

MARTÍN RISSO FERRAND

ABOGADO

Tel/fax: (598) 29160040
E-Mail: martinrisso@estudiorisso.com.uy

Juncal 1327 D esc.1901.
C.P. 10.000
Montevideo - Uruguay

Montevideo, 22 de julio de 2017.

Señor Presidente de la
Cámara de Zonas Francas del Uruguay
Cr. Orlando Dovat
Presente.

De mi mayor consideración:

El proyecto de ley de rendición de cuentas y balance de ejecución presupuestal presentado por el Poder Ejecutivo al Legislativo en el año en curso presenta varios artículos que modifican el régimen vigente de zonas francas.

Dentro de estos artículos, me consulta por la constitucionalidad del artículo 257, que agrega a la ley 15.921 un artículo 16 bis, que dispone:

Agrégase a la Ley Nº 15.921, de 17 de diciembre de 1987, los siguientes artículos:

"ARTICULO 16 BIS.- Los usuarios de zona franca directos e indirectos con contratos en curso de ejecución que carecieren de plazo establecido o cuyo plazo excediere el aludido en el artículo anterior o se hubieran establecido a su respecto prórrogas automáticas, deberán presentar dentro del término de un año desde la reglamentación de la ley, para su aprobación por el Área Zonas Francas de la Dirección General de Comercio, documentación e información actualizada sobre la empresa y el plan de negocios en curso que permita evaluar su viabilidad económica y financiera y su contribución al cumplimiento de los objetivos establecidos en el artículo 1º de la presente ley.

Para el caso de usuarios cuyo plan de negocios tenga por objeto la realización de actividades comerciales o de servicios, cuando no se constatará la

contribución a que refiere el inciso anterior, la resolución del Área Zonas Francas de la Dirección General de Comercio deberá establecer un nuevo plazo de autorización del contrato, el cual no podrá exceder el 30 de junio de 2021.

En el caso de los usuarios directos e indirectos que no se presentaran conforme a lo establecido en el presente artículo, sus contratos quedarán rescindidos de pleno derecho a partir del 30 de junio de 2021.”

Esta disposición, en caso de ser aprobada, implicará un fuerte impacto sobre contratos suscritos con anterioridad, en la medida que agregaría obligaciones, condicionamientos y poderes de contralor que no existían a la fecha de perfeccionamiento de los contratos y, especialmente, implicaría modificaciones de dichos acuerdos, en la medida que se alteran plazos contractuales y prórrogas pactadas (consideradas a los efectos de las inversiones realizadas y del negocio en general).

A los efectos del estudio solicitado procederé, en primer lugar, a sintetizar la información relevante, por Usted proporcionada, para comprender la situación. Asimismo, individualizaré cuáles son los derechos y principios constitucionales a primera vista comprendidos en el caso consultado.

Referiré luego a un problema constitucional formal, que afecta a todos los artículos de este proyecto que modifican el régimen general anterior de zonas francas.

Realizado lo anterior, y ya enfocado en el artículo 257, plantearé la forma de encarar el estudio de la regularidad constitucional de las leyes en sus aspectos sustanciales cuando limitan derechos humanos, llegando a la noción de “razones de interés general”, determinando su alcance y verificando, luego, si en el artículo 257 se cumple con las referidas razones. A continuación, analizaré este artículo 257 con las perspectivas de la seguridad jurídica y del principio de legalidad.

Por último, se analizará la responsabilidad civil del Estado por los daños que causaría la aprobación de esta disposición.

El contexto en que aparece este artículo y sus consecuencias

El régimen nacional de zonas francas, en especial a partir de 1987, se basó, entre otros principios y valores, en la certeza y seguridad jurídica para

todos quienes participan en esta actividad (sean titulares de zonas francas y usuarios directos e indirectos), respeto del principio de libre autonomía de las partes que se manifestaba en el momento de celebrar los contratos y en la ejecución de los mismos, estabilidad contractual y en general de todas las actividades comprendidas en el marco legal. Estos principios, entre otros, fueron la base para el desarrollo del sector y para el logro de los importantes avances que se han verificado en él.

En las zonas francas, por ejemplo, se pueden apreciar inversiones por encima de los US\$ 350:000.000 y existen usuarios, con contrato vigente, que han realizado inversiones iniciales superiores a los US\$ 40:000.000 más otras inversiones que se han ido realizando a lo largo del período contractual. A su vez, existen en la actualidad alrededor de 10.000 puestos de trabajo. Todo esto fue posible mediante una planificación de las inversiones en plazos contractuales extensos y prórrogas automáticas o no, todo de conformidad con el marco legal vigente. En la actualidad existen usuarios con contratos hasta el año 2040, lo que fue un elemento básico a los efectos de decidir la inversión a realizar.

Si se aprueban estas disposiciones, acortando plazos, dejando sin efecto eventuales prórrogas y con nuevas exigencias, se estará afectando gravemente el negocio de los titulares de las zonas francas y, además, de cada uno de los usuarios directos o indirectos. Todos han diseñado su negocio y definido las inversiones conforme a un plazo que se estima imprescindible para que la inversión sea redituable.

Lo anterior, y las reacciones que pueden adoptar los usuarios al advertir alteraciones básicas en sus contratos, en su plan de inversiones y en el negocio en general, afectará también a muchos de los puestos de trabajo, sea los actuales como otros que podrán crearse en el futuro.

No solo esta afectación directa a las zonas francas y sus usuarios e indirecta en materia de puestos de trabajo será significativa, sino que fácil es prever que la alteración legal de contratos libremente suscritos por particulares, en perjuicio claro de los usuarios, tendrá consecuencias negativas en toda la actividad de las zonas francas, pues el sistema dejará de presentar las notas de certeza, seguridad, estabilidad y confianza que lo ha caracterizado hasta el presente.

Si se aprueba este artículo y se modifican los contratos vigentes, se ocasionarán daños difíciles de estimar en este momento, pero que serán sin

duda millonarios y afectará fuertemente la caja del Estado. No tengo que recordar que en los últimos años se han aprobado leyes, pese a los avisos realizados, que terminaron creando crisis financieras de gran trascendencia, en algunos casos aún no resueltas, como es el caso de los reclamos de los funcionarios judiciales.

Cabe preguntarse ahora cuál es el fin de estas disposiciones y en especial del artículo 257. Siendo un proyecto de ley de rendición de cuentas no hay un mensaje que explique con precisión estas disposiciones y su finalidad. Sin perjuicio de esto, me ha indicado que al consultar a las autoridades sobre el propósito de estas normas solo mencionan, en general, el cumplimiento de compromisos con la OCDE. Pero, al mismo tiempo, es muy claro que la mayoría de los cambios, en especial el impacto y modificación de plazos contractuales y la afectación negativa de negocios e inversiones, no corresponden con el fin mencionado. Solo puede pensarse en que el único y verdadero objetivo de estas modificaciones es, simplemente, el de aumentar el contralor estatal sobre las zonas francas y sus usuarios. Este objetivo no es un valor constitucional, sino que responde a consideraciones políticas de las actuales autoridades.

Así planteado el caso, y sujeto a ampliación más adelante, se puede advertir que estas disposiciones, y en especial el artículo 257, afectan negativamente varios derechos y principios constitucionales. A saber:

- A) En forma directa, se afecta el principio general de libertad (artículo 10 de la Carta) y en especial la libertad contractual, la libertad de empresa y el derecho de propiedad de los titulares de zonas francas y sus usuarios (artículos 7, 32, 36, 72 de la Constitución y normas internacionales complementarias).
- B) En forma indirecta, se perjudica claramente el trabajo, tanto en relación de independencia (artículo 36 de la Carta) como en relación de dependencia (artículo 53 y ss. de la Constitución).
- C) Se contraviene también el derecho a la seguridad jurídica (artículos 7 y 72 de la Constitución) con la alteración de contratos vigentes y totalmente ajustados a derecho y el principio de legalidad.

La afectación de los principios y derechos anteriores no puede justificarse basándose en otros principios o derechos constitucionales, sino que la limitación responde a razones políticas, que podrán ser muy

respetables, pero no tienen la estatura ni la trascendencia jurídica de los derechos limitados.

Violación del artículo 216 de la Constitución

La totalidad de las disposiciones proyectadas respecto al régimen general de zonas francas, presentan una muy clara inconstitucionalidad respecto al artículo 216 de la Carta que dispone en el inciso 2º que:

“No se incluirá ni en los presupuestos ni en las leyes de Rendición de Cuentas, disposiciones cuya vigencia exceda la del mandato del Gobierno ni aquellas que no se refieran exclusivamente a su interpretación o ejecución”.

Esta norma, pese a su claridad en cuanto a la prohibición que contiene, ha generado problemas interpretativos. El Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo, en forma constante y durante décadas, han incluido en leyes presupuestales y rendiciones de cuentas disposiciones que violentan la prohibición constitucional. La doctrina nacional ha señalado la inconstitucionalidad de la práctica de incluir en las leyes de presupuesto o de Rendición de Cuentas, normas que nada tienen que ver con la materia presupuestal o que exceden el mandato del Gobierno¹. Pero la Suprema Corte de Justicia², por su parte, ha venido rechazando las solicitudes de declaración de inconstitucionalidad basadas en el inciso 2º del artículo 216 de la Constitución.

La inconstitucionalidad de incorporar normas no presupuestales o que excedan el período de gobierno es muy clara, pese a la jurisprudencia de la Corte.

Pero todavía no debe olvidarse la enmienda constitucional ratificada en noviembre de 1994 que agregó a la Constitución una disposición especial y transitoria que estableció:

“V) Sin perjuicio de lo establecido en los artículos 216 y 256 y siguientes de la Constitución de la República, declárase la inconstitucionalidad de toda modificación de seguridad social, seguros sociales, o previsión social (artículo 67) que se contenga en leyes presupuestales o de rendición de cuentas, a

1 Jiménez de Aréchaga, (1946) p. 183 y ss. Jiménez de Aréchaga, (1965) p. 65. Esteva (1972), p. 69. Esteva (1990), p. 299 y ss.

2 Por ejemplo: sentencias 317-88 y 90-90, entre otras.

partir del 1 de octubre de 1992. La Suprema Corte de Justicia, de oficio, o a petición de cualquier habitante de la República, emitirá pronunciamiento sin más trámite, indicando las normas a las que debe aplicarse esta declaración, lo que comunicará al Poder Ejecutivo y al Poder Legislativo. Dichas normas dejarán de producir efecto para todos los casos, y con retroactividad a su vigencia.”

Esta disposición constitucional, de 1994, en forma implícita, está ratificando la posición doctrinal respecto al artículo 216, en contra de la actuación del Legislativo, del Ejecutivo y de la Suprema Corte de Justicia.

La cuestión es extraordinariamente compleja. Por un lado, un texto constitucional, confirmado por una norma constitucional posterior, y por otro, una práctica legislativa contraria a derecho y una jurisprudencia de la Corte altamente cuestionable. Incluso, no han faltado opiniones que han comenzado a reflexionar recurriendo a uno de los conceptos más complejos y peligrosos del Derecho Constitucional: la mutación³.

En definitiva, la contravención respecto al artículo 216 de la Constitución por incluir normas no presupuestales en la rendición de cuentas, es muy clara.

¿Cómo se protegen los derechos humanos frente a la ley?

Cuando comenzó la reacción contra los gobiernos absolutos y se comenzó a avanzar en la sustitución del gobierno de los hombres por el gobierno de las leyes, en el siglo XVII (Inglaterra), en el siglo XVIII (EEUU y Francia) y en otros países europeos y americanos en el siglo XIX, una de las principales preocupaciones fue cómo defender los derechos fundamentales frente al ejercicio del poder público. En aquellos tiempos se confió en que la aceptación de que los derechos eran inherentes a la personalidad humana (previos al orden jurídico), con la separación de poderes y con la atribución de la competencia exclusiva para limitar derechos a los órganos legislativos (representativos por excelencia), se lograba una adecuada protección. Incluso en Estados Unidos, con la doble separación de poderes (el principio propiamente dicho más la estructura federal del Estado), ni siquiera se incluyeron los derechos en la Constitución de 1787 (se consideraba que no era necesario).

³ Burstín et al. (2010). Riso (2017).

Rápidamente se advirtió el “ingenuo” error. En Estados Unidos se incluyeron los derechos en la Constitución en 1791 y en Francia en una declaración separada de la Constitución. Resultó asimismo claro que, también el legislativo, debía tener límites a la hora de limitar derechos humanos. Dos procesos jurisprudenciales comenzaron en el siglo XIX, se consolidaron en el siglo XX y se extendieron a todo el mundo. En Estados Unidos, a través de la noción del debido proceso sustantivo, la jurisprudencia desarrolló el principio de razonabilidad, que impedía aceptar como constitucionales las limitaciones a los derechos que fueran arbitrarias, contrarias a la razón, excesivas, etc.⁴ En Alemania, la jurisprudencia desarrolló el principio de proporcionalidad, que postula la necesidad de analizar los actos jurídicos de las autoridades en tres pasos: idoneidad de la limitación para alcanzar el fin perseguido, necesidad de la limitación y ponderación en sentido estricto⁵. Es interesante ver cómo dos desarrollos jurisprudenciales en cierta forma paralelos, con el mismo propósito de limitar a los titulares del poder y defender los derechos humanos, se desarrollaron en forma independiente y se transformaron, hoy fusionados, en dos de los principios más importantes del derecho constitucional contemporáneo.

Desde 1830 en nuestras Constituciones ha regido el principio de legalidad en lo que a la limitación de los derechos constitucionales refiere. Pero desde 1934, evolucionando en la línea mencionada en el párrafo anterior, además de la garantía formal (necesidad de ley), para que la limitación pueda ser válida, se agregaron requisitos materiales⁶ con los cuales debe cumplir el legislador. La referencia más reiterada es la exigencia de que las leyes respondan a “razones de interés general”, pero también aparecen otros: orden público, salud pública, utilidad pública, seguridad, etc. Siempre se entendió que las razones de interés general constituían el concepto más amplio (el género), mientras que las restantes están comprendidas dentro de aquellas (serían especies dentro del género). Asimismo, siempre se consideró que la ausencia de “razones de interés general” implica un vicio de inconstitucionalidad que conduce a la inaplicabilidad de la disposición legal. En varios casos la Corte dictó sentencia de inconstitucionalidad respecto de disposiciones que no

4 Chemerinzky (2005:545). Stone (2005:717). Sullivan (2004:485 y ss.).

5 Schwabe (2003:48 y ss.)

6 SCJ, sentencia 79/2016 p. 40, se toma la distinción doctrinal entre garantías formales y materiales.

cumplían con la exigencia de haber sido dictadas conforme “razones de interés general”⁷.

En los años 40 (siglo XX), Justino Jiménez de Aréchaga (1992:215) realizó los primeros aportes en cuando al alcance de la compleja noción de “razones de interés general” y la doctrina posterior se mantuvo dentro de este esquema analizando esta noción a la luz del principio de razonabilidad, lo que hacía que la aplicación de esta exigencia constitucional fuera muy difícil. Recién en el siglo XXI se postuló una segunda visión más acorde a los tiempos que corren (Risso, 2015:486/501. Risso, 2011:110/136).

En la visión moderna, las razones de interés general, constituye un concepto jurídico indeterminado, imposible de definir, pero es posible individualizar una serie de elementos que permitirán al operador aproximarse a esta noción para el caso concreto que se presente. Así debe tenerse presente:

- a) La noción de “razones de interés general”, no debe verse como sinónimo de otros conceptos jurídicos indeterminados como el “bien común” (de poco sirve querer precisar un concepto jurídico indeterminado con otro de la misma condición), sino que debe buscarse en la propia Constitución y en el DIDH. Se trata de un concepto jurídico y no de consideraciones sociales, políticas y mucho menos mayoritarias.
- b) Lo que importa es la defensa del sistema de derechos humanos en su totalidad.
- c) No puede verse esta noción como una excusa para limitar derechos sino como una garantía que protege e impide la limitación salvo en casos muy puntuales y con límites precisos (Risso, 2011:101/110).
- d) Los grandes principios constitucionales, como el de libertad e igualdad, entre otros, resultan básicos para aproximarse a esta noción pues en ningún caso se podrá desnaturalizar o eliminar alguno de estos principios.
- e) Se encontrarán márgenes, limitaciones y prohibiciones normativas. En efecto, estas “razones” nunca pueden ir contra normas prohibitivas de la Constitución o del DIDH (por ejemplo, la prohibición de la pena de muerte o no someter a los arrestados a

⁷ Pueden verse las sentencias de la Suprema Corte de 2016 respecto a la ley de medios.

apremios físicos). En la Constitución y en el DIDH encontramos: a) prohibiciones que no pueden ser contrariadas con la excusa de las razones de interés general, b) fines que necesariamente deben ser perseguidos por las autoridades y fines prohibidos, c) medios que deben ser usados necesariamente, otros que pueden usarse o no, y otros que no pueden ser usados en ningún caso. Contra estas previsiones normativas expresas nunca podrá ir ni la ley ni el intérprete.

- f) El fin último será siempre la protección de todo el sistema de derechos humanos, de cada uno de los derechos sin excepción. Así planteado el tema las razones de interés general, refieren a la forma de compatibilizar la protección de un derecho con todos y cada uno de los otros derechos e intereses, determinando qué restricciones son constitucionalmente posibles.
- g) Las herramientas para determinar si estas razones existen o no serán el principio de proporcionalidad y el de razonabilidad.

Al mismo tiempo debe recordarse que esta noción es utilizada por la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) lo que ha llevado a pronunciamientos de la Corte IDH, señalando las dificultades que presenta esta expresión, sus riesgos (puede ser utilizada no como garantía de los derechos humanos sino como mera excusa política para su restricción) y señalando cuales son las interpretaciones correctas y las incorrectas de esta noción⁸. Lamentablemente nuestro sistema político no siempre siguió las pautas de la Corte IDH y, frecuentemente, utilizó esta noción como sinónimo de interés de la mayoría (en perjuicio de las minorías) lo que es algo claramente opuesto a nuestra Constitución y a la CADH (Risso, 2011:119 y ss.).

Una auspiciosa novedad apareció con la sentencia 79/2016, de la Suprema Corte, que toma el concepto moderno de “razones de interés general”, lo que es una excelente noticia para futuras acciones contra leyes que limiten derechos humanos. Esta posición jurisprudencial conduce, como explícitamente ha dicho la Corte en prácticamente todas las sentencias contra la ley de medios, a que la herramienta básica para determinar si existen o no razones de interés general, sea el principio de proporcionalidad (y razonabilidad). Y también la Corte ha dicho en qué consiste el principio de

⁸ Corte IDH, Opinión Consultiva 6/86. Risso, 2015:495 y ss.

proporcionalidad, adhiriendo a las posiciones doctrinales y jurisprudenciales más modernas.

Hay un triple fundamento en Uruguay para la aceptación del rango constitucional de estos dos principios (razonabilidad y proporcionalidad) hoy fusionados: (i) serían ambos consecuencia lógica e inevitable del Estado de Derecho que establece la Constitución nacional (no hay espacio constitucional para la arbitrariedad o el obrar desproporcionado, como se desprende del propio artículo 7); (ii) son garantías (de los derechos humanos en cuanto limitan la actuación de los Poderes de gobierno) inherentes a la persona humana por lo que ingresan a la Carta por la vía del artículo 72; y (iii) también aparecen como principios derivados de la forma republicana de gobierno, en tanto son límites para el obrar de las mayorías que no pueden avasallar los derechos humanos de un sujeto o de las minorías (también con base en el artículo 72).

No puede haber dudas, en consecuencia, respecto a que la Suprema Corte de Justicia, sin ingresar en cuestiones de mérito o de valoración política, puede y debe analizar la razonabilidad de la ley limitadora de los derechos humanos y la existencia de una adecuada relación entre los medios utilizados por el legislador y los fines perseguidos por la ley (proporcionalidad). Y cuando la ley no cumpla con el parámetro de razonabilidad o con el juicio de proporcionalidad deberá declarar la inconstitucionalidad de la disposición legal en juego, por violar principios de rango constitucional.

Tampoco puede, entonces, caber duda alguna en cuanto a la pertinencia de utilizar el principio de proporcionalidad a los efectos de verificar si una disposición legal cumple con las exigencias de haber sido dictada por "razones de interés general", ni en cuanto al alcance y contenido de este principio.

A los efectos de determinar si una norma cumple o no con este principio se deben analizar sucesivamente:

- a) la *idoneidad* de la disposición para alcanzar el fin perseguido (que obviamente debe ser ajustado a la Constitución),
- b) comprobada la idoneidad, y solo si se supera este paso (de lo contrario quedará ya acreditada la inconstitucionalidad), se debe pasar a comprobar la "*necesariedad*" de la limitación del derecho (esto es, que no exista alguna otra forma de alcanzar el objetivo

perseguido que no lesione el derecho humano en juego o lo lesione con menor intensidad), y

- c) si se pudieron sortear los dos pasos anteriores, se pasa a la *"ponderación en sentido estricto"*, que implica comparar y pesar los argumentos a favor y en contra de la limitación del derecho. Por supuesto que la ponderación no es libre, sino que existen reglas, pautas y criterios que deberán ser seguidos (Alexy, 2001:546 y ss.).

Cuando se llega al paso de ponderación en sentido estricto, la doctrina nos da una serie de pautas muy útiles. Alexy, por ejemplo, sugiere que se defina la intensidad de la afectación de los derechos, valores e intereses contrapuestos en tres categorías: alta, media y baja. Esta tarea no es nada sencilla y frecuentes serán los casos en que no sea claro, o no se logre acuerdo, sobre qué calificación merece una situación.

Lo útil de lo anterior, será que tenderá a vencer en la ponderación el derecho que se ve más afectado. Si la afectación grave de A se contrapone a un interés menor de B, la solución será la protección de A y la postergación de B.

Claro que quedan sin solución clara los casos más polémicos, los de empate en el grado de afectación. Pero cuando no haya empate la cuestión se podrá resolver con facilidad.

Asimismo, el grado de afectación guarda relación con la justificación que se exige para que se acepte dicha afectación. Por ejemplo, si las autoridades departamentales deciden establecer que una calle que permite el tránsito en ambas direcciones, solo lo permita en un sentido, la persona que resida en dicha calle y que solo podrá salir de su casa o volver a ella por un solo camino cuando antes tenía dos, verá que la afectación de su derecho de circulación debe ser calificado como leve (una vuelta manzana es un sacrificio más que lógico para la vida en una ciudad). En este caso, bastará con una justificación general de la autoridad que indique que la decisión se basa en estudios realizados y en el propósito de hacer más fluido y seguro el tránsito. Si la afectación es alta, pasando al otro extremo, la justificación deberá ser mucho mayor.

También la Corte, siguiendo a Casal, recoge otros conceptos también postulados por la doctrina nacional, tales como la necesidad de que el fin sea lícito (conforme la Constitución), que no se afecte el contenido esencial de los derechos humanos, que no se desnaturalicen los principios generales

de la Carta y del DIDH, que se cumplan con las exigencias razonables de una sociedad democrática, etc. (Risso, 2011:64 y ss.).

Si no se cumple con el principio de proporcionalidad, la disposición legal será inconstitucional, directamente por contravenir dicho principio de rango constitucional o por demostrarse que la ley no cumple con la exigencia de responder a “razones de interés general”.

El artículo 257 proyectado, las razones de interés general y el principio de proporcionalidad

Este artículo 257 es inconstitucional por violar el principio de legalidad en su dimensión sustancial y por no responder a “razones de interés general” (no se cumple con el principio de proporcionalidad).

El paso inicial para poder analizar la regularidad constitucional de una disposición que limita derechos humanos es saber cuál es el fin perseguido por la limitación. Si se limita un derecho sin un objetivo a alcanzar, sin justificación, nos estaremos moviendo dentro de la arbitrariedad y la inconstitucionalidad será clara por carecer la disposición de “razones” de interés general que la justifiquen.

Ya se mencionó que no es claro cuál es el fin perseguido por el Ejecutivo al incluir estas disposiciones en el proyecto de rendición. La invocación general a compromisos con la OCDE no es aceptable pues es muy claro que la modificación de contratos legítimamente celebrados por particulares no es exigencia de la OCDE. La única explicación que puede encontrarse para estas normas es que se desea incrementar los controles estatales sobre las zonas francas, sobre los usuarios, sobre los contratos celebrados y sobre su ejecución.

En lo que refiere al control sobre las entidades privadas y sus contratos y actos, el principio constitucional que rige es el principio de libertad: la protección de la libertad en el artículo 7 de la Carta; el principio de que los actos de los particulares que no afectan el orden público están exentos del control de los magistrados (artículo 10 inciso 1) entendiéndose por tales a cualquier funcionario público con autoridad; nadie puede ser obligado a hacer lo que la ley no manda ni privado de lo que no prohíbe (artículo 10 inciso 2). La ley podrá, por la vía de la excepción a los principios

generales, limitar estos derechos en lo que refiere al contralor estatal, pero al respecto debe tenerse presente que:

- A) En algunos casos, la Constitución ordena que se controle. Por ejemplo respecto a las organizaciones trustificadas en el artículo 50 y de la armonización del artículo 196 (que crea el Banco Central con la inherente competencia en el control del sistema financiero) y el artículo 168 numeral 22 (sobre la autorización del Ejecutivo para la instalación de bancos), se aprecia que existe un espacio constitucional en que el contralor de la actividad privada está señalado por la propia Constitución. Si un banco se queja de ciertas competencias del BCU, se estará confrontando un derecho constitucional con una orden de la Carta a las autoridades. El punto de partida de las dos posiciones contrapuestas (derecho v. control) es casi similar.
- B) En el campo opuesto, la Constitución y el derecho internacional de los derechos humanos, refieren a ciertas actividades privadas que tienen una protección especial, un mayor ámbito de libertad, por lo que prácticamente no puede haber control. Esto ocurre respecto a los partidos políticos (el numeral 11 del artículo 77 dice que el Estado debe asegurarles la más amplia libertad), las entidades privadas de educación y culturales (la sobre protección de su libertad surge de los artículos 68 y 69 de la Carta) y los sindicatos gremiales, que más que controlados deben ser promovidos por el Estado (artículo 57).
- C) En medio de los dos extremos anteriores, están todos los restantes casos y, si bien puede aceptarse la existencia de distintas formas de contralor estatal, el encare del tema requiere: a) partir del principio general de libertad (en principio libertad se opone a control) y b) la ley que establezca contralores y que debe responder a razones de interés general, debe presentar una fuerte justificación y nunca se podrá admitir el control por el control mismo, porque sí, o por ser más controladora la posición política del gobierno de turno.

Cuando utilizando el principio de proporcionalidad confrontamos el control del Estado respecto a los particulares, el enfoque es distinto en los tres casos: a) en el caso de trust y bancos, se aceptará con más facilidad el control por responder a pautas constitucionales (esto no significa, de todas formas, que desaparezca el derecho a la libertad de estas entidades); b) en el caso de los partidos políticos, entidades privadas de enseñanza o

culturales y sindicatos, solo en casos absolutamente excepcionales se admitirá el control; y c) en los demás casos, el control es posible pero solo cuando se justifique con claridad la excepcionalidad del control. La confrontación varía en los tres casos: en el primero, por existir normas constitucionales que orientan al legislador, se admitirá en general el control, en el tercer caso, en la medida que existe una sobreprotección de la libertad, en la confrontación de posiciones jurídicas, el partido, sindicato o institución de enseñanza estará en una posición privilegiada frente a la ley y, en el otro caso, no debe perderse de vista que vale más el derecho fundamental y el control es de excepción, por lo que se confrontarán posiciones desiguales salvo que se justifique adecuadamente, en cada caso concreto, la limitación del derecho que habilita el control.

Podemos ahora ingresar en la aplicación del principio de proporcionalidad respecto al artículo 257 del proyecto:

- A) (*Posicionamiento de partida*) En el marco de una relación jurídica bilateral (Estado y usuario de zona franca) o incluso trilateral (Estado, titular de zona franca y usuario) se aprecia un punto de partida desigual. Los derechos del titular o usuario, de rango constitucional o convencional, tienen mucho más peso jurídico que el eventual interés del Estado en controlar. Además, no debe olvidarse que al no haber una explicitación precisa del fin perseguido con el artículo 257, ni siquiera puede evaluarse la fundamentación del interés del Estado en controlar.

Por diversos motivos históricos e ideológicos, que no corresponde analizar ahora, muchas veces en nuestro país se actúa como si el interés del Estado, por ejemplo, en controlar a los particulares, fuera lo más importante. Pero esa visión no es la de nuestra Constitución ni la del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. El valor principal en estas confrontaciones es el principio general de libertad y sus desarrollos especiales.

- B) (*El fin del artículo 257 es ilegítimo*) En segundo lugar, debe advertirse que el control por el control mismo es ilegítimo. La imposibilidad de justificar, respecto a este artículo 257, las modificaciones de contratos lícitos, la alteración de los plazos, etc., hace que el fin perseguido por el legislador sea contrario a derecho, lo que invalida la disposición en estudio. Adviértase que poderes de control que impliquen modificaciones de contratos lícitos suscritos en

particulares (cambios de plazos, prórrogas, etc.) son absolutamente excepcionales en la medida que no son necesarios para un control intenso.

- C) (*Idoneidad de la limitación del derecho para alcanzar el fin perseguido*) Pese a la simple constatación de la ilicitud del fin que invalida la disposición, es útil seguir con el análisis del principio de proporcionalidad. Si el fin es que existan mayores controles sobre los titulares y usuarios de zonas francas, parece ser claro que el avance y modificación de contratos libremente suscritos con anterioridad a la ley (en especial en plazo), en la medida que implica una pérdida de derechos de los particulares frente al Estado, lo que los deja más expuestos al control y a la decisión de las autoridades estatales, es idóneo para alcanzar el fin perseguido. O sea, se cumple con este paso de idoneidad (reitero que en realidad no se cumple pues el fin de controlar con mucha más intensidad que lo habitual no está justificado por lo que es ilegítimo).
- D) (*Necesidad de la limitación*) En este paso debe analizarse si la limitación de los contratos vigentes (plazos, prórrogas, posibilidades de que sean dejados sin efecto, etc.) es necesaria para el fin de controlar que se persigue o si hay otros medios que permitirían alcanzar el fin perseguido sin lesionar el derecho o lesionándolo en menor medida.

La posibilidad de que el Estado intervenga en contratos lícitamente celebrados es algo absolutamente excepcional y, las pocas veces que se ha producido el Estado ha debido pagar indemnizaciones muy elevadas (piénsese en las leyes que al establecer monopolios afectaron contratos entre particulares o en las leyes generalmente denominados en su conjunto como "RAVE").

¿Es necesario para asegurar el control estatal modificar contratos lícitos? La respuesta negativa es evidente. El Estado tiene fuertes sistemas de control en muchas áreas y no se requiere de posibilidades de afectar o modificar o extinguir contratos vigentes y válidamente celebrados entre particulares. Piénsese en áreas muy sensibles, tales como medicamentos, operaciones financieras, etc. y se verá que no se permite (ni es necesario prever) la posibilidad de que autoridades administrativas intervengan en contratos lícitos libremente acordados entre particulares.

No es necesario el artículo 257 para asegurar el control del Estado. Se puede controlar con profundidad sin tan exorbitante poder de modificar o extinguir contratos. O sea, no se cumple con este paso del principio de proporcionalidad.

E) (*Ponderación en sentido estricto*) Insisto en que el juicio de proporcionalidad implica una serie de pasos y si se falla en uno la cuestión queda terminada y habrá inconstitucionalidad. Pese a que se falla desde la ilegitimidad del fin, igualmente se siguió con el análisis de la idoneidad (no habría problema) y con la necesidad (el artículo 257 no puede superar este paso). Ahora, veremos la ponderación en sentido estricto.

Este paso implica confrontar los intereses en pugna (derechos frente a control estatal) y “pesarlos” y ver cuál de los intereses es más importante y debe ser tutelado.

La jurisprudencia alemana, como ya señalé, sugiere en este punto moverse con algunas premisas o guías. En primer lugar, debe procurarse clasificar a cada interés según la afectación que tendría en caso de no ser tutelado: muy grave, grave o leve. Lo útil de lo anterior, es que cuando se confronte, por ejemplo, una afectación muy grave de uno de los intereses, contra una afectación leve del otro, ganará el interés que sufre el perjuicio muy grave.

Una segunda pauta de la doctrina y jurisprudencia alemana, refiere a la profundidad de la fundamentación de la restricción del derecho. Si la restricción es leve (pensemos en la leve afectación de la libertad de locomoción que deriva de la instalación de un semáforo y que obliga, a veces, a los automovilistas a detenerse, aunque no deseen hacerlo), basta con una fundamentación general (en el ejemplo, bastaría con que la Intendencia diga que los departamentos técnicos entienden que ese semáforo es útil para la seguridad y fluidez del tránsito). Pero si la afectación es muy grave, se requiere una justificación más precisa, clara y convincente (por ejemplo, las muy fuertes limitaciones para los fumadores están justificadas en miles de estudios científicos que demuestran, inequívocamente, que fumar es perjudicial para la salud del fumador y de terceros).

La afectación que sufren los derechos del titular de la zona franca y sus usuarios cuando se les modifica el plazo contractual, prohíben

prórrogas, agregan nuevas exigencias y nuevos poderes de la Administración que pueden llegar a la extinción del contrato, es, sin lugar a duda, extraordinariamente grave. Por otra parte, el perjuicio en el poder de controlar que sufriría la Administración en caso de negarse la posibilidad de modificar contratos es sin duda leve, pues el Estado tendría los otros poderes de control habituales, que siempre son suficientes (y no hay razones para pensar que en este caso no lo son). No puede el Estado justificar que no podría controlar si no puede modificar los contratos anteriores.

Se advierte que siendo muy grave la afectación del derecho de los privados a quienes se modifican sus contratos y leve el interés de la Administración, es claro que el artículo 257 no puede sortear la ponderación en sentido estricto.

Incluso, siendo la afectación del derecho de los particulares muy grave debe exigirse una fuerte y clara justificación de la restricción y, como ya se señaló, dicha justificación no existe.

Y todavía, no debe olvidarse un elemento colateral o indirecto del artículo 257, que sería la pérdida potencial de puestos de trabajo en violación del artículo 53 y siguientes de la Constitución. Este es un argumento extra para demostrar lo endeble de la posición del Estado que pretende afectar contratos vigentes en contra de los intereses de las partes en ellos y poniendo en riesgo puestos de trabajo.

En definitiva, el artículo 257, si fuera aprobado, sería inconstitucional por no fundarse en razones de interés general. Es muy claro que falla en el principio de proporcionalidad en la medida que no puede justificar la legitimidad del fin de la excepcional modificación de contratos vigentes y, además, no puede sortear el paso de la “necesariedad” ni la “ponderación en sentido estricto”.

Afectación de los principios de seguridad jurídica y legalidad

Este artículo 257, además, es inconstitucional por violar el principio de legalidad en su dimensión formal (implica remisiones en blanco a la reglamentación) y por ser contrario al principio, y derecho, de seguridad jurídica.

El inciso 1 del artículo 257 exige a los usuarios la presentación de documentación conforme la cual se evaluará “su viabilidad económica y financiera y su contribución al cumplimiento de los objetivos establecidos en el artículo 1 de la presente ley. Se hace una evaluación como si el contrato no existiera y como si esto no hubiera sido ya evaluado. Por su parte, el artículo 1 de la ley 15.921 dispone:

Declárase de interés nacional la promoción y desarrollo de las zonas francas, con los objetivos de promover inversiones, expandir las exportaciones, incrementar la utilización de mano de obra nacional e incentivar la integración económica internacional.

El inciso primero del artículo 257 es claramente violatorio del principio constitucional de seguridad (artículo 7 de la Constitución) pues altera la estabilidad de los contratos entre particulares y perjudica severamente las inversiones y negocios decididas con anterioridad y con otras variables contractuales. Todo, como ya se dijo, sin basarse en “razones de interés general”.

También se viola el principio de legalidad, pues, como ya señalé, al establecer los límites para los actos infraconstitucionales que limiten derechos humanos, la Constitución establece limitaciones formales y limitaciones materiales (estas últimas ya mencionadas). El principio de reserva legal (en su visión formal) se encuentra presente en todo el mundo democrático con leves variantes en su formulación. Presenta un contenido amplio y complejo, pero a los efectos de este análisis solo interesa una perspectiva de este principio que se manifiesta en que toda limitación a los derechos humanos que se disponga por acto jurídico de las autoridades públicas, debe ser establecida por ley o tener fuente legal.

Este principio presenta un triple fundamento que puede sintetizarse de la siguiente forma:

- a. *(Fundamento histórico)* Este principio es el producto de un largo proceso de lucha política, básicamente en Europa, mediante el cual se fueron restringiendo los poderes de los monarcas absolutos, pasando, las decisiones más trascendentes, a ser competencia exclusiva de los parlamentos democráticos. Así formulado el principio implica el pasaje de la legitimidad monárquica a la democrática,

dando competencia para las decisiones más graves al órgano representativo por excelencia.⁹

- b. *(El principio de separación de poderes)* El viejo principio de separación de poderes, cuyo origen fue y seguirá siendo discutido, mantiene una validez incuestionable. Montesquieu (1999:108 y ss.) partiendo de que todo ser humano con poder tiende, consciente o inconscientemente, a abusar del mismo, buscó la forma de contener al titular del poder a los efectos de proteger los derechos de los ciudadanos y en este sentido sostuvo que lo mejor era dividir el poder entre tres centros de autoridad que se necesiten y se controlen recíprocamente¹⁰.
- c. *(Fundamento democrático)* La Corte IDH ha expresado con claridad cuál es el fundamento del papel que se le reserva a la ley en materia de restricciones de derechos humanos¹¹, señalando que la exigencia de ley, asegura discusiones públicas, con la participación de todos los representantes de la sociedad, con la posibilidad de que las personas o grupos pidan para ser recibidas o hagan presentaciones escritas o procuren formar opinión, etc.

En efecto, cuando se deben adoptar decisiones que implican fuertes limitaciones o afectaciones en los derechos básicos de los ciudadanos o habitantes, es lógico, democráticamente hablando, que estas decisiones estén rodeadas de “garantías democráticas”.

Existen en la actualidad dos grandes modelos de reserva legal. El alemán, en el que el legislador puede intervenir en todos los derechos con lo que se garantiza la supremacía legislativa y el francés en que el legislador solo puede intervenir cuando existe texto constitucional que lo habilite (Nogueira, 2007:89). Pero siempre implica que las materias incluidas en este principio no pueden ser reguladas por un acto jurídico distinto a la ley.

9 La Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 establecía que *la libertad consiste en poder hacer todo lo que no perjudica a otro; así el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene otros límites que los que garantizan a los demás miembros de la sociedad el goce de esos mismos derechos. Estos límites solo pueden ser determinados por la Ley.*

10 José Gervasio Artigas expresó en la Oración de Abril de 1813: “es muy veleidosa la probidad de los hombres solo el freno de la Constitución puede asegurarla”.

11 Opinión Consultiva 6/86, de 9 de mayo de 1986.

En la Constitución uruguaya, siguiendo el modelo francés, y a los efectos de los derechos humanos, el principio de legalidad surge con claridad de la Sección II de la Constitución: (i) solo se prevé la posibilidad de que las limitaciones de los derechos humanos que autorice la Carta se establezcan por ley; (ii) el inciso 2 del artículo 10 expresa claramente que nadie puede ser obligado a hacer lo que la ley no manda ni privado de lo que ella no prohíbe. Y también debe tenerse presente el artículo 30 de la Convención Americana de Derechos Humanos que, bajo el título de “alcance de las restricciones”, dispone “Las restricciones permitidas, de acuerdo a esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas”. Solución que coincide con los otros instrumentos internacionales en la materia.

La jurisprudencia internacional ha recogido invariablemente este principio de legalidad a la hora de limitar derechos humanos. Por ejemplo, puede verse de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos: casos *Baruch Ivcher Bronstein v. Perú* y *Canese V. Paraguay*. Del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: casos *Casado Coca v. España* y el caso *Ex Rey de Grecia v. Grecia*.

La reserva legal, en lo que refiere a los derechos humanos, significa que solo por ley, y en los casos en que la Constitución lo permite, podrán limitarse los derechos humanos (Díez-Picazo, 2005:101/102). O, en otras palabras, mediante un acto administrativo o un acto jurisdiccional no podrá establecerse (crearse) una limitación o restricción en los derechos fundamentales. La limitación debe surgir siempre de la ley.

En forma inmediata a lo anterior cabe preguntarse qué es la “ley”. La vieja discusión en doctrina al respecto parece estar prácticamente superada¹² y es claro que cuando la Constitución utiliza la expresión “ley”, se está refiriendo exclusivamente a los actos expedidos mediante el procedimiento constitucional para la sanción de las leyes (artículo 133 y ss. de la Carta), y también a los casos de procedimientos especiales: urgente consideración (artículo 168 numeral 7º) y leyes de presupuesto y de rendición de cuentas (artículo 214 y ss.). Asimismo, siempre ha existido y

12 Me remito a Jiménez de Aréchaga (1992: I 225 y ss.). Korzeniak (1987: 76 y ss.). También Risso (2015:478/481).

existe unanimidad en cuanto a que nunca puede equipararse a la ley un acto administrativo del Poder Ejecutivo y menos de un órgano subordinado.

Pero cuando se profundiza en la noción aparecen algunas dudas que deben aclararse (Risso, 2011:69 y ss.). Cassinelli Muñoz (1994), refiriéndose a esta cuestión y bajo el título de Técnicas jurídicas de limitación de libertad, luego de recordar que solo la ley puede ser fuente de restricciones de la libertad, señala que “[...] ello no significa que se deba dictar una ley para cada caso concreto en que haya de limitarse la libertad.

Fernández Segado (1994:109/110), recuerda la sentencia 83/1984 del Tribunal Constitucional español en cuanto a que el principio de reserva a la ley entraña una garantía esencial de nuestro Estado de Derecho siendo su significado último el de asegurar que la regulación de los ámbitos de libertad dependa exclusivamente de la voluntad de sus representantes, por lo que quedan exentos de la acción del ejecutivo. Pero “el principio no excluye, ciertamente, la posibilidad de que las Leyes contengan remisiones a normas reglamentarias, pero sí que tales remisiones hagan posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la ley. Esto se traduce, a su vez, en ciertas exigencias en cuanto al alcance de las remisiones o habilitaciones legales a la potestad reglamentaria, que el Tribunal resume en el criterio de que las mismas sean tales que restrinjan efectivamente el ejercicio de esa potestad a un complemento de la regulación legal que sea indispensable por motivos técnicos o para optimizar el cumplimiento de las finalidades propuestas por la Constitución o por la propia Ley”.

En definitiva, el principio de reserva de ley debe entenderse en el sentido de una ley expresa, exigencia que se vulnera con cláusulas formales deslegalizadoras que suponen la reducción del rango normativo de una materia regulada por norma legal en el momento en que se dicta la Ley deslegalizadora”. Por sentencia 42/1987 el Tribunal español ha dicho que es inconstitucional no solo la regulación reglamentaria de infracciones y sanciones carentes de base legal, sino también, en el ámbito de las relaciones de sujeción general, la simple habilitación a la Administración, por norma de rango legal vacía de todo contenido propio, para la tipificación de ilícitos administrativos y las correspondientes consecuencias sancionadoras.

Por su parte, Nogueira Alcalá (2007:90), ha señalado que: “El juez [y la autoridad administrativa] no puede intervenir en los derechos

fundamentales salvo autorización legal específica concreta [...] Nuestro ordenamiento constitucional asume en materia de derechos humanos la perspectiva de que la regulación o limitación de los derechos sean siempre adoptados por el legislador, con el máximo de desarrollo y densidad posible, ello transforma la reserva de ley en reserva parlamentaria, ya que lo “esencial” en materia de derechos fundamentales solo puede ser resuelto por el Parlamento, sin que pueda haber un apoderamiento de dicho ámbito regulatorio por el titular de la potestad reglamentaria [...] El principio de reserva legal no excluye las remisiones que el legislador haga a la autoridad administrativa. Pero esta remisión debe estar claramente subordinada a los parámetros legales en su “densidad” y “extensión”. Ambos deben definirse por ley”. También cita este autor los criterios de la Corte Europea de Derechos Humanos en cuanto exige la “precisión” y “previsibilidad” de la regulación legal ya que de lo contrario se afecta la certeza jurídica de los individuos.

También el Tribunal Constitucional alemán ha señalado en sentencia de 12/11/58 que “Los principios del Estado de Derecho exigen que las autorizaciones al Ejecutivo para expedir actos administrativos que creen obligaciones, se encuentren limitadas en la ley de autorización en cuanto contenido, **objeto, finalidad y dimensión**, de modo tal que las intervenciones sean previsibles y cuantificables, dentro de un marco medible y susceptible de ser conocido por el ciudadano. Esto se deriva del principio de la legalidad de la administración, del principio de la división de poderes y de la exigencia del Estado de Derecho de la protección judicial plena frente a la violación de la esfera legal del particular, que se origina en las intervenciones del poder público (Schwabe, 2009:36). Y sobre la educación sexual en las escuelas señaló en sentencia de 1977 que “el principio del Estado de Derecho y el principio de la democracia consagrados en la Ley Fundamental obligan al legislador a tomar las decisiones esenciales en materia de educación escolar y a no trasladarlas a la administración escolar [...] Esto se aplica especialmente a la estructuración estatal de la esfera legal pública, en el campo del ejercicio de los derechos fundamentales [...].”

El avance decisivo de esa posición jurídica consiste en que la reserva de ley se separa de su vínculo con formas anticuadas (intervención en la libertad y la propiedad) y partiendo de su función en el marco de la democracia y el Estado de Derecho, establece un nuevo fundamento con el

cual se puede determinar un nuevo alcance y extensión de esa institución jurídica”.

Bülow (2001:753 y ss.) ha señalado que el “ejercicio de la potestad reglamentaria requiere de una “habilitación [...] Está excluida la autorización en blanco [...] las condiciones de un reglamento [exigen que]: a) Se debe disponer de una habilitación legal. b) Tal ley deberá hacer referencia, al contenido, finalidad y alcance de la autorización. c) Solo el Gobierno Federal [...] pueden ser habilitados. d) En el reglamento se deberá mencionar el fundamento legal. El mandato de determinación (contenido, fin y alcance) asegura la responsabilidad parlamentaria”.

En definitiva, la ley debe contener la regulación “directa, completa y detallada”, y solo son aceptables las remisiones a las reglamentaciones en temas de detalle, operativos, técnicos, siempre debidamente justificados.

Volviendo ahora al artículo 257 del proyecto, se aprecia que el inciso 1 de esta disposición, presenta, en forma implícita, una remisión en blanco a la reglamentación, lo que lo transforma en inconstitucional por violar el principio de legalidad. En efecto, la evaluación de la viabilidad económica y financiera de la empresa no es, especialmente en el caso de usuarios de zonas francas, un concepto claro y válido. En general los usuarios son empresas internacionales, con negocios en todo el mundo y no es lógico pedir documentación general de la empresa que justifique su viabilidad. ¿Cuáles serían los criterios para la determinación de dicha viabilidad? Las posibilidades son infinitas y el hecho de no estar precisados en la ley afecta, por un lado, el derecho a la seguridad jurídica y, por otro el principio de legalidad ya que aspectos esenciales de la limitación del derecho no surgen de la ley. Esto terminará, necesariamente, en que los criterios los fijará el Ejecutivo confirmando sin lugar a duda que este inciso realiza una remisión en blanco a la reglamentación en violación del principio de legalidad.

Asimismo, la referencia a la “contribución al cumplimiento de los objetivos” del artículo 1 de la ley, también es violatoria del derecho a la seguridad y del principio de legalidad. En efecto, los objetivos del artículo 1 son los objetivos del sistema de zona francas y no es algo con lo que pueda cumplir o pueda alcanzar un usuario de zona franca. La evaluación de que el contrato se encuentra en sintonía con estos objetivos se realiza al firmar el contrato y, a partir de ese momento, el usuario lo único que debe hacer es cumplir con el contrato. De lo contrario el contrato podría caer en cualquier momento alterando su estabilidad y lesionando derechos adquiridos en

violación de la seguridad jurídica. Al igual que en el caso anterior, la referencia a esta "contribución" es tan vaga que viola el principio de seguridad jurídica y, en definitiva, será el Poder Ejecutivo en la reglamentación quien establecerá de qué forma se cumple con esto, lo que constituye una nueva remisión en blanco al Ejecutivo, incuestionablemente violatoria del principio constitucional de legalidad.

Responsabilidad del Estado

Pero, además, con declaración de inconstitucionalidad o sin ella, este artículo 257 enfrentará al Estado a millonarios juicios por daños y perjuicios (artículo 24 de la Constitución).

Cuando se habla de responsabilidad civil (o patrimonial) se está haciendo referencia al derecho de un individuo a que se le indemnice por un daño sufrido y a la determinación de quién está obligado a dicha reparación.

Como punto de partida debe reconocerse que la actividad estatal es necesaria para el normal desarrollo de la vida en sociedad, pero también debe aceptarse que en muchas ocasiones dicha actividad ocasiona daños a los particulares, ya provengan estos de la actividad estatal lícita o de una actuación contraria a derecho. De lo anterior se desprende que si la actividad estatal beneficia (o debería beneficiar) a toda la comunidad, no es justo que los daños que muchas veces dicha actividad ocasiona a algunas personas sean soportados exclusivamente por estas. Si dicha actuación a todos beneficia, todos serán quienes deben soportar, proporcionalmente, los costos que la reparación de los daños apareja¹³.

De esta forma fácilmente se encuentra el fundamento de la responsabilidad estatal, con carácter general, en el propio concepto de Estado de Derecho y también en el principio de igualdad ante las cargas públicas.

Es ahora oportuno efectuar una referencia a un punto que divide a la doctrina y que refiere a los criterios de imputación de la responsabilidad, o si se prefiere, a determinar cuándo responde el Estado.

13 Al respecto: Duguit, (1926:313).

Buena parte de la doctrina ha sostenido que para saber cuándo debe responder el Estado es necesario analizar la actuación de este para determinar si hay motivo para que indemnice el daño causado¹⁴. Así se exige, para que corresponda responsabilizar a un sujeto de derecho público, que exista culpa o dolo en la actuación estatal, o se recurre al concepto francés de *falta de servicio* (hay responsabilidad estatal cuando el servicio no funcionó, funcionó tarde o funcionó defectuosamente). Para esta posición, cuando el Estado ha funcionado razonablemente bien no hay responsabilidad estatal, salvo en casos especialísimos y excepcionales en que corresponde la indemnización de los daños derivados de la actividad lícita del Estado¹⁵.

En contra del criterio anterior (denominado genéricamente como *subjetivo* en cuanto hace responsable o no al Estado luego de analizar su actuación), varios autores han sostenido una concepción *objetiva* de la responsabilidad del Estado¹⁶. Para esta concepción, basada principalmente en el principio de igualdad ante las cargas públicas, no es necesario el análisis de cómo fue la actividad estatal que causó el daño, sino que por el contrario basta con analizar la posición jurídica de la víctima de dichos daños. En otras palabras, comprobado que un particular ha sufrido daños derivados de la acción u omisión estatal, sea esta ajustada o contraria a Derecho, corresponde la indemnización salvo cuando la víctima tenga el deber de soportar el daño padecido. Un ejemplo permitirá aclarar la cuestión: la persona que abona un tributo sufre un daño patrimonial que se traduce en un empobrecimiento, pero en este caso, en virtud del deber de contribución con las cargas públicas, deberá soportar el daño padecido. Otro caso: una persona sufre una pena privativa de su libertad por haber cometido un delito, y en esa hipótesis tiene la obligación de soportar los daños que dicha pena le causa por haber violado una norma legal. Pero si por ejemplo una persona sufre una pena de prisión y luego se comprueba su inocencia, no será necesario para esta concepción analizar si el Juez y el Fiscal actuaron bien o mal, sino que bastará con comprobar que la víctima sufrió un perjuicio que no le correspondía soportar para que proceda responsabilizar al Estado por los daños ocasionados.

14 Sayagués (1950:29 y ss.).

15 Sayagués (1987: tomo I).

16 Riso (1998). Berro (1992). Vázquez (1995). Jiménez (1966:314).

Desde el año 1934 el Derecho Constitucional uruguayo cuenta con normas expresas que refieren a la responsabilidad del Estado y, desde 1952, se encuentran vigentes las normas centrales en la materia: artículos 23, 24, 25, 32 y 35.

En la década del cincuenta, recién aprobada la actual regulación constitucional, nuestra doctrina perfiló dos grandes corrientes interpretativas. Desde el Derecho Administrativo los profesores Daniel Hugo MARTINS y Enrique SAYAGUÉS LASO (1950), entendieron que de la norma constitucional (artículo 24) no surgía cuándo debía responder el Estado por lo que era oportuno recurrir a criterios de imputación de la responsabilidad de tipo subjetivo (se analiza básicamente cómo fue la actuación estatal en tanto causante de un daño), especialmente a los conceptos desarrollados por el Consejo de Estado francés, tales como la falta de servicio. Por su parte, desde el Derecho Constitucional, Justino JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA (1995), señaló que del artículo 24 de la Constitución podía concluirse la responsabilidad objetiva del Estado (esto es, para que haya responsabilidad basta con que exista acto, hecho u omisión del Estado, un daño y entre ambos, nexo causal). En el primer enfoque el centro de la cuestión es la actuación del Estado (el problema es cuándo responde el Estado) mientras que en el segundo se atiende principalmente a la situación de víctima, titular de los derechos humanos lesionados, y, ocasionado el daño, la cuestión es cuándo el damnificado tiene derecho a la indemnización o cuándo debe soportar el daño padecido.

Si bien en un principio, la situación doctrinal nacional era coincidente con la del derecho comparado, esto fue cambiando con el paso del tiempo y se ha llegado a una situación sin duda peculiar. Si analizamos la doctrina contemporánea nos encontramos con que con la excepción de la opinión de Simón (1993), Korzeniak (1986) y De Cores, prácticamente todos los autores especializados en Derecho Público consideran que del artículo 24 de la Carta surge la responsabilidad objetiva del Estado¹⁷. Por el contrario, la casi unanimidad de pronunciamientos judiciales entienden que deben aplicarse criterios subjetivos de imputación de la responsabilidad, aunque podemos distinguir al menos tres posiciones: (i) quienes siguen a SAYAGUÉS y consideran que del artículo 24 no surge cuándo responde el Estado, y prefieren usar los criterios subjetivos; (ii) quienes entienden que del artículo

17 Jiménez de Aréchaga (1966:314). Risso (1998). Berro (1992). Vázquez (1995). Correa (1997). Durán (1999:187 y ss.). Prat (1978:198 y ss.). Brito (1996:134 y ss.) Cassinelli (1992:320 y ss.). Peirano (1992).

24 es válido concluir en las dos posiciones, y prefieren, por considerarla más justa, la alternativa subjetiva; y (iii) quienes sostienen sin mayores desarrollos que del artículo 24 surge la pertinencia del uso de criterios subjetivos¹⁸. Esta situación es absolutamente atípica. Muchas veces ocurre que dos opiniones mayoritarias difieren en la interpretación de una norma, pero lo habitual es que la división también exista a nivel de doctrina y jurisprudencia. Pero en este caso parece ser una lucha de doctrina vs jurisprudencia, lo que da al caso características peculiares, que no logro comprender.

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en lo que refiere a esta materia, también tiene normas que explícita o implícitamente refieren a la responsabilidad estatal. Por ejemplo, el artículo 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, refiere al derecho de toda persona a un recurso efectivo ante los tribunales para que se amparen sus derechos fundamentales contra actos que los violen (es claro que comprende una acción preventiva y también reparatoria para los casos de violación de los derechos). En términos similares, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, dispone el derecho de ocurrir a los tribunales en los casos de violación de los derechos humanos. La Convención Americana dispone en sus artículos 1 y 2 el deber de los Estados parte de respetar y garantizar los derechos humanos, agregando que cada Estado debe establecer las medidas legislativas o de otra naturaleza que fueran necesarias para hacer efectivos los derechos. Estas disposiciones fueron utilizadas frecuentemente por la Corte Interamericana para disponer indemnizaciones a favor de personas lesionadas en sus derechos humanos¹⁹. Y también la Convención reconoce el derecho a ser indemnizado en caso de haber sido condenado en sentencia firme por error judicial (artículo 10) y el derecho a ser indemnizado en caso de expropiación (artículo 21). Aparece también la acción judicial general en el artículo 25 (protección judicial).

El artículo 257, si es aprobado, comprometerá seriamente la responsabilidad del Estado, obligando al pago de millonarias indemnizaciones que no pueden ser en estos momentos definidas con precisión.

18 Rísso (1998).

19 La reciente sentencia en el caso Gelman v. Uruguay de la Corte Interamericana de Derechos Humanos con fecha 24 de febrero de 2011, es buen ejemplo de esto.

En efecto, si se enfoca la responsabilidad del Estado considerando que el artículo 24 de la Constitución establece un sistema de responsabilidad objetiva, la responsabilidad es muy clara: A) Existirá un acto legislativo y luego varios actos administrativos de ejecución. B) Dichos actos ocasionarán daños graves en la medida que inversiones millonarias en dólares, al reducirse el plazo contractual vigente o, directamente, al extinguirse el contrato antes de la fecha pactada, arrojarán pérdidas considerables. Estas pérdidas no derivarán del riesgo empresarial sino, exclusivamente, de decisiones estatales que, sabiendo que ocasionarán daños y perjuicios importantes a los titulares de las zonas francas y sus usuarios, igualmente fueron llevadas adelante. C) Entre los actos emanados de las autoridades y los daños hay un incuestionable nexo causal.

Este caso es muy claro, casi que de "manual" para ejemplificar un incuestionable caso de responsabilidad del Estado en un esquema objetivo. En realidad, un juicio de responsabilidad civil del Estado, con este enfoque, se limita a la determinación de los daños sufridos y del monto de la indemnización que el Estado deberá pagar.

Si se encara el artículo 257 con una perspectiva de responsabilidad subjetiva, y recordando que esta requiere la existencia de falta de servicio (el servicio no funcionó, funcionó tarde o lo hizo defectuosamente), las conclusiones son similares. En efecto, siendo el artículo 257 incuestionablemente inconstitucional (limita derechos sin contar con "razones de interés general" -no puede superar el juicio de proporcionalidad- y en contravención de la seguridad jurídica y del principio de legalidad), la responsabilidad del Estado/Poder Legislativo será evidente. El servicio (función legislativa) funciona mal si aprueba una ley inconstitucional. Asimismo, y si bien las autoridades administrativas podrían pretender zafar de su responsabilidad diciendo que solo cumplieron con una ley, la defensa sería irrelevante en la medida que a) con dicha estrategia lo único que lograrían sería desplazar la responsabilidad que a ellas les corresponde al Poder Legislativo, pero el resultado será el mismo y el Estado deberá hacer frente a las indemnizaciones; y b) seguramente siempre habrá aspectos discrecionales para las autoridades administrativas (no necesariamente impuestas en forma obligatoria por la ley) que comprometerán también su responsabilidad.

Con carácter general, al igual que cada vez que el Estado cambia las reglas de juego modificando contratos vigentes (seguros, RAVE, etc.), se producirá la responsabilidad civil del Estado.

Sería interesante, si en definitiva se decide aprobar, igualmente, este artículo 257, que se evaluarán los montos que el Estado deberá pagar por la vía de la responsabilidad del Estado, para evitar que vuelva a generarse sorpresa cuando lleguen las condenas (como aparentemente ocurrió, para algunos, en el conflicto con los funcionarios judiciales).

No hay duda alguna en cuanto a que este artículo generará la obligación del Estado de hacer frente al pago de importantes indemnizaciones. Y no se olvide, lo reitero, que la modificación de contratos (plazos, prórrogas, etc.), la extinción de contratos vigentes, etc., no es necesaria para poder controlar a entidades privadas. El artículo 257 responde a un abuso imposible de justificar y, por tanto, contrario a derecho.

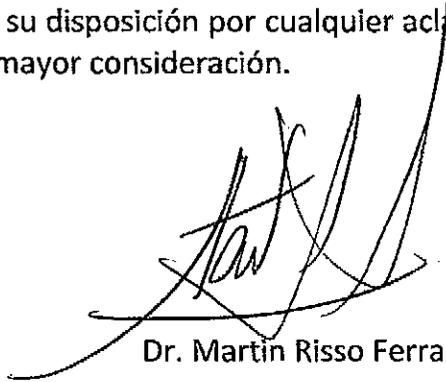
Conclusiones

En definitiva, entiendo que es muy claro que:

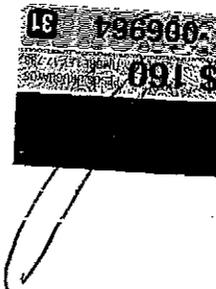
- A) El artículo 257 proyectado, si se aprobara, sería inconstitucional en la medida que las afectaciones de contratos vigentes entre particulares y totalmente lícitos (modifica plazos, cláusulas de prórrogas, obligaciones y agrega posibilidades de extinción por acto de autoridad), implican limitación derechos (libertad en general y en particular libertad contractual y empresarial, así como el derecho de propiedad) sin contar con “razones de interés general” (no se puede sortear el principio de proporcionalidad), se afecta irregularmente el derecho y principio de la seguridad jurídica (se destruye la estabilidad de los contratos perjudicando la libertad contractual, de empresa y el derecho de propiedad) y el principio de legalidad (al efectuar, en forma implícita, remisiones en blanco a la reglamentación).
- B) Existe una inconstitucionalidad formal respecto al artículo 216, que refiere a este artículo 257 y a todos los artículos que innovan en materia de zonas francas.

C) Por último, con previa declaración de inconstitucionalidad o sin ella, la responsabilidad del Estado por la aprobación (eventual) y ejecución de este artículo 257, terminará en el pago de fuertes indemnizaciones por parte del Estado a quienes se vean irregularmente perjudicados por esta disposición.

Quedando a su disposición por cualquier aclaración o ampliación, saludo a Usted con mi mayor consideración.



Dr. Martin Risso Ferrand
Director del Departamento de
Derecho Constitucional de la
Universidad Católica del Uruguay



Bibliografía

- Alexy, Robert (2001), *Teoría de los Derechos Fundamentales* (Madrid, Edit. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales).
- Berro, Graciela (1992): "Responsabilidad objetiva del Estado", *Revista de Derecho Público*, Nº 2.
- Brito, Mariano (1996): "Responsabilidad extracontractual del Estado administrativa, legislativa y jurisdiccional", *Estudios Jurídicos en memoria de Alberto Ramón Real*, (FCU).
- Bülöw, Erico, (2001), "La Legislación", en *Manual de Derecho Constitucional*, Segunda edición, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid.
- Burstin, Darío, Delgado Manteiga, Serrana, Francolino, Leandro, Gómez Leiza, José, Rodríguez, Guzmán, Sarlo, Oscar (2010), *La Constitución uruguaya ¿rígida o flexible?* Montevideo, (Edit. Facultad de Derecho, Udelar).
- Cassinelli Muñoz, Horacio (1992): "Informe", *Revista Justicia Uruguay*, tomo 105, pp. 320 y ss.
- Cassinelli Muñoz, Horacio, (1985) *Derecho Público*, (FCU, Montevideo), tomo I.
- Cassinelli Muñoz, Horacio, (1994) *Sobre autorizaciones para explotar el servicio de televisión para abonados. Consulta*, en "Revista Urug. de Derecho Constitucional y Político", tomo X, Nº 59, Montevideo.
- Correa Freitas, Rubén, y Vázquez, Cristina (1997): "La reforma constitucional de 1997", FCU, Montevideo.
- Chemerinsky, Erwin (2006), *Constitutional Law, Principles and policies* (New York, Aspen Publishers).
- De Cores, Carlos, "Reflexiones sobre la naturaleza de la responsabilidad del Estado", en *Anuario de Derecho Civil*, tomo XII.
- Díez- Picazo, Luis María (2005), *Sistema de Derechos Fundamentales* (Madrid, Edición Thomson – Civitas).
- Duguit, León, (1926), *Las transformaciones del derecho público*, segunda edición, pág. 313.

- Durán Martínez, Augusto (1999): "Responsabilidad por hecho ilícito de la Administración", en *Casos de Derecho Administrativo*, vol. I, Ingranusi, Montevideo, pp. 187 y ss.
- Esteva Gallicchio, Eduardo, (1972) "Una errónea interpretación del inciso 2 del artículo 216 de la Constitución", en *Revista de Derecho Jurisprudencia y Administración*, Montevideo, (tomo 72, p. 69/75).
- Esteva Gallicchio, Eduardo, (1990), "Nuevamente sobre la Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia respecto a la inclusión en las leyes presupuestarias o de rendición de cuentas de disposiciones comprendidas en las prohibiciones establecidas por el inciso 2 del artículo 216 de la Constitución", en *Rev. Urug. de Derecho Constitucional y Político*, (tomo VII, Nº 39, Montevideo), pág. 299/303.
- Fernández Segado, Francisco, (1992) *El sistema político español*, Dykinson, Madrid.
- Fernández Segado, Francisco, (1994) *La dogmática de los derechos humanos*, Ediciones Jurídicas, Lima.
- Jiménez de Aréchaga, Justino, (1965) "Una ley de presupuesto no puede extender a las Cajas de Asignaciones Familiares un privilegio procesal de la Administración Pública", en *Revista de Derecho Jurisprudencia y Administración*, (Montevideo, tomo 63), 65/69.
- Jiménez de Aréchaga, Justino (1995): "La constitución uruguaya de 1952", Edición Cámara de Senadores.
- Jiménez de Aréchaga, Justino (1992): "La Constitución nacional", tomo I, edición Cámara de Senadores.
- Jiménez de Aréchaga, Justino, (1946) *La Constitución Nacional*, (Edit. Medina, Montevideo), tomo VII.
- Korzeniak, José (1987), *Curso de Derecho Constitucional 2*, FCU, Montevideo.
- Martins, Daniel Hugo, "Responsabilidad de la Administración Pública y de los funcionarios en la Constitución uruguaya", *Revista de Derecho Público y Privado*, tomo 30, pp. 195 y ss.
- Montesquieu (Charles de Secondant, barón de La Brède y de Montesquieu), (1989) *El espíritu de las leyes*, Grandes Clásicos del Derecho, vol. 5, Oxford University Press, México.

- Nogueira Alcalá, Humberto (2007), *Derechos Fundamentales y garantías constitucionales, tomo I*, (Santiago de Chile, Edit. Librotecnia).
- Peirano Facio, Jorge (1992): "Responsabilidad del Estado", Revista Anales del Foro, Nº 111 a 112.
- Prat, Julio (1978): Derecho Administrativo (Acali, tomo IV, vol. II).
- Risso Ferrand, Martín (1998): Responsabilidad del Estado por su actividad jurisdiccional, FCU, (segunda edición actualizada).
- Risso Ferrand, Martín, (2011) *Algunas garantías básicas de los derechos humanos*, (FCU, Montevideo, segunda edición ampliada).
- Risso Ferrand, Martín, (2017) "Mutación e interpretación evolutiva", en *Estudios Constitucionales*, (2017, Talca). En proceso de edición.
- Risso Ferrand, Martín, (2015) *Derecho Constitucional tomo I* (Montevideo, reimpresión, Edit. Fundación de Cultura Universitaria).
- Sayagués Laso, Enrique (1950): "Responsabilidad por acto o hecho de la Administración", Revista de Derecho Jurisprudencia y Administración, tomo 48, pág. 25 y ss.
- Sayagués Laso, Enrique, (1987), *Tratado de Derecho Administrativo cit.*, tomo I, Montevideo, FCU.
- Schwabe, Jürgen, (2009) *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán*, Edit. Fundación Honrad Adenauer.
- Simón, Luis (1993): "Problemática de la responsabilidad del Estado por acto jurisdiccional", en Primer Coloquio de Derecho Público, (Montevideo, Edit. Universidad).
- Stone, Geoffrey R., Seidman, Louis Michael, Sunstein, Cass R., Tushnet, Mark V., Karlan, Pamela S. (2005), *Constitutional law* (New York, Edit. Aspen Publishers).
- Sullivan, Kathleen M. y Gunther, Gerald (2004), *Constitutional Law* (New York, Foundation Press, New York, New York, Thomson West).
- Vázquez, Cristina (1995): "Fundamentos de la responsabilidad del Estado en la doctrina iuspublicista", en Revista. de Derecho Público, Nº 7.

Jurisprudencia citada

“Remolacheras y Azucareras del Uruguay (RAUSA) c/ ANEP. Acción de inconstitucionalidad”, Suprema Corte de Justicia, 1988, sentencia 317 de 19 de diciembre de 1988, inconstitucionalidad, disponible en Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político, N° 28, Montevideo, pp. 404/407, IUE 42/88.

“B.A, GI c/ ANEP. Excepción de inconstitucionalidad”, Suprema Corte de Justicia, 1990, sentencia 90 de 6 de agosto de 1990, inconstitucionalidad, disponible en Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político, N° 39, Montevideo, pp. 272/277, IUE 159/89.