Direito do Estado .com.br
O Direito Público da Cidadania

IDPB
Instituto de Direito Público da Bahia

R e DE | Revista Eletrônica de Direito do Estado

Número 2 – abril/maio/junho de 2005 – Salvador – Bahia – Brasil

¿SE PUEDE LIMITAR DERECHOS HUMANOS POR ACTOS ADMINISTRATIVOS DICTADOS POR ÓRGANOS REGULADORES DE LA ACTIVIDAD PRIVADA? ESPECIAL REFERENCIA A LAS UNIDADES DE REGULACIÓN CREADAS EN URUGUAY *

Prof. Augusto Duran Martínez
Decano Emérito y Profesor Titular de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay y Profesor de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República

I.

1. Cuando se me adjudicó este tema vino de inmediato a mi memoria la anécdota de un famoso profesor que fue contratado por el Gobierno de un Estado especialmente cuestionado por sus violaciones a los derechos humanos para dictar una conferencia sobre el derecho a la vida en ese país.

El prestigioso académico aceptó el encargo, viajó al lugar donde debía realizarse el acto, cobró sus honorarios, subió al estrado, desde allí expresó “el derecho a la vida en este país no existe”, dio por terminada su conferencia y regresó a su patria.

2. Esto viene a cuento porque el título de mi exposición está formulado bajo la forma de una pregunta. Debo así contestar una pregunta. Podría entonces decir simplemente, NO; y con una concisión comparable al conferencista de la anécdota daría por cumplido el encargo.

Pero -más por el vicio de razonar que por el temor a la pérdida de unos honorarios en este caso inexistentes- estimo que debo efectuar algunas consideraciones para justificar esta respuesta negativa.

II.

1. Lo primero que deseo precisar es que el título de esta exposición refiere a limitación de derechos humanos por actos dictados por órganos reguladores de la actividad privada. Como esos órganos reguladores suelen tener competencia no solo sobre la actividad privada sino también sobre la actividad prestacional del Estado, advierto que esta última queda fuera del objeto de nuestra exposición. Por otro lado, la regulación de la actividad del Estado no plantea un problema de limitación de derechos humanos -al menos directamente- sino de potestades públicas, lo que es una cosa diferente.

2. Acto seguido corresponde determinar el sentido de la expresión derechos humanos.

Tomo el término derechos humanos a estos efectos en el sentido que lo ha hecho BIDART CAMPOS, para comprender a aquellos que tienen como sujeto al hombre en cuanto es hombre, en cuanto pertenece a la especie que llamamos humana[1], prescindiendo de su condición de ciudadano o extranjero, de trabajador o pasivo, de niño, mujer o varón, de joven o anciano, de integrante de algún grupo étnico en especial o de toda otra circunstancia en particular.[2]

Comprendo así a aquellos derechos inherentes a la personalidad humana, también llamados esenciales o fundamentales, reconocidos jurídicamente a nivel nacional o internacional -como decía NOGUEIRA ALCALÁ[3]- pero también a aquellos no enunciados o no enumerados[4] aún no reconocidos por la imperfección propia del Derecho Positivo pero que sean consustanciales a la naturaleza del hombre y se descubran en el futuro. Incluyo así a los derechos llamados de la primera, segunda y tercera generación, así como de futuras generaciones que puedan conocerse.

---

[1] BIDART CAMPOS, G. Teoría General de los derechos humanos. Astrea. Buenos Aires, 1991, p. 2.

[2] DURÁN MARTÍNEZ, A. Derechos humanos y medio ambiente, en *DURÁN MARTÍNEZ, A. Estudios sobre derechos humanos*. Universidad Católica del Uruguay - Ingranusi Ltda., Montevideo, 1999, p. 107.

[3] NOGUEIRA ALCALÁ, H. Teoría de los derechos fundamentales y los derechos humanos. CEDECU. Serie Ensayos Nº 2, Ingranusi Ltda., Montevideo, 2000, p. 40.

[4] GROS ESPIELL, H. Los derechos humanos no enunciados o no enumerados en el constitucionalismo americano y en el artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en *Revista de Derecho*. Universidad Católica del Uruguay, Taurus , Montevideo, 2000, Nº I, pp. 33 y ss.

Aclaro por otro lado que estos derechos también se suelen llamar constitucionales, en la medida en que son reconocidos explícita o implícitamente por la Constitución.[5] Aunque, a decir verdad, esta terminología no es -a mi juicio- del todo precisa puesto que podrían existir derechos consagrados por la Constitución y por eso ser derechos constitucionales, pero no ser derechos humanos por no ser inherentes a la personalidad humana.

3. Aunque son varios los derechos humanos que pueden ser objeto de las regulaciones consideradas en este estudio, parecería que los principales afectados son el derecho de propiedad y la libertad, en especial la libertad de trabajo, comercio e industria.

III.

1. Aclarado el sentido de la expresión derechos humanos procede precisar por qué actos jurídicos estos pueden ser limitados.

2. Conforme a nuestra Constitución esta limitación solo es posible por ley. Cito al respecto y a vía de ejemplo los artículos 7, 10, 11, 28, 29, 32 y 36 entre otros. En todos esos casos la Constitución admite la limitación, (incluso en los artículos 7, 10 y 32 la Constitución emplea la palabra privado) de esos derechos humanos por -y solo por- ley.

3. Es ya un lugar común en la doctrina el afirmar que cada vez que nuestra Constitución alude al término ley lo hace en sentido orgánico formal.[6] Por tanto, estos derechos solo pueden limitarse por ley en sentido orgánico formal.

4. Naturalmente que también se pueden limitar directamente por la Constitución ya que esta tiene un valor y fuerza superior al de la ley, o por un acto distinto de la ley cuando la Constitución expresamente lo prevé. Pero no son estas las hipótesis del caso en estudio, por lo que no las consideraré.

5. Ahora bien, la limitación de los derechos humanos que puede efectuar la ley se puede hacer directamente o en ocasiones indirectamente,

---

[5] NOGUEIRA ALCALÁ, H., ob. cit., p. 39.

[6] JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, J. La Constitución Nacional. Cámara de Senadores, Montevideo, 1992, t. I, pp. 225 y ss.; GIORGI, H. El referéndum municipal, en *Anales del Foro*, 1990, números 92-93, pp. 19 y ss.; ESTEVA GALLICCHIO, E. Declaración de inconstitucionalidad de actos administrativos, en *El poder y su control*, UCUDAL - Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político, Serie Congresos y Conferencias, Nº 1, Montevideo, 1990, pp. 99 y ss.; AGUIRRE RAMÍREZ, G. Derecho Legislativo, F.C.U., Montevideo, 1997, t. I, pp. 56 y ss.; DURÁN MARTÍNEZ, A. Casos de Derecho Administrativo. UCUDAL - Igranusi Ltda., Montevideo, 1999, vol. II, pp. 58 y ss.; DURÁN MARTÍNEZ, A. Limitaciones a los derechos constitucionales por Decretos de los Gobiernos Departamentales, en el *Derecho Digital*; GROS ESPIELL, H. Los derechos humanos en la constitución uruguaya y su protección internacional, en *GROS ESPIELL, H. Temas Internacionales*. Melibea Ediciones, Montevideo, 2001, p. 451; RISSO FERRAND, M.J. Derecho Constitucional. Ingranusi Ltda., Montevideo, 1998, t. III, pp. 73 y ss.

cuando la ley habilita a la Administración a hacerlo. En este caso se produce una ampliación de la potestad reglamentaria.

La limitación de los derechos humanos está dentro de la reserva de la ley, pero si la ley habilita a tal limitación a la Administración, dentro de determinado marco y sin que se configure una verdadera delegación de poder a poder, ella puede efectuarse por reglamento.[7] Se da en este último caso lo que PARADA llamaba cobertura legal, explicando la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español.[8]

6. Esos reglamentos que cuentan con ley habilitante para limitar derechos humanos son propiamente reglamentos de ejecución, en el sentido de que se dictan "con el motivo de que existe una ley a ejecutar y con la finalidad de ejecutarla."[9]

Y en nuestro Derecho, conforme a lo establecido por el artículo 168, numeral 4º de la Constitución, el órgano competente para dictar un reglamento de ejecución es el Poder Ejecutivo, sin perjuicio de la competencia de las Intendencias Municipales para el dictado de los reglamentos necesarios para la ejecución de los Decretos Departamentales en el estricto marco de su competencia (art. 275 numeral 2 de la Constitución)[10] y el especialísimo caso de las ordenanzas del Banco Central del Uruguay que ahora no analizaré.

De manera que, conforme a lo expuesto, el Poder Ejecutivo, existiendo ley habilitante, podría limitar derechos humanos mediante un acto reglamentario.

7. Por cierto que ese reglamento habilitado por la ley para limitar derechos humanos o fundamentales, así como la ley misma, al hacerlo no puede ignorar la sustancialidad de esos derechos.

Por eso es que FERRAJOLI reacciona ante la concepción kelseniana y dice:

> "Esta concepción puramente formal de la validez es, a mi juicio, el fruto de una simplificación, que se deriva, a su vez, de una incomprensión de

---

[7] DURÁN MARTÍNEZ, A. Turismo. Aspectos del régimen jurídico. Acali Editorial, Montevideo, 1979, p. 53; DURÁN MARTÍNEZ, A. Sanciones administrativas y procedimiento para su aplicación en el marco de la ley reguladora de las relaciones de consumo, en *ORDOQUI CASTILLA, G. y otros, Derechos del Consumidor en el Marco de la Legislación Nacional y la Integración Regional*, UCUDAL, Editorial Jurídica de Uruguay Eduardo Esteva, Ingranusi Ltda., Montevideo, 2000, pp. 192 y ss.

[8] PARADA, R. Derecho Administrativo. Marcial Pons, Madrid, 1997, t. I, pp. 535 y ss.

[9] CAJARVILLE PELUFFO, J.P. Límites de la actividad reglamentaria, en *Instituto Uruguayo de Derecho Administrativo y otros*, Actividad reglamentaria de la Administración, F.C.U., Montevideo, 1989, p. 47.

[10] Por cierto que esos decretos Departamentales y sus reglamentos de ejecución pueden limitar derechos humanos, si la Constitución o la ley lo habilita. Ver DURÁN MARTÍNEZ, A. Limitación de los derechos constitucionales por decretos de los Gobiernos Departamentales, en *El Derecho Digital*, Sección Doctrina.

la complejidad de la legalidad en el Estado constitucional de derecho que acaba de ilustrarse. En efecto, el sistema de las normas sobre la producción de normas -habitualmente establecido, en nuestros ordenamientos, con rango constitucional- no se compone sólo de normas formales sobre la competencia o sobre los procedimientos de formación de las leyes. Incluye también normas sustanciales, como el principio de igualdad y los derechos fundamentales, que de modo diverso limitan y vinculan al poder legislativo excluyendo o imponiéndole determinados contenidos. Así, una norma -por ejemplo, una ley que viola el principio constitucional de igualdad- por más que tenga existencia formal o vigencia, puede muy bien ser inválida y como tal susceptible de anulación por contraste con una norma sustancial sobre su producción.[11]

Pese a que el pensamiento del jurista florentino se nutre del positivismo jurídico de KELSEN y de la orientación ius-analítica de BOBBIO[12] en buena medida se vuelve contra sus fuentes. En tal sentido expresó: "La legalidad positiva o formal en el Estado constitucional de derecho ha cambiado de naturaleza: no es solo condicionante, sino que ella está a su vez condicionada por vínculos jurídicos no solo formales sino también sustanciales."[13]

"El paradigma del Estado constitucional de derecho -o sea, el modelo garantista- no es otra cosa que esta doble sujeción del derecho al derecho, que afecta a ambas dimensiones de todo fenómeno normativo: la vigencia y la validez, la forma y la sustancia, los signos y los significados, la legitimación formal y la legitimación sustancial o, si se quiere, la 'racionalidad formal' y la 'racionalidad material' weberianas. Gracias a la disociación y a la sujeción de ambas dimensiones a dos tipos de reglas diferentes, ha dejado de ser cierto que la validez del derecho dependa, como lo entendía Kelsen, únicamente de requisitos formales, y que la razón jurídica moderna sea, como creía Weber, sólo una 'racionalidad formal'; y también que la misma esté amenazada, como temen muchos teóricos actuales de la crisis, por la inserción en ella de una 'racionalidad material' orientada a fines, como lo sería la propia del moderno Estado social. Todos los derechos fundamentales -no sólo los derechos sociales y las obligaciones positivas que imponen al Estado, sino también los derechos de libertad y los correspondientes deberes negativos que limitan sus intervenciones- equivalen a vínculos de sustancia y no de forma, que condicionan la validez sustancial de las normas producidas y expresan, al mismo tiempo, los fines a que está orientado ese moderno artificio que es el Estado constitucional de derecho."[14]

---

[11] FERRAJOLI. L. Derechos y garantías. La ley del más débil. Editorial TROTTA, Madrid, 1999, pp. 20 y ss.

[12] IBÁÑEZ, P.A. Prólogo al libro de Luigi FERRAJOLI citado, p. 19.

[13] FERRAJOLI, L., ob. cit., p. 19.

[14] FERRAJOLI, L., ob. cit., p. 22.

En análogo sentido en nuestro medio GROS ESPIELL decía: “La Ley, -la ley formal, regularmente aprobada según lo que dispone la Constitución,- puede limitar o reglamentar el goce de los derechos constitucionalmente enunciados, por razones de interés general (art. 7). Pero no se pueden eliminar o suprimir Derechos Humanos o dejar a un individuo sin la protección constitucional de sus derechos. La constitución dispone que nadie puede ser privado de los derechos referidos en su artículo 7, sino conforme a las leyes que se establezcan por razones de interés general. La interpretación correcta de la Carta Magna, considerada en su integridad y en su contexto, en función de su objeto y fin, y de sus fundamentos filosóficos e históricos, es que no puede dejarse a un ser humano sin derechos aunque sea posible limitar, restringir y hasta excluir, en determinados supuestos, con respecto a algún o algunos derechos, su ejercicio y goce, de acuerdo con las pautas constitucionales.”[15]

8. Estos límites a la ley por la sustancialidad de los derechos humanos incluyen, -o desde otra perspectiva son sin perjuicio de-, las exigencias de:

razonabilidad, puesto que el hombre es un animal racional, lo que supone que está dotado de inteligencia y voluntad; inteligencia que le permite conocer y voluntad que le permite actuar. Como el bien es el fin de todas sus acciones se percibe que la voluntad presupone la inteligencia.[16] La ley y el reglamento así, como declaraciones de voluntad que son, son declaraciones de voluntad iluminadas por la inteligencia, son declaraciones de voluntad razonables. Por eso Santo TOMÁS DE AQUINO definía a la ley en sentido material, como una ordenación racional de la sociedad finalizada al bien común[17]; y por eso GIORGI consideró inconstitucional las leyes irracionales;.[18]

proporcionalidad, puesto que el Derecho, como analogado principal es lo justo, es algo proporcional[19], en definitiva el Derecho es proporción.[20] Debe

---

[15] GROS ESPIELL, H. Los derechos humanos en la constitución uruguaya y su protección ..., loc. cit., p. 451.

[16] ARISTÓTELES. Moral a Nicómaco. Espasa-Calpe S.A., Madrid, 1972. Libro I, Cap. 1, p. 33; SANTO TOMÁS DE AQUINO. Suma Teológica- Tratado de la ley/ I. II. Cuestión 94, Cap.V, art. 2, en *Tratado de la ley, Tratado de la Justicia,* Opúsculo sobre el Gobierno de los Príncipes. Editorial Porrúa S.A., México, 1975, p. 28 y en Opúsculo ...., loc. cit. pp. 257 y ss.; DURÁN MARTÍNEZ, A. La prueba en el procedimiento administrativo, en *La Justicia Uruguaya*, p. 89, año 1984, S.D. pp. 69 y ss.; DURÁN MARTÍNEZ, A. Casos de Derecho Administrativo, Universidad Católica del Uruguay - Ingranusi Ltda., Montevideo, 1999, vol II, pp. 62 y ss.

[17] SANTO TOMÁS DE AQUINO. Suma Teológica. Tratado de la ley. Cuestión 9. Capítulo I. Art. 4.

[18] GIORGI, H. Irracionalidad e injusticia manifiesta en las normas legales, en *Escritos Jurídicos*, F.C.U., Montevideo, 1976, pp. 387 y ss.

[19] ARISTÓTELES, Moral ..., p. 135; VILLEY, M. Método, fuentes y lenguaje jurídicos. Ghersi Editor, Buenos Aires, 1978, pp. 168 y ss.; VILLEY, M. El Derecho. Perspectiva griega, judía y cristiana. Ghersi Editor, Buenos Aires, 1978, pp. 64, 94 y 102.

existir una adecuada proporción así entre los motivos y el contenido de todo acto jurídico y entre el contenido y el fin.[21] Siendo así las cosas, el Derecho objetivo como analogado secundario, no puede concebir un acto injusto. Por algo GIORGI admitió la inconstitucionalidad de las leyes injustas; [22]

ajuste al fin debido, los conceptos delineados en el fallo PARISET del Consejo de Estado francés[23] respecto a la desviación de poder pueden perfectamente extenderse a todo acto jurídico estatal. Por eso en nuestro medio FRUGONE SCHIAVONE sostuvo la posibilidad de la declaración de inconstitucionalidad de una ley por desviación de poder.[24]

9. Esas limitaciones a la ley, las encontramos también con mayor razón en los reglamentos de ejecución por tratarse de normas subordinadas a la ley y en atención a las causales de nulidad expresamente mencionadas en el artículo 309 de la Constitución.[25]

IV.

1. Otro aspecto que corresponde precisar es el sentido de la expresión órganos reguladores o unidades reguladoras que figura en el título de la exposición que se me ha asignado.

2. No es novedad para nadie que el mundo -por lo menos lo que se ha llamado el "mundo occidental cristiano"- se encuentra en un acentuado proceso de privatización, o mejor dicho, para acudir a la feliz expresión de

---

[20] DURÁN MARTÍNEZ A. Proporcionalidad entre la falta y la sanción, en *Revista Uruguaya de Estudios Administrativos*, Acali Editorial, Montevideo, año 1980, vol. 1, pp. 132 y ss.; DURÁN MARTÍNEZ, A. La prueba ..., loc. cit., p. 71.

[21] FRUGONE SCHIAVONE, H. La discrecionalidad administrativa, en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, año XXVI, enero-junio de 1982, Nº 1, pp. 102 y ss.; DURÁN MARTÍNEZ, A. Desviación, abuso y exceso de poder, en *Anales del Foro*, Año 4, Nº 59-60, pp. 221 y ss.

[22] GIORGI, H. Irracionalidad e injusticia ..., pp. 387 y ss.

[23] ODENT, R. Contentieux administrtif. Université de Paris - Institut d' Études Politiques, Les Cours de Droit, Paris, 1970-1971, Fascicule VI, pp. 1595 y ss.; DURÁN MARTÍNEZ, A. El Contencioso Administrativo Francés. Temas de Derecho Público. Nº 11, Editorial Nuevajurídica, Montevideo, 2000, p. 55.

[24] FRUGONE SCHIAVONE, H. La veda o moratoria judicial y el principio de desviación de poder, en *Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, t. II, junio-julio 1985, Nº 7, p. 29.

[25] DURÁN MARTÍNEZ, A. El Contencioso Administrativo de Anulación en el Derecho Uruguayo, en *Anuario de Derecho Administrativo*, F.C.U., Montevideo, 2000, t. VIII, pp. 120 y ss.

ARIÑO ORTIZ, de "reprivatización"[26] puesto que se trata de devolver al sector privado lo que por origen y naturaleza es privado y el Estado asumió.[27]

3. Por cierto que ese tránsito no es fácil. Y además esas actividades tienen sin duda alguna una especial importancia. Por algo el Estado las asumió; no fue por un mero acto de arbitrariedad o por impulso de brutal ferocidad, más allá de que en este aspecto por momentos el Estado fue brutal, feroz y voraz.

Por eso es que, si bien estimo que es bueno este proceso, no es posible que el Estado de un día para otro se desentienda sin más de todas esas actividades de naturaleza privada que durante tanto tiempo asumió. Por eso es que en el marco de este proceso de reprivatización aparecen los llamados órganos reguladores o unidades reguladoras.

4. Admito que el ámbito de acción de estos órganos reguladores a menudo abarca actividades que siempre estuvieron en el sector privado. Y también admito que estos órganos reguladores por su competencia material abarcan asimismo la actividad de los órganos estatales que continúan prestando servicios en el sector.

Pero es obvio que esas unidades reguladoras aparecieron en el marco del proceso de privatización. En pleno período del Estado de Bienestar tanto es lo que el Estado asumió en el ámbito prestacional, que no consideró necesario crear un órgano regulador para la actividad que quedó en el ámbito privado. Y, por cierto, que no pensó mucho en controlarse a sí mismo, por lo menos en serio. Es más, en la etapa del Estado Benefactor, por lo menos en nuestro país, en los pocos casos en que la actividad privada competía con la estatal era el propio ente estatal competidor con el sector privado que lo controlaba. Esto que desde todo punto de vista es una aberración ocurría hasta hace muy poco y en ciertos sectores sigue aún ocurriendo pese a que ya se está tomando conciencia de que es aberrante.

5. Estos entes reguladores aparecieron en oportunidad de estos procesos de privatización pues con ellos aparecieron nuevas necesidades de regulación.

Bien advirtió BAUZÁ MARTORELL que "la privatización de los servicios públicos ha generado -curiosamente- una mayor regulación de las prestaciones de bienes y servicios por parte de los agentes privados. Si antes estas funciones se prestaban en el seno de los poderes públicos, con la consiguiente salvaguarda del interés general, el traslado de estas funciones a los agentes privados exige una mayor determinación de las condiciones de la prestación de

---

[26] ARIÑO ORTIZ, G. Significado y alcance del proceso de reprivatización, en *Primer Seminario Internacional sobre aspectos Legales de la Privatización y la Desregulación*. Agosto 9-11 de 1989. Suplemento de "Régimen de la Administración Pública.", Editorial Ciencias de la Administración. Buenos Aires, 1989, p. 155.

[27] DURÁN MARTÍNEZ, A. Tamaño del Estado y privatizaciones, en *Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, t. VII, abril-mayo 1991, Nº 42, pp. 513 y ss.

estas actividades, como sometimiento a tarifas, la prohibición de abuso de posición dominante, la participación en los órganos de control, o auditorías, entre otras. Así nace el concepto de neorregulación."[28]

6. También, como acertadamente se ha advertido, "ha crecido la preocupación por la preservación del medio ambiente, la prevención de la contaminación y el mejoramiento de la calidad de vida,"[29] así como por lo derechos del consumidor.[30]

El incremento de la preocupación por los derechos llamados de la tercera generación contribuyó también a aumentar la necesidad de esta neorregulación.

Esta toma de conciencia por los derechos de la tercera generación, considerados derechos de solidaridad, se levanta en buena medida ante los abusos que un capitalismo descarnado o desenfrenado pueda cometer.

Hace poco nuestra prensa recogió un artículo de Joaquín ESTEFANIA publicado en El País de Madrid en el que se expresaba: "Los ciudadanos han visto desnudos la codicia, la avaricia, la desigualdad, la exclusión, sin velos de ningún tipo. Las bolsas de valores, los mercados donde cada vez más ciudadanos depositaban sus ahorros, están deprimidos y llenos de tristeza. Millones de personas están perdiendo su dinero o sencillamente se han arruinado. Pero lo más dramático está por llegar: el momento en que el contagio se traslade de los pequeños accionistas a la solvencia de los bancos. Solo entonces se encenderán las luces rojas y los Estados intervendrán, olvidándose de los principios de la economía de mercado."[31]

Esa neorregulación, bien concebida y bien aplicada, procura evitar esas catástrofes indicadas por el columnista madrileño, procura asegurar un correcto funcionamiento del libre mercado y procura en definitiva la plena realización del derecho a vivir, en el sentido que GROS ESPIELL daba a esta expresión.[32]

---

[28] BAUZÁ MARTORELL, F.J. La desadministración pública. Consell de Mallorca - Marcial Pons, Madrid, 2001, p. 42.

[29] PALAZZO, J.L./ SESÍN, D.J./ ROLÓN LEMBEYE, V.A. La transformación del Estado. Tendencias actuales, innovaciones en el derecho italiano y europeo. Depalma, Buenos Aires, 1992, p. XXIII.

[30] Ver GROS ESPIELL, H. Los derechos básicos del consumidor en el artículo 6 de la ley Nº 17.189, en *ORDOQUI CASTILLA, G. y otros Derechos del Consumidor en el Marco de la Legislación Nacional y la Integración Regional*. UCUDAL- Editorial Jurídica del Uruguay Eduardo Esteva - Ingranusi Ltda. Montevideo, 2000, pp. 15 y ss.; DURÁN MARTÍNEZ, A. Sanciones administrativas y procedimiento para su aplicación en el marco de la ley reguladora de las relaciones de concurso (ley Nº 17.189 de 20 de setiembre de 1999), en *ORDOQUI CASTILLA, G. y otros Derechos Consumidor en el Marco* ..., pp. 189 y ss.

[31] ESTEFANIA, J. La enfermedad del capitalismo, en *QUÉ PASA*, sábado 17 de agosto de 2002, año III, Nº 115, EL PAÍS, Montevideo-Uruguay, p. 4.

[32] GROS ESPIELL, H. La complémentarité entre les notions de droit à la vie et de droit de vivre, en Actes du symposium sur LE DROIT A LA VIE. Quarante ans après l'adoption de la

No se puede ignorar la vieja advertencia de MONTESQUIEU: "nos ha enseñado una experiencia eterna que todo hombre investido de autoridad abusa de ella. No hay poder que no incite al abuso, a la extralimitación. ¡Quién lo diría! ni la virtud puede ser ilimitada."[33] Esa observación es válida para todo tipo de poder: político, económico, sindical o de cualquier otra naturaleza.

Esa neorregulación se dicta así también para evitar esos abusos y en buena medida se basa en esos deberes que también por derivar de la naturaleza humana están comprendidos en el artículo 72 de la Constitución y procura encausarlos. Este artículo permite "reconocer la existencia de otros deberes, además de los expresamente enunciados,"[34] puesto que además de derechos y garantías alude a los deberes, cosa que a menudo se olvida.

Es que todos los derechos humanos "son interdependientes, forman una unidad y están intercondicionados."[35]

7. Esa neorregulación comprende a la prestación de servicios que continúa prestando el Estado en su forma tradicional, así como a los servicios prestados por los particulares. Como se ha dicho, solo en este último caso estamos ante un caso de regulación de derechos humanos. Y estos casos incluyen las actividades estrictamente privadas, las privadas de interés público y aquellas actividades cuya titularidad corresponde al Estado pero cuyo ejercicio se ha privatizado.

En todos estos casos, repito, estamos ante un problema de regulación de derechos humanos aunque la intensidad de los poderes públicos es diversa en estas tres hipótesis.

Pero esta neorregulación abarca también otro tipo de actividades.

El siglo XX nos ha mostrado un fenómeno que se ha denominado huida del derecho administrativo, o huida del derecho público o huida hacia el derecho privado.[36]

---

déclaration universelle de droits de l'homme: évolution conceptuelle, normative, et jurisprudentielle. CIP. Genève, 1991, pp. 5 y ss.

[33] MONTESQUIEU. El espíritu de las leyes. Editorial Heliastra S.R.L., Buenos Aires, 1944, p. 186.

[34] GROS ESPIELL, H. Los derechos humanos no enunciados o no ..., loc. cit., p. 45.

[35] GROS ESPIELL, H. Los derechos humanos: derecho constitucional y derecho internacional, en *GROS ESPIELL, H. Estudios Constitucionales*. Ingranusi Ltda. Montevideo, 1998, p. 376.

[36] BREWER-CARÍAS, A.R. La actividad administrativa y su régimen jurídico. Sentido de la interaplicación del Derecho Público y del Derecho Privado, en *II Jornadas Internacionales de Derecho Adminitrativo "Allan Randolph Brewer-Carías"*, FUNEDA, Caracas, 1996, pp. 27; MUÑOZ, G.A. Derecho Público y Derecho Privado en la organización de la Administración. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, p. 449; GONZÁLEZ VARAS IBAÑEZ, S. El Derecho Administrativo privado, Editorial Montecorvo S.A., Madrid, 1996, pp. 121 y ss.; BAUZÁ MARTORELL, F.J., ob. cit., pp. 57 y ss.; DURÁN MARTÍNEZ, A. Control de las actividades privatizadas. Exposición formulada en Montevideo el 27 de octubre de 2000 en el marco del III Congreso de la

Esta huida del Derecho Administrativo consiste "en el traslado del ejercicio de funciones públicas a personas no públicas y en el sometimiento de las Administraciones Públicas al Derecho privado. Todo ello con el pretexto de la eficacia y con el instrumento de la descentralización y el correspondiente otorgamiento de personalidad jurídica."[37]

Por eso es que se ha hablado al respecto de una desadministración pública.[38]

Ese fenómeno, que no es sino una huida de los controles de derecho público y de los procedimientos administrativos, constituye lo que se ha denominado una privatización formal. Aquí el Estado no se desprende de nada, pero para actuar lo hace con el ropaje del derecho privado.[39]

Estas actividades también quedan comprendidas en esta "neorregulación". Estas actividades son consideradas privadas por el derecho positivo por su forma. Pero, ¿estamos aquí ante derechos humanos? Pienso que no. Estimo que en estos casos corresponde "levantar el velo de la personalidad de los entes instrumentales sometidos en su actuación al Derecho privado", como se ha dicho[40], y ver allí más que derechos humanos potestades públicas que se ha querido ocultar.

Estos casos, pues, no entran en el objeto de mi exposición aunque sí sean objeto de esta neorregulación.

8. Con relación a la competencia material de estos llamados órganos reguladores advierto que a menudo, a mi juicio, ella no condice exactamente con su denominación. El nombre, aspecto esencial del órgano -según MÉNDEZ[41]- en estos casos no siempre configura un fiel reflejo del aspecto sustantivo. Es que es frecuente que se confunda regulación y control, dos actividades en puridad distintas.

9. Con acierto NALLAR ha expresado: "regular y controlar no son actividades similares, son muy distintos los instrumentos que una y otra requieren del sujeto que las lleva a la práctica, son diferentes las capacidades y

---

Asociación de Derecho Público del Mercosur, IV Jornadas de Derecho Administrativo de los países del Mercosur, *en prensa*.

[37] BAUZÁ MARTORELL, F.J., ob. cit., p. 59.

[38] BAUZÁ MARTORELL, F.J., ob. cit., pp. 193 y ss.

[39] DURÁN MARTÍNEZ, A. Control de las ..., .

[40] DELPIAZZO, C.E. Actividad administrativa y derecho privado, en *Revista de Derecho. Universidad de Montevideo - Facultad de Derecho*, Montevideo, año I (2002), Nº 1, p. 27.

[41] MÉNDEZ, A. La teoría del órgano. Amalio M. Fernández, Montevideo, 1971, p. 75.

los conocimientos exigidos en sus ejecutores y también varían profundamente los pasos que deben cumplirse para concretar sus objetivos."[42]

10. Considero que SAYAGUÉS LASO tuvo esto muy claro. En efecto, cuando estudia la regulación de la actividad privada, luego de invocar los artículos 7, 10 y 36 de la Constitución expresó: "cabe afirmar que uno de los cometidos fundamentales del estado es la regulación de la actividad privada mediante normas dictadas corrientemente por el órgano legislativo."[43]

Y casi enseguida añadió: "Generalmente el estado no se limita a la mera formación de normas reguladoras de la actividad privada, sino que realiza ciertas tareas concretas, prácticas, con el propósito de controlar, encauzar, etc., esa misma actividad. Es una actividad complementaria de la regulación de la actividad privada y requerida para obtener el mejor resultado."[44]

> "En suma, la regulación de la conducta de los particulares mediante la sola emisión de normas no es suficiente; el estado hace bastante más: controla, ayuda, orienta, etc., desarrollando a esos fines una actividad muy variada.
>
> Todo ese conjunto de tareas concretas que realiza el estado, tiene un objetivo común: favorecer y ordenar el desenvolvimiento de la actividad privada. Por consiguiente, constituyen cometidos estatales que se individualizan con caracteres propios en el conglomerado de tareas que realizan los entes públicos.
>
> Dichos cometidos pueden ser agrupados bajo el nombre de aspectos administrativos de la regulación de la actividad privada, expresión que, sin ser perfecta, denota bien los caracteres y fines de aquellos."[45]

De este pasaje se desprende claramente que SAYAGUÉS LASO distingue lo que es regulación de la actividad privada de lo que llama aspectos administrativos de la regulación de la actividad privada.

Para él la regulación consiste en el dictado de normas generales; los aspectos administrativos de la regulación consisten en ese conjunto de tareas concretas que indica. Para SAYAGUÉS LASO, no basta con la regulación que consiste en el dictado de normas; esta actividad es complementada con otra de alcance variado que denomina aspectos administrativos de la regulación de la actividad privada pero que no confunde con la regulación.

---

[42] NALLAR, D.M. El Estado regulador y el nuevo mercado del servicio público. Análisis jurídico sobre la privatización, la regulación y los entes regulatorios. Depalma, Buenos Aires, 1999, p. 147.

[43] SAYAGUÉS LASO, E. Tratado de Derecho Administrativo. Montevideo, 1953, t. I, p. 53.

[44] SAYAGUÉS LASO, E., ob. cit., loc. cit., p. 53.

[45] SAYAGUÉS LASO, E., ob. cit., loc. cit., pp. 54 y ss.

Y cuando dice que esas normas son dictadas corrientemente por el órgano legislativo, obviamente está aludiendo a la reserva de la ley en virtud de la previa cita de los artículos 7, 10 y 36 de la Constitución. Al decir "corrientemente", implícitamente está admitiendo la regulación por actos administrativos. Como los actos particulares son incluidos dentro de los aspectos administrativos de la regulación, no cabe sino deducir que esos actos administrativos incluidos en la actividad de regulación son los generales; son los reglamentos de ejecución ya mencionados.

11. Sin embargo, en doctrina también se ha empleado un concepto más amplio de regulación.

Así por ejemplo NALLAR, que como se ha visto efectuó una correcta distinción entre las actividades de regulación y control, adoptó un concepto más amplio de regulación que el de SAYAGUÉS LASO.

En este sentido, señaló que la regulación es una actividad esencialmente reglamentaria porque se cumple mediante el establecimiento de reglas. Pero de inmediato agregó: "Es oportuno aclarar aquí, sin perjuicio de volver sobre el tema, que consideramos la actividad jurisdiccional y sancionatoria del sujeto regulador como actividad regulatoria, pues no otra cosa que reglas de conducta para el futuro son las decisiones que se toman al resolver conflictos y los actos que emanan de un procedimiento sancionatorio."[46]

En nuestro medio BRITO adoptó un concepto aun más amplio de regulación que el de NALLAR. En tal sentido, luego de evocar las enseñanzas de SAYAGUÉS LASO ya aludidas en este estudio, se apartó en algo del maestro y manifestó:

> "El Estado, parece posible afirmar, no regula solo mediante normas su Administración, en la terminología que solemos usar los administrativistas. No regula sólo mediante normas, en principio legislativas, la actividad que nos ocupa, la actividad privada. Antes bien, nos parece que lo hace también mediante una actividad multiforme, variadísima, que ora habilita, ora condiciona, ora confirma o aprueba con importantes efectos jurídicos -pensemos en los actos de homologación- que especialmente a través de determinados órganos, caso del Ministerio de Trabajo, dicta respecto de convenios colectivos de trabajo. Ya en otros casos, asiste, estimula, fomenta o favorece, ora desestimula o dificulta, y siempre controla. De tal manera que en este sentido amplio, la regulación de la actividad privada es multiforme, revistiendo las modalidades que van desde la regulación normativa -acto regla- hasta las operaciones materiales, pasando por disposiciones generales y actos subjetivos, contractuales y convencionales.
>
> Y llego a que la Administración regula la actividad privada, incluso llegando hasta las operaciones materiales, porque pienso que en

[46] NALLAR, D. M., ob. cit., p. 120.

> definitiva lo que está haciendo la Administración en esta actitud o actividad de regulación, es alcanzar la acción de los administrados, la conducta de los administrados, alcanzar las operaciones humanas."[47]

Esta concepción amplia de la regulación de la actividad privada desarrollada por BRITO fue expresamente compartida por la profesora Cristina VÁZQUEZ.[48]

En la Exposición de Motivos que acompañó el proyecto de ley de marco regulatorio del sistema eléctrico, proyecto que se convirtió en la ley Nº 16.832 de 17 de junio de 1997, también se adoptó una concepción amplia. Allí se dijo: "los cometidos básicos comprendidos en el rol normativo regulados son: la formulación de la política sectorial, el establecimiento de las normas respectivas, la fiscalización del cumplimiento de las normas regulatorias, en especial en aspectos de calidad y seguridad del servicio, y la aplicación de sanciones por incumplimiento."[49]

12. Personalmente prefiero el concepto de regulación restringido de SAYAGUÉS LASO pues evita equívocos muy peligrosos. Y es con ese sentido que encaro en este trabajo la limitación de derechos humanos por parte de actos de órganos reguladores.

En este punto NALLAR -aunque se encuentra en una posición intermedia- cuando refería a la distinción entre regulación y control, con acierto decía: "Lejos de constituir una distinción teórica y sin mayores consecuencias prácticas, consideramos fundamental establecer una diferencia ente la actitud imparcial, creadora, flexible y sujeta a principios de justicia y equidad, que el sujeto regulador asume cuando dicta reglas, ... y la actitud rígida, de vigilia y predeterminada que el mismo sujeto asume cuando controla si una regla preestablecida por la norma se cumplió o no.- Ello por cuanto nos resulta difícil abstraernos de las diferencias que existen entre la función concreta y rígidamente encauzada que implica controlar la función interpretadora, impregnada de principios y objetivos parciales y finales y a la vez abierta la creación, al servicio del bien común, que significa regular."[50]

Por eso es que partiendo de esta distinción en otra oportunidad expresé:

> "Regular implica dictar normas de conducta a las cuales se deben ajustar los sujetos destinatarios de las mismas. Controlar significa fiscalizar el cumplimiento de esas normas.

---

[47] BRITO, M. Administración y regulación de la actividad privada, en *Instituto Uruguayo de Derecho Administrativo*, F.C.U., Montevideo, 1989, pp. 226 y ss.

[48] VÁZQUEZ, C. El régimen jurídico de la industria eléctrica. Novedades desde el punto de vista institucional, en *CAGNONI, J.A. - SÁNCHEZ CARNELLI, L. y otros, Aspectos administrativos en las leyes "de urgencia" y de presupuesto* (números 17.243- 17.292 -17.296). Homenaje a la memoria del Prof. Héctor Barbé Pérez, Montevideo, 2002, p. 177.

[49] VÁZQUEZ, C., ob. cit., loc. cit., p. 174.

[50] NALLAR, D.M., ob. cit., p. 147.

> Naturalmente que tratándose de actividades cuyo ejercicio es privado pero cuya titularidad corresponde al Estado, esas normas reguladoras deben procurar que todo se dirija al bien común. Y ese control, naturalmente, debe velar para que eso ocurra pensando en ese bien común y no tanto en las circunstancias individuales para las cuales está la Justicia y los sistemas de control generales.
>
> No obstante lo expuesto, han proliferado los llamados entes reguladores cuya función trasciende lo que indica su denominación e invaden el ámbito del control.
>
> No nos parece que sea bueno que el mismo órgano tenga la función de regulación y la de control. MONTESQUIEU hace ya muchos años vio la cosa muy clara y ahora nosotros nos empeñamos en enturbiar las aguas.
>
> La regulación en sus aspectos básicos compete a la ley pero en su aspecto cuantitativamente más importante es una actividad de ejecución que corresponde al Poder Ejecutivo, en nuestro país conforme al artículo 168, numeral 4 de nuestra Constitución.
>
> Por tanto el llamado ente regulador en nuestro medio debe estar enclavado en el Poder Ejecutivo, en el mayor nivel institucional posible, y debe preparar y proyectar las normas que en definitiva el Poder Ejecutivo debe dictar. En virtud de lo expuesto, en nuestro medio visualizo el ente regulador en la Oficina de Planeamiento y Presupuesto.
>
> Por el contrario, estimamos que el ente controlador que consideramos debe estar separado del regulador, debe estar los más lejos posible del poder político.
>
> Nos parece que la descentralización, que en nuestro país -por lo menos en lo que refiere a la descentralización por servicios- surgió para desarrollar adecuadamente la actividad prestacional, al retirarse esta debe emplearse para el control de las actividades privatizadas.
>
> Y como estimamos que el ente controlador debe guardar la máxima independencia posible del Poder Ejecutivo, su forma debería ser la de Ente Autónomo."[51]

13. Sin perjuicio de esa distinción, estimo que habiendo ley habilitante, en el marco de la ley, y con las limitaciones ya indicadas la Administración puede limitar derechos humanos por actos generales o particulares, abstractos o concretos.

14. Ahora bien, distinguiendo así regulación y control y adoptando para el término regulación la acepción estricta de SAYAGUÉS LASO, el órgano regulador debe ser el Poder Ejecutivo. Los llamados entes u órganos

[51] DURÁN MARTÍNEZ, A. Control de las ..., .

reguladores o unidades reguladoras, que no se identifican con el Poder Ejecutivo aunque suelen ser integrantes de su sistema orgánico, no pueden emitir esas reglamentación limitativas de derechos humanos.

Podrían sí tener competencia material al respecto a los efectos de preparar y proyectar esa normativa. Y por tal razón y en ese sentido llamarse órganos reguladores. Pero la normativa en cuestión no puede ser dictada por esos órganos, sino por el Poder Ejecutivo, que es en nuestro Derecho el que posee la competencia (artículo 168, numeral 4º de la Constitución).

15. En el sentido indicado, esos llamados entes reguladores, a los que erróneamente se le suele asignar cometidos de control, en el ámbito de su competencia legal pueden dictar actos subjetivos que limiten los derechos humanos. Pero no lo pueden hacer por medio de normas generales.

V.

1. Paso ahora rápidamente a analizar algunos ejemplos de nuestro derecho positivo.

2. En tal sentido tendré en cuenta la Unidad Reguladora de Servicios de Comunicaciones (URSEC), la Unidad Reguladora de la Energía Eléctrica (UREE), la Unidad Reguladora del Gas (URGAS) y la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONTEL).

3. Analizaré las unidades indicadas en el orden mencionado.

4. No obstante, antes de entrar a ese análisis observo:

las cuatro unidades referidas poseen competencia material tanto en el ámbito de la regulación como en el del control, aunque, como luego se verá, sus poderes jurídicos difieren;

salvo la CONTEL, todas se denominan unidades reguladoras;

todas ellas están insertas en el ámbito de la Oficina de Planeamiento y Presupuesto, aspecto este que desde el punto de vista de su constitucionalidad considero perfectamente viable pues como lo he sostenido ya hace unos cuantos años, la Oficina de Planeamiento y Presupuesto, que posee una competencia abierta, y la Presidencia de la República, de la que esta Oficina depende directamente, integran el sistema orgánico del Poder Ejecutivo.[52]

VI.

[52] DURÁN MARTÍNEZ, A. Poder Ejecutivo: funcionamiento y sistema de Gobierno, en *DURÁN MARTÍNEZ, A. Estudios de Derecho Constitucional*. Ingranusi Ltda., Montevideo, 1998, pp. 77 y ss.

1. La URSEC fue creada por el artículo 70 de la ley Nº 17.296, de 21 de febrero de 2001, como órgano desconcentrado no privativamente del Poder Ejecutivo, a través de la Comisión de Planeamiento y Presupuesto (art. 74 de la ley Nº 17.296).

2. Su ámbito de competencia se circunscribe a las comunicaciones, tanto los servicios de telecomunicaciones como las actividades de los operadores postales (art. 71 de la ley Nº 17.296).

3.- Con relación a las telecomunicaciones, la competencia de la URSEC está básicamente determinada por el artículo 86 de la ley precedentemente citada.

A los efectos de este estudio interesa lo siguiente:

"Art. 86.- En materia de servicios de telecomunicaciones, la URSEC tendrá los siguientes cometidos y poderes jurídicos: ...

formular normas para el control técnico y manejo adecuado de las telecomunicaciones, así como controlar su implementación;

fijar reglas y patrones industriales que aseguren la compatibilidad, interconexión e interoperabilidad de las redes, incluida la red pública, así como el correcto y seguro funcionamiento de los equipos que se conecten a ellas, controlando su aplicación;

presentar al Poder Ejecutivo para su aprobación, un proyecto de reglamento y un pliego único de bases y condiciones para la selección de las entidades autorizadas al uso de frecuencias radioeléctricas conforme lo establecido en el numeral 3 del literal d) del presente artículo; ...

ñ) emitir normas generales e instrucciones particulares que aseguren el funcionamiento de los servicios comprendidos en su competencia con arreglo a lo establecido por las políticas sectoriales y los objetivos enunciados en el artículo 73 de la presente ley;

dictar normas técnicas con relación a dichos servicios; ...".

En materia de servicios postales la competencia de la URSEC está fijada fundamentalmente por el artículo 90 de la ley en análisis.

En lo que nos interesa este artículo dispone:

"Art. 90.- En materia de servicios postales, la URSEC tendrá los siguientes cometidos y poderes jurídicos: ... b) establecer normas regulatorias de los servicios postales, en conformidad con las normas legales y con los convenios y acuerdos internacionales que refieran a ellos; ...".

4. No cabe duda de que en los casos indicados la regulación es necesaria.

En general se ha sostenido la particular importancia de la regulación cuando ocurre un pasaje de un mercado monopólico a uno regido por la competencia[53] como ocurre en algunos de estos casos o en materia de radiocomunicaciones, dado que las ondas radioeléctricas constituyen un medio limitado.[54]

Sin perjuicio de la ley, necesaria en cuanto la regulación puede implicar una limitación de los derechos fundamentales, en los casos de competencia de la URSEC se advierte con facilidad que, en virtud del progreso de la tecnología, no resulta posible a la ley regular todo; resulta necesario ampliar la potestad reglamentaria. La ley debe fijar el marco, efectuar la cobertura legal como decía PARADA y cometer lo demás al reglamento.

Desde ese punto de vista, estimo que los artículos 86 y 90 de la ley Nº 17.296 efectúan una razonable cobertura legal. En el marco indicado, por vía reglamentaria se podría limitar derechos humanos.

5. Pero el problema a mi juicio se plantea no tanto con la reglamentación en sí sino con el órgano que dicta el reglamento.

En efecto, no existe a mi juicio ninguna objeción jurídica al literal h) del artículo 85 aludido pues el cometido que allí se asigna a la URSEC es de tipo preparatorio. La URSEC debe preparar el proyecto de reglamento que en definitiva compete dictar al Poder Ejecutivo.

Pero los demás literales transcritos del artículo 86, así como el b) del artículo 90 son distintos. Allí no se asigna una actividad preparatoria finalizada al acto principal, sino que directamente se asigna a dicha Unidad potestad para el dictado de normas generales.

En todos estos casos estamos ante una verdadera actividad reglamentaria susceptible de limitar derechos humanos. Se trata de reglamentos del tipo de los que en doctrina se han llamado reglamentos de ejecución.

Como se ha visto, esos reglamentos son de competencia del Poder Ejecutivo (art. 168, numeral 4), por lo que ese aspecto de la ley comentada es inconstitucional.

6. No obstante la inconstitucionalidad de la ley señalada, advierto que ella puede soslayarse aplicando una modalidad operativa prevista en la propia ley.

---

[53] CERISOLA, A.M. Las telecomunicaciones en un mundo de competencia. ORT. Eudeba. Buenos Aires, 2000, pp. 23 y ss.

[54] CERISOLA, A.M., ob. cit., p. 237.

Recuérdese que ya indiqué que la URSEC es un órgano desconcentrado no privativamente del Poder Ejecutivo. En efecto, el artículo 70 prevé expresamente la facultad de avocación del Poder Ejecutivo.

El Poder Ejecutivo puede así avocar y dictar directamente los reglamentos que los artículos 86 y 90 habilitan a URSEC a dictar. De esta manera no se salva la inconstitucionalidad de la ley, pero sí la de los reglamentos de esta forma dictados.

De todas maneras, aunque esta potestad de avocación no hubiese sido prevista, como la ley, si bien asigna potestad reglamentaria a la URSEC, no se la priva al Poder Ejecutivo, este puede dictar los reglamentos de ejecución correspondientes.[55]

VII.

1. La U.R.E.E. fue creada por la ley Nº 16.832, de 17 de junio de 1987.

2. El artículo 2 de esa ley establece expresamente que dependerá directamente del Poder Ejecutivo.

El artículo 3 fija su competencia, de la que me interesa ahora destacar la asignada en sus numerales 2 y 3:

> "2) Dictar reglamentos en materia de seguridad y calidad de los servicios prestados, de los materiales y de los dispositivos eléctricos a utilizar.
>
> 3) Dictar normas y procedimientos técnicos de medición de los consumos, de control y de uso de medidores e interruptores y reconexión de suministros."

3. El Decreto Nº 67/000, de 18 de febrero de 2000, dentro del sistema orgánico Poder Ejecutivo, colocó a la UREE en el ámbito de la Oficina de Planeamiento y Presupuesto (art. 2). Y por su artículo 3 reiteró las competencias legales ya señaladas.

4. Finalmente, la ley Nº 17.296 ya citada en este trabajo, por su artículo 98 estableció:

> "La Unidad Reguladora de la Energía Eléctrica (UREE) creada por el art. 2º de la ley Nº 16.832 de 17 de junio de 1997, funcionará en el ámbito de la Comisión de Planeamiento y Presupuesto y dispondrá para el cumplimiento de sus cometidos, de idénticos recursos y potestad sancionatoria que la Unidad Reguladora de Servicios de Comunicaciones (URSEC). Podrá comunicarse directamente con los

[55] El Poder Ejecutivo ha dictado el decreto Nº 212/001, de 4 de mayo de 2001.

Entes Autónomos, Servicios Descentralizados y demás órganos del Estado."

5. Como se advertirá, la competencia material de la U.R.E.E. proviene de la ley Nº 16.832. También de esta ley proviene buena parte de sus poderes jurídicos, entre los que se cuenta la potestad de dictar ciertos reglamentos.

El artículo 98 de la ley de Presupuesto Nacional se limitó a decir, en lo que al punto interesa, que la UREE, para el cumplimiento de sus cometidos, dispondrá de idénticos recursos y potestad sancionatoria que la URSEC.

6. DELPIAZZO, luego de referirse a la naturaleza y posición institucional de la URSEC, en clara alusión al artículo 98 de la ley Nº 17.296, expresó: "similar configuración y ubicación se le atribuye a la UREE."[56]

DELPIAZZO dice bien. Dice similar configuración y ubicación; no dice igual.

La similitud proviene del hecho de que tanto la URSEC como la UREE se encuentran bajo la dependencia de la Oficina de Planeamiento y Presupuesto y poseen potestades desconcentradas. También por disposición de la ley ambas poseen idénticos recursos y potestades sancionatorias.

Pero, aparte de que la competencia material es distinta, debe advertirse que la ley en el caso de la URSEC prevé expresamente la potestad del Poder Ejecutivo de avocación, lo que no ocurre en el caso de la UREE.

Podría sostenerse con relación a la potestad sancionatoria, que al decir la ley que la de la UREE es idéntica a la de la URSEC y al haber recibido esta una potestad en carácter de desconcentración no privativa, también la avocación es posible por parte del Poder Ejecutivo en materia de sanciones correspondientes en el marco de la UREE. Pero esa avocación no alcanza necesariamente a otros aspectos de la competencia del órgano puesto que la identidad, como se ha visto, solo alcanza a los recursos y a la potestad sancionatoria.

Las reglamentaciones previstas en la ley Nº 16.832, posibles constitucionalmente desde el punto de vista sustancial pese a que puedan limitar derechos humanos, resultan inconstitucionales pues al ser reglamentos de ejecución son de competencia del Poder Ejecutivo y no de sus órganos subordinados.

En este aspecto no se ha previsto expresamente una desconcentración no privativa, pero como la norma, sin perjuicio de asignar potestad reglamentaria a la UREE no se la priva al Poder Ejecutivo, debe entenderse que este no pierde competencia al respecto. También así, a los efectos de evitar una inconstitucionalidad en estos reglamentos por un vicio de

[56] DELPIAZZO, C.E. Desafíos actuales del Control. F.C.U., Montevideo, 2001, p.31.

competencia, la UREE debería proyectarlos y elevarlos al Poder Ejecutivo para su aprobación. Fue esto lo que ocurrió en los hechos.[57]

VIII.

1. A diferencia de las Unidades anteriores que fueron creadas por ley, la URGAS fue creada por acto administrativo, el decreto Nº 79/000 de 25 de febrero de 2000.

2. Este decreto tiene como antecedentes otros actos administrativos anteriores como la Resolución del Poder Ejecutivo de 3 de enero de 1994 que crea el Organismo Técnico de Control, el decreto Nº 435/996, de 19 de noviembre de 1996, el decreto Nº 324/997, de 3 de setiembre de 1997, y el decreto Nº 428/997, de 5 de noviembre de 1997.

3. De esa evolución se advierte un cambio de nombre, de competencia y de posición institucional del organismo regulador. De Organismo Técnico de Control se pasó a la Unidad Reguladora del Gas y del Ministerio de Industria, Energía y Minería se pasó a la Oficina de Planteamiento y Presupuesto. La URGAS depende de la O.P.P.

La URGAS nunca se integró por lo que no ha funcionado, pero sus normas reguladoras están vigentes.

4. Su competencia actual surge del artículo 9 del decreto 324/997 de 3 de setiembre de 1997, en la redacción dada por el artículo 4 del decreto Nº 79/000, de 25 de febrero de 2000.

De esta norma me interesa destacar las atribuciones asignadas a la URGAS por los literales f) y g).

> "f) dictar reglamentos en materia de seguridad y calidad de los servicios prestados, de los materiales y de los dispositivos a utilizar;
>
> dictar normas y procedimientos técnicos de medición y facturación de los consumos, de control y uso de medidores y de conexión de suministros;"

5. Es obvio que la potestad reglamentaria no puede ampliarse a sí misma. Lo que es de reserva de la ley solo se puede regular por ley, no por reglamento, a menos que exista una ampliación reglamentaria dispuesta por la Constitución o la ley.

El decreto Nº 79/000 no puede legítimamente así efectuar una ampliación de la potestad reglamentaria. De manera que si se dicta un reglamento al amparo de lo dispuesto en los literales f) y g) aludidos y este

[57] Se han dictado los siguientes decretos: 67/000, de 18 de febrero de 2000, 224/001, de 15 de junio de 2001, 206/002, de 11 de junio de 2002, 276/002, de 28 de junio de 2002, 277/002, de 28 de junio de 2002 y 278/002, de 28 de junio de 2002.

reglamento limita derechos humanos sería inconstitucional por razones sustanciales.

6. Pero también llamo la atención sobre otro punto. Reglamentos de este tipo son reglamentos de ejecución. El decreto Nº 79/000 que crea la URGAS no invoca en su parte expositiva ninguna ley. Si no hay ley no puede haber reglamento de ejecución. Y si hay ley (el decreto Nº 324/997, de 3 de setiembre de 1997, invoca la ley Nº 8.764, de 15 de octubre de 1931) el órgano competente para dictar estos reglamentos es el Poder Ejecutivo y no un órgano subordinado.

Tampoco el Poder Ejecutivo puede asignar la potestad reglamentaria a un órgano subordinado.

Por tanto, estas disposiciones del decreto Nº 79/000 de 25 de febrero de 2000, en cuanto asignan potestad reglamentaria a la URGAS, son inconstitucionales. Los reglamentos dictados así por la URGAS devienen ilegítimos. Claro que en este caso, al recibir la URGAS la competencia de un decreto y no de una ley, ella misma podría desaplicarlo en razón de su inconstitucionalidad;[58] en ese sentido podría proyectar el reglamento y elevarlo al Poder Ejecutivo para su aprobación. De esta manera evita el vicio de inconstitucionalidad de incompetencia aunque no la inconstitucionalidad sustancial si limita derechos humanos por carecer de cobertura legal.

IX.

1. La CONTEL también fue creada por acto administrativo. Fue creada por el decreto Nº 718/991, de 30 de diciembre de 1991.

Constituye un reglamento de ejecución de la ley Nº 16.211, de 1º de octubre de 1991, tal como se desprende claramente de su parte enunciativa.

2. La CONTEL no llegó a integrarse porque tenía sentido en el marco del proceso de privatización de las telecomunicaciones previsto por la ley Nº 16.211. Como los artículos de esa ley relacionados con esta materia fueron impugnados por un referéndum que resultó triunfante, el decreto Nº 718/991 citado, sin haberse derogado expresamente, se convirtió en letra muerta.

3. De todas maneras resulta útil recordar algunas disposiciones.

A los efectos de nuestro tema interesa el artículo 7 que refiere a la competencia de la CONTEL, en particular sus literales e) y f).

Estos literales dicen: “e) formulación de normas para el control técnico de los sistemas y redes de telecomunicaciones; f) fijación de reglas y patrones

[58] DURÁN MARTÍNEZ, A. Desaplicación del reglamento ilegal, en *Instituto Uruguayo de Derecho Administrativo y otros*, Actividad reglamentaria de ..., pp. 7 1 y ss.

industriales que aseguren la interoperabilidad de las redes, así como el correcto y seguro funcionamiento de los equipos que se conecten a las mismas;"

4. Una lectura aislada de estos literales llevaría a pensar que se trata de una solución similar a las anteriores, en el sentido de que se asigna potestad reglamentaria a un órgano subordinado al Poder Ejecutivo. Es más, desde ese punto de vista se podría decir que es una solución igual a la de la URGAS, pues esta asignación de competencia proviene de un decreto y no de una ley.

Sin embargo no es así. La solución del decreto Nº 718/991 es muy distinta a las anteriores, de ahí mi interés en recordarla.

Esos literales no pueden leerse sin el acápite del artículo 7.

Ese acápite dice: "Compete a la Comisión Nacional de Telecomunicaciones lo concerniente a:" (subrayado nuestro).

El Poder Ejecutivo empleó aquí la misma técnica de redacción del decreto Nº 574/974 de 12 de julio de 1974. Véase que los artículos 2 y siguientes referidos a cada uno de los Ministerios cuentan con un acápite que dice: "Al Ministerio de ... corresponde lo concerniente a:" (subrayado nuestro).

Eso indica que estas normas, son normas atributivas de competencia en razón de materia, pero no asignan poderes jurídicos.[59]

O sea, la competencia que tiene la CONTEL relacionada con la formulación de normas (literal e) y la fijación de reglas (literal f) es para preparar esas normas o reglas, no para dictarlas.

El decreto así, con relación a esos reglamentos, solo asigna a la CONTEL competencia material pero no le asigna poderes jurídicos, por lo que solo podrá prepararlos y elevarlos al Poder Ejecutivo.

La CONTEL no adquiere poderes jurídicos por el Decreto Nº 718/991, sino una competencia material. Por eso es que para dar operatividad al sistema

[59] El decreto Nº 718/991 mencionado fue redactado por mí cuando me desempeñé como Prosecretario de la Presidencia de la República. Por eso puedo decir con certeza que el acápite del artículo 7 en cuanto a su técnica de redacción se inspiró en el acápite de los artículos 2 y siguientes del decreto Nº 574/974. Mi intención fue asignarle a la CONTEL exclusivamente una competencia material pero no poderes jurídicos propios, sin perjuicio de que eventualmente pueda efectuarse una delegación de atribuciones. Reconozco que ese tipo de delegación fue cuestionado constitucionalmente en cuanto se efectúa una delegación en la O.P.P. y se prevé una subdelegación. No desarrollo este tema pues no es el objeto de este trabajo. Simplemente me limito a afirmar que la Resolución Nº 1975/991, de 30 de diciembre de 1991, no colide con la Constitución, se encuentra en la línea de cierta doctrina nacional y cuenta con antecedentes similares en nuestra práctica administrativa.

se dictó en Consejo de Ministros la Resolución Nº 1975/991, de 30 de diciembre de 1991, por la que se delegó algunas atribuciones.[60]

5. Desde el punto de vista del tema de nuestra exposición el decreto Nº 718/991 es la única norma de derecho positivo de las analizadas que no plantea ningún problema de constitucionalidad.

X.

1. Vuelvo ahora a la pregunta inicial. ¿Se puede limitar derechos humanos por actos administrativos dictados por órganos reguladores de la actividad privada?

2. Como se ha visto, la cuestión plantea un problema de fondo y otro de competencia.

3. A la luz de lo expuesto puede decirse que por actos regla dictados por órganos reguladores se puede limitar derechos humanos si existe ley habilitante -o norma constitucional-, si se respetan los límites ya indicados y si ese órgano regulador es el Poder Ejecutivo. Pero si, como se entiende en general, esos órganos reguladores constituyen unidades especializadas distintas del Poder Ejecutivo, aunque puedan pertenecer a su sistema orgánico, la respuesta es la adelantada al comienzo de esta exposición: NO.

Referência Bibliográfica deste Trabalho (ABNT: NBR-6023/2000):

MARTINEZ, Augusto Duran. ¿Se Puede Limitar Derechos Humanos por Actos Administrativos Dictados por Órganos Reguladores de la Actividad Privada? Especial Referencia a las Unidades de Regulación Creadas en Uruguay. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº. 2, abril/maio/junho, 2005. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: xx de xxxxxxxx de xxxx

Obs. Substituir x por dados da data de acesso ao site www.direitodoestado.com.br

Publicação Impressa:

Informação não disponível.

[60] Ver también Resolución Nº 13/993, de 12 de enero de 1993, Título II.