

TOMA URGENTE DE POSESIÓN
INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 224
DE LA LEY N.º 17.930
DE 19 DE DICIEMBRE DE 2005
(Reflexiones en torno a la Sentencia n.º 431,
de la Corte Suprema de Justicia del Uruguay,
de 30 de noviembre de 2009)

Por AUGUSTO DURÁN MARTÍNEZ (*)

— I —

1. El artículo 224 de la ley N.º 17.930, de 19 de diciembre de 2005¹, modifica el artículo 42 de la ley N.º 3.958, de 28 de marzo de 1912, que

(*) Catedrático de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República y en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay. Director del Departamento de Derecho Administrativo y Decano Emérito de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay.

¹ El artículo 224 de la ley N.º 17.930, de 19 de diciembre de 2005 dice: «Modificase el artículo 42 de la Ley N.º 3.958, de 28 de marzo de 1912, en la redacción dada por el artículo 3º de la Ley N.º 10.247, de 15 de octubre de 1942, y por el artículo 13 del Decreto-Ley N.º 14.250, de 15 de agosto de 1974, el que quedará redactado de la siguiente manera:

A) La declaración de urgencia se hará por el organismo expropiante.

B) En los casos de toma urgente de posesión la indemnización provisoria se depositará en el Banco Hipotecario del Uruguay en unidades reajustables y será la que resulte de la tasación del bien expropiado y sus mejoras, en dictamen fundado, efectuado por técnicos públicos dependientes del Poder Ejecutivo o de los Gobiernos Departamentales. Dicha tasación comprenderá el monto de la indemnización por el bien expropiado y todo otro concepto que ofrecerá la Administración. Las servidumbres legales de utilidad pública no dan lugar a indemnización.

C) El Juez o Tribunal que entienda, o a quien compete entender, en la acción, previa y cautelar de toma urgente de posesión, verificará:

1) La designación del inmueble a expropiar y la resolución que disponga la toma urgente de posesión.

2) Que exista una cuenta abierta en el Banco Hipotecario del Uruguay en unidades reajustables, identificada con el número de padrón del inmueble.

3) La titularidad del bien a expropiar y su situación patrimonial.

a su vez había sido modificado por el artículo 3 de la ley N° 10.247, de 15 de octubre de 1942, y por el artículo 13 del decreto-ley N° 14.250, de 15 de agosto de 1974.

El nuevo texto fija así el actual marco legislativo de la toma urgente de posesión.

2. Inmediatamente Martins denunció la inconstitucionalidad de la aludida modificación². Y lo hizo en términos inapelables. Por tal razón, cuando poco después escribí sobre el tema adherí sin reservas a lo expresado por Martins, sin perjuicio de agregar algún otro argumento³.

3. Sin embargo, la Suprema Corte de Justicia, en sentencia N.º 431 de 30 de noviembre de 2009, desestimó una excepción de inconstitucionalidad interpuesta contra el artículo 224 de la ley N.º 17.930, promovida precisamente por el Profesor Daniel Hugo Martins.

4. Vale la pena, pues, volver sobre el tema a la luz de la visión de nuestro Juez Constitucional.

— II —

1. Los aspectos de fondo son encarados en la sentencia indicada en los Considerandos IV y V. No obstante, corresponde detenerse también en el Considerando III pues allí la Corte efectúa una constancia que es ya bastante habitual en las sentencias de inconstitucionalidad.

D) La Administración entablará la acción de toma urgente de posesión, solicitando la intimación de desocupación y acreditación de la titularidad sobre el inmueble expropiado y su situación patrimonial, en el plazo de diez días perentorios e improrrogables, bajo apercibimiento de lanzamiento. La decisión judicial que ordene la desocupación será inapelable y se cumplirá de inmediato.

E) Al decretar el lanzamiento, el Juez dispondrá el libramiento de oficio al Banco Hipotecario del Uruguay para el cobro del precio provisorio, a quien haya acreditado la titularidad del inmueble designado para expropiar. Si los interesados no comparecieran o hubiera diferencias o dudas sobre el derecho y calidad, legitimación o titularidad, o si existieran embargos, interdicciones o gravámenes sobre el inmueble, el Juez de la causa dispondrá que la situación se dilucide en el juicio de expropiación sin perjuicio de dar posesión al organismo expropiante.

F) Una vez cumplida la toma de posesión efectiva del inmueble, la Administración tendrá un plazo de treinta días para presentar la demanda de expropiación.»

² D. H. MARTINS, «La inconstitucionalidad de las modificaciones al proceso de toma urgente de posesión en la reciente Ley de Presupuesto», en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*. F.C.U., Montevideo, 2005, N.º 2, pp. 431 y ss.

³ A. DURÁN MARTÍNEZ, «La expropiación en el Uruguay desde la perspectiva del Estado Social y Democrático de Derecho», en A. DURÁN MARTÍNEZ (Coord.), *Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor Daniel Hugo Martins*. F.C.U., Montevideo, 2008, pp. 334 y ss.

2. En el Considerando III se deja constancia de que el juzgamiento de la cuestión constitucional se hace partiendo de las siguientes premisas:

- a) «Toda ley goza de una presunción de regularidad constitucional mientras no se pruebe lo contrario (Sentencias Nos. 212/965, 29/980, 235/985, 266/986, 64/997, 256/997, entre muchas otras), posición que comparte distinguida doctrina. En este sentido, el Prof. Vécovi ha afirmado que: «...la constitucionalidad de la ley es el principio y la ilegitimidad la excepción. Y como excepción, limitada y de interpretación estricta. Por eso es a quien invoca dicha situación anormal que corresponde la carga de probar, y de ‘modo irrefragable’, que existe incompatibilidad entre la norma constitucional y la legal. Se trataría de una ‘presunción de legitimidad’» («El proceso de inconstitucionalidad de la ley», págs. 130 y ss.). La incompatibilidad, pues, debe ser manifiesta, ya que como ciertamente expresa W. Willoughby («The Constitution Law of the United States», T. 1, pág. 26) «...un acto de un cuerpo legislativo coordinado no debe ser declarado inconstitucional si, mediante una interpretación razonable de la Constitución o de la misma Ley, ambos pueden ser armonizados» (citado en Sentencias Nos. 744/1994 y 764/2008)».
- b) «La Suprema Corte de Justicia no juzga el mérito o desacierto legislativo, sino tan sólo si la ley es o no constitucionalmente válida. La norma legal que, dentro de su competencia institucional, dispone una solución equivocada, errónea, desacertada, respecto al punto que regula, será una mala ley, pero no por ello es inconstitucional (cf. Sentencias Nos. 12/981, 69/982, 404/985, 237/987, 184/988, 152/991, Sentencias Nos. 85/993, 738/96, a vía de ejemplo)».

3. En el Considerando IV se entra al fondo del asunto. Luego de indicar que el excepcionante sostiene que el artículo 224 de la ley N.º 17.930 vulnera los artículos 8, 12, 66 y 72 de la Constitución y que ello afecta las garantías constitucionales del debido proceso y de la defensa en juicio, expresa:

«Esta Corporación ha tenido oportunidad de expresarse acerca de la constitucionalidad de la norma cuestionada en autos mediante Sentencia N.º 258/2009 del 24/06/2009, que por su exacta adecuación al caso corresponde reiterar: ‘Al igual que sus antecedentes, la norma en cuestión, encuentra justificación en su finalidad, el interés público, y su naturaleza netamente cautelar es facilitar el proceso principal de expropiación, no advirtiéndose que la norma impugnada pueda vulnerar las garantías del debido proceso, eje central de los argumentos del oponente.

La asimilación conceptual o similitud relevante entre la toma urgente de posesión y el proceso cautelar enerva la fundabilidad de la pretensión declarativa de inconstitucionalidad, por cuanto las medidas asegurativas se decretan inaudita altera pars en función del conocimiento periférico o superficial de la verosimilitud del derecho y el peligro de su lesión o frustración.

En el caso, la satisfacción de prioritarias necesidades sociales es motivo suficiente para diferir el ejercicio pleno de la garantía del debido proceso y del ejercicio adecuado del derecho de defensa en juicio al momento de la formalización del proceso principal al que la toma urgente de posesión antecede.

Básicamente, la argumentación desarrollada por el excepcionante refiere a la violación del debido proceso, pues a su juicio la modificación al art. 42 de la Ley N.º 3.958 que introdujo el art. 224 de la Ley N.º 17.930, restringe su oportunidad de defensa en juicio...

La Corte descarta que la norma cuya inconstitucionalidad se pretende viole el derecho al debido proceso, pues resulta plenamente justificado que la Administración pueda tener necesidad de ocupar rápidamente el bien por razones de interés general, como en el caso, la urgente necesidad de instrumentación de obras de saneamiento y potabilidad de aguas de la zona.

En efecto, el proceso de toma urgente de la posesión, tiene por finalidad cumplir el acto administrativo que declaró urgente la ocupación del inmueble a expropiar, y por su parte, el proceso judicial de expropiación tendrá por fin determinar la cuantía de la compensación que corresponde otorgar al expropiado (cf. Rotondo, 'Manual de Derecho Administrativo', T. 2, págs. 78 y ss.).

Todo lo cual lleva a desestimar la inconstitucionalidad planteada'».

4. En el Considerando V se expresa:

«Como señala el Sr. Fiscal de Corte, a fs. 379 vto., el Juez manda otorgar la posesión teniendo a la vista las actuaciones administrativas, donde constan las intervenciones de Glenby S.A. (fs. 368). Y como reconoce ésta, en vía administrativa aparecen las sumas reclamadas por el inmueble objeto de la expropiación (fs. 290 segundo párrafo). Ello demuestra que no existe vulneración al debido proceso como se plantea por parte de la excepcionante y que conduce a la solución desestimatoria de la defensa de inconstitucionalidad ejercitada.»

— III —

1. La primera de las premisas indicadas en el Considerando III nos invita a reflexionar acerca del papel de la Suprema Corte de Justicia en el proceso de inconstitucionalidad de la ley.

2. Allí la Corte actúa en calidad de lo que se conoce con el nombre de Juez Constitucional, es decir, es el supremo guardián de la Constitución.

3. Eso nos lleva a formularnos la pregunta que se formuló Lasalle en el siglo XIX: ¿qué es una Constitución?

Martín Rebollo, procurando dar respuesta a esta interrogante con una visión propia del siglo XXI, contestó: «desde el punto de vista político, un factor de legitimación del sistema y un instrumento de integración de los diversos grupos sociales; desde el punto de vista del Derecho, la Constitución es una norma jurídica que regula la estructura y competencias de las diversas instituciones del Estado, que preside y define el sistema de fuentes del Derecho y que tiene vocación de aplicación directa en el concreto ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas»⁴.

4. En América siempre se tuvo claro que la Constitución es verdadera norma jurídica, que se aplica directamente a la sociedad y que, entre las normas, es la de mayor valor y fuerza. Precisamente, para asegurar la supremacía constitucional se concibió el control jurisdiccional de constitucionalidad de las leyes.

Esta originalidad americana se recogerá tardíamente en Europa. Recién se admitirá realmente la supremacía constitucional después de la Segunda Guerra Mundial, con el advenimiento del neoconstitucionalismo. A partir de entonces se unificará, por lo menos en el mundo occidental, la noción de Constitución como norma jurídica realmente suprema.

5. Ahora bien. Las Constituciones concebidas en esta concepción parten de la dignidad de la persona humana y explícita o implícitamente contienen un catálogo de derechos fundamentales.

Estos derechos fundamentales condicionan todo el ordenamiento jurídico y el Juez Constitucional, en rigor de verdad, se convierte en el supremo guardián de los derechos fundamentales.

6. Esa supremacía constitucional o, mejor dicho, de los derechos fundamentales, impone el precepto de interpretación conforme a la Constitución o, mejor aun, interpretación conforme a los derechos fundamentales.

Esto significa que toda norma jurídica infravalente debe interpretarse desde la perspectiva de la regla de derecho de mayor valor y fuerza por lo que, ante dos interpretaciones posibles, se debe tomar la que más se ajuste a la regla supravaleante.

⁴ L. MARTÍN REBOLLO, *Leyes administrativas*. Aranzadi /Thomson. Reuters. Pamplona, 2009, p. 90.

7. La interpretación conforme nada tiene que ver con la presunción de constitucionalidad de las leyes, como a veces se ha sostenido. Por el contrario, interpretación conforme y presunción de constitucionalidad resultan incompatibles. En efecto, la interpretación conforme procura ajustar la norma infravalente a la supervalente; en cambio, la presunción de constitucionalidad procura ajustar la Constitución a la ley.

En buen romance, la presunción de constitucionalidad de las leyes pone la carreta delante de los bueyes y nos retrotrae a la Europa anterior al neoconstitucionalismo, donde imperaba el Estado Legislativo basado en las ideas de Rousseau de la superioridad de la ley impuesta por la Revolución Francesa.

La cita de Willoughby que figura en la sentencia anotada refiere a la interpretación conforme, por lo que no sirve para fundar la presunción de constitucionalidad.

8. Esa presunción de constitucionalidad nunca tuvo cabida en nuestra Constitución, que desde 1830 aceptó la supremacía de la Constitución y partió de los derechos humanos.

Siendo así las cosas, el goce de los derechos fundamentales constituye el principio y la restricción la excepción, como surge claramente del artículo 7 de la Constitución. En efecto, el goce de los derechos allí enumerados solo puede ser privado por ley y por razones de interés general. Razones de interés general que deben existir, puesto que no hay en la especie discrecionalidad del legislador. Y si no existe interés general, la Suprema Corte de Justicia debe declarar la ley inconstitucional.

Por eso, con razón, afirma Guariglia que las leyes limitativas de los derechos humanos se presumen inconstitucionales⁵.

La cosa es, pues, exactamente al revés de lo que sostiene la Suprema Corte de Justicia. Partir como lo hace la Corte de una presunción de constitucionalidad que no existe configura un profundo y funesto error que le impide cumplir adecuadamente su rol de supremo guardián de los derechos fundamentales.

— IV —

1. La otra premisa que contiene el Considerando III es correcta pero no está bien formulada.

2. Es correcto decir que la Corte no juzga el mérito; la Corte es juez de legitimidad. Pero no es correcto decir que no juzga el desacierto legis-

⁵ C. E. GUARIGLIA, *Presunción de constitucionalidad de las leyes*. La Ley Uruguay. Buenos Aires, 2009, pp. 200 y ss.

lativo. No es correcto decir que «la norma legal que ... dispone una solución equivocada, errónea, desacertada, respecto al punto que regula, sea una mala ley, pero no por ello es inconstitucional.»

3. El neoconstitucionalismo ha provocado un nuevo modelo de Estado, el Estado Constitucional de Derecho, que es perfectamente consciente de su *telos* y otorga así especial relevancia al principio de eficacia⁶.

Si un acto jurídico no sirve para su fin, eso no es una mera cuestión de mérito sino de legitimidad; y si esa ilegitimidad se encuentra en una ley, esa ley es inconstitucional. La ley será mala, sí, pero inconstitucional en la medida en que, en razón de su desacierto, no sirva al fin del Estado Constitucional.

4. Nuestra Constitución de 1952 fue una adelantada cuando en el artículo 311 previó la anulación de un acto administrativo por razones de buena administración⁷.

Hoy en día es frecuente hablar del derecho fundamental a la buena administración. El artículo 41 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea lo recoge y Juárez Freitas, procurando desentrañar su contenido, alude a él como el derecho fundamental a la administración pública eficiente y eficaz, proporcional, cumplidora de sus deberes, con transparencia, motivación, imparcialidad y respeto a la moralidad, a la participación social y a la plena responsabilidad por sus conducta omisivas y comisivas⁸.

5. No cabe duda, pues, que un acto administrativo contrario a la buena administración resulta ilegítimo. Pero dado el sentido del Estado Constitucional de Derecho cabe concluir que todo acto estatal, cualquiera sea su naturaleza, que no sirve a su fin, resulta ilegítimo.

Por eso es frecuente hoy en día hablar de la «gobernanza» para aludir al arte del buen gobierno⁹, lo que trasciende en puridad a lo administrativo.

Una ley contraria a la «gobernanza» es una mala ley pero también, por esa razón, es inconstitucional.

⁶ A. DURÁN MARTÍNEZ, «Principio de eficacia y Estado Subsidiario», en A. DURÁN MARTÍNEZ, *Estudios de Derecho Público*. Montevideo, 2008, vol. II, pp. 15 y ss.

⁷ A. DURÁN MARTÍNEZ, *Contencioso Administrativo*. F.C.U., Montevideo, 2007, pp. 295 y ss.

⁸ JUÁREZ FREITAS, *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. Malheiros Editores. São Paulo, 2009, p. 36.

⁹ F. SAINZ MORENO, «El legislador racional y la predecibilidad de la conducta humana», en *Revista Trimestral de Direito Público*. 43/2003. Malheiros Editores, São Paulo, p. 16.

— V —

1. En el Considerando IV figura el aspecto sustancial del tema que nos ocupa.

2. Allí se dan las razones en virtud de las cuales la Corte estima que la ley impugnada no afecta las garantías del debido proceso y de la defensa en juicio.

El máximo órgano del Poder Judicial funda su posición en dos argumentos:

- a) Por un lado encuentra su justificación en su finalidad, en el interés público. Más adelante, en lugar de interés público, habla de interés general.
- b) Por otro lado, asigna al procedimiento de toma urgente de posesión naturaleza cautelar finalizado a facilitar el proceso principal de expropiación. A mayor abundamiento, sobre este punto expresa: «la asimilación conceptual o similitud relevante entre la toma urgente de posesión y el proceso cautelar enerva la fundabilidad de la pretensión declarativa de inconstitucionalidad, por cuanto las medidas asegurativas se decretan *inaudita altera pars* en función del conocimiento periférico o superficial de la verosimilitud del derecho y el peligro de su lesión o frustración.»

3. El debido proceso y el derecho a la defensa en juicio no son enteramente coincidentes, pero están tan relacionados que a menudo se toman como sinónimos.

No me interesa entrar en esas disquisiciones. Sí me interesa indicar que ambos, en caso de que se entienda que estos conceptos no son coincidentes, se encuentran contenidos en el derecho a la tutela judicial efectiva.

4. Pacíficamente se admite hoy en día que el derecho a la tutela judicial efectiva es un derecho humano o, en otra terminología, un derecho fundamental.

Por eso bien ha podido decir González Pérez: «El derecho a la efectividad de la tutela jurisdiccional no constituye en modo alguno una conquista del Estado Social de Derecho, ni siquiera del Estado de Derecho. No es algo que derive del modelo de Estado que dice adoptar la Constitución de 1978. Sino algo consustancial a todo Estado. La organización del Poder público de modo que quede garantizada la Justicia le viene impuesto a todo Estado por principios superiores que el Derecho a la Justicia existe con independencia a que figure en las Declaraciones de derechos

humanos y pactos internacionales, Constituciones y leyes de cada Estado. Como los demás derechos humanos, es un derecho que los seres humanos tienen por el hecho de ser hombres. Los Ordenamientos positivos se limitan a recogerle, como recogen otros principios de Derecho natural, al lado de los principios políticos y tradicionales»¹⁰.

El derecho a la tutela judicial efectiva es pues, por derivar de la naturaleza humana, de carácter supraconstitucional.

Claro que, a los efectos de la sujeción de la ley uruguaya al principio —lo que es precisamente el objeto de esta nota— no es necesario admitir esa supraconstitucionalidad, porque por estar incluido en el artículo 72 de la Constitución cabe admitir por lo menos su naturaleza constitucional, lo que por esta sola razón obliga al legislador oriental a respetarlo.

La condición de derecho humano del derecho a la tutela judicial efectiva, a mayor abundamiento, es reconocida por el artículo 25 del Pacto de San José de Costa Rica que, como se sabe, es derecho positivo vigente en el Uruguay.

Sea pues el derecho a la tutela judicial efectiva supraconstitucional o de naturaleza constitucional, puede ser regulado por la ley pero sin afectar su contenido esencial.

5. El derecho en estudio «es el derecho de toda persona a que se le haga justicia; a que cuando pretenda algo de otra, esta pretensión sea atendida por un órgano jurisdiccional, a través de un proceso con unas garantías mínimas»¹¹. En definitiva, es un derecho de acceso al proceso, a un proceso no desnaturalizado, que pueda cumplir su misión de satisfacer las pretensiones que se formulen, lo que no supone, por cierto, un derecho a tener necesariamente una sentencia favorable¹².

6. Este derecho supone, entre otras cosas, la posibilidad de formular cualquier tipo de pretensiones, cualquiera sea su fundamento y el objeto sobre el que versen. Como bien expresa González Pérez: «La sustracción de la Jurisdicción del conocimiento de cualquier tipo de litigio comportaría un atentado al derecho. La Jurisdicción debe conocer de toda pretensión, abstracción hecha del Derecho material que sirve de fundamento a la misma y de la persona a la que se dirigen»¹³.

7. En la misma línea que el gran Maestro español, el gran Maestro brasileño Bandeira de Mello, aludiendo al artículo 5, XXXV de la Cons-

¹⁰ J. GONZÁLEZ PÉREZ, *El derecho a la tutela jurisdiccional*. Cuadernos Civitas. Editorial Civitas S.A., Segunda edición. Madrid, 1989, p. 22.

¹¹ J. GONZÁLEZ PÉREZ, *El derecho a la tutela...*, p. 27.

¹² J. GONZÁLEZ PÉREZ, *El derecho a la tutela...*, pp. 28 y ss.

¹³ J. GONZÁLEZ PÉREZ, *El derecho a la tutela...*, pp. 56 y ss.

titudin de su país, decía que ninguna lesión de derecho individual puede ser sustraída a la apreciación del Poder Judicial. Ni la ley puede disponer excepciones a este precepto¹⁴.

Este principio, absolutamente capital, configura una garantía insustituible, reconocida entre los pueblos civilizados, como expresión aseguradora del orden, de la paz social y de la propia identidad de los regímenes políticos contemporáneos¹⁵.

Y para resaltar la importancia de lo que viene diciendo recalcó:

«Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura-mestra»¹⁶.

8. En la ley modificada, la toma de posesión del bien objeto de la expropiación se producía previo pago de la indemnización fijada por el juez, la que era dictada en proceso sumario luego de oír a ambas partes y con suficientes garantías para todos.

En la nueva ley la indemnización la fija la Administración. El juez se limita a efectuar controles formales pero no tiene la menor ingerencia en la determinación de su cuantía, por lo que el demandado no puede hacer valer en sede jurisdiccional ninguna pretensión relacionada con el monto de la indemnización.

Lo expuesto significa afectar el contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva, ya que nada menos que la fijación del monto de la indemnización para la privación del goce de la propiedad queda librado a la voluntad de la entidad expropiante: nada puede hacer el expropiado y nada puede hacer el juez.

Eso supone además crear un desequilibrio en el proceso a favor del actor, con lo que se afecta también el principio de igualdad.

En suma, no hay en la ley vigente acceso a un proceso con posibilidad de que se haga justicia, sino a un proceso desnaturalizado.

Es cierto que la indemnización fijada en la toma urgente de posesión no habilita a escriturar, con lo que se puede decir que no existe colisión,

¹⁴ C. A. BANDEIRA DE MELLO, «Discrecionalidade administrativa e controle judicial», en C. A. BANDEIRA DE MELLO, *Grandes Temas de Direito Administrativo*. Malheiros Editores, São Paulo, 2009, p. 34.

¹⁵ C. A. BANDEIRA DE MELLO, «Discrecionalidade...», loc. cit., p. 34.

¹⁶ C. A. BANDEIRA DE MELLO, «Discrecionalidade...», loc. cit., p. 35.

al menos directa, con el artículo 32 de la Constitución. Pero habilita a privar del goce de la propiedad, derecho expresamente protegido por el artículo 7 de la Carta, sin que, como enseguida se verá, se cumpla el requisito sustantivo exigido en dicho artículo. Pero además, teniendo en cuenta que el juicio expropiatorio puede durar mucho tiempo, la ley en análisis posibilita que el expropiado se vea privado del goce de su propiedad por una indemnización insignificante fijada por el expropiante sin que la Justicia haya intervenido en cuanto al fondo, con lo que se configura en los hechos un verdadero fraude al artículo 32 de la Constitución.

No debe olvidarse que, como bien indica Finnis, «el sentido, en justicia, de la propiedad privada es darle al dueño la primacía en el uso y el disfrute de la propiedad y de sus frutos (incluyendo rentas y utilidades), pues es esta disponibilidad la que acrecienta su razonable autonomía y estimula su productividad y cuidado»¹⁷. Y esto es precisamente lo que se pierde con la toma urgente de posesión.

9. El primer argumento de fondo de la Corte para rechazar el excepcionalamiento de inconstitucionalidad, es decir, el fundamento en el interés público, según dijo primero, o interés general, como dijo después, no puede ser de recibo.

En primer lugar cabe señalar que no es lo mismo interés público que interés general¹⁸. La Constitución admite la privación del goce de la propiedad por razones de interés general (art. 7), pero no por razones de interés público.

Pero, además, debe tenerse en cuenta que interés general es un concepto jurídico indeterminado y por tanto veda toda discrecionalidad al legislador en su determinación¹⁹. Su concreción se verifica por una operación intelectual y no volitiva; por tanto, si en un determinado caso la ley dispone una limitación o privación de un derecho humano sin que existan razones de interés general, la ley resulta inconstitucional por error en la determinación del concepto y así debe ser declarada por la Suprema Corte de Justicia.

¹⁷ J. FINNIS, *Ley natural y derechos naturales*. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 2000, p. 202.

¹⁸ A. DURÁN MARTÍNEZ, «Derechos prestacionales e interés público», en *La Ley Uruguay*, Año III, N.º 2, febrero, 2010.

¹⁹ E. G. ESTEVA GALLICCHIO, «Control de la regularidad constitucional de las leyes que limitan o restringen derechos humanos en el Derecho Uruguayo», en *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay*. Universidad Católica del Uruguay/Konrad Adenauer Stiftung/Amalio M. Fernández. Montevideo, 2002, N.º III, p. 55; A. DURÁN MARTÍNEZ, «El derecho administrativo entre legalidad y derechos fundamentales», en A. DURÁN MARTÍNEZ, *Estudios de Derecho Público...*, vol. II, pp. 264 y ss.; C. E. GUARIGLIA, *Presunción...*, pp. 207 y ss.

La Corte debe así analizar si existen o no razones de interés general para limitar o privar derechos humanos. Si no existen o no están suficientemente justificadas las razones, la Corte debe declarar la ley inconstitucional. Si la Corte no hace ese análisis, otorga al legislador un cheque en blanco que la Constitución no le quiso otorgar.

Eso fue precisamente lo que ocurrió en el caso. No existe ninguna razón de interés general para evitar que la Justicia sea la que fije la indemnización para la toma urgente de posesión. La Corte fue omisa en su actividad de control al pasar por la determinación efectuada por el legislador sin el menor análisis. Más que guardiana de los derechos humanos, se autoerigió en protectora de las prerrogativas del Estado, desnaturalizando así su propia razón de ser.

10. El segundo argumento para rechazar la excepción de inconstitucionalidad tampoco es de recibo.

Como se ha visto, se basa en «la asimilación conceptual o similitud relevante entre la toma urgente de posesión y el proceso cautelar.» Sostiene su naturaleza cautelar afirmando que la finalidad del proyecto en estudio «es facilitar el proceso principal de expropiación.» Así como las medidas cautelares se toman *inaudita altera pars*, también admite que lo mismo ocurre en la toma de posesión urgente.

También la ley en análisis, por su literal C), califica a esta acción como cautelar lo que, sin duda, lleva a confusión.

Pero, ¿esto es realmente así? Una respuesta negativa se impone.

Lo primero que se debe tener claro es que la finalidad del juicio expropiatorio es fijar la justa indemnización que la entidad expropiante debe pagar al expropiado.

Siendo así las cosas, es obvio que el proceso de toma urgente de posesión no sirve para asegurar el proceso expropiatorio principal.

Como de acuerdo con la Constitución, en las situaciones normales a que refiere el art. 32 —dejando de lado las hipótesis excepcionales previstas en los artículos 231 y 232— nadie puede ser privado de su derecho de propiedad sin una justa y previa compensación, y la fijación de la misma suele insumir mucho tiempo, se concibió la toma urgente de posesión para que la Administración pudiera ocupar el bien rápidamente aun sin adquirirlo. El objeto del proceso de toma urgente de posesión es, pues, en un juicio sumario, obtener la desocupación del inmueble para que pueda ser ocupado de inmediato por la Administración. O sea, la finalidad del proceso de toma urgente no es asegurar el juicio principal de expropiación, como erróneamente dice la Suprema Corte de Justicia, sino obtener la ocupación del bien expropiado por parte de la Administración en fecha anterior a la transferencia del dominio.

Es obvio que el proceso de toma urgente de posesión no se concibe sin el proceso expropiatorio principal, pero no sirve para asegurar ese proceso.

No es entonces un proceso cautelar. Toda asimilación con el proceso cautelar en sus aspectos esenciales es errónea, por lo que no se puede admitir que se desarrolle *inaudita altera pars*. No hay pues justificación alguna para que la fijación del monto de la indemnización por la toma urgente de posesión sea sustraída a la Justicia.

— VI —

1. Como se ha visto, en el Considerando V se recoge el argumento del Fiscal de Corte en el sentido de que no existe vulneración al debido proceso porque el excepcionante intervino en la vía administrativa.

2. Tampoco ese argumento es de recibo. De nada vale tener acceso a las actuaciones administrativas si en ellas no se puede alterar la cantidad que unilateralmente fija la Administración por la privación del goce de la propiedad, cantidad que ni siquiera puede modificar el Juez de la toma urgente de posesión.

Eso no es un acceso a un proceso no desnaturalizado, eso no es un debido proceso, sino una parodia de proceso. Cuesta creer que el Fiscal de Corte y la Suprema Corte de Justicia hayan dado este argumento.

— VII —

1. Don Jesús González Pérez, al comienzo mismo de la obra ya citada, en esta nota escribió:

«La historia de la sustitución de la autodefensa por el proceso ha sido, en definitiva, la historia de la sustitución de la ley de la selva por la civilización. Y como la historia de la humanidad no ha sido en modo alguno un progresivo y constante aumento de las virtudes morales del hombre, tampoco ha sido una progresiva reducción de la autodefensa a favor del proceso. Sino que, a períodos en que así ha sido, han sucedido otros en que han reaparecido manifestaciones de la autodefensa que parecían definitivamente desaparecidas.

Pero si este renacimiento de la autodefensa no es ni mucho menos exclusivo de nuestro tiempo, es lo cierto que hoy se nos presenta en términos más virulentos y generalizados que nunca...

Cuando todo parecía prever un triunfo definitivo del proceso sobre la autodefensa, cuando todos eran cantos a la fórmula procesal

para disminuir los litigios, he aquí que la autodefensa aparece en sus formas más virulentas en todos los sectores.

Las causas de este resurgimiento de la autodefensa son muchas y de muy diversa índole. Pero quizás —y sin quizás— ocupe un lugar preferente la desconfianza y hasta el desprecio del ciudadano hacia la justicia que le ofrece el Estado.

Pues para mantener la justa paz comunal no basta con proclamar la exclusividad de la jurisdicción. No basta con prohibir y hasta castigar penalmente el ejercicio de la autodefensa. La justa paz de la comunidad únicamente es posible en la medida en que el Estado es capaz de crear instrumentos adecuados y eficaces para satisfacer las pretensiones que ante el mismo se formulan. Pues si los anhelos de justicia que lleva en lo más íntimo de su ser todo hombre no encuentren satisfacción por los cauces pacíficos instaurados por el Estado, por fuerte y brutal que sea la máquina represiva, será desbordada por aquella búsqueda desesperada de la justicia.

De aquí la importancia de una efectiva tutela judicial, de que todo aquel que crea tener derecho a algo pueda acudir a un órgano estatal imparcial que le atienda, verificando su razón y, en su caso, haciendo efectivo el derecho»²⁰.

2. Sentencias como la ahora comentada provocan una profunda preocupación y nos convoca a todos a no escatimar esfuerzos para que la tutela judicial efectiva no se convierta en nuestro país solo en un sueño de algunos amantes del Derecho.

²⁰ J. GONZÁLEZ PÉREZ, *El derecho a la tutela...*, pp. 20 y ss.