

CURSO DE DERECHO CONSTITUCIONAL

Prof. Dr. Alberto PÉREZ PÉREZ

**Tomo III
EI ESTADO**

Capítulo III

LA ACTIVIDAD ESTATAL

(Edición provisional)

¿Por qué? → Fin
¿Por qué? → cometido
¿Cómo lo hace? → función

CAPÍTULO III

LA ACTIVIDAD ESTATAL

Sección 1: INTRODUCCIÓN

1. Cuando entramos a considerar al Estado en movimiento o en su aspecto dinámico (actividad estatal), podemos hacerlo desde tres puntos de vista diferentes: para qué actúa el Estado, qué hace el Estado y cómo lo hace.

- Al para qué de la actividad estatal corresponde el tema de los fines del Estado (I). Allí se averigua hacia dónde se dirige la actividad del Estado o qué metas pretende lograr.
- Al qué de la actividad estatal corresponde el tema de los cometidos del Estado (II). En este punto se estudia qué tipos de actividades, profesiones o tareas ejerce el Estado para lograr esas metas.
- Al cómo de la actividad estatal corresponde el tema de las funciones jurídicas del Estado (III). En este apartado se analizarán los medios o instrumentos jurídicos de que se vale el Estado para ejercer sus cometidos con miras a lograr sus fines.

Sección 2: LOS FINES DEL ESTADO

A) Las distintas posiciones

2. Este tema ha dado lugar a formulaciones muy diversas, y se ubica más en el plano de la Filosofía o Teoría General del Derecho que en el del Derecho Constitucional propiamente dicho. Por lo tanto, aquí nos limitaremos a una exposición sintética del tema, para la cual seguimos básicamente al alemán Gustavo Radbruch (1878-1950) en sus obras *Filosofía del Derecho* (3ª ed. 1932) e *Introducción a la Filosofía del Derecho* (notas tomadas en su cursillo de 1947).

En líneas generales, con respecto al problema de los fines del Estado hay tres posiciones posibles, que corresponden a los tres posibles soportes o exponentes de valores según la teoría de los bienes morales que expone Radbruch (*Introducción...*, págs. 36-39). Esos tres posibles soportes o exponentes son la obra cultural, la personalidad colectiva y la personalidad individual, a los que corresponden, respectivamente, las tres posiciones siguientes: o bien el Estado es un fin en sí, o bien el Estado tiene fines propios, o bien sólo el hombre tiene fines, y crea al Estado y al Derecho como medios para realizarlos. Se trata, respectivamente, de las concepciones a) transpersonalista o de la comunidad; b) supraindividualista o de la colectividad y c) personalista, humanista o individualista, o de la sociedad que Radbruch compara con un edificio en construcción, un organismo o una relación contractual. A continuación las reseñaremos brevemente.

1. El Estado como fin en sí

3. Con arreglo a la concepción transpersonalista el Estado es un fin en sí, y forma parte de la cultura. Los hombres sólo son medios para la realización de ese fin, dentro de la comunidad como forma de convivencia. Su ideal es la cultura. En el símil de Radbruch, sería el edificio en construcción "en que los canteros, arquitectos, maestros de obras y demás operarios no se relacionan directamente de individuo a individuo, sino indirectamente, a través de su obra común".

4. Según Radbruch, esta concepción transpersonalista nunca encarnó históricamente en toda su pureza en ningún partido político. Sin embargo, podría considerarse que sí encarnó en el ideal de la antigüedad griega de la absorción del individuo por la polis ético-religiosa. Por otro lado, señala Radbruch que la concepción "transpersonal" es "la única pauta de que disponemos para poder valorar históricamente, al cabo de los siglos, la obra de los pueblos desaparecidos, ya que lo único que de ellos sobrevive son los valores culturales".

2. El Estado tiene fines propios

5. Según la concepción supraindividualista, el Estado tiene fines propios, superiores a los de los hombres, que realiza tomando a éstos como medios, ya que es una expresión de la colectividad como forma de convivencia. En el símil de Radbruch, sería el organismo, análogo al cuerpo humano. Su ideal es el poder.

6. Estas concepciones supraindividualistas son las sostenidas por los partidos conservadores y autoritarios o fascistas, para los cuales el Estado, el todo, no existe en gracia a sus miembros, sino que, por el contrario, son éstos los que existen en función de aquél, estando las funciones del Estado por encima de los intereses de sus ciudadanos, incluso de la mayoría de ellos.

7. A veces resulta difícil distinguir a las concepciones transpersonalistas de las supraindividualistas, en cuanto aparece a menudo un mito cultural (raza, nación) junto a la afirmación comunitaria y como guía real o supuesto de ésta. Por eso, el español Luis Recaséns Siches reúne ambas concepciones como una sola corriente transpersonalista o totalista.

3. El Estado y el Derecho son medios para realizar los fines del hombre

8. Por último, hay diversas corrientes que consideran que sólo el hombre tiene fines propios, y crea tanto al Estado como al Derecho como medios para realizar esos fines, sin renunciar a su

① - E → Fin en sí
② - E → Fines propios
③ - Hombre tiene fin y crea el E y el Derecho como medios para realizarlos

libertad, dentro de la *sociedad* (análoga a la relación contractual) como forma de convivencia. El ideal es la libertad

9. Son las concepciones individualistas, humanistas o personalistas, que encarnan en los partidos liberales, democráticos y socialistas, que presentan las siguientes variantes:

- Para la concepción liberal, "el valor de la personalidad es -matemáticamente hablando- un valor infinito" e insusceptible, por tanto, de multiplicación, lo que implica que "tiene derecho a imponerse a cualquier interés mayoritario, por grande que la mayoría sea".
- Para la concepción democrática, la personalidad tiene "un valor finito", de modo que, "sumados los valores de la personalidad de una mayoría, valen más que los de la minoría".
- Para la concepción socialista, no hay que limitarse a la "libertad formal, jurídica" que confiere al hombre la democracia, sino que hay que postular "una democracia material, es decir, la libertad económica, efectiva, para el individuo, aunque sin alejarse por ello de la meta final individualista".

B) La opción por una de las posiciones

10. Radbruch sostenía un relativismo cognoscitivo, según el cual "el orden jerárquico de las tres clases de valores no puede determinarse de un modo inequívoco y susceptible de prueba", lo que impediría determinar científicamente una opción por ninguna de estas concepciones en particular, pese a lo cual tenía una toma de posición (personalista) práctica. Personalmente era socialdemócrata, e incluso fue diputado y Ministro de Justicia durante los primeros años de vigencia de la Constitución de Weimar en la República Alemana. Luego de vivir los horrores de la Alemania nazi, empero, en su Introducción al Derecho publicada luego de la Segunda Guerra Mundial, dice que el Derecho, que es la posibilitación de la Moral, ha de dejar al hombre la libertad necesaria para que haya moralidad.

11. El punto de partida sigue siendo relativista, pues afirma que

"los fines y valores supremos del derecho no sólo varían con arreglo a los Estados sociales de los distintos tiempos y los distintos pueblos, sino que son enjuiciados, además, subjetivamente, de diferente modo según las personas, con arreglo a su sentimiento del Derecho, a su manera de concebir el Estado, a su posición de partido, a su credo religioso o a su concepción del mundo. La decisión tiene que tomarla el individuo, descendiendo hasta la entraña de su propia personalidad, como un asunto privativo de su conciencia."

12. En ese aspecto, la ciencia tiene sin embargo una misión que cumplir, aunque se limite a "presentar ante el hombre estos tres grupos de valores, para que él tome una decisión", a la que puede contribuir de tres maneras:

- desarrollando de un modo sistemático y completo las posibles valoraciones;
- exponiendo los medios para su realización e, indirectamente, las consecuencias a que conducen;
- poniendo al descubierto las particulares concepciones del mundo que sirven de base a toda actitud valorativa."

Según Radbruch, de ese modo el relativismo

"enseña al individuo, si no a conocer lo que debe hacer, sí a saber lo que realmente quiere, es decir, lo que consecuentemente debe querer, siempre y cuando se someta a la ley de la consecuencia en sus actos."

13. Y a pesar de esa "resignación relativista", sostiene Radbruch que "de la teoría sobre la esencia general del deber [...] se derivan ciertas exigencias absolutas para el Derecho". Este no puede "servir directamente al cumplimiento de los deberes éticos", porque éste es, "por fuerza del mismo concepto, obra de la libertad, que no es posible, por tanto, imponer mediante la coacción jurídica." Pero el Derecho, que no puede imponer el cumplimiento de los deberes éticos, sí puede hacerlo posible. En consecuencia,

"el Derecho es la posibilidad del cumplimiento de los deberes morales o, dicho en otros términos, la medida de la libertad exterior sin la que no podría existir la libertad interior necesaria para las decisiones éticas. La garantía de aquella libertad externa constituye la esencia y la médula de los derechos del hombre. De donde se deduce que estos derechos tienen un carácter absoluto; pero no porque hayan tomado cuerpo de Derecho positivo, bajo esta o aquella versión, sino porque son necesarios para dar paso al cumplimiento de los deberes morales."

14. Partiendo de esa base, Radbruch llega a la conclusión de "la necesidad del liberalismo, como factor necesario en toda concepción democrática o socialista, e incluso en la concepción autoritaria del Estado". Pero al mismo tiempo señala que "el liberalismo no puede crear de por sí un orden jurídico y estatal completo, pues es, simplemente, una modificación de toda concepción del Estado, cualquiera que ella sea", en la que hay "una tensión fecunda" entre el liberalismo, por un lado, y la democracia, o el socialismo, o el conservadurismo, por otro.

15. ¿Cómo se decide en definitiva? Dice Radbruch que

Bar
22. A su vez el Prof.
Aréchaga, y citaba la
por Bonnard.

"la llamada a decidir acerca de la relación axiológica entre los derechos del hombre y el todo supraindividual que forma el pueblo es la justicia distributiva. Pero sería un Derecho absolutamente injusto la total negación de los derechos del hombre, ya situándose en el punto de vista superior al individuo ("tú no eres nada; tu pueblo lo es todo"), ya abrazado el punto de vista transpersonal ("una sola estatua de Fidias justifica y compensa toda la miseria de los millones de esclavos de la antigüedad"; Troitschke)."

16. Reconoce Siches llega a conclusiones análogas partiendo de bases diferentes, pues fundamenta el personalismo en que la realización de los valores tiene sólo sentido en la vida individual; el hombre es necesariamente el centro nato de la cultura y su punto de gravitación final. Como los valores supremos son los éticos, debe imperar la dignidad personal, ya que, al decir de Alfonso Caso,

"la sociedad humana está constituida por personas conscientes y libres y, por lo tanto, ningún todo puede superar a esas partes que conservan su autonomía".

Sección 3: LOS COMETIDOS DEL ESTADO

A) Introducción

17. El tema de los fines del Estado propiamente considerado nos plantea el problema de *para qué* actúa el Estado; hacia la realización de qué valores o bienes supremos se dirige la actividad estatal. En cambio, cuando se habla de cometidos del Estado se hace referencia al *contenido* de la actividad estatal, a la determinación de *qué hace* el Estado. En otras épocas se solía confundir este tema con el de los fines del Estado, cuando se hablaba de los "fines primarios" (seguridad interior, defensa exterior, justicia; el Estado "juez y gendarme" o "legislador, juez y gendarme") y los "fines secundarios" (enseñanza, salud, transportes, comunicaciones, luz eléctrica, etc.) del Estado. Cuando se hablaba de fines primarios se estaba pensando en que el Estado debía limitarse a ser legislador, juez y gendarme: establecer las reglas, resolver los litigios entre particulares y mantener el orden. Fines secundarios serían por ejemplo los servicios de enseñanza, transporte, luz eléctrica, salud pública.

18. Hay en esto, por supuesto, mucho de relativo, pues según el punto de vista o la perspectiva que se adopte una misma cosa nos puede aparecer como fin o como medio. Las actividades concretas de un Estado determinado (por ejemplo, mantenimiento del orden y la seguridad en lo interior, o prestación del servicio de enseñanza) pueden aparecer como fines si las examinamos desde una perspectiva limitada, pero desde un plano más general son medios para lograr los fines del Estado.

19. Los diversos cometidos o tareas del Estado son variables según el tiempo y el espacio.

- a) En cuanto al *tiempo*, el Estado de 1990 tiene muchas más tareas que el de 100 o 160 años atrás, cuando nuestro país inicia su vida independiente. A lo largo del tiempo ha ido cambiando la noción de lo que es una tarea propia de la colectividad organizada. Incluso va a ir variando de manera como se concibe cada una de esas tareas en sí misma. Claramente actividades que en algún momento pueden parecer primarias o esenciales, en otro pueden dejar de serlo o mantenerse como cometidos estatales con carácter diferente.
- b) Por otro lado, los cometidos estatales también varían según el *espacio*: si movemos las coordenadas vemos que en el Uruguay el Estado tiene más actividades que en los Estados Unidos de América, pero menos que en Cuba, por ejemplo.

20. Desde luego, con lo ya dicho se advierte que de aquella clasificación entre fines primarios y secundarios no resulta aprovechable ni el sustantivo "fines" ni la clasificación binaria, que resulta demasiado simple para comprender integralmente la realidad contemporánea del Uruguay de esta época. Lo primero, porque el concepto de "fines" designa en la doctrina contemporánea algo más elevado o vasto que las tareas concretas del Estado. No podemos decir que sea un "fin" del Estado refinar petróleo o fabricar grappa; esas pueden ser tareas que el Estado realiza, y que constituyen medios para lograr los verdaderos fines, más elevados, del Estado.

B) Concepto y terminología

21. Por lo tanto, es más correcto hablar de tareas, profesiones o cometidos del Estado. El Profesor de Derecho Constitucional Dr. Justino Jiménez de Aréchaga, en su curso sobre la *Teoría del Estado*¹, expuso la distinción entre fines, funciones y lo que él denominaba *atribuciones* del Estado, recogiendo la terminología del profesor francés Roger Bonnard. Para éste, en los términos de Aréchaga, las atribuciones del Estado son

"el conjunto de profesiones que el Estado cumple o toma a su cargo. Sería fácil, pues, dentro de este esquema, decir que el fin del Estado es la realización del Derecho; ese conjunto de tareas concretas, de servicios públicos que mediante el Derecho el Estado cumple, tal por ejemplo la función industrial, la bancaria y la comercial, la cultural, la sanitaria, o cualquier otra de las que los Estados modernos realizan por intermedio de sus órganos, serían sus atribuciones."

¹ Justino Jiménez de Aréchaga, *Derecho Constitucional-Primer Curso-Teoría del Estado*, versión mecanografiada del curso del año 1943, tomada por el Dr. Ismael Schenavitz, Organización Tipográfica Medina, Montevideo, págs. 177-179.

Poderes jurídicos en relación a los cometidos por lograr

43

22. A su vez el Profesor de Derecho Administrativo Dr. Enrique Sayagués Laso, que fue quien expuso de manera más sistemática el tema, recordaba la aceptación de la tesis de Bonnard por Aréchaga, y citaba la siguiente caracterización de las atribuciones y funciones del Estado hecha por Bonnard²:

"Las atribuciones del Estado son las tareas, los trabajos [besognes] que el Estado cumple. Ellos constituyen los objetos de su actividad. Esta noción de atribución corresponde sensiblemente a la de profesión para los individuos. Cuando se dice que el Estado es industrial, comerciante, profesor, se indica en esa forma la atribución cumplida por el Estado.

"Las funciones son los medios que permiten al Estado cumplir sus atribuciones. Del mismo modo como las personas realizan ciertas operaciones para ejercer su profesión, el Estado ejecuta ciertas funciones a efectos de cumplir sus fines."

23. Por otro lado, debe recordarse que la amplísima noción de *servicios públicos* utilizada por Duguit (ver *supra*, Cap. y párr.) se confunde en realidad con la de tareas o cometidos del Estado ("obligaciones de los gobernantes", en la terminología de Duguit).

24. No obstante, la palabra que se ha impuesto en la doctrina uruguaya contemporánea, en particular a través de la obra del Dr. Enrique Sayagués Laso, es la de cometidos del Estado. Dicho término apareció también en la traducción española de la *Teoría General del Estado* de R. Carré de Malberg, quien en francés hablaba de las "atribuciones o tareas del Estado"³. Por otra parte, el propio derecho positivo uruguayo, durante la vigencia de la Constitución de 1918, hacía esta diferenciación con total nitidez en sus artículos 79 (competencias del Presidente de la República) y en particular en el 97 (competencias del Consejo Nacional de Administración).

a) En los incisos 1° a 3° del art. 79 se delimitaba la esfera de competencia en razón de materia del Presidente de la República, atribuyéndole los cometidos (aunque sin utilizar esa palabra, que aparecerá en el art. 97) de "representación del Estado en el interior y en el exterior", de "conservación del orden y tranquilidad en lo interior y la seguridad en lo exterior" y "el mando superior de todas las fuerzas de mar y tierra". En el inciso 4° se le atribuía la competencia de "nombrar y destituir los Ministros de Relaciones Exteriores, Guerra y Marina e Interior y los empleados de estas Secretarías", y en los incisos 5° a 12 se determinaban (aunque sin emplear esa expresión genérica) los poderes jurídicos de que dispondría en relación con sus cometidos.

b) A su vez, en el párrafo primero del artículo 97 se asignaban al Consejo Nacional de Administración "todos los cometidos de administración que expresamente no se hayan reservado para el Presidente de la República o para otro Poder, tales como los relativos a instrucción pública, obras públicas, trabajo, industrias y hacienda, asistencia e higiene". En el párrafo segundo se agregaba que, "en lo que respecta a los asuntos de su dependencia" (es decir, en lo tocante a los cometidos que se le asignaban), le correspondían al Consejo "también todas las facultades y deberes que tiene el Presidente de la República por los incisos 5° al 12 del artículo 79, y con las mismas limitaciones allí establecidas".

25. Una terminología análoga se emplea en varias disposiciones de la Constitución vigente, en particular en el art. 204 inc. 1°, en el que se determina la competencia de los Consejos Directivos de los Entes Autónomos de Enseñanza diciendo que "tendrán los cometidos y atribuciones que determinará la ley sancionada por mayoría absoluta de votos del total de componentes de cada Cámara".

26. Sayagués Laso, citando el sentido gramatical de ambas expresiones (cometidos y atribuciones) expresó con toda claridad las razones por las cuales es preferible el término *cometidos*:

27. "Cometido quiere decir "comisión, encargo". Por consiguiente, expresa bien el concepto de tarea o actividad asignada a una entidad estatal. En cambio, atribución es "cada una de las facultades que a una persona da el cargo que ejerce", o sea un concepto más cercano al de "poderes" de los órganos públicos: poderes de legislación, administración o jurisdiccionales. Dicho en otras palabras, las funciones jurídicas estatales."⁴

C) Clasificación

28. Como bien decía Aréchaga, "no es posible hacer una enumeración exhaustiva de esas profesiones o actividades estatales" que permita decir, "desde un punto de vista abstracto y general, que el Estado con mayúscula, todo Estado, cualquier Estado, debe cumplir tal o cual actividad o atribución". Cuáles sean las que cada Estado desempeñe es algo que dependerá del desarrollo relativo de las tendencias "expansivas" frente a las "individualistas". Por lo tanto, se limitaba a aceptar la clasificación en tres categorías fundamentales hecha por Bonnard: 1) reglamentación de la actividad privada; 2) estímulo y vigilancia de la actividad privada, y 3) sustitución de la actividad privada por la actividad del Estado. A su juicio, dentro de esos tres rubros cabían todas las formas posibles de actuación del Estado. El primero sólo requeriría el



²Roger Bonnard, *Précis de droit administratif*, 1ª edición, París, 1926, págs. 15 y 32, cit. por Sayagués Laso, *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo I, 1ª edición, Montevideo, 1953, pág. 48, nota 1.

³R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'Etat, spécialement d'après les données fournies par le droit positif français*, vol. I, 1920, págs. 259 y ss.

⁴Op. cit., pág. 49, nota 1.

cumplimiento de las funciones legislativa y jurisdiccional; el segundo y el tercero, de las tres funciones jurídicas del Estado (es decir, que a las dos mencionadas se agregaría la administrativa).

29. Carré de Malberg distinguía también tres grupos de cometidos (atribuciones o tareas), pero con criterio diferente. Eran los siguientes:

"1º) El Estado tiene como objetivo garantizar la seguridad de la nación con respecto a las naciones extranjeras.

"2º) Tiene como misión, en el interior, hacer reinar el orden y el derecho en las relaciones de los individuos entre sí.

"3º) Además, y contrariamente a la doctrina del "Estado gendarme" que pretende que fuera de su tarea de conservación nacional, la misión del Estado se limita a un poder de policía y de mantenimiento del derecho, no es dudoso que el estado esté llamado a cumplir una misión de cultura, en virtud de la cual le compete trabajar por sí mismo, es decir por todos los medios especiales de que dispone, en el desarrollo de la prosperidad moral y material de la nación: en este orden de ideas, es permitido sostener que el Estado tiene derecho a reivindicar para sí todas las atribuciones que respondan a una necesidad o a una utilidad nacionales, por lo menos en la medida en que la actividad privada de los nacionales se muestre impotente o insuficiente para proveer a ellas. Por lo demás, la cuestión de las tareas estatales no es una cuestión jurídica, sino un problema que compete a la ciencia política: en el terreno jurídico, el único punto a observar en esta materia, es que, en razón de su poder de dominación, el Estado es dueño de determinarse a sí mismo y de ampliar a su voluntad el círculo de su competencia."

En este último sentido, agrega Carré que, a pesar de que de hecho "el número de los asuntos asumidos directamente por el Estado es relativamente poco considerable", puede decirse considerarse al Estado como

"el gerente de los asuntos de la nación, y ello, primero, en cuanto es dueño de influir y dirigir por sus leyes o decisiones de todas clases la actividad de sus miembros individuales, y sobre todo en cuanto tiene el poder de avocarse y ejercer por sí mismo las tareas para el cumplimiento de las cuales juzga útil, por razones de interés general, hacer que su actividad sustituya a la de los individuos".

30. Estas clasificaciones, sin embargo, no permiten analizar adecuadamente los diversos aspectos de los cometidos del Estado que son susceptibles de una consideración general, válida para distintos Estados en distintas épocas, aunque el contenido de cada uno de los grupos de cometidos vaya variando según el tiempo y el lugar. Para ese fin resulta más adecuado el tipo de clasificación propuesta por Sayagués Laso, que el mismo autor fue perfeccionando a través de los años hasta su prematuro fallecimiento en 1965⁵. Esa clasificación se basa en el criterio de que

"deben agruparse los múltiples cometidos estatales en categorías que presentan caracteres o notas jurídicas similares y son, por tanto, aptas para que el jurista establezca los principios que las regulan. Sólo en esa forma la parte especial [del Derecho Administrativo] deja de ser mera reseña descriptiva del derecho vigente y adquiere jerarquía científica"⁶.

31. Aceptando el criterio general, pero no todos los detalles de la formulación concreta de Sayagués Laso, demasiado centrada en el enfoque administrativista, consideramos que es posible agrupar a los cometidos del Estado en las cuatro categorías siguientes:

- a) Cometidos esenciales;
- b) Servicios públicos;
- c) Servicios sociales;
- d) Injerencia del Estado en la actividad privada.

32. En cada uno de esos rubros vamos a analizar los cuatro aspectos siguientes:

- a) Concepto;

⁵Por ejemplo, en 1953 (1ª edición de su Tratado), Sayagués mencionaba seis categorías de cometidos del Estado (regulación de la actividad privada; funciones esenciales; servicios públicos; servicios sociales; actuación estatal en el campo de la actividad privada; justicia), y mencionaba también como séptimo apartado (G), aunque aparentemente no como cometido estatal, a la "actividad individual [...] sobre la cual [...] incide continuamente la actividad pública". Aparte de la inconsecuencia terminológica de emplear la palabra "funciones" para designar uno de los grupos de cometidos, que el Muestro reconoció cuando la señalamos en una de sus clases, y corrigió en la 2ª edición (1959), Sayagués incurrió a nuestro juicio en el error -quizás derivado de su enfoque administrativista y no de Derecho Público general o Derecho Constitucional- de no incluir entre los cometidos esenciales a la regulación de la actividad privada y a la justicia. Por ello nosotros preferimos la clasificación en cuatro grandes categorías que se menciona en el texto. Cabe agregar que en la última formulación de su clasificación, contenida en el "Plan general" del tomo III del Tratado (única parte de dicho tomo que llegó a publicarse, póstumamente, en la Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, año XVII, N° 2-3-4, págs. 349-364). Sayagués señala que la regulación de la actividad privada y la justicia no requieren normalmente actividad administrativa, por lo cual no los considera "cometidos de administración" (salvo en la medida en que requieran ciertos "aspectos administrativos") (pág. 360). En consecuencia, llega a una división de los cometidos de la administración en cinco grupos: "a) cometidos esenciales; b) servicios públicos; c) servicios sociales; d) actuación estatal en el campo de la actividad individual; e) aspectos administrativos de la regulación de la actividad privada individual" (pág. 361).

⁶"Los cometidos estatales" cit., pág. 358.

- b) Actividades que comprende, es decir, cuáles son las actividades que en la actualidad corresponden a esa categoría en el Estado uruguayo (con ocasionales referencias al Derecho Comparado);
- c) Régimen jurídico, es decir, cuál es la forma en que el ordenamiento jurídico regula a esas actividades;
- d) Situación de los particulares, es decir, cuál es la posición de los seres humanos (actuando en forma individual o colectiva) la frente a la actividad estatal, sea como destinatarios o como eventuales prestadores de ella.

33. El Profesor Valdés Costa, máximo especialista de nuestro país en Derecho Tributario y Derecho Financiero en general, ha hecho una clasificación alternativa de los servicios estatales, que coincide sólo parcialmente con la del Profesor Sayagués Laso. Dicha clasificación, que (como la división tradicional en "fines primarios" y "fines secundarios" del Estado) comprende sólo dos términos, se funda en la gratuidad u onerosidad de los servicios prestados por el Estado en relación con su usuario o beneficiario. Según Valdés Costa, los servicios estatales se dividen en servicios inherentes al Estado o jurídicos, por un lado, y servicios no inherentes al Estado, o económicos, por otro. El sentido y el alcance de esta clasificación se analizarán luego de estudiar los servicios públicos, pero corresponde desde ya señalar que, así como es parcial el punto de partida (forma de financiación, expresada en la dicotomía gratuidad-onerosidad, o tributo-precio), también resulta parcial el resultado, porque la variedad y la riqueza de los distintos cometidos estatales no puede expresarse adecuadamente en esa bipartición.

gratuidad
u
onerosidad
de los servicios
prestados

1. COMETIDOS ESENCIALES

A) Concepto

34. El nombre de esta categoría denota adecuadamente su concepto: son aquellos cometidos que el Estado debe necesariamente cumplir para ser tal, y que, por otro lado, sólo el Estado puede cumplir. Son las actividades incluidas en la esencia del concepto de Estado, o "inherentes a su calidad de tal" (Sayagués, pág. 361). No se concibe que el Estado no los cumpla; si no los cumple, no está haciendo lo que nuestra mentalidad considera que debe hacer para que se le considere Estado.

35. En cierta forma, viene a coincidir con lo que la doctrina tradicional denominaba "fines primarios del Estado", pero tanto la denominación como el concepto de "cometidos esenciales" resulta mucho más adecuado.

B) Actividades comprendidas

36. Sayagués, en la ya citada última formulación de su pensamiento al respecto (pág. 361-362), que complementaremos con lo sostenido en el proyecto de Ley Orgánica Municipal elaborado en 1956 por una comisión que él presidió, incluía en esta categoría a los cometidos siguientes:

- relaciones exteriores;
- defensa nacional;
- actividad de policía (dentro de la que comprende tanto a "la policía del orden, seguridad, tranquilidad y salubridad", como a las demás "policías especiales: del fuego, industrial, del trabajo, de la enseñanza, de la moralidad, de los espectáculos públicos, de tránsito, alimenticia, etc."⁷;
- servicios financieros;
- servicios de contralor administrativo;
- servicios de asesoramiento y de información;
- vialidad;
- conservación de bienes estatales;
- ejecución de obras públicas.

37. A nuestro juicio, esta categoría comprende también, necesariamente a dos rubros que Sayagués consideraba por separado:

- ✱ - la justicia, porque no se concibe un Estado que no asuma el deber de resolver con arreglo a Derecho los conflictos entre particulares (e incluso entre distintos entes públicos, que son las diversas partes de la comunidad organizada);
- ✱ - la regulación jurídica de la actividad privada, tanto en sus aspectos legislativos como en lo que posteriormente exija actividad administrativa o eventualmente jurisdiccional.

⁷En el Proyecto de Ley Orgánica Municipal elaborado en 1956 por la Comisión presidida por el Profesor Sayagués Laso se incluye dentro del cometido esencial (según aclara el comentario anexo al art. 2º inc. 1º) de policía municipal a "las policías de higiene, salubridad, tránsito, de ruidos molestos, edificación, vialidad, moralidad, espectáculos públicos, funeraria, alimenticia y sanitaria en lo referente a su Departamento y sin perjuicio de las atribuciones que sobre esas materias competen a los órganos nacionales". En cuanto a la "policía de la moralidad y buenas costumbres", consagraba la "competencia concurrente de las autoridades nacionales y departamentales, delimitando los rubros de competencia departamental. Véase Rev. FDCS, año VII, N° 4, págs. 955-956 y 960).

Incluso dentro de esta categoría cabría otro rubro que Sayagués consideraba por separado, bajo el nombre de "intervención administrativa en el ejercicio de la actividad privada", que para él comprendía las actividades de "estímulo y fomento; constatación; registro; fiscalización y control de la actividad industrial y comercial privada; régimen administrativo de la propiedad industrial, inmueble, etc.". A nuestro juicio, se trata de cometidos esenciales del Estado.

38. Por otra parte, no es completa la enumeración de cometidos esenciales, pues no toma debidamente en cuenta a los cometidos esenciales regionales, municipales o locales, como "la planificación y urbanización de los núcleos poblados", "lo concerniente al abasto y consumo de las poblaciones del Departamento" y "la regulación de la subdivisión de la tierra en los núcleos urbanos y suburbanos", a los que el citado Proyecto de Ley Orgánica Municipal, en el art. 2º, incs. 2º y 5º, y el art. 5º, consideró expresa o implícitamente cometidos esenciales de los gobiernos departamentales (págs. 956-959). Incluso algunos de los que llamaba servicios públicos (art. 2º inc. 3º), como el alumbrado público y la limpieza de las calles (y quizás, al menos en parte, la recolección de basura y el saneamiento), parecen constituir más bien cometidos esenciales, y no tienen las características que, como se verá, definen a los servicios públicos (en particular, la prestación individualizada y el cobro de un precio al usuario, aunque la caracterización como tasa o impuesto de los tributos con que se financian no sea un tema fácilmente decidible).

C) Régimen jurídico

39. El régimen jurídico de los servicios esenciales presenta varias características:

- En el Estado contemporáneo no pueden estar a cargo de particulares, ni aún a título de concesión. No debe olvidarse que, precisamente, en el período formativo de nuestro Estado (en muchos sentidos verdaderamente preestatal, aunque ya estuviéramos en la etapa constitucional) se concedía o arrendaba a particulares el cobro de impuestos. Por su carácter de cometidos esenciales, el Estado debe prestarlos por sí mismo, aun cuando pueda contratar determinadas actividades concretas que contribuyan a su realización (por ejemplo, en lo tocante a la conservación de bienes públicos).
- En el ejercicio de estos cometidos, el Estado dispone de poderes jurídicos más intensos que los que corresponden al desempeño de los otros cometidos. Por ejemplo, puede imponer prestaciones personales (como el servicio militar obligatorio) o pecuniarias (ya que normalmente se financian con impuestos), e incluso limitaciones a la libertad (en particular, en el ejercicio de los cometidos de policía).
- Las violaciones o incumplimientos cometidos por los particulares dan lugar a sanciones más severas.

D) Posición de los particulares

→ 1. Como destinatarios de la actividad

a) Servicios dirigidos a la población en general

40. Normalmente no hay destinatarios concretos, sino que los servicios (como el mantenimiento del orden) se dirigen habitualmente a la colectividad en general; benefician o perjudican a todos los integrantes de ésta, pero no a un individuo concreto, como el usuario de los servicios públicos o el beneficiario de los servicios sociales o el cliente de las actividades privadas a cargo del Estado. Aun cuando pueda haber personas individualizadas respecto de las que funciona determinado servicio (por ejemplo, el de justicia), el cometido esencial de resolución de conflictos entre particulares con arreglo a Derecho beneficia indiferenciadamente a la comunidad entera, la cual recibe un provecho indudable de que exista una administración de justicia ordenada para asegurar la convivencia en la sociedad. Así se evitan los conflictos armados, la justicia por mano propia. No es lo mismo que lo que ocurre con el usuario del servicio de suministro de energía eléctrica a particulares (que podría, incluso, contrastarse con el cometido esencial municipal de iluminación urbana).

b) Prestación normalmente gratuita

41. Normalmente son servicios de prestación gratuita, en el sentido de que no se financian con el procedimiento de cobrar un precio determinado por la prestación del servicio, sino mediante los impuestos. Incluso cuando en los servicios con cierta individualización, como el ya citado de justicia, el hecho de que en ciertos casos se cobren determinadas tasas no significa que con su producido se cubra todo el servicio de justicia.

→ 2. Como eventuales prestadores de la actividad

42. Los particulares no pueden ejercer estos cometidos, que son precisamente esenciales del Estado. No se concibe que no los preste el Estado, ni tampoco que otorgue una concesión o habilitación para que los ejerzan determinados particulares en su nombre. No es como en el caso de los servicios públicos, donde -como se verá- puede mediar una concesión a determinados particulares para que presten esos servicios en nombre del Estado. Cuando decimos hoy que el servicio de policía del orden y la seguridad o el de defensa nacional o de relaciones exteriores son cometidos esenciales, eso quiere decir que no es posible que se le dé a ningún individuo o empresa una concesión, un permiso, una patente, para que puedan dedicarse a mantener el orden

y la seguridad⁶ o defender el país o mantener relaciones con otros Estados. Son cometidos esenciales del Estado, que precisamente se formó prestando estos servicios o arrancándolos de manos de los señores feudales que se encargaban de algunos de ellos. Cabe aclarar que, en el caso de la justicia, no es contradictorio con lo dicho la posibilidad del arbitraje, es decir la decisión de conflictos a cargo de un tercero no funcionario designado por acuerdo de partes. En ese caso, lo que ocurre es que el acuerdo de partes lleva a una forma diferente de solucionar el conflicto, o de evitarlo, (mediante un laudo del árbitro o tribunal arbitral, en lugar de una sentencia de un tribunal), y entonces ya no queda un conflicto entre particulares que deba resolver el Estado para cumplir con uno de sus cometidos esenciales (e históricamente anterior, incluso, al de legislación o regulación de la actividad privada). Incluso en los casos de arbitraje, por otra parte, la ejecución del laudo arbitral (en caso de no cumplimiento voluntario por los particulares obligados) es cometido esencial del Estado.

2. SERVICIOS PÚBLICOS

A) Concepto

43. La expresión "servicios públicos" es una de las que -como suele pasar en el Derecho- tiene varios significados, así como -inversamente- a veces encontramos que un mismo concepto es designado con nombres diferentes según la rama del Derecho en que nos encontremos. En el caso de "servicios públicos", se encuentran por lo menos tres grupos de significados diferentes, uno de ellos orgánico (pues designa a determinados órganos u organizaciones) y los otros dos funcionales o materiales (pues designan a determinadas actividades).

1. Sentido orgánico

44. En el sentido tradicional que da a esta expresión la doctrina francesa, "servicio público" sería, según la formulación resumida que hace Sayagués⁷,

"la organización estatal o bajo su control que tiene por objeto realizar una tarea de necesidad o utilidad pública, en forma regular y continua, conforme a un régimen de derecho público".

45. En un mismo sentido orgánico, pero mucho más amplio aún, utiliza esta expresión el inciso 1° del art. 86 de la Constitución uruguaya, según el cual

"la creación y supresión de empleos y servicios públicos; la fijación y modificación de dotaciones, así como la autorización para los gastos, se hará mediante las leyes de presupuesto, con sujeción a lo establecido en la Sección XIV."

46. También tiene un sentido fundamentalmente orgánico la expresión "servicios descentralizados", utilizada (junto con la de "entes autónomos") en el título de la Sección XI, así como en diversos artículos constitucionales. En dicha expresión, por otra parte, puede considerarse que está implícito el adjetivo "públicos". También lo está (aunque ya en un sentido por lo menos parcialmente funcional) en el art. 186, según el cual

"Los servicios que a continuación se expresan: Correos y Telégrafos, Administraciones de Aduanas y Puertos y la Salud Pública no podrán ser descentralizados en forma de entes autónomos, aunque la ley podrá concederles el grado de autonomía que sea compatible con el contralor del Poder Ejecutivo."



Obsérvese la amplitud del sentido material o funcional allí empleado, pues abarca cometidos esenciales (aduanas), servicios públicos (correos, telégrafos, puertos) y servicios sociales (salud pública).

47. El sentido orgánico de la expresión "servicios públicos" no es, obviamente, el que nos interesa al considerar los cometidos del Estado.

2. Sentido funcional amplio

48. Como vimos al estudiar la doctrina del Estado de León Duguit, para él las obligaciones positivas que tenían a su cargo los gobernantes para fortalecer la solidaridad social era el mantenimiento de los servicios públicos, y dentro de esta expresión comprendía tanto a los que hoy denominamos servicios públicos en sentido estricto (transporte, suministro de agua potable y luz eléctrica, etc.) como a los que denominamos servicios sociales o cometidos esenciales (defensa, seguridad, etc.). En realidad, el sentido de "servicios públicos" en la doctrina de Duguit es sinónimo de "cometidos estatales" en general. Una de las funciones que cumplió en su tiempo la doctrina de Duguit fue la de dar un fundamento teórico a la expansión de los cometidos del Estado en un momento en el cual la doctrina predominante, individualista y liberal en sentido económico, los restringía a los "fines primarios" o cometidos esenciales de la noción del Estado legislador, juez y gendarme.

49. Tampoco es este sentido funcional amplio el que estamos estudiando ahora, lo cual no quiere decir que a veces no aparezcan en nuestro derecho positivo usos de la expresión "servicios públicos" que coinciden con el sentido que le daba Duguit. El ejemplo más típico es el del art. 24

⁶Esto plantea problemas con las empresas privadas de seguridad que han proliferado recientemente en el Uruguay, generalmente dirigidas por militares o policías retirados.

⁷Tratado... cit., 1 ed., pág. 58.

Servicios
públicos

3 significados

↓
orgánico

↓
desig'n
de términos
orgánicos

↓
2 funcionales
o materiales

↓
desig'n
de términos
actividades

Sentido orgánico =
Organización estatal
o bajo su control
que tiene x objeto
una tarea de utilidad
pública, en forma
regular y continua,
conforme a un régimen
de D. público.

Artículo 24 → sentido funcional amplio, sinónimo de cometidos esenciales en general.

de la Constitución, que establece la responsabilidad civil de los entes estatales por el "daño causado a terceros, en la ejecución de los servicios públicos, confiados a su gestión o dirección". Desde el momento que se habla de "ejecución", no se está utilizando la expresión en sentido orgánico, sino en sentido funcional. Pero, por otro lado, es obvio que ese sentido funcional no es restringido, sino amplísimo. El artículo no puede querer decir que hay responsabilidad civil cuando un peatón es atropellado por un camión de la UTE (ente autónomo que presta el servicio público de suministro de energía eléctrica a terceros), pero no cuando es atropellado por una camioneta de la policía o del ejército (que cumple el servicio esencial de mantenimiento del orden y la seguridad, o de defensa nacional). Resulta claro, entonces, que en el artículo 24 se ha empleado la expresión en el sentido en que la utilizaba Duguít, como sinónimo de cometidos esenciales en general.

3. Sentido funcional estricto

50. Por último, el sentido que nos interesa al considerar los cometidos estatales es el sentido material o funcional estricto, que utiliza en general la doctrina italiana y que prefiere Sayagués Laso. Para éste, son servicios públicos las

"actividades desarrolladas por entidades estatales o por su mandato expreso, para satisfacer necesidades colectivas impostergables mediante prestaciones suministradas directa e inmediatamente a los individuos, bajo un régimen de derecho público"¹⁰.

51. Esta definición permite distinguir a los servicios públicos de los cometidos esenciales, en la medida en que se señala el carácter individualizado de la prestación, y asimismo en cuanto admite que no las realicen directamente las entidades estatales (con esta expresión comprendemos tanto al Estado en sentido estricto, como a las demás personas jurídicas estatales descentralizadas territorialmente -Gobiernos Departamentales- o por servicios -entes autónomos y servicios descentralizados). Pero con ello no alcanzaría para distinguir a los servicios sociales de los servicios públicos, pues tan impostergables como la necesidad de recibir energía eléctrica o agua potable a domicilio son la de instruirse o atender su salud. Por ello se hizo necesario incluir en la definición el elemento de que se trata de actividades normalmente "desarrolladas por entidades estatales" y excepcional u ocasionalmente por particulares mediante el "mandato expreso" (concesión) de la correspondiente entidad estatal.

52. Es que -recogiendo la terminología de otras ramas del derecho, como la teoría general de los actos jurídicos o de los contratos- podemos decir que los servicios públicos son cometidos naturales del Estado (o, en su caso, del municipio o gobierno departamental). Por lo tanto -como se verá- los servicios públicos deben ser cumplidos normalmente por el Estado, y sólo pueden ser desempeñados por particulares cuando medie una concesión expresa del Estado o el municipio. En cambio en los servicios sociales el Estado o municipio tiene la obligación de prestación, sea con carácter general (enseñanza) o al menos en ciertas circunstancias (prevención y asistencia gratuitas de la salud a los "indigentes o carentes de recursos suficientes", art. 44), pero ello no excluye la posibilidad de que los particulares se dediquen a las mismas actividades en ejercicio de su libertad, sin necesidad de concesión.

53. Varios artículos de la Constitución emplean la expresión "servicios públicos" en este sentido funcional restringido:

a) El artículo 51 dispone que

"El Estado o los Gobiernos Departamentales, en su caso, condicionarán a su homologación, el establecimiento y la vigencia de las tarifas de servicios públicos a cargo de empresas concesionarias."

"Las concesiones a que se refiere este artículo no podrán darse a perpetuidad en ningún caso."

La referencia a "empresas concesionarias" y "concesiones", que no podrán ser perpetuas, confirma que se trata de un sentido estricto, limitado a aquellas actividades donde pueden participar los particulares, pero sólo en caso de que medie un acto de concesión del Estado central o del Gobierno Departamental.

b) El inciso 2º del art. 65, por su parte, dispone:

"En los servicios públicos administrados directamente o por concesionarios, la ley podrá disponer la formación de órganos competentes para entender en las desinteligencias entre las autoridades de los servicios y sus empleados y obreros; así como los medios y procedimientos que pueda emplear la autoridad pública para mantener la continuidad de los servicios."

c) Lo mismo surge del ord. 8º del art. 273, que incluye entre las competencias de la Junta Departamental a la siguiente:

"Otorgar concesiones para servicios públicos locales o departamentales, a propuesta del Intendente, y por mayoría absoluta de votos del total de sus componentes."

Servicio
público =
- carácter individualizado
de la prestación
- Admite q' no
sean prestados
directamente a
entidades estatales.
- Norma
onerosa

¹⁰ Tratado... cit., pág. 363.

d) Correlativamente, el ordinal 4º del art. 275 incluye entre las competencias de los Intendentes Municipales la de

"homologar las tarifas de los servicios públicos a cargo de concesionarios o permisarios".

e) Por último, aun cuando el ord. 5º del art. 297 habla solamente de "servicios" el contexto demuestra que se refiere a "servicios públicos", pues menciona entre las "fuentes de recursos de los Gobiernos Departamentales, decretados y administrados por éstos" a

"las contribuciones a cargo de las empresas concesionarias de servicios exclusivamente departamentales".

B) Actividades comprendidas

1. Enumeración

54. Como ocurre en general con los cometidos estatales, su contenido varía con el tiempo y el espacio. En el Uruguay actual, se consideran servicios públicos los siguientes¹¹:

- transporte (ferrocarril, tranvías, autobuses, trolebuses, navegación, aeronavegación, etc.);
- comunicaciones (correos, telégrafos, teléfonos, radiotelegrafía, etc.);
- suministro de energía eléctrica;
- suministro de gas;
- suministro de agua corriente;
- alumbrado público¹²;
- alcantarillado o saneamiento²⁰;
- recolección de basuras²⁰;
- limpieza de calles²⁰;
- inhumación de cadáveres¹³.

Los cinco últimos rubros son cometidos de los Gobiernos departamentales.

2. Determinación

55. La determinación de qué constituye un servicio público debe analizarse desde dos puntos de vista: material y formal:

a) Desde el punto de vista material, la determinación de cuáles son las actividades que han de constituir servicios públicos depende, por un lado, de factores de orden general, y en particular del criterio teórico o doctrinario de carácter amplio o restringido que se tenga en lo tocante a los fines y cometidos del Estado. Pero, por otro lado, como destacaba Sayagués, depende de elementos relacionados en particular con cada tipo de servicio, tales como la necesidad de utilizar en forma especial bienes del dominio público (ej.: transportes); el carácter esencialmente exclusivista del servicio a prestar (ej.: teléfonos y telégrafos, "pues la competencia a menudo es perjudicial en lugar de beneficiosa"¹⁴); la existencia de monopolios de hecho bajo el régimen de actividad privada (ej.: suministro de energía eléctrica); la circunstancia de ser actividades por esencia deficitarias (ej.: ciertos servicios de aeronavegación, en los que la actividad privada suele necesitar subvenciones o primas); la necesidad de una explotación planificada para evitar interferencias perjudiciales (ej.: ferrocarriles), o una conjunción de dos o más de esos factores.

b) Desde el punto de vista formal, resulta imprescindible que una ley en sentido formal (o, eventualmente, una disposición constitucional) declare que determinada actividad es un servicio público, porque la consecuencia de esa determinación es la exclusión de los particulares de algo que antes, por aplicación de los arts. 7º y 36 de la Constitución, entraría dentro del ámbito general y normal de

"la libertad de trabajo, cultivo, industria, comercio, profesión o cualquier otra actividad lícita, salvo las limitaciones de interés general que establezcan las leyes".

56. Como en todo caso de limitación de un derecho fundamental, se necesita una ley en sentido formal (y asimismo material) de carácter nacional. Normalmente (como sostiene Sayagués) no puede tener ese efecto uno de los "decretos de los Gobiernos Departamentales" sancionados por la Junta Departamental y promulgados por el Intendente Municipal, a pesar de que tienen "fuerza de ley en su jurisdicción" (art. 260) y constituyen ejercicio de las "funciones legislativas [...] en el Gobierno Departamental" (art. 275, párrafo 1º). No obstante, como la Constitución asigna con carácter general a las Juntas Departamentales y a las Intendencias Municipales "el Gobierno y la Administración de los Departamentos con excepción de los servicios de seguridad pública" (art.

¹¹ Sayagués, "Los cometidos estatales" cit., pág. 362.

¹² Como ya se indicó supra, pág. , cabe considerar que se trata más bien de un cometido esencial de los Gobiernos Departamentales.

¹³ , Puede dudarse de si se trata de un servicio público o de un servicio social.

¹⁴ , Sayagués, Tratado... cit., pág. 66, nota 5).

- Onerosidad de principio → para mantener
- Pero tmb muy importante → mejorar el servicio y satisfacción de una necesidad humana básica

c) Normal onerosidad

63. Lo corriente es que el usuario de los servicios públicos deba pagar un precio por la utilización de dichos servicios, pero existen casos en que no se paga, e incluso en los casos en que se paga un precio puede ocurrir que los ingresos derivados de esa fuente no constituyan la totalidad o la mayoría de los recursos financieros de la entidad que presta el servicio. Por otra parte, la naturaleza de algunas de las necesidades satisfechas por ciertos servicios públicos (p.ej. el de suministro de agua potable) los acerca al tipo de los servicios sociales, y hace que muchas veces dichos servicios tengan carácter gratuito o se suministren a un precio "social", muy inferior al costo económico unitario de la prestación del servicio.

64. El caso del saneamiento y la aplicabilidad del régimen de servicio público. - El examen de un servicio público en particular (el de saneamiento) permite ejemplificar lo que acaba de afirmarse con carácter general, tanto en cuanto a la onerosidad de principio como en lo tocante a la posible fijación de precios diferenciales, y aún de exenciones de pago, en virtud de razones sociales. La calificación sustancial y legal del saneamiento o alcantarillado como servicio público (indicada supra, párr. 63) determina que sea aplicable en su totalidad el régimen de servicio público, que no varía según la naturaleza de la persona o entidad que lo presta (Estado central, Gobierno Departamental, Ente Autónomo o servicio descentralizado, o concesionario). En el Uruguay, este servicio es prestado por el Gobierno Departamental en el caso de Montevideo, y por el servicio descentralizado Administración de las Obras Sanitarias del Estado (OSE) en el resto del país. En relación con el tema de la onerosidad o la gratuidad, cabe expresar lo siguiente:

a) Onerosidad de principio. — El régimen de servicio público implica la onerosidad de principio del servicio, de modo que el usuario deberá abonar las tarifas, precios o contraprestaciones que establezcan, con arreglo a la Constitución o a las leyes, los entes públicos que prestan el servicio, o —en el caso de concesionario— las que homologuen el Estado o los Gobiernos Departamentales, en su caso¹⁶. La necesidad de cobrar un precio que permita recuperar los costos y mantener o mejorar este servicio esencial ha sido destacada en varios estudios de las Naciones Unidas relacionados con el Primer Decenio Internacional del Agua Potable y del Saneamiento Ambiental, en los que se analizaron los problemas planteados por las deficiencias en los sistemas de recuperación de costos y fijación de precios y la consiguiente necesidad de establecer sistemas adecuados en la materia y aplicarlos eficazmente¹⁷.

b) Satisfacción de una necesidad humana básica. — Por otra parte, este servicio se dirige a satisfacer una necesidad humana básica y atiende una situación real en la que existe una solidaridad de hecho entre todos los integrantes de la sociedad y todas las zonas geográficas, pues la falta de saneamiento en algunos lugares o para algunas personas genera consecuencias nocivas para la higiene, la salubridad y la salud generales. En consecuencia, tanto en las recomendaciones internacionales¹⁸ como en las normas internas se contempla esa situación, disponiendo que lo esencial es la prestación del servicio, y no la recuperación integral de los costos en todos los casos, de modo que para quienes no puedan costearlo totalmente se establecen tarifas más favorables o, incluso, la gratuidad total. En el plano interno, el art. 3° de la Ley Orgánica de la OSE (Ley N° 11.907, de 19-XII-1952) dispone que

OSE →

"la prestación del servicio de obras sanitarias, y los cometidos del Organismo, deberán hacerse con una orientación fundamentalmente higiénica, anteponiéndose las razones de orden social a las de orden económico."

65. Por su finalidad y contenido, esa norma contiene una orientación que también debería aplicar la otra entidad estatal encargada de la prestación del servicio de saneamiento, es decir, el Gobierno Departamental de Montevideo.

2. Como eventuales prestadores del servicio

a) Situación normal: exclusión

66. De lo ya expuesto se desprende que la situación normal en materia de servicios públicos, que son cometidos naturales del Estado, es la prestación directa por la entidad estatal correspondiente (Estado central, entes autónomos o servicios descentralizados, Gobiernos Departamentales), lo que conlleva la exclusión de los particulares como eventuales prestatarios.

67. Sayagués admite también la prestación sin necesidad de concesión en otros dos casos:

a) Las sociedades de economía mixta. En este caso habría que distinguir las dos situaciones previstas en el art. 188 de la Constitución. Cuando se trate de entes autónomos o servicios descentralizados con aporte de capitales privados, podría aceptarse que no es necesaria la

¹⁶ Sayagués Laso, Tratado..., en particular, t. I, págs. 56 (y nota 2), 74-77; t. II, págs. 23-25, 63-69, 74-77. Con este criterio distingue a los servicios públicos de los cometidos esenciales y de los servicios sociales: mientras que aquéllos "se financian generalmente con impuestos" y éstos, que "no persiguen fines lucrativos y además son generalmente colosarios" se financian con "impuestos o contribuciones especiales", los servicios públicos "se costean con tasas y prelos" pues tienen una "naturaleza industrial o comercial" que "permite una financiación a base de precios o tasas".

¹⁷ Factores Jurídicos e Institucionales que afectan a la Aplicación del Decenio Internacional del Agua Potable y el Saneamiento Ambiental, Recursos naturales/Serie del Agua, No. 23 (ST/TC/D/7).

¹⁸ Factores... cit.

garantiza expresamente la libertad en esa materia: por ejemplo, en materia de prensa o de enseñanza, en virtud de lo dispuesto por los arts. 29 y 68, respectivamente.

75. En el caso de las concesiones, para que haya exclusividad no se requiere ley alguna (ni tampoco disposición específica del acto de concesión), pues ello depende de los términos mismos en que se plantea el problema del servicio público. En los servicios públicos, en principio ningún particular puede intervenir, y todos están excluidos. Sólo deja de estar excluido el que recibe el otorgamiento de la concesión; los demás siguen tan excluidos como al principio.

E) Comparación entre los servicios públicos y los "servicios económicos" o "servicios no inherentes al Estado" según el Profesor Valdés Costa

76. *El punto de partida: los principios distributivos de los ingresos.* — Partiendo de premisas algo diferentes a las de Sayagués Laso, Valdés Costa llega a conclusiones coincidentes en lo tocante al punto de la gratuidad o la onerosidad de los cometidos a los que Sayagués Laso denominaba servicios públicos. Valdés Costa ha analizado tradicionalmente la categorización de los distintos servicios estatales en relación con la clasificación de los ingresos públicos (en tributarios y no tributarios, y dentro de los primeros en impuestos, tasas y contribuciones especiales). En su reciente obra *Instituciones de Derecho Tributario* enfoca este tema desde el punto de vista de los "Principios distributivos de los ingresos"¹⁹, a los que divide en dos grupos:

- a) Los "principios relativos al contribuyente" son los de contraprestación, beneficio y capacidad contributiva, que dan lugar a las tres clases correlativas de tributos: tasas, contribuciones especiales e impuestos.
- b) Los "principios relativos a los usuarios o consumidores" son los de gratuidad y onerosidad de los servicios estatales. Los servicios gratuitos se financian con impuestos; los servicios onerosos con precios (si son naturalmente onerosos) o con tasas (si son en principio gratuitos, pero una ley los ha hecho onerosos al disponer que se deba pagar por tales servicios). (Las contribuciones especiales estarían aparentemente en una situación intermedia, ya que de acuerdo con los principios relativos al contribuyente corresponden a un beneficio, pero no configuran una contraprestación.)

77. *Gratuidad y onerosidad.* — "[Gratuidad]" es "la prestación de un servicio sin contraprestación a cargo de quien lo recibe", lo que obliga al Estado a recurrir normalmente al impuesto para cubrir los gastos correspondientes, aunque también puede recurrir a la ayuda exterior o a los recursos extraordinarios, entre ellos, la deuda pública²⁰. "Onerosidad", obviamente, es lo contrario.

78. *Servicios que son inherentes al Estado y servicios que no lo son:* Continuando con su razonamiento, explica Valdés Costa, con palabras totalmente aplicables a los servicios públicos en el sentido de Sayagués Laso:

- a) "La gratuidad puede estar impuesta por razones técnicas de naturaleza económico-financiera, puede ser la consecuencia del principio jurídico de la gratuidad de los servicios inherentes al Estado y puede, finalmente, ser la consecuencia de una decisión de carácter excepcional respecto de un servicio en principio oneroso. (...)
- b) "En términos generales se puede afirmar que el establecimiento de contraprestaciones a cargo de los usuarios y beneficiarios depende de la voluntad unilateral del Estado, formada en base a los criterios políticos utilizados en la organización del servicio. Sólo escaparían a esta discrecionalidad los servicios técnicamente indivisibles, los que necesariamente deben ser prestados sin contraprestación correlativa.
- c) "En el análisis de esta cuestión hay que distinguir esos aspectos económico-financieros de los jurídicos. Desde este último punto de vista, que es el que más nos interesa, la aplicación de ambos principios tiene proyecciones importantes en cuanto a la clasificación de los ingresos correlativos. En nuestro derecho, y en general en el derecho contemporáneo, se debe distinguir la actividad que el Estado desarrolla en su calidad de ente soberano, es decir, que le es inherente y que, por tanto, no se concibe desarrollada por los particulares, de aquella otra actividad, en principio libre, que el Estado toma a su cargo por razones de oportunidad o conveniencia, ya sea sustituyendo a los particulares, ya sea en concurrencia con ellos. Los primeros serían en principio gratuitos, y los segundos, remunerados, sin perjuicio de las excepciones que en ambos casos establezca el Estado, creando tributos o declarando su gratuidad, respectivamente²¹."

79. Resumiendo, distingue entonces dos clases de servicios:

- a) *Servicios inherentes al Estado:* El panorama general de la doctrina revola, a juicio de Valdés Costa, un "acuerdo total" con respecto a la primera clase de servicios:

"en lo que respecta a los servicios inherentes al Estado, no sólo en cuanto a que no pueden ser prestados por los particulares, sino en cuanto a que si el Estado considera que su costo debe ser cubierto por los usuarios, es indispensable que se imponga un tributo, que reviste las características específicas de la tasa. O sea, en otros términos,

¹⁹ Capítulo VII, págs. 439-478.

²⁰ *Instituciones...*, págs. 460-461.

²¹ *Ibid.*, pág. 461.

Comparando con la clasificación de los cometidos estatales de Sayagués Lazo, esta primera categoría correspondería a los cometidos esenciales. Cabe señalar que a veces Valdés Costa habla de servicios de carácter *jurídico*, en lugar de aludir a servicios *inhórentes al Estado*. La diferencia terminológica puede tener importantes consecuencias, porque la noción de servicios jurídicos es más restringida que la de servicios inhórentes al Estado.

mantienen sustancialmente, y sobre todo en lo que respecta a su carácter oneroso, las características de la actividad económica privada. En esto también hay acuerdo. Las discrepancias giran alrededor de algunos servicios que han experimentado transformaciones importantes en su organización como consecuencia de las necesidades colectivas —sociales y económicas— que satisfacen juntamente con las individuales de los usuarios. Esa transformación generalmente establecida por ley, y, por tanto, inderogable por acuerdos contractuales con los usuarios, por regla general repercute en la fijación de la tarifa, y aun en la existencia misma de la remuneración, como ocurre en los servicios relacionados con la salud, la higiene, la enseñanza, las comunicaciones y el transporte. Pero sostengo que esta especial regulación no hace desaparecer el principio de la onerosidad, por cuanto se trata de prestaciones de bienes con valor económico, que proporcionan ventajas a quienes los reciben, ventajas que, por aplicación de principios jurídicos universales, justifican la contraprestación. Ambas prestaciones se sirven, pues, recíprocamente de causa jurídica, afirmación, ésta, que tiene un expreso apoyo legal en nuestro derecho de las obligaciones (arts. 1261, inc. 4, y 1287 del C. Civil).

80. *El caso de los servicios de utilización obligatoria.* - En algunos enfoques también provenientes del Derecho Tributario —entre ellos, las conclusiones de las XV Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario— se ha considerado que no se puede hablar de "precio" más que en aquellos casos en que la voluntad del usuario tiene relevancia jurídica, de modo que esa categoría quedaría excluida en los casos en que "la utilización del servicio monopolizado está impuesta obligatoriamente por la ley"²⁴. No hay ninguna razón para aceptar tal posición:

"Entiendo que la naturaleza jurídica de la contraprestación del particular (tributo o precio) no se debe calificar en función de las características de obligatoriedad (de hecho o jurídica) que revista la prestación estatal. Si ésta es de naturaleza puramente económica, es decir, que tiene un valor que satisface una necesidad, la remuneración es de principio y no requiere ley. Si lo que se busca es proteger al consumidor ante la fijación de un precio abusivo por parte de la administración, lo que procede es establecer normas, ya sean constitucionales o legales, para impedir ese abuso. Es la solución de la C. italiana en su art. 23, al establecer que ninguna prestación pecuniaria puede ser "imposta" sino en base a la ley (supra, 25.2), y la solución de las leyes uruguayas sobre seguros obligatorios y sobre publicaciones obligatorias en el "Diario Oficial", que fijan pautas precisas para la fijación de los respectivos precios relacionándolos con el costo de los respectivos servicios. Quiero decir, pues, que la exigencia de ley es una garantía para el consumidor usuario ante posibles abusos administrativos, pero que no convierte al precio en un

24 Las palabras que figuran entre comillas corresponden al tercer párrafo de la conclusión 2 de las XV Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario, que tomamos de José Luis Shaw, *Taxas, preafos e impuestos* — Su diferenciación en la doctrina contemporánea, FCU, Montevideo, 1993, pág. 115. La utilización en la interpretación de la Constitución uruguaya de materiales de esta índole — que tienen un indudable valor teórico pero no se relacionan directamente con nuestro Derecho positivo — es un claro apartamiento de los sanos principios interpretativos que se requieren aquí, p. 2.

En particular, la detallada exposición de los votos a favor y en contra dentro de ese Congreso científico (Shaw, op. cit., págs. 118-124) parecería implicar que debe darse mayor valor a la "historia fiduaria de la sanción" de las conclusiones de esas Jornadas que a la de las normas constitucionales vigentes en cada país, o al propio texto de éstas... En el presente caso, empero, el registro de la votación (que también menciona Shaw, pág. 35) sirve para que conste que en este punto expresaron su discordia los Profs. Valdés Costa, Peirano y Whiatlow, es decir, nada menos que los dos principales especialistas uruguayos y el autor del Informe nacional de nuestro país (Shaw, op. cit., pág. 86).

"verdadero tributo que debe cumplir con todos los requisitos constitucionales correspondientes", como dice la resolución comentada²⁵."

b) *Casos especiales*: la indicada argumentación de Valdés Costa ha sido desarrollada por el mismo Profesor y por otros destacados juristas en el análisis de casos particulares:

- i) *Seguros obligatorios*: Valdés Costa, en un dictamen expedido hace más de treinta años a solicitud del Banco de Seguros del Estado²⁶, particularmente pertinente para este caso, sostuvo terminantemente que "las primas correspondientes a los seguros obligatorios presentan (...) diferencias sustanciales con los tributos," pues no es lo mismo la obligatoriedad del seguro (limitación de los derechos individuales que requiere una ley formal fundada en razones de interés general) que el pago de la prima, que constituye "una contraprestación, adeudada como consecuencia de la prestación de carácter económico proporcionada por el Banco de Seguros del Estado" cuando "se hace cargo de la responsabilidad que le corresponde como patrono"²⁷.
- ii) *Otros casos*: Varios especialistas en Derecho Tributario se han expedido en sentido análogo frente a casos similares, relacionados, por ejemplo, con las tarifas del "Diario Oficial"²⁸, los peajes que deben pagar los usuarios de las grandes obras de vialidad e hidrografía²⁹ o "las remuneraciones que percibe la UTE por la prestación del servicio eléctrico"³⁰. En todas esas situaciones se ha entendido que se trata de *precios* cuya

²⁵ Instituciones..., pág. 469. Ya en el Curso de Derecho Tributario, t. I, 1970, sostenía que "siempre que el Estado efectúe prestaciones que producen ventajas económicas, tiene derecho a percibir la contraprestación, aunque la ley no lo prevenga expresamente" (pág. 159) y que "desde el punto de vista jurídico no interesa la relación entre el costo y el precio" (pág. 164).

²⁶ "Naturaleza jurídica de las primas en los seguros obligatorios en materia de accidentes de trabajo", publicada en *La Justicia Uruguaya*, t. 49 (1964), caso 6233, págs. 238-260, como nota a la sentencia en la cual la Suprema Corte de Justicia desestimó la acción de inconstitucionalidad de los arts. 1º, 26, 27 y 28 de la Ley Nº 12.949, de 23-XI-1961, planteada por ONDA. En el *Curso de Derecho Tributario*, t. I, 1970, págs. 200 y siguientes, Valdés Costa sintetiza el dictamen expedido para el Banco de Seguros del Estado y critica la fundamentación de la sentencia de la Suprema Corte de Justicia, que se limitó a decir que no se aplicaba el principio de legalidad de los tributos porque las primas de los seguros no caían dentro de la categoría constitucional de "contribuciones necesarias para cubrir los presupuestos" (art. 85 ord. 4º).

²⁷ El razonamiento completo de Valdés Costa en el caso citado fue el siguiente:

- a) Es imprescindible distinguir entre "la exigencia legal de contratación del seguro, es decir, el problema de la obligatoriedad del seguro" y "el problema relativo al pago de la prima". El primer punto es "una limitación de los derechos individuales que como tal requiere una ley formal fundada en razones de interés general".
- b) El pago de la prima, a su vez, "reúne indiscutiblemente las características jurídicas de una contraprestación, adeudada como consecuencia de la prestación de carácter económico proporcionada por el Banco de Seguros del Estado". Las características de ese seguro "responden al principio jurídico fundamental de la onerosidad de los negocios jurídicos que tienen por objeto la utilidad recíproca de ambas partes, recogido para los contratos en el art. 1249 del Código Civil." y "las obligaciones que asume el Banco" configuran "la causa jurídica de la obligación del asegurado de pagar la prima" o la "ventaja o provecho" que justifica tal obligación (art. 1287 del Código Civil). El asegurado "adeuda la prima no porque la ley así lo establezca, sino porque el Banco se hace cargo de la responsabilidad que le corresponde como patrono".
- c) En otras palabras, en este caso se aplica el "principio de la onerosidad de las prestaciones recíprocas que benefician a ambas partes" que es tan "justificado y tan respetable como el de la legalidad de los tributos".
- d) A juicio de Valdés, las primas de los seguros obligatorios "son una nueva figura jurídica que no encuadra exactamente dentro de los institutos preexistentes" y "una manifestación más de la evolución del derecho del siglo XX, una de cuyas características más salientes es la finalidad social de proteger al trabajador". Pero lo novedoso está en "la obligatoriedad de "contratar" el seguro, o, si se prefiere, "solicitar" el seguro; no en cuanto a la obligación de pagar la prima correlativa".
- e) En efecto, "la prima, si bien no reúne todos los requisitos de los precios en el derecho actual, conserva la característica típica y fundamental de éstos, de constituir la contraprestación por la prestación del asegurador". "La onerosidad y por lo tanto el pago de la prima en todos los seguros (voluntarios u obligatorios) es la solución de principio. La prima se adeudaría aún a falta de texto legal que expresamente se refiriera a ella." La Ley Nº 12.949 no ha hecho otra cosa que limitar las facultades del Banco de Seguros para fijar su cuantía.
- f) No tratándose de un tributo, no hay delegación de facultades legislativas. "Sería absurdo sostener que el seguro obligatorio, por ser obligatorio, tendría que ser gratuito, salvo que la ley estableciera la obligación de pagar la prima."
- g) La posibilidad de que existan primas diferenciales "en función de la peligrosidad del riesgo para las diversas actividades laborales y aún para los diversos establecimientos dentro de cada actividad" no constituye una violación del principio de igualdad, porque eso es precisamente la forma de ajustarse al precepto de que "a personas iguales, en iguales circunstancias, se han de aplicar tratamientos iguales". Puede haber tratamientos distintos para diferentes grupos o clases de personas, siempre que —como en este caso— una "regla de razonabilidad" lo permita.
- h) Si, en la aplicación, el Banco actuase arbitrariamente, sus actos podrían impugnarse en vía administrativa, y luego mediante la acción de nulidad ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

²⁸ Nelly Valdés de Blengio, *Revista Tributaria*, 1987, t. XIV, Nº 78, pág. 228, como nota de jurisprudencia a la sentencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo Nº 271/86, que anuló la aplicación de una tarifa de publicación de estatutos de sociedades anónimas que tenía en cuenta el capital social; Ady Mazz, "Fijación de los precios de los servicios monopolizados", *Anuario de Derecho Tributario*, t. I (1988), págs. 83-87, comentando la misma sentencia.

²⁹ Valdés Costa, *Curso de Derecho Tributario*, t. I (1970), págs. 187-191. A su juicio, "Las cantidades que en la actualidad pagan los usuarios de las grandes obras de vialidad e hidrografía, reúnen a nuestro juicio las características esenciales de los precios en el sentido que atribuimos a este término (supra IV/1). Es decir, son contraprestaciones por un servicio recibido, el que tiene un evidente valor económico y proporciona por tanto una "ventaja o provecho". Esta satisfacción de la necesidad económica de transporte del usuario se ha hecho posible por las obras materiales realizadas por el Estado a elevado costo, lo que pone de manifiesto la existencia de una auténtica prestación, en la acepción jurídica del término, que justifica la exigencia de la contraprestación característica de los contratos bilaterales onerosos y conmutativos." "En conclusión, desde el punto de vista jurídico, las cantidades que pagan los particulares por la utilización de las obras de vialidad e hidrografía, destinadas a la construcción, conservación y mejoramiento de éstas, no tienen naturaleza tributaria, constituyendo la remuneración de los servicios económicos recibidos por los usuarios. En consecuencia deben ser calificados de precios en sentido genérico (supra IV/1)."

³⁰ Nelly Valdés de Blengio, "Criterios jurídicos para fijar la remuneración de las empresas que prestan el servicio

fijación compete a la Administración, y se ha señalado la conveniencia de que la ley fije parámetros, criterios o límites para la fijación de tales precios.

81. *Valoración de la clasificación de Valdés Costa.* — Con todos los respetos debidos al ilustre Maestro recientemente desaparecido, debemos señalar que su clasificación de actividades estatales es unilateral o insuficiente. Por un lado, no tuvo en cuenta que no existe coincidencia entre las dicotomías jurídico—económico e inherente al Estado—no inherente al Estado. Por ejemplo, los servicios públicos, que no tienen carácter "jurídico" sino "económico" son "inherentes al Estado" según la concepción dominante en cada época, si bien los particulares pueden prestarlos en caso de que haya mediado un acto de concesión. Por otro lado, su clasificación binaria no tenía en cuenta la mucho mayor riqueza de la realidad y el Derecho positivo de los distintos países, y en particular del nuestro. Por ejemplo, ubicaba en el mismo grupo a servicios públicos, servicios sociales y actividades estatales de injerencia en la actividad privada. Tanto la venta de cemento como la enseñanza o la salud, el saneamiento o el suministro de agua potable, quedaban englobados en una sola categoría, y todos ellos sometidos a un rígido y uniforme principio de onerosidad, a pesar de que para varios de ellos (en particular, la enseñanza) el principio constitucional en el Uruguay es el de gratuidad, como se verá en el apartado siguiente.

3. SERVICIOS SOCIALES

A) Concepto

82. Podría decirse que los servicios sociales son las actividades estatales destinadas fundamentalmente a la satisfacción de las necesidades humanas básicas en materia de vivienda, salud, alimentación, seguridad social, enseñanza, cultura, etc., o, si se quiere emplear una expresión unitaria, de aseguramiento de un nivel de vida mínimo para los seres humanos. Constituyen el reverso de los derechos humanos de carácter económico, social y cultural. Por su propia naturaleza, implican la prestación individualizada a los distintos seres humanos que, según se verá, tengan la calidad de beneficiarios de estos servicios.

83. Sayagués Laso, que los mira desde el punto de vista de la administración, los definía en los siguientes términos³¹:

"En los estados modernos es principio admitido unánimemente, la necesidad de que los poderes públicos accionen para impulsar el desarrollo de la cultura, la protección de la salud pública, el desenvolvimiento de la previsión social, etc.

"El cumplimiento de estos fines puede lograrse de muy distintas formas y especialmente mediante la organización de servicios administrativos a los cuales se asignan determinados cometidos. El conjunto de actividades que realizan dichas administraciones, constituye los servicios sociales."

84. Desde luego, dentro del concepto amplio de servicios públicos en sentido funcional o material, estos servicios sociales serían "servicios públicos sociales" o de carácter social, por oposición a los "servicios públicos industriales y comerciales".

85. Constituyen también cometidos naturales del Estado, y en muchos casos son de prestación obligatoria en virtud de disposiciones constitucionales (generalmente de la Sección II relativa a los derechos humanos, o de la Sección XI relativa a los entes autónomos y servicios descentralizados), o de las normas contenidas en los tratados internacionales sobre derechos humanos. Pero en ese caso el carácter de cometidos naturales del Estado no excluye la intervención de los particulares en la realización del mismo tipo de actividades, salvo disposición constitucional o legislativa (de ley nacional) expresa. Incluso, como ya se indicó, en ciertos casos (enseñanza) está prohibida la posibilidad de establecer un monopolio en favor del Estado o de particulares. No debe confundirse con el monopolio la exigencia de capacitación o títulos determinados para el ejercicio de ciertas actividades de interés social.

B) Actividades comprendidas

86. Actualmente caben dentro de esa categoría en nuestro país los siguientes servicios:

- docentes (enseñanza e investigación: arts. 70, 71, 202-205 y concordantes);
- culturales (museos, espectáculos varios, becas de perfeccionamiento y especialización cultural, científica y obrera, bibliotecas populares, etc.: arts. 71 y concordantes);
- sanitarios o de salud pública (hospitales, etc.: arts. 44, 186 y concordantes);
- asistenciales (asilos e institutos para niños, ancianos, madres, etc.: arts. 41, 42, 46 y concordantes);
- de previsión y seguridad sociales (asignaciones familiares; jubilaciones y seguros sociales de accidentes, enfermedad, invalidez, desocupación, muerte, etc.: arts. 41, 42, 67, 195, disposición transitoria M) y concordantes);
- vivienda (art. 45, disposición transitoria P y concordantes);

³¹ *elécrico*. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. t. XXVIII, págs. 299-314.

³² Tratado... cit., t. I, pág. 77.

- alimentación;
- colonización [y reforma agraria] (arts. 231-232, disposición transitoria G) y concordantes).

87. En cuanto a la forma de determinación de cuáles son las actividades que en cada momento y lugar se considerarán servicios sociales, puede aplicarse, en líneas generales, lo dicho en relación con los servicios públicos. Sin embargo, por ese carácter de "reverso" de los derechos económicos, sociales y culturales que tienen los servicios sociales, es más frecuente que la determinación se haga por vía de normas constitucionales o de tratados internacionales sobre derechos humanos, pues lo que constituye un derecho fundamental desde el punto de vista de los seres humanos, es una obligación desde el punto de vista del Estado.

C) Régimen jurídico

88. Como dice Sayagués Laso²²,

"la finalidad de estos servicios es eminentemente social, en el sentido [de] que están dirigidos a obtener en forma inmediata un mejoramiento en el nivel de vida de los individuos, especialmente de aquéllos que se encuentran en condiciones menos favorables. Esa finalidad de protección social es fundamentalísima y orienta la organización y funcionamiento de estos servicios."

De esas características derivan los aspectos fundamentales de su régimen jurídico:

1. Fines no lucrativos

89. La propia naturaleza de estos servicios excluye totalmente los fines de lucro, y lleva a que su financiación se haga fundamentalmente mediante tributos (y no mediante precios), y en particular cuyo hecho generador no consiste en el aprovechamiento del servicio (es decir, mediante impuestos y contribuciones especiales). Cabe recalcar que los servicios públicos como tales no persiguen fines lucrativos (e incluso muchos sostienen lo mismo con respecto a la injerencia del Estado en la actividad privada), pero sí están organizados de manera tal que los ingresos derivados de los precios pagados por los usuarios constituyen la parte fundamental de su financiación. Cuando no ocurre así (p.ej., en la organización de los servicios de suministro de agua potable en determinados países o regiones), quizás se deba a que no se trata de un servicio público sino de un verdadero servicio social. Por otra parte, como se verá *infra*, párr. 104, para determinados servicios de asistencia la Constitución uruguaya determina expresamente que sólo serán gratuitos para "los indigentes o carentes de recursos suficientes" (arts. 44 y 46).

90. Sayagués decía que, a diferencia de los servicios públicos (que tendrían carácter comercial o industrial), los servicios sociales "son generalmente deficitarios"²³. A nuestro juicio, la propia noción de "déficit" en sentido económico está totalmente fuera de lugar en el caso de los servicios sociales. Es tan absurdo hablar de un "déficit" económico o empresarial de la salud pública, por ejemplo, como lo sería decir que la defensa nacional o el mantenimiento del orden son servicios "necesariamente deficitarios". La propia noción de "rentabilidad" sólo puede emplearse en este plano, como se ha señalado adecuadamente en diversos estudios de las Naciones Unidas, con un sentido diferente al que se utiliza en una empresa. No han de compararse los costos financieros con los ingresos pecuniarios aportados por los beneficiarios (cuando tales ingresos existan), sino los costos con los beneficios sociales.

91. Desde luego, esto no excluye que cuando sean los particulares quienes prestan algunos de estos servicios, puedan eventualmente hacerlo con fines lucrativos y no benéficos (o no puramente benéficos). Tal sería el caso, por ejemplo, de los servicios de enseñanza o de salud prestados en forma comercial o empresarial, en cuyo caso el equilibrio económico y las nociones de déficit y superávit resultan aplicables. Pero también puede ocurrir que la prestación no estatal de algunos de estos servicios se haga sin fines de lucro, particularmente cuando la asumen instituciones religiosas, filosóficas o culturales.

92. La Constitución uruguaya (art. 69) exonera de impuestos nacionales y municipales a "las instituciones de enseñanza privada y las culturales de la misma naturaleza" declarando que tal exoneración se hace "como subvención por sus servicios". Con ello está reconociendo que la acción de los particulares y del Estado resulta coadyuvante en esta esfera. Sin embargo, no ha tenido en cuenta la posibilidad de que haya instituciones de enseñanza organizadas comercial o empresarialmente y que, por lo tanto, tengan fines de lucro. Quizás esa posibilidad resultaba excluida por el texto que esta disposición (incluida en la reforma de 1934) tuvo hasta la reforma de 1967, pues en los textos anteriores la exoneración a instituciones de enseñanza sólo abarcaba a las que suministraran "clases gratuitas a un número de alumnos y en la forma que determinará la ley".

2. Continuidad y regularidad

93. La naturaleza de las necesidades humanas básicas que tienden a satisfacer los servicios sociales hace que resulten totalmente aplicables (e incluso reforzadas) las consideraciones hechas respecto de los servicios públicos en lo tocante a la continuidad y la regularidad con la que deben

²² Tratado... cit., pág. 78.

²³ Tratado... cit., pág. 78.

prestarse los servicios. Por ejemplo, es más importante la continuidad y la regularidad en la prestación de los servicios de salud pública que en la de los servicios de transporte.

3. Igualdad de condiciones

94. Tratándose de un aspecto directamente relacionado con los derechos fundamentales, se aplica sin ninguna duda el principio constitucional de igualdad (art. 8°), consagrado también por los distintos pactos y tratados internacionales sobre derechos humanos, que expresan con mucha claridad la prohibición de toda clase de discriminación por motivos espurios.

95. Desde luego, este principio de igualdad y no discriminación no sólo no excluye la distinción de categorías según las necesidades económico-sociales, sino que incluso impone tal clase de distinción. En consecuencia, habrá casos en los que las personas pertenecientes a determinada categoría (p.ej., económicamente pudientes) no serán admitidas a determinados servicios (como ser, asilos para ancianos) o sólo recibirán las prestaciones correspondientes a cambio del pago de un precio o tasa (por ejemplo, salud pública), a diferencia de los "indigentes o carentes de recursos suficientes", que recibirán tales servicios gratuitamente. En otros casos (por ejemplo, los seguros sociales a que se refiere la primera oración del primer párrafo del art. 67), los servicios sólo abarcarán a quienes sean (o hayan sido durante el periodo necesario) "trabajadores" en el sentido amplio que comprende a "patrones [que trabajen personalmente, se sobrentiende], empleados y obreros".

4. Obligatoriedad de prestación

96. Al igual que los servicios públicos, el correspondiente organismo estatal está obligado a prestar los servicios sociales a todos aquellos que reúnan las condiciones establecidas por las normas vigentes.

D) Situación de los particulares

1. Como destinatarios del servicio social

a) El beneficiario

97. El ser humano se encuentra frente al servicio social en una situación de beneficiario. Esta situación jurídica presenta numerosas analogías con la del usuario de los servicios públicos, porque en ambos casos se reciben prestaciones individualizadas, pero también diferencias importantes, entre las que se cuenta, fundamentalmente, la normal onerosidad de los servicios públicos y la normal gratuidad de los servicios sociales, con las precisiones que se indicarán en el apartado b).

98. Sayagués³⁴ decía que las diferencias derivaban "del distinto objeto de unos y otros servicios", que en los servicios públicos era de carácter material y consistía en la realización de un servicio o el uso de un medio técnico, mientras que en los servicios sociales tenía objetos variables: entrega de una suma de dinero (jubilación, pensión, subsidio, asignación familiar, etc.) o de cosas materiales (ropa, comida, etc.), cuidado de la persona (asistencia médica, asilo para ancianos, etc.) o el desarrollo de sus conocimientos (servicios de enseñanza).

99. En los casos en que el beneficiario es incapaz se distingue también la figura del atributario (por ejemplo, de la asignación familiar), persona capaz que recibe la prestación (pecuniaria o no) con la obligación de utilizarla en beneficio del incapaz. Dada la naturaleza de estos servicios, hay que atender fundamentalmente a las circunstancias de hecho que aseguren la utilización de la prestación en provecho del beneficiario, y por lo tanto puede ocurrir que el atributario sea una persona distinta del representante legal del incapaz.

b) Normal gratuidad

100. Como consecuencia de lo expuesto, lo normal es que el beneficiario no debe pagar un precio ni una tasa por la prestación que recibe, aunque este principio reconoce sus excepciones en algunos casos, y debe ser objeto de precisiones en particular en lo tocante a los seguros sociales.

101. En la Constitución uruguaya, la gratuidad está expresa o implícitamente establecida en los siguientes casos:

a) Implícitamente, para:

- los "auxilios compensatorios" que tienen derecho a percibir "quienes tengan a su cargo numerosa prole", pero "siempre que los necesiten" (art. 4°).
- la "asistencia" que "en caso de desamparo" toda madre ("la maternidad") tiene derecho a obtener de "la sociedad" (art. 42);
- "la pensión a la vejez", que (segunda oración del párrafo primero del art. 67) "constituye un derecho para el que llegue al límite de la edad productiva después de larga permanencia en el país y carezca de recursos para subvenir a sus necesidades vitales".

b) Expresamente, para:

³⁴ Tratado... cit., pág. 80.

- "los medios de prevención y de asistencia" que para el cuidado de la salud y en caso de enfermedad "el Estado proporcionará gratuitamente [...] tan sólo a los indigentes o carentes de recursos suficientes" (art. 44).
- el "asilo" que dará el Estado "a los indigentes o carentes de recursos suficientes que, por su inferioridad física o mental de carácter crónico, estén inhabilitados para el trabajo" (art. 46).
- la enseñanza, aunque empleando una expresión peculiar. En efecto, se trata de "la enseñanza oficial primaria, media, superior, industrial y artística y de la educación física", cuya gratuidad es declarada "de utilidad social" (art. 71). Aunque no se dice directamente que la enseñanza oficial sólo puede ser gratuita, resulta imposible pensar que el legislador o el administrador puedan disponer que sea total o parcialmente paga, porque con ello estarían haciendo algo contrario a lo que según la Constitución es "de utilidad social". En otras palabras: estarían haciendo algo "de inutilidad social" que resulta absurdo pensar que puedan lícitamente hacer. Por otra parte, tanto los antecedentes legislativos y administrativos previos a la inclusión de este texto en la Constitución, como la historia fidedigna de su aprobación en la Convención Nacional Constituyente de 1933-1934³⁵, indican que dentro de la Constitución vigente la enseñanza oficial debe ser necesariamente gratuita.

102. En el caso de "las jubilaciones generales y seguros sociales", que según la primera oración del párrafo primero del art. 67 "se organizarán en forma de garantizar a todos los trabajadores, patronos, empleados y obreros, retiros adecuados y subsidios para los casos de accidentes, enfermedad, invalidez, desocupación forzosa, etc.; y a sus familias, en caso de muerte, la pensión correspondiente", la propia naturaleza de esas prestaciones implica el carácter *contributivo*. Ello quiere decir que hay un régimen de financiación tripartito (Estado, empleadores, trabajadores en sentido estricto) en el cual una parte de la financiación proviene de los aportes hechos por los beneficiarios (o sus causantes, en el caso del riesgo de muerte) con anterioridad al momento en el que se materializan los riesgos sociales cubiertos por el régimen.

2. Como eventuales prestadores del servicio

103. A diferencia de lo que ocurre en los servicios públicos, surge de los arts. 7° y 36 de la Constitución que los particulares tienen *derecho* a dedicarse a las actividades denominadas *servicios sociales*, y que pueden hacerlo sin necesidad de que una concesión del Estado amplíe el campo de sus actividades. Incluso, en algunos casos (enseñanza) la libertad de dedicarse a esa actividad está consagrada expresa y separadamente como *derecho fundamental* (art. 68).

104. No obstante ello, la naturaleza de los derechos e intereses humanos en juego hace que exista una mayor intervención del Estado que la que se da en los casos de las simples actividades privadas. Esa mayor intervención puede, incluso, consistir en la necesidad de *autorización* previa a la iniciación de la actividad, a fin de que se verifique la existencia de las condiciones necesarias para la prestación de la actividad. La autorización difiere de la concesión, pues la primera implica sólo la remoción de un obstáculo para el ejercicio de un derecho preexistente, mientras que la concesión es el otorgamiento de un derecho o poder que el particular no poseía con anterioridad. También suele ser necesario que quienes desempeñen los actos concretos en que se manifiestan los servicios sociales cuenten con *títulos habilitantes* (por ejemplo, de *médico*, o de *maestro*³⁶) que demuestren que se ha adquirido la capacidad técnica necesaria. Por último, suele haber medidas de *fiscalización* o *contralor* de carácter más intenso que en las actividades privadas en general. Para el caso de la enseñanza, el inc. 2° del art. 68 limita las razones por las cuales es legítima la injerencia del Estado, pues dispone que

105. "La ley reglamentará la intervención del estado al solo efecto de mantener la higiene, la moralidad, la seguridad y el orden públicos".

4. INJERENCIA DEL ESTADO EN LA ACTIVIDAD PRIVADA

A) Concepto

106. Según Sayagués³⁷, esta categoría está integrada por

"la injerencia estatal en el campo de la actividad individual, actividad generalmente de naturaleza industrial y comercial, cuando esa injerencia asume la forma de estatificación, o sea asunción por el ente público de algunas de dichas actividades, sea con monopolio o en competencia con los particulares".

107. Nos encontramos con ramas de actividad en las cuales además de la actuación de los particulares, en ejercicio de su libertad (art. 36), se registra también una actividad del Estado por

³⁵ Véase: Alberto Pérez Pérez, *Los Enies Autónomos de Enseñanza en la Constitución Nacional*, Departamento de Publicaciones de la Universidad de la República, Montevideo, 1991, págs. 185-189.

³⁶ El derecho de todo padre o tutor "a elegir, para la enseñanza de sus hijos o pupilos, los maestros o instituciones que desee" (art. 68) no implica que se pueda elegir a quien no se haya formado como maestro y tenga el correspondiente título habilitante, sino sólo que de entre quienes tienen tal título el padre o tutor puede elegir a quien desee. La exigencia de título habilitante es una limitación a la libertad de trabajo que puede establecerse (y de hecho se ha establecido) mediante una ley dictada por razones de interés general (arts. 7° y 36).

³⁷ "Los cometidos..." cit., pág. 363.

distintos tipos de razones. La decisión del Estado de intervenir en alguna de esas ramas puede deberse a que ella produce importantes recursos económicos; o puede ser (como ocurría con el Frigorífico Nacional, al que empero se solía considerar "persona pública no estatal") que se entienda conveniente la existencia de un "ente testigo" junto a las empresas privadas en una rama productora de artículos de primera necesidad, también controlados por el Consejo Nacional de Subsistencias y Contralor de Precios (hoy Dirección Nacional de Comercio y Abastecimiento). En otras oportunidades pueden haber mediado razones circunstanciales: por ejemplo, en los casos del transporte aéreo (PLUNA) y el suministro de gas (Compañía del Gas), la empresa privada funcionó mal, y el Estado debió tomarla a su cargo (en el caso de PLUNA previo pasaje por la forma de sociedad de economía mixta, y en el de la Compañía del Gas con carácter transitorio... que ya lleva 20 años). También de carácter transitorio ha sido la intervención del Estado en los llamados "bancos gestionados" (Bancos Comercial -ya reprivatizado en 1990-, Pan de Azúcar y La Caja Obrera).

B) Actividades comprendidas

108. Como señalaba Sayagués Laso¹⁸, en general integran esta categoría "actividades bancarias, comerciales o industriales a cargo de entes públicos", y en nuestro país, "además de la actividad bancaria y de seguros, las actividades comerciales e industriales más importantes se refieren a los combustibles líquidos, alcoholes, ciertas bebidas alcohólicas, productos esenciales, pesca, servicio de hoteles, etc.". Recientemente el Uruguay dejó de dedicarse comercialmente a la pesca, cuando, luego de más de ochenta años de actividad estatal en esa esfera, se suprimió ILPE (Industrias Loberas y Pesqueras del Estado), que a su vez había sucedido al Servicio Oceanográfico y de Pesca (SOYP)¹⁹. Mantiene una intensa actividad en las esferas bancaria (Banco Central del Uruguay, Banco de la República Oriental del Uruguay y Banco Hipotecario del Uruguay), de seguros (Banco de Seguros del Estado, de combustibles, alcoholes y cemento (Administración Nacional de Combustibles, Alcohol y Portland (ANCAP)).

C) Régimen jurídico

109. Como ya se indicó, se trata de una categoría de actividades comprendidas dentro de la libertad de trabajo o actividad lícita reconocida por el art. 36 de la Constitución. Consiguientemente, ninguna de esas actividades corresponden como tales al Estado -a diferencia de lo que ocurre con los cometidos esenciales, los servicios públicos y los servicios sociales-, y en ninguna de ellas (a menos que por ley nacional se establezca un monopolio) está excluida la actividad privada, sino que, por el contrario, la libertad de trabajo y empresa o libertad económica (art. 36) implica que todo particular puede, individual o asociadamente, dedicarse a esas actividades.

D) Situación de los particulares

1. Como destinatarios de la actividad

110. De lo expuesto se deduce que los seres humanos no están sometidos a ningún tipo de sujeción especial frente al Estado cuando éste se dedica a actividades comprendidas dentro del ámbito de libertad.

2. Como eventuales prestadores de la actividad

111. El principio general es que todo particular puede dedicarse a este tipo de actividades, que caben dentro de la regla general de la libertad de trabajo y empresa, o libertad económica (art. 36).

112. La excepción es el monopolio (jurídico), que difiere de la exclusividad en la prestación de los servicios públicos a que se hizo referencia cuando se mencionó la situación de los concesionarios. El establecimiento de un monopolio significa restringir la esfera de actividad económica de los particulares, que antes podían dedicarse a determinada actividad comprendida en el principio general de la libertad económica (p.ej., refinación de petróleo o destilación de alcohol), pero a partir de determinada ley (en el caso, la ley de 15.X.1931 que creó la ANCAP y le asignó el monopolio de esas actividades) dejan de estar habilitados para ejercer tal actividad.

113. Hasta la entrada en vigencia de la Constitución de 1934, el establecimiento de monopolios podía hacerse por vía legislativa como una de las limitaciones a los derechos fundamentales admitidas por el art. 130 de 1830 y 146 de 1918, parcialmente concordantes con el actual art. 7°.

¹⁸ Loc. cit., pág. 363.

¹⁹ La evolución legislativa en la materia fue la siguiente:

- L. 3.908, de 21-IX-1911 (crea el Instituto y Estación de Pesca).
- L. 10.653, de 21-IX-1945 (crea el Servicio Oceanográfico y de Pesca (SOYP)).
- DL. 14.484, de 18-XII-1975 (crea el Instituto Nacional de Pesca (INAPE), como organismo dependiente del entonces Ministerio de Agricultura y Pesca, a cargo de un Director General).
- DL. 14.499, de 5-III-1976 (transforma al SOYP en ILPE, servicio descentralizado) (el DL. 15.370, de 11-II-1983, suprimió ILPE, pero la L. 15.777, de 18-XI-1985, lo derogó y restableció la vigencia del DL. 14.199, con una modificación en su art. 52).
- L. 16.211, de 1°-X-1991, arts. 15-25 y 32, suprime ILPE, establece normas para la liquidación de su patrimonio y asigna diversos cometidos al Ministerio de Ganadería, Agricultura y Pesca, a través del INAPE. El art. 32 de la L. 16.211 fue dejado sin efecto por decisión popular en el referéndum de 13-XII-1992.

Algunas disposiciones legislativas habían establecido directamente los monopolios, y otras habían autorizado el establecimiento de ciertos monopolios en fecha posterior, supeditándolo al dictado de un acto administrativo (caso del Banco de Seguros del Estado en lo tocante a la cobertura de varios riesgos) o a la producción de cierto hecho (caso de ANCAP en lo tocante a la refinación de petróleo, cuyo monopolio se haría efectivo cuando el ente refinara más del 50% del petróleo que se consumiera en el país).

114. A partir de 1934, la competencia de establecer monopolios se enumera expresamente entre las atribuciones de la Asamblea General (inc. 17 del art. 85), y se somete a requisitos especiales en materia de mayorías. Se exige el voto de la mayoría absoluta del total de componentes de cada Cámara cuando el monopolio se instituya "en favor del Estado o de los Gobiernos Departamentales" (quedando comprendidos en esos casos los entes autónomos o servicios descentralizados, que integran el Estado en sentido amplio), y dos tercios del total de componentes de cada Cámara en los demás casos (es decir, cuando sea en favor de personas físicas particulares, o de personas jurídicas, tanto privadas como -si se admite la existencia de esta categoría- personas públicas no estatales).

115. Esa tendencia a la restricción en materia de establecimiento de monopolios se manifestó también en una ley de 1936, llamada "Ley Baltar" por el nombre del legislador que la proyectó. Dicha ley dispuso que quedaban derogadas todas las facultades para el establecimiento de monopolios por un acto administrativo. En consecuencia, resultó indudable que ya no podrían hacerse efectivos por acto administrativo los monopolios de seguros no establecidos directamente por la Ley de creación del Banco de Seguros.

116. En cambio, se planteó una discusión en relación con el monopolio de refinación del petróleo, porque algunos entendían que además de la condición de hecho de llegar a refinar más del 50% del petróleo consumido en el país, se requería un acto administrativo que comprobase que se había verificado la condición. En realidad, aunque se llegase a dictar un acto administrativo de ese contenido, no tendría más que efecto declarativo, lo que lo hacía diferente de los actos previstos por la Ley del Banco de Seguros. A mi juicio, pues, el monopolio de refinación del petróleo no había quedado derogado por la Ley Baltar.

117. Como se sabe, además, de hecho en el Uruguay nunca nadie más que ANCAP ha refinado petróleo, y hoy no se discute la existencia del monopolio. Sin embargo, la forma en que se llegó a ese resultado no fue sencilla. El resultado se produjo como consecuencia de los llamados "convenios petroleros", celebrados a partir de 1938 con las empresas importadoras de petróleo que operaban en el país (Shell, West India -luego denominada Esso Standard Oil, filial de la Standard Oil de Nueva Jersey, hoy conocida mundialmente como Exxon-, Texaco y Atlantic Barrère -luego absorbida por la Esso Uruguay). En virtud de esos convenios, renovados sucesivamente hasta 1962, y luego prorrogados tácitamente, las compañías particulares renunciaron a seguir importando productos refinados del petróleo, sino que traerían petróleo crudo para que ANCAP lo refinara, y a cambio de ello ANCAP les aseguraba el pleno abastecimiento de productos refinados, con un curioso régimen de fijación de precios. Cada compañía petrolera no fija ese precio, sino que la fijación de precios se hace por acto del Estado que determina el precio de venta al público de los distintos productos. Por otro lado se computan los distintos elementos del costo, entre ellos el costo del petróleo crudo, los sueldos y salarios y demás gastos (incluso publicidad) y utilidades de las compañías. La diferencia entre esos costos y el precio de venta constituían los "honorarios de refinación" percibidos por la ANCAP.

118. Por lo tanto, podía haberse discutido si, desde el punto de vista jurídico, se había verificado la condición estipulada en la ley de 1931, pues, si bien ANCAP refinaba más del 50% (incluso, el 100%) del petróleo que se consumía en el país, podría argüirse que ello era sólo en virtud de los convenios. En otras palabras: que ANCAP refinaba materialmente el 100% del petróleo, pero que como sólo el 50% era para su uso directo, y el otro 50% lo hacía por cuenta de las empresas privadas en virtud de los convenios, jurídicamente no había llegado a superar el 50% de refinación. Actualmente el punto tiene fundamentalmente interés histórico.

Sección 4: LAS FUNCIONES DEL ESTADO EN GENERAL

1. INTRODUCCIÓN

A) Conceptos básicos

119. Al analizar las funciones del Estado, continuamos dentro del tema de la actividad estatal, pero encarada desde otro punto de vista. Ya no se trata de saber el contenido, el qué, de esa actividad, sino de determinar el cómo, de averiguar cuáles son los instrumentos jurídicos que el Estado utiliza para el desarrollo de esas actividades. Como decía Carré de Malberg, son "las diversas actividades del Estado, en tanto que éstas constituyen manifestaciones diferentes, modos de ejercicio variados, de la potestad estatal" para la realización de sus cometidos o tareas, con los cuales es preciso no confundirlas. Según Carré,

"cualesquiera sean la extensión y la variedad de los cometidos (compétences) estatales, esta teoría responde a la cuestión de saber por medio de qué actos cumple el Estado los diversos cometidos que ha podido asignarse. Analizando jurídicamente estos actos, los distingue y los clasifica en grupos separados, cada uno de los cuales forma una rama de actividad, parte de potestad, o función, del Estado

Instrumentos jurídicos (¿cómo?) que el Estado utiliza para el desarrollo de sus actividades.
Actos a medio de los cuales cumple sus cometidos.

120. En este plano, se da la situación opuesta a la existente en lo tocante a los cometidos. Los cometidos son variables según el lugar y la época; las funciones jurídicas del Estado, en cambio, no tienen esa variedad. Cualquier Estado, en cualquier época, debe cumplir en mayor o menor grado una función legislativa, una función administrativa y una función jurisdiccional; y los elementos fundamentales del análisis jurídico se van a dar en todos esos casos de la misma manera. Como se verá, tal vez también encontremos otros tipos de funciones.

121. En estos momentos estamos analizando cómo actúa el Estado desde el punto de vista. En este plano, decir que algo es una ley hoy, es lo mismo que decirlo el siglo pasado; decir que lo es en el Uruguay es lo mismo que decirlo en Francia o en Tanzania. Algo análogo ocurre con la función administrativa o la jurisdiccional.

B) Criterios de clasificación

122. Las funciones del Estado son los instrumentos jurídicos de que se vale el Estado, en lo inmediato, para la realización de sus cometidos y, en lo mediato, para el logro de sus fines. El análisis de la realidad estatal nos muestra -como señaló con gran claridad Duguit, y con terminología diferente pero contenido análogo, también Kelsen- que esas funciones se cumplen mediante actos jurídicos y, en el extremo final de la actividad administrativa, mediante operaciones materiales de ejecución de esos actos jurídicos.

123. Por lo tanto, el punto de partida para la clasificación de las funciones del Estado se halla en la noción de acto jurídico, y los criterios de clasificación de las funciones de estatales habrán de extraerse de los criterios que sirvan para clasificar a los distintos actos jurídicos. Esos criterios, a su vez, habrán de referirse a los distintos elementos de los actos jurídicos.

124. Si partimos del concepto (también expresado muy claramente por Duguit, como desarrollaremos al analizar el criterio material) de que acto jurídico es una declaración o manifestación de voluntad emitida para producir efectos jurídicos, y tenemos en cuenta además que, por tratarse de actos jurídicos estatales eventualmente cabría agregar a ese concepto genérico de acto jurídico la diferencia específica de que la manifestación de voluntad ha de estar dirigida al cumplimiento de los fines del Estado, tenemos los cinco elementos básicos para la posible clasificación de las funciones jurídicas del Estado. Dos de ellos se refieren al elemento de la declaración de voluntad (quién la emite o cómo la emite); otros dos al elemento de la producción de efectos jurídicos (qué contenido o qué eficacia tienen esos efectos), y el quinto a la relación con los fines del Estado. Vista sinópticamente, la situación es la siguiente:

Elemento	Aspecto	Criterio resultante
I. Declaración de voluntad	a) Quién la emite	1. Orgánico o subjetivo
	b) Cómo la emite	2. Formal
II. Efectos jurídicos	a) Contenido	3. Material o sustancial
	b) Eficacia	4. Grado o rango normativo
III. Fines del Estado	Relación entre el acto y el cumplimiento de los fines	5. Teleológico

125. Desarrollando ahora ese cuadro sinóptico, tenemos como resultado los criterios siguientes, que la mayoría de los autores (ya sea en forma teórica o analizando el Derecho positivo) combinan de diversas maneras, pero a algunos de los cuales ciertos autores (que se indicarán) toman como exclusivos o como predominantes:

- En primer lugar es posible clasificar a las funciones estatales teniendo en cuenta quién emite la declaración de voluntad: es el criterio orgánico, subjetivo o institucional (a veces denominado, con menor precisión "formal"). La generalidad de los autores examina a este punto como uno de los diversos criterios de clasificación posible. Además, algunos autores (por ejemplo, Carré de Malberg y Marcel Waline) lo consideran el criterio decisivo (en combinación con el criterio formal en sentido estricto, como se analizará por separado).
- En segundo término, es posible tomar como criterio de clasificación el modo cómo se emite la declaración de voluntad, o cómo se dicta o produce el acto jurídico respectivo. Es el criterio formal, sostenido como decisivo (en combinación con el orgánico) por los autores citados en el apartado 1°).
- En tercer término, es posible tomar en cuenta el contenido de los efectos jurídicos producidos por el acto. Se trata del criterio material, sustancial u objetivo. Es el criterio seguido por la doctrina francesa iniciada por Duguit y seguida por autores como Gaston Jèze y Roger Bonnard. Este criterio toma en cuenta un elemento intrínseco del acto jurídico (relativo a su propia sustancia o contenido), mientras que los otros cuatro criterios

⊗ - Función:

- Ⓐ - Legislativa
- Ⓑ - Administrativa
- Ⓒ - Jurisdiccional
- Ⓓ - Otra

Funciones se cumplen mediante actos jurídicos.

Es una manifestación de voluntad emitida para producir efectos jurídicos
↓
dirigida al cumplimiento de los fines del Estado.

Criterio orgánico ¿quién lo emite?

Criterio formal ¿cómo?

Criterio material

Contenido, tom en cuenta un elemento intrínseco al acto jurídico.

otros 4 ~~#~~ Criterio material

se fundan en criterios extrínsecos (dependientes de elementos externos a los actos a través de los cuales se expresa la función).

- d) En cuarto término, se puede clasificar a los actos jurídicos estatales teniendo en cuenta la eficacia de los efectos jurídicos producidos por el acto jurídico. Aunque a veces se ha denominado "formal" a este criterio (por lo que tiene de extrínseco, lo cual es una característica común con varios otros criterios), es preferible llamarlo criterio del grado o rango normativo, o del valor y la fuerza de los distintos actos estatales. Es el criterio considerado fundamental por Hans Kelsen y los seguidores de la Escuela de Viena por él encabezada, como Adolf Merkel, quien ha estudiado en particular este aspecto denominado de la "formación del Derecho por grados". También Carré de Malberg, analizando el Derecho positivo francés de su época, llega a la conclusión de que cada tipo de actos jurídicos estatales (funciones), caracterizado por el criterio combinado orgánico-formal, tiene una fuerza o eficacia que le son propias. Como se verá, este criterio es utilizado en nuestro Derecho positivo para determinar el régimen de impugnación al que están sujetos los distintos actos.
- e) En quinto y último término, es posible clasificar a los actos jurídicos teniendo en cuenta el fin del Estado con vistas a cuyo logro se ha emitido la declaración de voluntad o se ha dictado el acto jurídico. Es el criterio teleológico, sostenido como predominante por Jellinek, G. Meyer y O. Mayer en Alemania, y -parcialmente- por Artur en Francia. Asimismo se utiliza a veces para tratar de fundamentar la existencia de funciones ajenas a la tripartición tradicional entre función legislativa, función administrativa y función jurisdiccional.

2. APLICACIÓN DE LOS DIVERSOS CRITERIOS

A) El criterio orgánico

126. Para aplicar el criterio orgánico, un primer enfoque "grueso" podría consistir en separar a los distintos actos jurídicos según cada uno de los órganos que los haya emitido, cosa que llevaría, por ejemplo, a considerar ejercicio de funciones diferentes a las sentencias de un juez penal de las de un juez civil, o a las de dos jueces de la misma materia pero de distinto turno. Evidentemente, es preciso afinar el criterio, y proceder a un cierto agrupamiento de los múltiples órganos del Estado según determinadas analogías existentes entre ellos, para terminar dividiéndolos en tres, cuatro o cinco categorías fundamentales.

127. Carré de Malberg procedía así, partiendo de la clasificación tripartita de poderes que era tradicional en Francia, con lo que llegaba a una clasificación también tripartita de las funciones en función legislativa, función administrativa y función jurisdiccional. Según él,

"desde el punto de vista jurídico, los actos del Estado deben ser definidos y distinguidos, no según consideraciones racionales referidas a su fin o a su naturaleza intrínseca, sino según los datos positivos relativos a su tenor externo y a sus efectos de derecho, tales como resultan fijados por las Constituciones. Y las Constituciones hacen depender la calificación y la eficacia jurídicas de los diversos actos estatales de una cuestión de forma y de órgano. Así, la decisión emitida en la forma legislativa por el órgano de la legislación lleva en la terminología constitucional el nombre invariable de ley, cualesquiera sean su contenido y su naturaleza interna. Y no es esa únicamente una cuestión de palabras, sino que la verdad es que todo acto en forma legislativa emanado del Cuerpo legislativo posee la fuerza efectiva de ley, así como, en sentido inverso, la decisión emanada de una autoridad administrativa o judicial no tendrá jamás la virtud legislativa; aun cuando, incluso, el contenido de esta decisión fuera, por su naturaleza, idéntico al contenido de las leyes, no valdría jurídicamente sino como decisión administrativa o de justicia. En una palabra, desde el punto de vista jurídico, los actos del Estado constituyen actos de legislación, de administración o de justicia, según tengan por autores a los órganos legislativos, administrativos o judiciales. Cualquier otra clasificación estaría desprovista de exactitud jurídica, pues se encontraría en oposición con el sistema positivo del derecho constitucional."

128. Para él, entonces, no tendría trascendencia alguna el criterio material empleado por Duguit; aunque a un acto no emanado del Poder Legislativo se le llame "acto-regla" o "ley en sentido material, ello no tendría consecuencia jurídica alguna. Lo que le importaba era saber si el acto emanaba del Parlamento o no. En caso afirmativo, sería una ley, y no cabría contra ella recurso alguno. Si emana de un órgano judicial, será un acto jurisdiccional, sometido al sistema de recursos previsto en las leyes procesales. Y si es un acto administrativo, sea de alcance general o particular, va a estar sometido al control de legalidad a cargo del Consejo de Estado.

129. Si procediéramos de esa forma en el Uruguay, ¿llegaríamos a las mismas conclusiones? Dado el notorio apego de Carré de Malberg a "los datos suministrados por el Derecho positivo francés" (como dice el título de su obra), es casi seguro que no.

- a) En primer lugar, en cuanto a la cantidad de sistemas o categorías de órganos, por lo menos desde 1934 el Derecho Constitucional uruguayo no se limita a los tres poderes tradicionales. Junto a ellos hay tres órganos o sistemas de órganos (el Tribunal de Cuentas, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo y los eventuales órganos inferiores de la jurisdicción contencioso administrativa, y la Justicia Electoral encabezada por la

No tiene trascendencia
el criterio material
de Duguit.

En constituciones
hacen depender
la clasificación de los
actos de una cuestión
de forma y de órgano

Corte Electoral) que tienen una estructura institucional análoga a las de los tres poderes (aunque no reúnen sus nombres). También es necesario consultar por separado a los actos del Cuerpo Electoral. Y no puede pasarse por alto la existencia de autonomía y descentralización de rango constitucional (Gobiernos Departamentales, Entes Autónomos y Servicios Descentralizados).

- b) En segundo lugar, en cuanto a las consecuencias para el control, algunos aspectos son análogos a los que señalaba Carrón Frenco y otros (¿quién no? ¿quién sí, pero sí en los hechos?). Si estamos frente a un acto emanado del Poder Legislativo con arreglo al procedimiento de formación de las leyes, habrá control de constitucionalidad a cargo de la Suprema Corte de Justicia, sin que importe si se trata de una ley en sentido material (acto-regla) o no. Si estamos frente a un acto emanado del Cuerpo Electoral, en lo respectivo a los aspectos propiamente electorales⁴¹, va a pasar algo análogo, pues esos actos estarán sujetos al control de la Corte Electoral. Pero cuando estamos a considerar los actos administrativos y los jurisdiccionales, el criterio orgánico no es suficiente.

130. El Tribunal de la Contencioso-Administrativa (por lo menos desde que así se llamó en 1967 al incluir expresamente dentro de su competencia a los "actos emanados de los demás órganos del Estado") es competente para controlar la legitimidad de todos los actos administrativos emanados de cualquier órgano estatal en consecuencia. La definición de "acto administrativo" no puede ser orgánica. Incluyen los actos administrativos del Poder Legislativo (por ejemplo, el nombramiento, la destitución, el ascenso, la suspensión de un funcionario de una de las Cámaras es un acto administrativo sujeto al control de legalidad del Tribunal de la Contencioso-Administrativa. Otro tanto ocurre con los actos análogos emanados del Poder Judicial (y obviamente del Poder Ejecutivo, los Entes Autónomos y los Servicios Descentralizados), así como de los emanados del Tribunal de Cuentas, de la Corte Electoral⁴² y del propio Tribunal de la Contencioso-Administrativa.

131. Por otra parte, como vamos a ver al analizar el criterio material éste tiene trascendencia en nuestro Derecho positivo (y creemos que también en el francés) para analizar la legitimidad o legalidad en sentido amplio de los actos administrativos, pues los actos de aplicación de actos administrativos que provee el art. 145 no. 1° de la Constitución comprenden a los actos "suavizados a una regla de derecho o dictados con] derogación de poder". Quiere decir que los actos administrativos individuales o particulares deben ajustarse a lo que dispongan no sólo la Constitución y las leyes, sino también los actos administrativos de carácter general, aun cuando haya emanado del mismo órgano (el "principio de legalidad" de que hablaba Duguit). No se requiere, pues, que haya una diferencia de grado normativo entre la "regla de derecho" invocada y el acto administrativo que la viola para que funcione el control de regularidad jurídica a cargo del Tribunal de la Contencioso-Administrativa. La administración está debajo de la ley y debe cumplir lo que en ésta se establece, pero también funciona el principio de legalidad en relación con una norma general del mismo grado dentro de la administración. Los actos generales sirven de guía para los actos individuales, y éstos deben ajustarse a los actos-regla o actos generales preexistentes. Entonces hay otro aspecto donde la diferenciación puramente orgánica no nos basta.

B) El criterio formal

132. La aplicación pura del criterio formal llevaría a clasificar a los funciones jurídicas del Estado teniendo exclusivamente en cuenta las formas o formalidades en la medida que se refiera a formalidades propias comprendidas en los procedimientos a través de las cuales se emiten las respectivas declaraciones de voluntad.

133. Puede aplicarse con relativa claridad a la función legislativa en general, y a la función constituyente cuando existe una Constitución rígida. Es "en" o "acto legislativo" el que ha sido elaborado siguiendo los procedimientos fijados por la Constitución para la formación de las leyes (en nuestro país, el procedimiento establecido en la Sección VII de la Constitución, denominada "De la proposición, discusión, sanción y promulgación de las leyes"). Es "acto constituyente" el que ha sido elaborado siguiendo los procedimientos fijados por una Constitución rígida para su propia reforma o revisión (en nuestro país, uno de los procedimientos establecidos en el art. 131).

134. El análisis de esos procedimientos y formalidades revela que una parte esencial de ellos suele ser la intervención de uno o más órganos especializados en esas normas, y no de otros, de modo que la mayoría de las veces no es posible separar totalmente al contenido formal del orgánico. Por ejemplo, cuando el Poder Legislativo legítimo, establecido en sus funciones luego de las elecciones de 1984 que permitieron (pese a sus limitaciones) concluir con la dictadura o, como el caso de gobierno de hecho iniciado por el golpe de Estado de 27 de junio de 1973, cuando la Ley N° 17.134 promulgada el 1 de marzo de 1984 declaró expresamente en la exposición de motivos que los pretendidos actos legislativos del llamado "Congreso de Estado" designados por la firmatura

⁴¹ Decimos que así se refiere sólo a los aspectos propiamente electorales, porque si se trata por ejemplo de la sanción de una ley de iniciativa popular, el modo de sancionar aplicable será el de constitucionalidad de las leyes ante la Suprema Corte de Justicia.

⁴² En el caso de la Corte Electoral se discute la situación de los actos formalmente administrativos que tiene para el cumplimiento de sus funciones específicas de organización y control de las elecciones. Por una parte, el literal B) del párrafo 2° del art. 2° de la Ley N° 18.011, de 19.11.1980, los incluyó (a nuestro país, no constitucionalmente) del ámbito de la acción de amparo a los actos de la Corte Electoral, cualquiera sea su naturaleza.

"son radicalmente nulos, por emanar de un órgano inexistente para la Constitución de la República, y por haber sido dictados sin seguir procedimientos que ésta prescribe para la sanción de las leyes, en cuyo mérito están afectados de un vicio de incompetencia absoluta, así como del señalado vicio de forma".

135. Hay algunos casos en que la distinción puede ser puramente formal. Así ocurre en las Constituciones rígidas que confían su reforma (en general, o sólo cuando la revisión tiene cierto alcance) a los mismos órganos que integran el Poder Legislativo, pero actuando con determinadas formalidades especiales (mayorías distintas de las ordinarias, reunión de ambas Cámaras, sesión en lugares diferentes de los ordinarios -Versalles en lugar de París en la III República Francesa).

136. En cambio, suele ser imposible distinguir a las funciones administrativa y jurisdiccional desde el punto de vista formal.

a) En cuanto al acto jurisdiccional, tanto las normas constitucionales (en términos muy generales) como los Códigos del Proceso Penal y General del Proceso establecen una serie de exigencias y normas de procedimiento para distintos tipos de procesos, pero resulta bastante difícil hallar los elementos formales que caractericen en general a los actos jurisdiccionales. Por otra parte, casi sin excepciones se entiende que hay algunos actos jurisdiccionales que se dictan sin que exista conflicto o contienda entre partes y sin que exista proceso, como ocurre por ejemplo con los actos de proclamación de la Corte Electoral.

b) Si pasamos al acto administrativo, la cosa resulta todavía mucho más difícil. Muchos actos administrativos no tienen ninguna forma preestablecida; otros sólo tienen determinados algunos requisitos formales previos, como los surgidos de normas constitucionales tales como las que en el art. 66 establecen el derecho de defensa del funcionario ante la Administración⁴², o del estatuto del funcionario que establece determinados procedimientos en materia disciplinaria; pero no hay un criterio que permita unificar desde el punto de vista formal a los distintos actos administrativos. Por vía reglamentaria se han introducido, en diversos decretos del Poder Ejecutivo aplicables directamente a la Administración Central, y que exhortan a las administraciones autónomas a aplicar normas análogas, en los que se establecen requisitos de carácter general. El más reciente de esos decretos es el N° 500/991, de 27 de setiembre de 1991.

→ No hay
procedimientos
uniformes en
los actos
administrativos

137. En consecuencia, el criterio formal no bastaría para distinguir a los actos administrativos. La clasificación que podría hacerse desde el punto de vista formal es, en todo caso, entre actos típicos y actos atípicos, es decir, por un lado, actos que están sometidos a un procedimiento regular fijado como tipo preestablecido en normas anteriores, y, por otro, actos que no tienen una forma o procedimiento predeterminado y entonces pueden quedar librados a la discrecionalidad del órgano que los dicta. Ello tendrá consecuencias desde el punto de vista jurídico que deberán determinarse según la categoría de acto de que se trate en cada caso concreto.

138. Dentro de una misma administración pueden existir actos típicos y atípicos. Por ejemplo, la Ley Orgánica de la Universidad de la República, N° 12.549, de 16.X.1958, atribuye al Consejo Directivo Central la competencia de dictar reglamentos, a los que denomina ordenanzas, sin establecer en general un procedimiento específico. Pero para determinadas ordenanzas, las que contienen el Estatuto del Funcionario de la Universidad, el art. 48 de la Ley Orgánica establece una serie de requisitos formales específicos: "sólo podrán ser reformados mediante sustitución, adición o supresión expresas" (quiere decir que no cabe la derogación tácita) y deben publicarse en el Diario Oficial, ya que "cada reforma entrará en vigencia después de su publicación en el Diario Oficial".

139. Cabe aclarar que la Universidad de la República ha establecido para todos los reglamentos que emite la formalidad de publicación en el Diario Oficial, pero se trata de algo establecido por una ordenanza de la propia Universidad, sin que tuviera la obligación de hacerlo por norma legal. Por lo menos antes de la existencia de la Administración Nacional de Educación Pública (ANEP), algunos de los otros entes de enseñanza dictaban reglamentos y no los publicaban en el Diario Oficial, lo que hacía imposible llegar a conocerlos.

C) Criterio material, sustancial u objetivo

140. El principal promotor de este criterio fue León Duguit⁴³, iniciador de la llamada escuela de Burdeos, caracterizada en otros aspectos por un realismo sociológico en el estudio del Derecho. En este aspecto, empero, lo que destaca a las opiniones de Duguit y sus continuadores (acepten o no sus bases de realismo sociológico) es un finísimo análisis jurídico, perceptible por ejemplo en el más famoso de los administrativistas franceses de la primera mitad de este siglo, Gaston Jèze, y otro célebre administrativista como Roger Bonnard.

⁴² El art. 66 dispone: "Ninguna investigación parlamentaria o administrativa sobre irregularidades, omisiones o delitos, se considerará concluida mientras el funcionario inculcado no pueda presentar sus descargos y articular su defensa." En virtud del art. 72 de la Constitución, se entiende que esta garantía de los funcionarios se extiende a todos los administrados en general que sean objeto de una investigación por parte de un órgano estatal, incluso cuando no sea estrictamente "parlamentaria o administrativa".

⁴³ Aunque el criterio material está expresado en diversas obras, tomamos las citas de lo que constituye la expresión más acabada de ellas, o sea la última edición de los tomos correspondientes de su tratado: *Traité de droit constitutionnel*, tomo I, 3ª ed., París, 1927, págs. 325-331 (actos jurídicos); tomo II, 2ª ed., París, 1923, págs. 132-139 (funciones jurídicas del

1. La clasificación material de los actos jurídicos

141. Duguit parte de la base de que todo acto jurídico (tanto de Derecho Público como de Derecho Privado) es un acto de voluntad, aunque no todo acto de voluntad sea un acto jurídico; y asimismo de que todo acto jurídico produce efectos jurídicos, aun cuando haya también efectos jurídicos que se producen sin que haya un acto de voluntad. Por lo tanto, la definición de acto jurídico se encuentra en la intersección de esos dos conjuntos (acto de voluntad y producción de efectos jurídicos), y su formulación más simple es la siguiente:

"es acto jurídico todo acto de voluntad que ocurra con la intención de que se produzca una modificación en el ordenamiento jurídico tal como existe en el momento en que se produce o tal como existirá en un momento futuro dado".

142. Resalta allí el papel de la intención, que lo diferencia, por ejemplo, del delito penal o civil, el cual, aunque sea un acto voluntario que produce efectos jurídicos, "no ha sido cumplido con la intención de que se produzca un efecto jurídico"⁴⁴. Además de analizar la intención, Duguit estudiaba los distintos aspectos de la manifestación (o declaración) de voluntad; pero su clasificación de los actos jurídicos, y la consiguiente clasificación de las funciones jurídicas del Estado, se funda esencialmente en la diferenciación de los distintos efectos jurídicos (o "efectos de derecho", como decía él) que produce esa manifestación de voluntad.

143. Define a los "efectos de derecho" como las "modificaciones que se producen en el ordenamiento jurídico", que está integrado por "las reglas que se imponen a los hombres del grupo social considerado y las situaciones jurídicas a ellas vinculadas". Partiendo de esa base, Duguit clasifica a los efectos de derecho de acuerdo con una doble distinción: por un lado, entre efectos generales y efectos individuales; por otro, entre efectos objetivos y efectos subjetivos. Partiendo de esa base, distingue tres categorías de actos: actos-regla, actos-condición y actos subjetivos. Los primeros son generales y objetivos; los segundos individuales y objetivos, y los terceros individuales y subjetivos. Los analizaremos en el orden indicado.

→ a) Actos-regla → generales y objetivos

144. Como dice Duguit, el primer tipo de modificaciones en el orden jurídico se produce

"todas las veces que se forme una regla nueva, y todas las veces que se suprima o modifique una regla existente, en una palabra, todas las veces que haya una modificación en más o en menos al derecho objetivo. Desde ya, se ve aparecer una primera categoría de actos jurídicos, los que son hechos con la intención de que se produzca una modificación en las reglas de derecho. Estos son los actos que llamamos actos-regla. Tienen exclusivamente el carácter objetivo porque a consecuencia de ellos se produce únicamente una modificación en el dominio del derecho objetivo, sin que se afecte en nada la situación de uno o de varios individuos determinados."

Son ejemplos de esta categoría no sólo las leyes, sino, también en derecho Público, "los reglamentos, las cláusulas reglamentarias de un acto de concesión", pero también en Derecho Privado "los estatutos de una asociación o de una sociedad, las cláusulas de una convención colectiva de trabajo".

145. Refiriéndose a estos actos de carácter general y abstracto, no referidos a personas determinadas, decía en clase el Profesor Jiménez de Aréchaga, con un ejemplo muy gráfico, que se podrían llamar "actos-pipa" porque, como las pipas, pueden "fumarse" una cantidad indeterminada de veces sin agotarse. En cambio los actos individuales (actos-condición y actos subjetivos) serían "actos-cigarrillo", que sólo se "fuman" una vez y se tiran porque han quedado agotados.

→ b) Los actos individuales: actos-condición y actos subjetivos

146. Los actos individuales, a su vez, se dividen en dos subgrupos según sean objetivos o subjetivos.

→ i. Actos-condición

147. Este tipo de actos surge a consecuencia de que hay algunas "reglas del derecho objetivo", y por lo tanto generales y abstractas, que sin embargo

"no se aplican indiscriminadamente a todos los miembros del grupo social, sino solamente aquéllos que se encuentren en ciertas condiciones, a aquéllos que serán determinados por un acto hecho conforme a la regla misma". Todo acto que determina a un individuo, de tal manera que una norma jurídica que no le era anteriormente aplicable se torna aplicable a él,

Estado).

⁴⁴ Debe señalarse que otros autores, sobre todo de Derecho Privado, reúnen bajo la denominación de "actos jurídicos" tanto a los que Duguit llama tales (a los que estos autores consi-deran una especie del género "actos jurídicos", con la denominación de "negocios jurídicos") como a los actos humanos voluntarios que producen efectos jurídicos independientemente de la voluntad de su autor o contra ella (a los que denominan generalmente "simples actos jurídicos"). La perspectiva más amplia que abarca al Derecho Público, incluso el Procesal, hace aconsejable mantener el criterio de Duguit, pues no parece adecuado denominar "negocio jurídico" a una sentencia, un acto administrativo o una Ley. No obstante, la utilización del concepto estricto de actos jurídicos (en el sentido de Duguit) lleva, a su vez, a hacer una subdistinción dentro del género de los demás hechos productores de efectos jurídicos, pues en algunos de éstos actúa la voluntad humana (por ejemplo, delitos) y en otros no (por ejemplo, el paso del tiempo en la prescripción adquisitiva o extintiva).

Efectos jurídicos =
modificaciones q
se producen en el
ordenamiento jurídico.

↓
- Efectos gen. + Efectos ind.
- Efectos objetivos + Efectos subjetivos

↓
- Actos regla - Actos condición - Actos subjetivos

Actos individuales

Hay un reph gral (Auto-reph) → la cul no se aplica al individuo determinado, se le conviene a
aplicar ④ -

614

todo acto a consecuencia del cual nace para un individuo un estatuto que no tenía anteriormente, entran en una categoría nueva de actos jurídicos. A consecuencia de ellos, se introduce una modificación al ordenamiento jurídico existente, puesto que una regla de derecho objetivo se aplicará de ahora en adelante a un individuo al cual no se aplicaba, o, inversamente, puesto que aparece un estatuto individual que no existía anteriormente. El acto es objetivo, en el sentido de que no tiene otro resultado sino el de condicionar la aplicación de ciertas disposiciones del derecho objetivo. Pero tiene algo de subjetivo, puesto que condiciona la aplicación a un sujeto determinado de la norma considerada. Doy a estos actos un nombre que por otra parte ya ha pasado a la terminología corriente de los publicistas, los llamo actos-condición." (Subrayado agregado.)

→ del objetivo x q)
condiciona la aplicación de ciertas disposiciones del derecho objetivo

148. Aunque Duguit no lo destaca aquí, es preciso agregar que también son actos-condición los que hacen cesar la aplicación de ciertas disposiciones del derecho objetivo a una persona o sacan a ésta de una situación estatutaria determinada. Por ello, sería tanto un acto-condición de Derecho Público la designación como la destitución de un funcionario público; tanto la naturalización como la pérdida de la ciudadanía legal (art. 81 inc. 2°). En el Derecho Privado, son actos-condición el reconocimiento de hijo natural, la legitimación o el matrimonio. Sayagüés especifica que entran en esta categoría los actos que eliminan un obstáculo jurídico para el ejercicio de un poder o un derecho preexistente (actos de autorización).

→ Tamb → hacen cesar la aplicación de ciertas disposiciones de derecho objetivo

149. Quiere decir que el acto-condición es individual y concreto, porque no se refiere a todo el mundo o a todas las personas comprendidas en una definición general y abstracta, sino a un individuo concretamente determinado. Por ejemplo, es el acto por el cual se designa al ciudadano NN para un cargo de enfermero en el Hospital Maciel. Ese acto es individual, pero objetivo, porque no es preciso (ni posible) determinar de manera particular cuáles son las obligaciones y los derechos de ese ciudadano: serán las obligaciones y derechos de todos los funcionarios en general y de los funcionarios del Ministerio de Salud Pública y los enfermeros en particular. No es necesario especificar los cometidos, el sueldo, el horario, etc. Todo eso está estipulado en normas objetivas preexistentes.

↓
Ej: Designación como la destitución de un funcionario público

150. Podríamos visualizar, entonces, al acto-condición como el simple abrir o cerrar una puerta para que alguien entre en un determinado régimen estatutario de Derecho objetivo preexistente, que no se puede modificar por la voluntad de las partes; o para que salga de dicho régimen. Es como el accionamiento del conmutador o la perilla que enciende o apaga una luz eléctrica, que va a tener el mismo voltaje en todos los casos.

ii. Acto subjetivo

151. La situación varía en el caso del acto subjetivo, que además de ser individual es —como su nombre lo indica— subjetivo, específico para el caso concreto de que se trata. En este tipo de casos, dice Duguit,

"se produce un acto a consecuencia del cual aparece a cargo de un sujeto una obligación especial, concreta, individual, momentánea, que no estaba creada por el derecho objetivo, que no existiría a cargo de este individuo por la aplicación de una regla cualquiera del derecho objetivo. Esta situación es 45 una situación jurídica subjetiva."

"El acto que entonces se hace es puramente subjetivo. Habrá lugar a averiguar más adelante si no es él también sino la condición de la aplicación de una ley a un individuo determinado o si es la causa eficiente de la situación jurídica nueva. Basta con decir por el momento que, cuando está hecho, nace a cargo de un individuo una obligación especial que tal vez no encuentre su fuente en el derecho objetivo y cuya extensión incontestablemente no está determinada por él. Llamamos a estos actos, muy naturalmente, actos subjetivos [subrayado agregado]."

152. Para Duguit, "el tipo por excelencia del acto subjetivo es el contrato propiamente dicho". Siguiendo con nuestro ejemplo del enfermero, si en lugar de tratarse de la designación de un enfermero para el Hospital Maciel se trata de la contratación de un enfermero para cuidar a una determinada persona que desea que trabaje en su casa en un horario determinado, para realizar determinadas tareas, a cambio del pago de determinada suma de dinero, todo eso debe determinarse en el acto de celebración del contrato de arrendamiento de servicios (eventualmente contrato de trabajo) entre el enfermero que prestará los servicios y la persona que le abonará la suma de dinero.

153. Es cierto que en el Derecho contemporáneo hay muchos tipos de contratos (por ejemplo el contrato de trabajo, el de arrendamiento de inmuebles, etc.) respecto de los cuales se ha estipulado leyes legislativas (y aún constitucionalmente o por normas internacionales) que deben respetarse determinadas condiciones, o que no se pueden incluir ciertas cláusulas, o que deben incluirse otras, o que, sea cual sea el tenor del contrato, debe entenderse que contiene tales o cuales cláusulas. En esos casos hay una desaparición cada vez mayor de la subjetividad y se produce un acercamiento con el acto-condición. Pero en teoría y en la práctica en general es posible distinguir entre las dos categorías.

Sayagüés: entran en la categoría, los actos q eliminan un obstáculo jurídico para el ejercicio de un poder o derecho preexistente.
(Actos de autorización)

45 En la terminología de Duguit. Dentro del Plan de estudio de la Facultad de Derecho, la expresión se emplea en un sentido más amplio, cuando se hace referencia a "Defensa de las situaciones jurídicas subjetivas" en el programa de Derecho Público III.

154. En los actos-condición, como es obvio, no se pueden "discutir" las condiciones entre las partes. Quienes contraen matrimonio no pueden "pactar", subjetivamente que no se deberán fidelidad mutua y auxilios recíprocos, o que no estarán obligados a cuidar de los hijos que nazcan de ese matrimonio.

2. Aplicación a la clasificación de las funciones jurídicas

155. Con el criterio de Duguit es fácil distinguir a la función legislativa, por un lado, de la administrativa y la jurisdiccional, por otro. En cambio el criterio distintivo de la función jurisdiccional no surge con claridad.

a) La función legislativa

156. Con este criterio se distingue con relativa facilidad a la función legislativa, que consiste en la emisión de actos-regla, generales y abstractos, objetivos, impersonales, de la función administrativa, que consiste en la emisión de actos individuales, sean ellos objetivos (actos-condición) o subjetivos (actos subjetivos). En las palabras de Duguit,

"El Estado ejerce la función legislativa, cualquiera sea el órgano que interviene, todas las veces que hace un acto-regla, todas las veces que formula una disposición normativa o constructiva, que modifica en un punto cualquiera y de una manera cualquiera al derecho objetivo, tal como existe en el momento en que se produce."

"El Estado ejerce la función administrativa todas las veces que cumple un acto-condición o un acto subjetivo o cuando sus agentes proceden, para asegurar el funcionamiento de un servicio público, al cumplimiento de actos puramente materiales."

157. Pero surge para él el problema de caracterizar al acto jurisdiccional, y asimismo se plantean otros dos problemas en este plano: por un lado, la comprobación de que en Derecho positivo (tanto el francés como el uruguayo, como el de numerosos países, y quizás el de todos ellos) se denomina "Ley" a actos que no son actos-regla, y "acto administrativo" a actos que sí tienen esa nota de generalidad y abstracción; por otro, la posible existencia de otras categorías de actos desde el punto de vista de su contenido, y en particular los llamados actos constituyentes. Estos dos últimos puntos se encararán más adelante; por el momento se hará un primer análisis del tema de la función jurisdiccional.

b) La función jurisdiccional

158. Duguit —que insiste especialmente, y con razón, en que hay que hablar de función jurisdiccional y no judicial— introduce a esta altura un elemento que ya es ajeno al contenido de los efectos jurídicos del acto. Dice, en efecto, que

"por la función jurisdiccional, el Estado resuelve una cuestión de derecho que le es planteada. Para ello, declara si ha habido o no violación de una regla de derecho, nacimiento o no de una situación jurídica objetiva o subjetiva, afectación o no de una situación de derecho objetivo o de derecho subjetivo. Toma una decisión que es la consecuencia lógica de la solución dada a la cuestión de derecho y que está destinada a asegurar su realización."

159. Entonces, lo que ocurre es que el acto de voluntad, el acto jurídico en sí, en los casos de función jurisdiccional, no es algo que aparezca aislado, que surja porque sí de la mente de quien lo va a emitir, sino que está ligado a algo preexistente. Se trata de un proceso de comprobación de cuál es una determinada situación de hecho y cuál es el estado o la situación del Derecho preexistente respecto de esa situación; si ha habido o no una violación del Derecho objetivo o una lesión a una situación jurídica objetiva o subjetiva. Y después que se ha hecho esa comprobación, esa verificación, el juez tiene que dictar un acto jurídico determinado (acto-condición o acto subjetivo) que es la consecuencia necesaria de la comprobación o verificación que ha realizado.

160. Con este criterio, Duguit excluye la posibilidad de que haya un acto jurisdiccional de alcance general, porque ubica esta subdistinción al nivel de los actos individuales (actos condición o actos subjetivos). ¿Cómo calificaríamos, entonces, a la sentencia dictada por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo cuando anula un acto administrativo "en interés de la regla de derecho o de la buena administración", pues la Constitución dice (art. 311 inc. 2º) que dicha sentencia "producirá efectos generales y absolutos"? ¿Cómo calificaríamos a la sentencia declarativa de inconstitucionalidad dictada por el Tribunal Constitucional italiano, que se publica en el Diario Oficial y equivale a la derogación de la ley? No podría decirse que no es acto jurisdiccional porque no se trata de un acto-condición o de un acto subjetivo, sino de un acto-regla. Lo que ocurre es que los dos criterios propuestos por Duguit no se ubican en una línea vertical a dos niveles distintos, sino que son dos criterios que se entrecruzan, uno en sentido "vertical" y otro en sentido "horizontal":

- a) Por un lado, dividiendo verticalmente en dos campos los actos jurídicos estatales, tendríamos a la clasificación en actos jurisdiccionales y actos no jurisdiccionales.
- b) Por otro, entrecruzándose con esa clasificación, cabría la subdivisión en actos-regla y actos de alcance individual.

161. El resultado sería aproximadamente el siguiente:

	Actos no jurisdiccionales	Actos jurisdiccionales
Actos-regla	Actos legislativos	Sentencias con efectos generales y absolutos
Actos-condición	Actos administrativos	Sentencias con efectos en el caso concreto
Actos subjetivos		

D) Criterio de la eficacia o del grado o rango normativo (o del valor y la fuerza de los actos)

162. Kelsen y la Escuela de Viena en general son típicos representantes de este criterio, que toma en cuenta la eficacia particular de los efectos de los actos jurídicos en que se manifiesta cada función, de la que deriva su específica ubicación en la escala normativa.

163. Aparentemente, con este criterio Kelsen debería llegar a la conclusión de que la cantidad de funciones jurídicas del Estado es igual al número de escalones que contenga la escala normativa de un ordenamiento jurídico o Estado determinado. No tiene la misma cantidad de grados el orden jurídico del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte (donde la Constitución es flexible) que el del Uruguay, o de Francia, o de la Argentina, o de Italia (países que tienen Constitución rígida). Donde no hay Constitución en sentido formal (rígida) no se puede distinguir según este criterio entre la función constituyente y la función legislativa, sino sólo a esta última de las funciones que están debajo de ella.

164. Precisamente, hablando en términos generales, Kelsen distingue fundamentalmente entre "legislación" y "ejecución". Kelsen divide su *Teoría General del Estado*⁴⁴ en tres Libros, respectivamente dedicados a la esencia del Estado; la validez del orden estatal (Estática) y la creación del orden estatal (Dinámica), y en el capítulo primero de este tercer libro estudia la "teoría de los poderes o funciones del Estado" bajo el título de "las etapas de la creación". Luego de criticar a las teorías tradicionales que distinguen desde el punto de vista material o del contenido entre las leyes abstractas y generales como "creación" del derecho y las decisiones jurisdiccionales concretas e individuales como "aplicación" o "declaración" de un derecho preexistente, Kelsen dice que esa terminología tradicional

"no sirve sino para oscurecer el verdadero significado de la función jurisdiccional y de la misión del juez; y de seguro que andan de por medio intenciones políticas más o menos ocultas, pues la sentencia judicial crea por completo una nueva relación: determina que existe un hecho concreto, señala la consecuencia jurídica que debe enlazarse a él, y verifica en concreto dicho enlace. [...] Sin la sentencia, el Derecho abstracto carecería siempre de forma o estructura concreta. Por esto, la sentencia que declara ser dado el hecho legal en el caso concreto y falla que debe aplicarse la consecuencia jurídica concreta, no es otra cosa que una norma jurídica individual, la individualización o concreción de las normas generales o abstractas."

165. Tanto la ley como la sentencia constituyen "creación" del Derecho, aunque en "etapas diferentes". Esa diferencia radica en que

"el acto de jurisdicción es creación, producción o posición de Derecho como el acto legislativo, y uno y otro no son sino dos etapas diferentes del proceso de creación jurídica. La unidad de los mismos se basa en la necesaria subordinación de la etapa inferior a la superior, por cuanto que la norma de orden más elevado -es decir, la norma general, abstracta- determina más o menos el contenido de la norma de grado inferior -esto es, de la norma individual, concreta-. Todo el proceso de creación jurídica constituye una sucesión continuada de actos de concreción e individualización crecientes del Derecho. Este no existe únicamente en la forma de ley, en la etapa de las normas generales, como se piensa de ordinario. La "ley" no es ni el grado único ni siquiera el grado supremo del orden jurídico, como ha demostrado con vigor extraordinario una reciente teoría, la cual, además, ha prestado a la ciencia del derecho el valioso servicio de mostrar la estructura graduada, jerárquica, del orden jurídico (Merkel). La legislación es aplicación del Derecho lo mismo que la jurisdicción es creación jurídica a pesar de que la doctrina tradicional contraponía ambos conceptos como creación y aplicación, respectivamente. La sentencia judicial es aplicación del Derecho si se la considera en relación con el grado normativo superior de la ley, por la cual es la sentencia jurídicamente determinada. Pero es creación de Derecho si se la considera en relación con aquellos actos jurídicos que han de realizarse "sobre la base" de la misma -por ejemplo, los actos de ejecución-, o en relación con las partes cuyos deberes concretos son estatuidos por la sentencia. Del mismo modo, la ley, que es creación de Derecho por relación a la sentencia, es aplicación del mismo por relación a una fase normativa superior, por la cual son las leyes jurídicamente determinadas."

⁴⁴ *Teoría General del Estado*, 1ª ed. alemana 1925; trad. española Labor, Barcelona-Madrid-Buenos Aires, 1934, págs. 301-307.

616

"La legislación establece una norma jurídica abstracta que regula una pluralidad de casos o un hecho individual. La jurisdicción fija en los casos individuales el derecho incierto o cuestionable o las situaciones e intereses jurídicos. La administración resuelve problemas concretos de acuerdo con las normas jurídicas o dentro de los límites de ésta, valiéndose de medios que ante una investigación honda aparecen como un sistema complejo."

174. De la propia exposición de la tesis de Jellinek surge la crítica fundamental que puede y debe formularse. Si la premisa es que las funciones se clasifican de acuerdo con su relación con los fines del Estado, pero luego ocurre que no hay una verdadera correspondencia entre los tres fines y las tres funciones (pues un mismo fin se cumple mediante dos funciones, y una sola función sirve para cumplir dos fines), la clasificación de éstas no se ha hecho en realidad con el criterio enunciado en forma general, sino con otro criterio que permanece oculto o que se formula como meramente subsidiario. Por otra parte, como señala Carré de Malberg, tampoco es exacta la distinción, porque, por ejemplo, puede haber leyes que tengan "como objeto inmediato organizar la potestad de conservación del Estado o acrecentar la prosperidad de la nación", y si aplicáramos coherentemente el criterio teleológico de Jellinek habría que considerar que son actos administrativos.

175. Sin embargo, debe señalarse que en el Derecho positivo uruguayo hay (al menos en ciertas interpretaciones) un ámbito determinado en el cual cierto criterio teleológico tiene trascendencia. Se trata del ámbito electoral. Por ejemplo, con motivo de la elaboración de los padrones electorales (de las elecciones nacionales tanto como de las universitarias, las de CONAPROLE o las del Banco de Previsión Social) se dictan actos materialmente administrativos de inclusión o exclusión. Puede haber quien se sienta perjudicado por esos actos (por ejemplo, un estudiante que no figura en el padrón del orden estudiantil para las elecciones universitarias a pesar de que cumple con los requisitos necesarios para ello).

176. Si el perjudicado desea reclamar, ¿deberá seguir el camino normal que se sigue frente a los actos administrativos, es decir, interposición de los recursos previstos en el art. 217 de la Constitución para agotar la vía administrativa, y luego acción de nulidad ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo? En el estado actual de nuestro ordenamiento jurídico, según la jurisprudencia dominante (que tal vez sea cuestionable), el Tribunal de lo Contencioso Administrativo va a decir que no, porque se trata de actos que por su finalidad están vinculados con un proceso de tipo electoral, y entonces va a predominar la competencia de la Corte Electoral de intervenir en el control de la legitimidad de los actos que *por su finalidad* tengan esa naturaleza.

177. Quiere decir que, aun cuando el criterio teleológico no sirva en forma general como criterio de clasificación de las funciones estatales, hay un punto concreto en el cual, dentro del Derecho positivo uruguayo, un elemento teleológico tiene trascendencia en cuanto a los medios de control.

2. ESTUDIO PARTICULAR DE LAS TRES FUNCIONES TRADICIONALES DEL ESTADO

1º) Función legislativa.

[Se incluirá en una publicación posterior]

A) Criterio orgánico

178.

B) Criterio formal

179.

C) Criterio material

180.

D) Criterio del rango normativo o del valor y la fuerza típicos

181.

2º) Función jurisdiccional

[Se incluirá en una publicación posterior]

A) Criterio orgánico

182.

B) Criterio formal

183.

C) Criterio material

184.

D) Criterio del rango normativo o del valor y fuerza típicos

185.

3º) Función administrativa

186. Conviene resaltar que el ámbito de aplicación del Derecho Administrativo no coincide exactamente con lo que pudiera ser una definición de la función administrativa. No es necesario, por lo tanto, llegar a una definición de la función en forma amplia para que pudiera caber dentro del Derecho Administrativo.

A) Criterio orgánico

187. Hay una serie de órganos que tienen como función, tarea o competencia principal la de dictar actos administrativos y ejecutar operaciones materiales de ejecución de dichos actos. Pero también hay órganos que tienen otras funciones o competencias principales (como los de los Poderes Legislativo y Judicial, o de los demás órganos constitucionales en nuestro país), y que además tienen función administrativa de manera accesorio, pero frecuentemente importante. Por lo tanto, este criterio es insuficiente para caracterizar a la función administrativa.

B) Criterio formal

188. Hay una variedad tal de procedimientos posibles para el dictado de actos administrativos, algunos regulados previamente y otros no (actos típicos y actos atípicos) que la función administrativa sólo se podría caracterizar formalmente de una manera residual: comprendería todos aquellos actos que no respondieran a las características formales del acto legislativo o del acto jurisdiccional.

C) Criterio material

189. Sería la función consistente en dictar actos jurídicos de carácter individual (actos-condición o actos subjetivos) y realizar operaciones materiales de ejecución de dichos actos. Pero con este solo criterio material no se puede distinguir entre acto administrativo y acto jurisdiccional.

D) Criterio del rango normativo o del valor y fuerza típicos

190. Sería la función consistente en dictar actos de rango inmediato inferior al de la legislación. Tampoco permite distinguir entre acto administrativo y acto jurisdiccional.

3. OTRAS POSIBLES FUNCIONES: CONSTITUYENTE, DE GOBIERNO, ELECTORAL

1º) Función constituyente

A) Criterio orgánico y formal

→ Estados de constitución rígida.

191. Se puede utilizar este criterio en los Estados que tengan una Constitución rígida, como la uruguay. En un Estado con Constitución flexible no cabe la distinción de este punto de vista, ni tampoco el de la jerarquía o rango normativo

192. Existía una distinción puramente formal en nuestra Constitución de 1830, en la cual entendían en el procedimiento de reforma de la Constitución los mismos órganos legislativos normales, pero actuando de conformidad con procedimientos especiales (mayorías, plazos, etc.) que distinguían a la función constituyente de la función legislativa.

193. En la Constitución vigente (art. 331) hay una distinción orgánica clara, pues exige la intervención necesaria del Cuerpo Electoral como órgano encargado de la sanción en todos los procedimientos de reforma constitucional, incluso en el de las llamadas leyes constitucionales (que además se distinguen de las ordinarias por elementos formales). En cambio la intervención del Cuerpo Electoral no es nunca un elemento necesario en el procedimiento de formación de las leyes.

194. Además puede haber otra distinción desde el punto de vista orgánico, cuando intervenga la Convención Nacional Constituyente.

B) Criterio material o sustancial

195. En nuestro país proponía hacer esa distinción el Profesor Sayagués Laso, para quien había que separar a los actos de creación y organización de las personas jurídicas de los demás tipos de actos jurídicos.

196. A mi juicio no cabe hacer esta distinción, porque los actos de creación y organización de las personas jurídicas participan de las características de los actos-regla, en la medida en que establecen procedimientos, normas procesales orgánicas que se aplican a un número indefinido de casos para el futuro.

2º) Función electoral

197. En doctrina se ha sostenido a veces que existe una función electoral diferenciable de las tres funciones jurídicas tradicionales del Estado. Desde luego, el problema no consiste en determinar si existen actos electorales, en el sentido de actos jurídicos emanados del Cuerpo Electoral, el conjunto de electores o la ciudadanía —porque obviamente nadie lo niega—, ni tampoco en establecer cuál es el sistema de controles a que dichos actos están sometidos —porque generalmente dichos controles están fijados en normas de Derecho positivo—, sino en determinar si tales actos configuran una función jurídica distinta de las ya analizadas.

198. En opinión de Héctor Gros Espiell⁴⁸, "puede decirse que —aunque con ciertas reticencias— es posible afirmar la existencia de una función electoral". Para ello, siguiendo el análisis de la naturaleza jurídica del acto electoral de Marcel Prélot (*Précis de Droit constitutionnel*, París, 1940, pág. 369), señala que puede distinguirse desde los puntos de vista de la manifestación de voluntad, del objeto y del papel que cumple dentro del Estado (y el momento en que actúa):

- a) En cuanto a la manifestación de voluntad, es un acto plurilateral, porque es una decisión individual resultante de voluntades que se adicionan;
- b) En cuanto al objeto, es un acto condición, porque la modificación que produce en el ordenamiento jurídico consiste en determinar la aplicación de un estatuto;
- c) En cuanto al papel que cumple dentro del Estado, a diferencia de las restantes funciones, que se ejercen una vez constituidos los poderes del gobierno, la función electoral, de carácter previo, se cumple justamente para hacer posible —mediata o inmediatamente— dichos poderes,

3º) La llamada función de gobierno

→ Actos administrativos, que tendrían características propias y los

199. En Derecho Comparado, en doctrina y dentro de nuestro país en algunas normas y durante cierto tiempo en la jurisprudencia se admitió o postuló la existencia de una categoría de actos que, pese a participar de las características de los actos administrativos, tendrían asimismo ciertos rasgos en virtud de los cuales configurarían una categoría separada de actos, a los que se denominó "actos de gobierno", y a veces "actos políticos". El principal efecto práctico de la admisión de esta categoría consistiría en la exclusión del control jurisdiccional a su respecto.

A) Origen francés de la teoría de los actos de gobierno

200. El origen histórico de los llamados actos de gobierno se vincula a las características de la organización del sistema de control de la actividad administrativa en Francia en el siglo pasado. Dicho control estaba a cargo del Consejo de Estado, un órgano originado en el período napoleónico que inicialmente intervenía como asesor en la formación de una serie de actos del

Existen "actos electorales" emanados del cuerpo electoral

↓
Se afirma, q
estos configuran un función electoral.

Actos administrativos, que tendrían características propias y los
encontrar en otra categoría de actos:
"actos de gobierno"
"actos políticos"

↓
Principal efecto =
exclusión del control jurisdiccional

⁴⁸ Gros Espiell, La Corte Electoral, FDCS, Montevideo, 1960, pág. 132.

Consejo de Estado: - 1º Asesor del P.E.
- Después desarrollo un juzgado de tipo contencioso o puramente

gobierno (entendida esta palabra en sentido orgánico estricto, análogo o equivalente al de Poder Ejecutivo). Hasta la fecha ha seguido teniendo ese carácter de asesor del Poder Ejecutivo. Sin embargo, junto con esa función fue desarrollando poco a poco una función de tipo contencioso o jurisdiccional:

- Al principio comenzó asesorando especialmente a los ministros en la resolución de los recursos administrativos, quedando la resolución enteramente a cargo del ministro respectivo. Fue el período de la llamada *justicia retenida*, porque los ministros retenían para sí el poder de decisión, aunque en los hechos fueron progresivamente acostumbrándose a decidir en el sentido aconsejado por el Consejo de Estado.
- Posteriormente, pasó a admitirse que la resolución en ciertos casos se delegaba al Consejo de Estado actuando en función contenciosa (en francés, *statuant au contentieux*). Es el período de la llamada *justicia delegada*, en que el Consejo de Estado ejerce la función de resolver de manera casi jurisdiccional los recursos interpuestos contra actos administrativos.
- Finalmente, el Consejo de Estado ha llegado a tener un carácter plenamente jurisdiccional, y como tal ha servido de modelo en muchos aspectos para el Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Uruguay, que es un órgano puramente jurisdiccional, sin vestigio alguno de la justicia retenida ni de la delegada.

201. A pesar de esa evolución, en Francia el control del Consejo de Estado no se extendió a todos los actos emanados del Poder Ejecutivo o de las autoridades administrativas en general, sin excepción alguna. Hubo ciertos actos o tipos de actos que quedaron fuera del control. Mientras los que resolvían en definitiva eran los ministros, el problema se resolvía simplemente no haciendo lugar a los recursos contrarios a aquellos actos que a los ministros les pareciera imprescindible mantener. Cuando la resolución definitiva pasó a ser competencia del Consejo de Estado, podía haber ocurrido que muchos actos en los que predominaba la finalidad o el designio político fueran anulados, lo que -según las coordenadas de esa época- conspiraría contra el funcionamiento normal del gobierno, entendida nuevamente esa palabra en el sentido orgánico, de autoridades ejecutivas del Estado.

202. Para contemplar esos aspectos fue surgiendo la teoría de los actos de gobierno, según la cual habría una serie de actos que exteriormente podrían parecer exactamente iguales a todos los actos administrativos, pero que presentaban una serie de características que llevaban a separarlos de los demás, con el nombre de "actos de gobierno"; con la consecuencia era que no estaban sujetos al régimen de control por el Consejo de Estado: por ejemplo, un acto vinculado a las relaciones exteriores del país o a las relaciones entre los poderes del Gobierno, sería un acto de gobierno. En el siglo pasado la lista de esos actos era muy extensa, y progresivamente se fue restringiendo, hasta quedar limitada a las dos categorías mencionadas.

203. El criterio para caracterizarlos sería el teleológico: la vinculación con una serie de intereses superiores del Estado vinculados a las necesidades políticas. No obstante, ni la doctrina ni la jurisprudencia han podido llegar a una adecuada caracterización de los actos de gobierno, lo cual llevó incluso a que se hablara del "inencontrable" acto de gobierno⁴⁹. Como han explicado Vedel y Delvolvé, la principal razón para el desarrollo y la subsistencia de la teoría de los actos de gobierno en Francia "no tiene nada de jurídico" y radica en la observación de que

"existen materias demasiado sensibles para que un juez pueda, sin riesgo para sí mismo y pro lo tanto para la protección de los administrados en otras esferas, inmiscuirse en ellas: no se estima suficientemente fuerte para enfrentar al ejecutivo en ese terreno".

204. La corroboración de ello está en que "la lista de los actos de gobierno ha disminuido progresivamente a medida que se reforzaba la autoridad del Consejo de Estado"⁵⁰.

B) Inexistencia de actos de gobierno sustraídos al control jurisdiccional en el Uruguay

205. En nuestro país, se ha sostenido la aplicabilidad de la teoría francesa de los actos de gobierno, aunque con un alcance más limitado que en su país de origen. En efecto, en Francia los actos de gobierno están exentos de todo control jurisdiccional pero en el Uruguay quienes sostienen esa teoría sólo la aplican a la jurisdicción anulatoria del Tribunal de lo Contencioso Administrativo. En consecuencia, aun cuando se admitiera esa teoría, ello no querría decir que el individuo perjudicado por un acto de gobierno careciera de todo recurso: solamente quedaría excluida la posibilidad de obtener la anulación de ese acto administrativo al que se califica como acto de gobierno, pero podría reclamar una indemnización por los perjuicios que se le hubieran causado.

I. Análisis constitucional de la cuestión

206. A mi juicio, en la medida en que el Uruguay es un Estado de Derecho en el cual uno de los principios fundamentales es el de que hay contralores de regularidad jurídica sobre la actividad de los distintos órganos del Estado, parece acorde con esa finalidad el no reconocer como válida la

Buscan excluir ciertos actos del control del Consejo de Estado.

actu
→ Ej: Vinculados a un A. exterior, o a las relaciones entre los poderes de gobierno.

→ Diferenciación de actos de gobierno x medio del criterio teleológico: vinculan con intereses superiores del Estado vinculados a las necesidades del p^ortum.

⁴⁹ Michel Virally, "L'introuvable acte de gouvernement", Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger, 1952, págs. 317 y ss.)

⁵⁰ Georges Vedel y Pierre Delvolvé, Le système français de protection des administrés contre l'administration, Sirey, Paris, 1991, pág. 99.

teoría de los actos de gobierno, porque ninguna norma de la Constitución autoriza a excluir de la jurisdicción anulatoria del Tribunal de lo Contencioso-Administrativo a una categoría de actos administrativos como serían los llamados "actos de gobierno". En efecto;

- a) No hay texto expreso que así lo disponga;
- b) La distinción entre "gobierno" y "administración" contenida en algunas disposiciones constitucionales no tiene el alcance indicado;
- c) La referencia a actos "no susceptibles de ser impugnados ante el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo" contenida en el art. 303 no atañe a esa supuesta categoría, sino a los casos en que nadie está legitimado para la demanda de nulidad;
- d) Los antecedentes parlamentarios de 1951 no son suficientes para suplir la ausencia de texto expreso, especialmente cuando su admisión implicaría contradecir uno de los principios fundamentales de nuestra Constitución;
- e) La inimpugnabilidad de los actos de gobierno es contraria a los principios fundamentales del Estado de Derecho;
- f) La exclusión de la acción de nulidad por textos constitucionales expresos en ciertos casos concretos (arts. 175 inc. 3º y 198 inc. 4º) que cabrían dentro de la definición tradicional de acto de gobierno demuestra que para nuestra constitución, de no existir tales textos expresos, los actos mencionados estarían sujetos a la acción de nulidad.

207. En los apartados siguientes se desarrollan esos argumentos.

a) *Falta de texto expreso*

208. Como sostuvo con toda claridad el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo en la sentencia 137 de 1988 (pág. 206),

"El Derecho Constitucional uruguayo [...] somete al control de regularidad jurídica los actos administrativos, sin distinción, y en tal sentido, el art. 309 da una noción material de acto administrativo "que alcanza a todo acto jurídico emanado de cualquier órgano del Estado, que implique la puesta en acto de la función administrativa, ya se trate de un acto-regla, de un acto-condición o de un acto subjetivo", cualquiera sea su grado de discrecionalidad en cuanto al mérito [...] y, consecuentemente, la excepción a tal principio debe estar erigida en razones exclusivamente jurídicas y requiere, incuestionablemente, una disposición expresa que la consagre, que sólo admitiría una interpretación rigurosamente estricta."

Es notorio que tal disposición constitucional expresa no existe,

b) *Sentido de la distinción entre "gobierno" y "administración" (y "legislación")*

209. Algunos intérpretes han querido hallar esa consagración en la distinción que hacen algunas disposiciones constitucionales entre "administración" y "gobierno". Por lo común se cita a los arts. 147 inc. 1º (posibilidad de censurar a los "actos de administración o de gobierno" de los Ministros), 160 (según el cual el Consejo de Ministros "tendrá competencia privativa en todos los actos de gobierno y administración que planteen en su seno el Presidente de la República o los Ministros en temas de sus respectivas carteras") y 262 inc. 1 ("El Gobierno y la Administración de los Departamentos..."), así como del título de la Sección XVI ("DEL GOBIERNO Y DE LA ADMINISTRACIÓN DE LOS DEPARTAMENTOS"). Asimismo podría citarse al art. 77 ord. 4º, que, luego de prohibir a los directores de Entes Autónomos y Servicios Descentralizados toda actividad política, excluye de tal prohibición a la concurrencia de tales funcionarios "a los organismos de los Partidos que tengan como cometido específico el estudio de problemas de gobierno, legislación y administración".

210. Sin embargo, como se ha señalado desde hace muchos años, la distinción entre actos de gobierno y de administración parte de un principio clasificatorio distinto de la que categoriza a los actos jurídicos estatales en legislativos, administrativos y jurisdiccionales (y, según algunos, constituyentes). Así lo han sostenido, por ejemplo, Sayagués Laso⁵¹ y Cassinelli Muñoz⁵².

211. En consecuencia, como sostiene Cassinelli⁵³, "si un acto de gobierno tiene el valor jurídico que permite clasificarlo como acto administrativo, no quedará excluido de la jurisdicción anulatoria por el hecho de ser acto de gobierno". Añadamos que, como es obvio, el hecho de que

⁵¹ Tratado de Derecho Administrativo, t. I, págs. 334-335. Sayagués Laso señalaba que no es sólo en el plano de la función administrativa donde se puede hacer una distinción entre lo que corresponde a necesidades políticas o superiores de la función de gobierno; también ocurre eso en la función legislativa (no es lo mismo la ley que da un nombre a una escuela que la que regula la forma de emisión del voto, por ejemplo) o en la jurisdicción (no es lo mismo decretar el divorcio de dos cónyuges o fijar una pensión alimenticia que declarar la inconstitucionalidad de una ley o intervenir en medidas de control de la actividad administrativa, o, a través de la función jurisdiccional de la Corte Electoral, anular total o parcialmente las elecciones). En todos esos planos hay temas y consiguientemente actos que presentan una trascendencia mucha mayor que otras para la actividad del Estado. A esos actos se les podría denominar "actividad de gobierno", pero no en el sentido de distinguirla como una función jurídica diferente.

⁵² "Acto administrativo y acto de administración", RDJA, t. 57 (1959), pág. 217; "La inhibición del Tribunal de lo Contencioso Administrativo ante los actos de gobierno", RDJA, t. 66 (1968), págs. 248-251; "Los actos de gobierno y los artículos 147, 160, 303 y 309 de la Constitución", RDJA, t. 67 (1969), págs. 241-243.

⁵³ "La inhibición..." cit., pág. 251.

una ley pueda referirse a temas de la máxima importancia para el Estado y su funcionamiento no la sustraen al control de constitucionalidad encomendado a la Suprema Corte de Justicia, porque los arts. 256 y siguientes de la Constitución no admiten una distinción entre leyes "de legislación" y leyes "de gobierno". Por lo tanto, de admitirse la tesis de la improcesabilidad de los actos administrativos de gobierno ante el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo se llegaría a la consecuencia absurda de que una misma medida estaría sujeta a control jurisdiccional si estuviera contenida en una ley, y no lo estaría si estuviera contenida en un acto administrativo.⁵⁴ Pero aún: si se tratase de una materia comprendida en la reserva de la ley, pero inconstitucionalmente hubiese sido regulada mediante un acto administrativo, la infracción del orden jurídico así cometida estaría asegurando su propia impunidad, porque (según esa manera de entender los "actos de gobierno") dicho acto escaparía al control jurisdiccional...

c) Cuáles son los actos "no susceptibles de ser impugnados ante el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo"

212. Otro argumento ha pretendido fundarse en la referencia contenida en el art. 303 de la Constitución a los actos "no susceptibles de ser impugnados ante el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo". Como bien ha explicado Cassinelli⁵⁵, esa referencia

"no significa que los actos de gobierno, por ser tales, están excluidos de la jurisdicción anulatoria; significa simplemente que se reconoce la posibilidad de que determinados actos, por cualquier razón, no sean impugnables ante el Tribunal, y para imaginar tales hipótesis no es necesario sostener que todos los actos de gobierno están exentos de la acción de nulidad".

En particular, podría tratarse de actos respecto de los cuales no existiesen "titulares de derechos subjetivos o intereses legítimos directos y personales lesionados"⁵⁶.

d) Insuficiencia del argumento derivado de los antecedentes parlamentarios

213. En realidad, la única -pero endeble e insuficiente- fundamentación de la supuesta improcesabilidad de los actos de gobierno radica en los antecedentes parlamentarios de la reforma constitucional de 1951. En esa oportunidad, consagrando por escrito lo que ya había afirmado en su seno el miembro informante Dr. Salvador Ferrer Serra⁵⁷, la Comisión Especial de Reforma Constitucional de la Cámara de Representantes⁵⁸ afirmó que quedaban "excluidos de la jurisdicción del Tribunal", entre otros, 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 del gobierno."

Y como ejemplos de tales actos mencionó a los decretos del Poder Ejecutivo que convocan a la Asamblea General a sesiones extraordinarias, promulgan leyes u ordenan medidas prontas de seguridad para conservar el orden y la tranquilidad y los actos relativos a las relaciones diplomáticas.

214. Las primeras interpretaciones del texto constitucional de 1952 (únicas que, casi medio siglo después, parecía conocer el Poder Ejecutivo cuando invocó la teoría de los actos de gobierno para pretender excluir la competencia anulatoria del Tribunal de lo Contencioso-Administrativo en un caso relativo a detenidos desaparecidos) recogieron esa interpretación, a pesar de que ninguna disposición expresa de la Constitución permitía fundarla. Sin embargo, es notorio que en un régimen de constitución escrita y sancionada por el pueblo en plebiscito los antecedentes parlamentarios tienen poco valor, y, en particular, no pueden impedir que se aplique un texto constitucional expreso, ni, inversamente, introducir en la Constitución disposiciones que ésta no contiene⁵⁹. Por lo tanto, no puede fundarse en los antecedentes parlamentarios un cercenamiento

⁵⁴ En el Uruguay nunca ha tenido cabida la corriente jurisprudencial estadounidense —de aplicación cada vez más limitada incluso en ese país— según la cual estarían excluidas del control de constitucionalidad de las leyes las situaciones en que se plantearan "cuestiones políticas". La Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de América redujo notablemente el alcance de la teoría de las cuestiones políticas cuando determinó que eran inconstitucionales las normas que establecían distritos de diferente cantidad de electores para elecciones en distritos uninominales —es decir, en los que se elegía un solo representante por distrito—, porque ello era contrario a la garantía de "igual protección de las leyes" contenida en la enmienda 14 (Baker v. Carr, 360 U.S. 186 (1962), pág. 226. La doctrina más autorizada sostiene, o bien que la teoría de las cuestiones políticas es incompatible con la Constitución, o bien que no se trata de determinar si hay una categoría de casos que estarían fuera de la jurisdicción de los tribunales, sino de analizar cada una de las disposiciones de la Constitución para determinar si de ellas se derivan derechos para la parte que las invoca. La primera es la posición de quien fue uno de nuestros Profesores de Derecho Constitucional cuando estudiábamos en la Universidad de Columbia, y también es un Maestro en Derechos Humanos y Derecho Internacional Público (Henkin, "Is There a 'Political Question' Doctrine?", Yale Law Review, vol. 85 (1976), págs. 597 y ss. La segunda es la posición que expone Lawrence H. Tribe, el más famoso tratadista en la materia (Tribe, American Constitutional Law, The Foundation Press, Mineola, Nueva York, 1978, pág. 73). Como se observará, la posición de Tribe tiene gran semejanza con la que expone en nuestro país Cassinelli Muñoz en relación con los límites de la jurisdicción anulatoria frente llamados "actos de gobierno", que no derivaría de la naturaleza de los actos en cuestión, sino de la eventual falta de legitimación (derecho subjetivo o interés directo, personal y legítimo) para ejercer la acción de nulidad ante el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo.

⁵⁵ "Los actos de gobierno..." cit., pág. 243.

⁵⁶ Cassinelli, "La inhibición..." cit., pág. 251.

⁵⁷ La Reforma Constitucional de 1951, t. I, pág. 439.

⁵⁸ Ibidem, pág. 632.

⁵⁹ Jiménez de Aréchaga, La Constitución Nacional, t. I, 1946, págs. 115-116; Cassinelli Muñoz, "La inhibición..." cit., págs. 249-250, y "La apelación para ante la Asamblea General según el artículo 303 de la Constitución", RIDA, t. 55, págs.

de las potestades anulatorias del Tribunal de lo Contencioso-Administrativo que no tiene asidero en el texto constitucional plebiscitado en 1951, y nuevamente plebiscitado en 1966 sin que en esta segunda ocasión existieran antecedentes comparables.

e) Congruencia con los principios del Estado de Derecho

215. Lo que surge del análisis de nuestros textos constitucionales y de la correcta aplicación de los principios interpretativos resulta congruente con lo que fluye de los principios fundam. tales del Estado de Derecho. La teoría de los actos de gobierno como limitación de las competencias de los órganos jurisdiccionales es un resabio del viejo régimen administrativo francés en el que el verdadero control jurisdiccional se fue abriendo paso lentamente y con altibajos. En la mejor monografía nacional sobre el tema, escrita hace medio siglo por Julio A. Prat¹²⁵ se afirma que la vetusta teoría del acto de gobierno

"obedece, despojándonos de toda hipocresía, exclusivamente a la debilidad del juez administrativo, experimentada hace más de cien años ante un ejecutivo fuerte, en otro país del planeta y que valió, en esa oportunidad, como concesión para asegurarse el cumplimiento de sus fallos en un determinado sector de actos administrativos abandonando otro sector de actos a la incontrolabilidad jurisdiccional; lo que equivale a decir que este segundo sector de actos se entregó a la arbitrariedad de la autoridad".

Y agregaba Prat:

"No podemos negar que esta inmunidad repugna al derecho público moderno y merece ser rechazada in limine, en forma terminante. Las consecuencias que consagra son tan arcaicas, que por esta sola razón se hacen inaceptables.

"El acto de gobierno no es otra cosa que una de esas soluciones descartadas del derecho, justificadas hace un siglo, en este caso, por la razón de Estado, pero que para el presente no tiene posibilidad ninguna de adquirir carta de ciudadanía en los diferentes órdenes jurídicos inspirados en la ideología de Occidente."

f) Confirmación por las normas expresas que excluyen de la jurisdicción anulatoria a ciertos actos

216. Los argumentos que anteceden se ven reforzados por la existencia de dos disposiciones constitucionales (incorporadas por las reformas de 1966 y 1996) que excluyen expresamente la acción de nulidad ante el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo en ciertos casos que, si fuera correcta la tesis de los actos de gobierno, ya estarían excluidos de dicha acción. Son las siguientes:

a) El inciso 4º del art. 198 (vigente desde 1967), según el cual "las destituciones y remociones" de miembros de Directorios o Directores Generales de Entes Autónomos o Servicios Descentralizados previstas en dicho artículo y en el anterior "no darán lugar a recurso alguno ante el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo".

b) La parte final del inciso 3º del art. 174 (vigente desde 1997), según el cual las sustituciones de miembros no electivos de Directorios de Entes Autónomos o Servicios Descentralizados o Directores Generales de estos últimos, dispuestas luego de que el Presidente de la República haya declarado que el Consejo de Ministros carece de respaldo parlamentario, no serán "impugnables ante el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo".

217. Parece incontrovertible que la inclusión de esas disposiciones en reformas posteriores a 1952 implica una confirmación de que en nuestro Estado de Derecho la regla es la plena impugnabilidad de los actos estatales, incluso mediante la acción de nulidad ante el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo cuando se trata de actos administrativos, y que las excepciones sólo pueden provenir de un texto expreso, que en el caso no existe.

2. El art. 26 num. 1 del decreto-ley N° 15.524 frente a la Constitución

218. En el plano legislativo, el numeral 1 del art. 26 del decreto ley N° 15.524 efectivamente incluye entre los actos que "no podrán ser objeto de la acción anulatoria" a "los actos políticos y de Gobierno". Luego de la restauración democrática, el art. 1º de la Ley N° 15.869, sin mencionar a los actos de gobierno, derogó los otros tres numerales del art. 26, y a continuación dispone que "los llamados actos políticos podrán ser objeto de la acción de nulidad".

219. Dada la notoria dificultad en precisar las nociones de "actos políticos" y de "actos de gobierno" (que llevaron incluso a que se hablara del "inencuntable" acto de gobierno, así como al hecho de que la doctrina en general (con la excepción de Aparicio Méndez Manfredini cuando era profesor de Derecho Administrativo) asimila ambas nociones, podría pensarse que la admisión de la acción de nulidad para los "actos políticos" comprende también a todos los que en doctrina y jurisprudencia se han caracterizado como "actos de gobierno". Puede admitirse, empero, que las diferencias de técnica legislativa en el tratamiento de los numerales 2, 3 y 4 del art. 26, por un lado, y el numeral 1, por otro, unidas al antecedente legislativo de que ello se debió a que no hubo acuerdo en el parlamento para derogar lisa y llanamente el numeral 1, permitan

¹²⁵ y 129-130.

¹²⁶ Prat, "Contribución al estudio del acto de gobierno", RFDCS, t. IX (1958), págs. 815-872; las citas son de la pág. 869.

excepciones
solo a
texto expreso

sostener que aún subsiste legislativamente una limitada categoría de actos de gobierno comprendidas en la indicada exclusión de la acción de nulidad. [Es muy probable que en la resistencia legislativa a la derogación mencionada haya influido el hecho de que ya estaban planteados los recursos administrativos contra el acto por el cual se removió de su cargo al Senador Araújo.] Pero, en ese caso, la disposición sería inconstitucional, o, en todo caso, para evitar la inconstitucionalidad, debería ser interpretada en la forma en que la interpretó la reciente jurisprudencia del Tribunal de lo Contencioso-Administrativo.

3. Evolución de la jurisprudencia del Tribunal de lo Contencioso-Administrativo

220. En la práctica, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo admitió la doctrina de los actos de gobierno y declinó jurisdicción, en varios casos, aunque de disímiles características. Por ejemplo, entendió que eran actos de gobierno no impugnables ante el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo la negativa a la convocatoria a un referéndum contra el presupuesto departamental de Rocha⁶¹ o de Colonia⁶² o la elección de Presidente de una Junta Departamental⁶³.

221. Distinto fue el caso de la sentencia..., dictada cuando se había demandado la nulidad de la resolución del Poder Ejecutivo N° 1788/67, de 12.XII.1967, por la que se disolvieron, por considerarlas "asociaciones ilícitas", la Federación Anarquista Uruguaya, el Grupo de Independientes de Época, el Movimiento de Acción Popular Uruguayo, el Movimiento de Izquierda Revolucionaria, el Movimiento Revolucionario Oriental y el Partido Socialista, y se clausuraron el diario "Época" y el semanario "El Sol". En esa oportunidad, aplicando un criterio que entendemos erróneo, el Tribunal entendió que la resolución mencionada era un acto de gobierno y se declaró incompetente.

222. En otras oportunidades actuó con criterios más liberales, pero sin dejar de admitir la teoría de los actos de gobierno. Por ejemplo, en ciertos casos (anteriores a la sentencia 137/88) en que el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo admitió la existencia de la categoría de actos de gobierno, afirmó expresamente que la improcesabilidad de dichos actos (en el caso, una "medida pronta de seguridad en sí") no implicaba que también lo fueran los respectivos actos de aplicación. Por ello -si bien incurriendo en error sobre la naturaleza de las medidas prontas de seguridad-, el Tribunal afirmó que "es procesable el acto administrativo de aplicación de la norma dictada como medida de seguridad" (sentencia N° 9/85, de 25-II-1985).

223. El cambio radical de la jurisprudencia del Tribunal de lo Contencioso-Administrativo se produjo cuando el entonces ex senador José Germán Araújo pidió la anulación del acto por el cual la Cámara de Senadores lo había removido, invocando el art. 115 de la Constitución⁶⁴. En esa trascendente sentencia, el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo sostuvo que

"La piedra angular en que se asienta la posición del Tribunal radica en reiterar e insistir en la enunciación de un criterio, en el que coincide la más prestigiosa doctrina, consistente en postular enfáticamente que en la óptica de la organización democrática regida por el Derecho, lo que define el Estado de Derecho por principio esencial y desde el punto de vista doctrinario general de estimativa jurídica, no puede aceptarse ni tolerarse la existencia de actos administrativos excluidos del control jurisdiccional de legalidad o regularidad jurídica, y que nuestra Constitución establece de regla⁶⁵."

224. En apoyo de su tesis, el Tribunal cita a Marienhöff, Real, Cassinelli, Prat, Jiménez de Aréchaga y Aguirre Ramírez. El memorándum jurídico que determinó al entonces ex Senador José Germán Araújo a interponer el recurso administrativo de revocación, con miras a una ulterior acción de nulidad, fue elaborado por el autor de este trabajo, cuya opinión fue asimismo tenida en cuenta durante la consideración de dicho recurso⁶⁶.

225. Partiendo de esa premisa, el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo ha entendido⁶⁷ que la noción de "acto de gobierno" es sumamente restringida, y abarca exclusivamente, como sostenía Héctor Giorgi, al acto "que traduce la suprema actividad directiva del Estado, aquél que atañe a sus intereses vitales internos y externos" (*El contencioso administrativo de anulación*, 1958, pág. 149). En nuestro Derecho positivo estarían comprendidos en esa limitada noción, por ejemplo, los actos de designación de embajadores, el recurso a las medidas prontas de seguridad, los decretos de convocatoria de la Asamblea General a sesiones extraordinarias o de promulgación de las leyes, los actos relativos a las declaraciones diplomáticas, pero no -entre otros- el acto de remoción de un legislador (art. 115 de la Constitución) o de un Magistrado del Poder Judicial (art. 239, num. 2° y 7°).

226. Asimismo sostuvo el Tribunal que la distinción entre actos de administración y de gobierno no tiene el sentido de separar de la categoría general de actos administrativos a un grupo que quedaría excluido de la jurisdicción anulatoria. En su ya citada sentencia 137/88 el Tribunal sostuvo lo siguiente:

⁶¹ Sentencia N° 5, de 18-III-1968. Hughes, França, Pi (red.); véase *RDJA*, T. 67 (1969), pág. 243.

⁶² Sentencia N° 39, de 25-IX-1967, *ibid.*, pág. 244.

⁶³ Sentencias N° 88, de 30-IX-1955, *ibid.*, pág. 243.

⁶⁴ Sentencia N° 137/88, de 17-III-1988, publicada, entre otros lugares en la Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, año XXX, Nos. 1 y 2, págs. 201-215, con nota de las Dras. Mariella Sattone y Susana Eirín Fava.

⁶⁵ *Loc. cit.*, pág. 204.

⁶⁶ Cámara de Senadores, carpeta N° 715 de 1987. Repartido N° 90, julio de 1987.

⁶⁷ *Loc. cit.*, págs. 208-209.

concesión porque sigue predominando el carácter estatal. En cambio, cuando se trate de la participación del Estado "en actividades industriales, agropecuarias o comerciales, de empresas formadas por aportes obreros, cooperativos o capitales privados", la empresa como tal ya no tendrá carácter estatal y sólo podrá encargarse de un servicio público si media un acto de concesión.

- b) Las llamadas *personas públicas no estatales*. Como se verá oportunamente (*infra*, Cap. , párr...), esta categoría no está admitida por nuestra Constitución, aunque sí por diversas leyes que tienen el resultado práctico de eludir la aplicación de disposiciones constitucionales (p.ej., en materia de prohibición de actividad política de sus directores, de contralores, etc.). Como, en el caso de que se admita su existencia, no son estatales, sólo podrán prestar servicios públicos si media un acto de concesión, el que podría estar incorporado en la correspondiente ley de creación.

b) *Situación especial: la concesión y su exclusividad*

i. *Necesidad de la concesión*

68. Ya hemos visto que varias disposiciones constitucionales aluden a la posibilidad de concesión en forma directa (arts. 51, 65, 273 ord. 8º, 275 ord. 4º, 297 ord. 5º) o indirecta (art. 25). En la práctica también, numerosos servicios públicos han estado en un período u otro de nuestra historia a cargo de concesionarios. Tal ocurrió con las formas iniciales de prestación de los servicios de ferrocarriles o aguas corrientes, por ejemplo, y ocurre ahora con las distintas empresas (sociedades anónimas o cooperativas) que se encargan del transporte colectivo de pasajeros en el Departamento de Montevideo.

69. Pero ninguna de esas empresas o individuos concesionarios pudo ni puede dedicarse a la actividad de prestación del servicio público como derecho propio, porque los servicios públicos son *cometidos naturales del Estado*. Sólo pueden hacerlo cuando ha mediado un acto de *concesión*, cuyo efecto es ampliar la esfera de actividad de los particulares que reciben la concesión, a cambio de lo cual el Estado ve asegurado el cumplimiento de determinado servicio que considera su deber prestar y que no está ejerciendo (o no está en condiciones de ejercer) de manera directa.

ii. *Condiciones generales de la concesión*

70. En cuanto al *otorgamiento* de la concesión, puede ocurrir que el concesionario debe aceptar determinadas condiciones o incluso pagar una determinada suma de dinero para obtener la concesión. Por ejemplo, el art. 297 ord. 5º prevé entre los recursos de los Gobiernos Departamentales "las contribuciones a cargo de las empresas concesionarias de servicios exclusivamente departamentales". Otras veces puede ocurrir que, para obtener que un particular se haga cargo de cierto servicio público, o que pueda continuar prestándolo en condiciones adecuadas y accesibles a los usuarios, se invierte la situación, y sea el Estado, de hecho, quien deba asegurar un cierto equilibrio económico al concesionario, por ejemplo garantizando un determinado rendimiento de los capitales invertidos (como ocurrió en nuestro país con varias de las concesiones ferrocarrileras) u otorgando subsidios o subvenciones para mantener el precio del servicio a un nivel adecuado para los usuarios.

71. En cuanto al *funcionamiento* de la concesión, el concesionario debe respetar las normas generales en materia de régimen jurídico de los servicios públicos y de situación de los usuarios. El Estado o el Gobierno Departamental correspondiente tiene fuertes poderes de contralor y eventualmente sancionatorios. En cuanto a los precios que pueden cobrar por sus servicios, las normas constitucionales son terminantes en el sentido de que las tarifas respectivas deben ser homologadas por el Estado o el Gobierno Departamental correspondiente (arts. 51 y 275 ord. 4º).

72. En cuanto a la *terminación* de la concesión, además de la posible aplicación de causales de rescisión por incumplimiento, es un principio esencial el del carácter temporal, pues "las concesiones [...] no podrán darse a perpetuidad en ningún caso" (art. 51 inc. 2º).

iii. *Exclusividad de la concesión*

73. Una vez otorgada la concesión, tiene por su propia esencia carácter exclusivo, aun cuando ninguna disposición concreta así lo establezca, pues sólo quien ha obtenido el otorgamiento de la concesión con el consiguiente efecto de ampliación de su esfera de actividad puede prestar el servicio público correspondiente. Los demás particulares, que no han obtenido esa concesión, mantienen su condición de excluidos de la prestación del servicio público concedido, tal como estaban excluidos de dicha prestación cuando el servicio respectivo era prestado directamente por el Estado.

74. La situación puede parecer exteriormente (y probablemente también desde el punto de vista económico) igual a la de un monopolio, pero como bien demostró Sayagués en términos jurídicos se trata de dos situaciones totalmente distintas. El monopolio en sentido jurídico se refiere a aquellos casos en que todo particular puede dedicarse a determinada actividad (como ocurre en la generalidad de los casos en virtud de lo dispuesto por los arts. 7º y 36 de la Constitución), pero una norma modifica la situación y reduce el campo de actividad de los particulares, otorgando un monopolio al Estado o a un particular. Como se verá, para otorgar monopolios se requiere una ley nacional, dictada por mayoría especial (art. 85, num. 17, de la Constitución), e incluso hay actividades respecto de las cuales no puede establecerse un monopolio porque la Constitución

"Ciertamente es que la Constitución uruguaya admite la distinción entre acto de administración y acto de gobierno, y a este respecto la doctrina nacional ha coincidido [...] en que la calificación de "acto de gobierno" no responde a la existencia de actos intrínsecos o formalmente diferentes de los administrativos, sino que son calificados tales en virtud de su objetivo o finalidad política y que se trata de una verdadera sección horizontal que abarca o puede abarcar a todas las categorías de funciones jurídicas del Estado⁶⁸."

⁶⁸ Loc. cit., pág. 206.