero por medio de nuestros representantes a través del dictado de una ley y luego, en dos oportunidades directamente cuando nos manifestamos como Cuerpo Electoral.

La mayoría, ni siquiera la unanimidad, puede desconocer los derechos humanos. Pero la mayoría puede perdonar, porque el perdón es una manifestación que hace a la esencialidad del ser humano. Y esa manifestación no puede ser desconocida por nadie. Desconocerla implica una actitud, profundamente anticristiana, desde luego, pero también profundamente antihumana, con lo cual deviene ilegítima.

Desde esa perspectiva no se puede admitir que se cuestione la legitimidad de una ley de amnistía, cualquiera sea el nombre que se le dé, cuando a raíz de una situación excepcional, ese perdón sea el instrumento necesario para asegurar la paz social.

Se advierte por otra parte que el Pacto de San José de Costa Rica no impide el indulto ni la amnistía y como no existe un derecho humano a la represión penal, se equivoca también por esa razón la Corte Interamericana, al considerar la Ley de Caducidad

que se desprenden de la primera parte de la Constitución, como el principio de no retroactividad en materia penal y la discriminación que se hace acerca de la vigencia de la doctrina que aplican los tribunales a los delitos de lesa humanidad que sólo considera imprescriptibles cuando éstos son cometidos por funcionarios del Estado y no por los miembros de las organizaciones terroristas. También se advierte un uso abusivo por parte de los jueces de las modernas teorías que adjudican responsabilidades penales objetivas, no por la intervención o participación directa o indirecta del imputado, sino por la conducta que cabe esperar de él en ciertas situaciones en que se representan intereses ajenos, lo cual contraviene el principio de legalidad y deja a los jueces un manejo absolutamente discrecional en la configuración de las conductas punibles.

Desde luego, que sería conveniente recorrer el camino de la reconciliación y del perdón. Ello no es óbice a que se transite el camino de la verdad, que no admite sustituir la historia por la memoria parcial y subjetiva de un sector de la población, inspirado en propósitos de odio y venganza. Desde luego, que el perdón no amengua la gravedad de las violaciones de los derechos humanos ocurridas durante los gobiernos de "iure" y de "facto", provocadas por agentes del propio Estado, por hechos ciertos y comprobados, en base a imputaciones subjetivas. La paradoja es que las violaciones a los derechos humanos que ocurren en el mundo, en constante aumento, se dan en el escenario de las solemnes declaraciones que se instrumentan en el campo internacional para desterrar las prácticas atentatorias de dichos derechos." CASSAGNE, J.C. *La Encíclica 'Caritas in veritate': Reflexiones sobre la justicia, el mercado, el papel de los poderes públicos y de las personas en el proceso de globalización*. Disponible em: <http://opac.um.edu.uy/index.php?lvl=notice_display&id=65614>.

⁷² BENEDICTO XVI. *Carta Encíclica Deus Caritas in...*, p. 38.

⁷³ BENEDICTO XVI. *Carta Encíclica Deus Caritas in...*, p. 6 – et. seq.

incompatible con la Convención, siguiendo una línea jurisprudencial iniciada con anterioridad, con relación a ciertas leyes de amnistía de otros países (Sentencia de 14 de marzo de 2001 en el caso *Barrios Altos y la Cantatuta vs. Perú*; sentencia de 24 de setiembre de 2006, en el caso *Almonacid Arellano vs. Chile*; sentencia de 24 de noviembre de 2010, en el caso *Gómez Lund vs. Brasil*.)⁷⁴

También se equivoca la Corte al pretender aplicar en la especie la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, pues es posterior en el tiempo y no puede aplicarse retroactivamente. Su aplicación retroactiva significa la violación de un derecho humano de máximo valor y fuerza: la seguridad, en su especie, seguridad jurídica.

7. A la luz de lo expuesto es que debe interpretarse el numeral 11 de la Sentencia de la Corte pues, según el CONSIDERANDO I) de la Resolución del Poder Ejecutivo N° 322/2011, es el que se pretende ejecutar con dicho acto administrativo.

El referido numeral 11 expresa:

“El Estado debe garantizar que la Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado, al carecer de efectos por su incompatibilidad con la Convención Americana y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, en cuanto puede impedir u obstaculizar la investigación y eventual sanción de los responsables de graves violaciones de derechos humanos, no vuelva a representar un obstáculo para la investigación de los hechos materia de autos y para la identificación y, si procede, sanción de los responsables de los mismos, de conformidad con los párrafos 253 y 254 de la Sentencia.”⁷⁵

La Ley de Caducidad no ha significado ningún obstáculo para las reparaciones patrimoniales solicitadas. Ha habido condenas al respecto, así como transacciones judiciales o extrajudiciales.

La Ley de Caducidad no ha impedido, ni impide tampoco, investigaciones administrativas. Estas se han practicado y pueden seguir practicándose.

Lo que la ley ha impedido en ciertos casos es la represión penal.

⁷⁴ BLENGIO VALDÉS, M. Corte Interamericana..., loc. cit., p. 144 – et. seq.

⁷⁵ Esos párrafos establecen:

“253. Para ello, dado que la Ley de Caducidad carece de efectos por su incompatibilidad con la Convención Americana y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, en cuanto puede impedir la investigación y eventual sanción de los responsables de graves violaciones de derechos humanos, el Estado deberá asegurar que aquella no vuelva a representar un obstáculo para la investigación de los hechos materia del presente caso ni para la identificación y, si procede, sanción de los responsables de los mismos y de otras graves violaciones de derechos humanos similares acontecidos en Uruguay.

254. En consecuencia, el Estado debe disponer que ninguna otra norma análoga, como prescripción, irretroactividad de la ley penal, cosa juzgada, *ne bis in idem* o cualquier excluyente similar de responsabilidad, sea aplicada y que las autoridades se abstengan de realizar actos que impliquen la obstrucción del proceso investigativo.”

Es este el punto delicado, puesto que la Sentencia expresa que el Estado debe garantizar que la Ley de Caducidad “no vuelva a representar un obstáculo para la investigación de los hechos materia de autos y para la identificación y, si procede, sanción de los responsables de los mismos...” (énfasis nuestro).

Véase que la sentencia, sin perjuicio de considerar la Ley de Caducidad incompatible con la Convención no impone su derogación o anulación, ni impone en todos los casos la represión penal, sino “si procede”.

Esa expresión “si procede” admite dos interpretaciones.

Una interpretación posible es entender que si se consideró que hubo delito, corresponde en todo caso la sanción penal.

Otra interpretación posible es entender que si se consideró que hubo delito, corresponde la sanción penal si jurídicamente esta es posible.

La primera opción es incompatible con el *bloque de constitucionalidad*. En efecto, significa desconocer el derecho adquirido por ciertas personas a no ser procesadas y el derecho a confiar en la palabra dada por el Estado.

No se trata de imponer una ley interna al Derecho Internacional de los derechos humanos. Poco importa, es cierto, desde el punto de vista estrictamente jurídico, si una ley hubiese desconocido derechos humanos, que esa ley haya sido ratificada por el Cuerpo Electoral por un Referéndum y que el Cuerpo Electoral haya rechazado un Plebiscito tendiente a su anulación, porque en materia de derechos humanos –por lo menos en lo que configura su *coto vedado*– estamos ante una cuestión indecidible, al margen de la voluntad de la mayoría y hasta la de la unanimidad.⁷⁶

De lo que se trata es de respetar un derecho humano, el de la seguridad jurídica. En la especie, ese derecho ha sido otorgado, sí, por una ley interna; pero una vez otorgado cobra autonomía y no puede ser desconocido por ningún otro acto jurídico, ni siquiera por la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos. Los derechos humanos se imponen también a la misma Corte. No hay derechos humanos internos y derechos humanos internacionales; los derechos humanos son únicos, por ser único el ser humano, con independencia del derecho (interno o internacional) que los reconozcan.

La otra interpretación posible es perfectamente compatible con el *bloque de constitucionalidad*. Por tanto, de acuerdo con el precepto de *interpretación conforme*, ha de optarse por esta segunda interpretación.

⁷⁶ Pero la Ley de Caducidad, no solo no desconoció derechos humanos, sino que efectuó un perdón, es decir, ejerció un acto profundamente humano que fue ratificado en dos oportunidades por el Cuerpo Electoral, y eso no se puede desconocer. La manifestación del Cuerpo Electoral es irrelevante si desconoce derechos humanos, pero es relevante si ejerce un derecho humano, como lo es el derecho de perdonar. Nadie puede privar a nadie del ejercicio del derecho de perdonar.

V. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA RESOLUCIÓN N° 322/2011

1. En virtud de lo expuesto, surge claramente que el Poder Ejecutivo interpretó y aplicó mal, en el punto, la Sentencia de la Corte. Si hubiera efectuado una interpretación conforme al *bloque de constitucionalidad* no habría dispuesto la revocación de los actos administrativos que dispuso. Al hacerlo, incurrió en ilegitimidad al desconocer la seguridad jurídica.

2. La Resolución del Poder Ejecutivo N° 322/2011 es gravemente ilegítima, padece de un vicio susceptible de nulidad que vicia de la misma manera todos los actos de ejecución de la misma cualquiera sea su naturaleza.

3. En virtud de esa ilegitimidad, corresponde su inaplicación. Esa inaplicación corresponde no solo en sede administrativa⁷⁷ sino también, y especialmente, en el ámbito jurisdiccional. Los fiscales y jueces tienen el deber de no aplicar la Resolución N° 322/2011 en razón de su ilegitimidad.

4. La aplicación de la Resolución en estudio compromete además la responsabilidad patrimonial del Estado por su actividad administrativa y por su actividad jurisdiccional, en caso de existir un daño, lo que ocurriría con un procesamiento.

5. Pero también cabe afirmar que ven comprometida su responsabilidad patrimonial personal los funcionarios actuantes que posibiliten o produzcan el daño. Ven comprometida así su responsabilidad personal los firmantes de la Resolución del Poder Ejecutivo en análisis así como los fiscales y jueces que la ejecuten. Procede en todos esos casos acción directa contra ellos.

Es cierto que una larga y mayoritaria doctrina niega la posibilidad de una acción reparatoria directa contra el funcionario.⁷⁸ Pero ha surgido posteriormente una nueva lectura de los artículos 24 y 25 de la Constitución, a mi juicio más convincente y más ajustada a la actual concepción del Derecho Administrativo, que admite esa acción directa.⁷⁹

Esta última corriente doctrinaria tiende a crecer y ha comenzado a tener receptividad en la jurisprudencia, lo que permite avizorar un cambio en la materia a fin de evitar islas de irresponsabilidad.

6. De más está decir que, como lo que esta Resolución del Poder Ejecutivo desconoce son derechos humanos expresamente reconocidos en el Pacto de San José de

⁷⁷ DURÁN MARTÍNEZ, A. La Administración ante el reglamento ilegal. In: _____. **Estudios de Derecho Público...**, p. 299 – et. seq.

⁷⁸ MARTINS, D.H. La responsabilidad de la Administración y de los funcionarios en la Constitución uruguaya. In: _____. **Constitución y Administración**. Tomo I. Montevideo: Ingranusi Ltda., 1997. p. 276 – et. seq.

⁷⁹ RISSO FERRAND, M. Responsabilidad civil de los funcionarios públicos. In: _____. [et. al.]. **Segundo Coloquio Contencioso de Derecho Público, Responsabilidad del Estado y Jurisdicción**. Montevideo: Editorial Universidad, 1995. p. 17 – et. seq.; RISSO FERRAND, M. Responsabilidad civil de los funcionarios públicos. In: _____. [et. al.]. **Segundo Coloquio Contencioso de Derecho Público, Responsabilidad del Estado y Jurisdicción**. Montevideo: Editorial Universidad, 1995. p. 80 – et. seq.

Costa Rica, queda comprometida también la responsabilidad del Estado ante el sistema interamericano de derechos humanos.

APRECIACIONES FINALES

1. Alguna vez le oí decir a Soto Kloss que en el ámbito jurídico no podemos movernos con la frialdad con que lo hace un veterinario cuando efectúa la autopsia de un gato.

Considero que Soto Kloss tiene razón, porque la materia prima del derecho es el ser humano, el ser humano en toda su dimensión, el ser humano vivo, el ser humano de hoy, con su raíz afincada en el pasado y su proyección de futuro.

2. Las reglas de derecho que rigen la sociedad no son solo normas, sino también principios. Y ante estos, es precisamente el caso de los derechos humanos, en la interpretación jurídica predomina la ponderación sobre la subsunción.

3. Esa ponderación, efectuada en el marco de un razonamiento prudencial, debe tener en cuenta la naturaleza humana en toda su plenitud. Por consiguiente, en temas como este, cuestiones como *amor*, *caritas*, *agapé*, no pueden estar ausentes en el discurso jurídico, en todos y cualesquiera de sus niveles.

REFERENCIAS

ABERASTURY, P. **La justicia administrativa**. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2006.

ARISTÓTELES. **La política**. Buenos Aires: Editorial Tor Srl., 1965.

BENEDICTO XVI. Carta Encíclica *Caritas in veritate*: La caridad en la verdad. San José: Librería Editrice Vaticana, 2009.

BENEDICTO XVI. **Carta Encíclica Deus Caritas est**. Libreria San José: Editrice Vaticana, 2006.

BLENGIO VALDÉS, M. Corte Interamericana de Derechos Humanos: Caso Gelman Vs. Uruguay. **Revista de Derecho Público**, n. 39, Montevideo, F.C.U., 2011.

BRITO, M.R.; CAJARVILLE PELUFFO, J.P.; DELPIAZZO, C.E.; DURÁN MARTÍNEZ, A. (Org.). Los principios en el derecho administrativo uruguayo. Montevideo: Amalio M. Fernández, 2009.

CASSAGNE, J.C. **Derecho Administrativo**. 8 ed. Tomo II. Lexis Nexis. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2006.

CASSAGNE, J.C. **La Encíclica 'Caritas in veritate'**: Reflexiones sobre la justicia, el mercado, el papel de los poderes públicos y de las personas en el proceso de globalización. Disponible en: <http://opac.um.edu.uy/index.php?lvl=notice_display&id=65614>.

CASSAGNE, J.C. **Ley Nacional de Procedimiento Administrativo**. Buenos Aires: La Ley, 2009.

CASSAGNE, J.C.; PERRINO, P.E. **El nuevo proceso contencioso administrativo en la Provincia de Buenos Aires**. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2006.

COSTA, J.P. L'exécution des décisions juridictionnelles. **La Revue Administrative**. Numéro spécial. Évolutions et révolutions des contentieux administratifs. Paris: PUF, 1999.

COVIELLO, P.J.J. La protección de la confianza del administrado. Buenos Aires: Lexis Nexis. Abeledo-Perrot., 2004.

DELPIAZZO ANTÓN, G., Tutela jurisdiccional efectiva frente a la Administración. Montevideo: Universidad de Montevideo - Facultad de Derecho, 2009.

DURÁN MARTÍNEZ, A. **Casos de Derecho Administrativo**. Vol. V. Montevideo: [s. n.], 2007.

DURÁN MARTÍNEZ, A. **Casos de Derecho Administrativo**. Vol. VI. Montevideo: [s. l.], 2010.

DURÁN MARTÍNEZ, A. **Contencioso Administrativo**. Montevideo: F.C.U., 2007.

DURÁN MARTÍNEZ, A. El precedente administrativo. **Revista de Derecho**, n. 5, Universidad Católica del Uruguay, Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, 2010.

DURÁN MARTÍNEZ, A. En torno al Neoconstitucionalismo. **Estudios Jurídicos**, n. 7, Universidad Católica del Uruguay - Facultad de Derecho, Montevideo, 2009.

DURÁN MARTÍNEZ, A. **Estudios de Derecho Administrativo**. Uruguay: La Ley, 2010.

DURÁN MARTÍNEZ, A. **Estudios de Derecho Administrativo**. Uruguay: La Ley, 2011.

DURÁN MARTÍNEZ, A. **Estudios de Derecho Administrativo**. Uruguay: La Ley, 2013.

DURÁN MARTÍNEZ, A. **Estudios de Derecho Administrativo**: Parte General. Montevideo: [s. n.], 1999.

DURÁN MARTÍNEZ, A. **Estudios de Derecho Público**. Vol. II. Montevideo: [s. n.], 2008.

DURÁN MARTÍNEZ, A. **Estudios sobre derechos humanos**. Montevideo: Ingranusi Ltda., 1999.

DURÁN MARTÍNEZ, A. La responsabilidad hacia la Administración en el Derecho Administrativo Uruguayo. **Revista de Derecho Público**, n. 35, Montevideo, F.C.U., 2009.

DURÁN MARTÍNEZ, A. Limitaciones a la revocación de un acto administrativo firme por razones de legitimidad en la Ley Federal de Procedimiento Administrativo alemana y en la normativa nacional uruguaya. **Revista de la Faculdade de Derecho**, n. 30, **Universidad de la República, Uruguay**, 2011.

DURÁN MARTÍNEZ, A. Tendencias actuales del procedimiento administrativo en el Uruguay. **Revista de derecho público**, n. 40, Montevideo, F.C.U., 2011.

GARCÍA PULLÉS, F.R. **Tratado de lo Contencioso Administrativo**. Tomo II. Buenos Aires: Hamurabi, 2004.

- GONZÁLEZ PÉREZ, J. El derecho a la tutela jurisdiccional. **Cuadernos Civitas**, Madrid, 1989.
- GONZÁLEZ PÉREZ, J. **Ley de jurisdicción contencioso-administrativa**: Jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional. Madrid: Civitas, 1992.
- GORDILLO, A. **Tratado de Derecho Administrativo**. Tomo III. 9 ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2007.
- HÄBERLE, P. **El Estado Constitucional**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.
- HAURIOU, M. **La jurisprudence administrative de 1892 à 1929**. Tomo II. Paris: Sirey, 1929.
- INSTITUTO ROMEU FELIPE BACELLAR. **V Congresso da Associação de Direito Público do Mercosul, X Congresso Paranaense de Direito Administrativo**. Brasil, Foz do Iguaçu, 2009.
- JORNADAS LATINOAMERICANAS DE DERECHO ADMINISTRATIVO. Procedimiento Administrativo. Colegio Público de Abogados de la Capital Federal y la Escuela de Posgrado en Derecho de la Universidad de Belgrano. **Anais**. Buenos Aires, República Argentina, 27-29 abr. 2011.
- LARENZ, K. **Derecho justo**: Fundamentos de ética jurídica. Madrid: Civitas, 1993.
- LINARES, J.F. **Fundamentos de Derecho Administrativo**. Buenos Aires: Astrea, 1975.
- MACHADO ARIAS, J. P. (Org.). **Procedimiento y Justicia Administrativa en América Latina**. México: Konrad Adenauer Stiftung, 2009.
- MACHADO ARIAS, J.P. (Org.). **Procedimiento y Justicia Administrativa en América Latina**. México: Konrad Adenauer Stiftung, 2009.
- MARTÍN REBOLLO, L. **Leyes Administrativas**. 16 ed. Pamplona: Thomson Reuters, 2010.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., (Org.). **La protección jurídica del ciudadano**: Estudios en homenaje al Prof. Jesús González Pérez. Tomo I. Madrid: Civitas, 1993.
- MARTINS, D.H. **Constitución y Administración**. Tomo I. Montevideo: Ingranusi Ltda., 1997.
- MONTESQUIEU. **El espíritu de las leyes**. 6 ed. Buenos Aires: Editorial Heliasta S.R.L., 1984.
- OCHS OLAZABAL, D. El fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Gelman contra Uruguay. **Estudios Jurídicos**, n. 9, Montevideo, 2011.
- RISSO FERRAND, M. [et. al.]. **Segundo Coloquio Contencioso de Derecho Público, Responsabilidad del Estado y Jurisdicción**. Montevideo: Editorial Universidad, 1995.
- RISSO FERRAND, M. Algunas garantías básicas de los derechos humanos. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana/IBÁÑEZ, 2011.
- SAYAGUÉS LASO, E. **Tratado de Derecho Administrativo**. 9 ed. Tomo I. Actual. Daniel Hugo Martins. Montevideo: F.C.U., 2010.

SOTO KLOSS, E. [et. al.]. **Congreso Internacional de Derecho Administrativo**. Montevideo: Universidad de la República-Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 1984.

SUÁREZ, F. **Selección de Defensio Fidei y otras obras**. Buenos Aires: Depalma, 1966.

TOMÁS DE AQUINO. **Tratado de la ley, Tratado de la justicia**: Opúsculo sobre el gobierno de los príncipes. México: Editorial Porrúa S.A., 1975.

UNIVERSIDAD DE LA REPÚBLICA. **Estudios Jurídicos en memoria de Juan José Amézaga**. Montevideo: Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República, 1958.

ZAGREBELSKY, G. **El Derecho dúctil**: Ley, derechos, justicia. Madrid: Trotta, 2005.