
A&C

Revista de Direito Administrativo & Constitucional



ISSN 1516-3210

A&C R. de Dir. Administrativo e Constitucional	Belo Horizonte	ano 7	n. 29	p. 1-250	jul./set. 2007
--	----------------	-------	-------	----------	----------------

A&C REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL

IPDA

Instituto Paranaense
de Direito Administrativo

Direção Geral

Romeu Felipe Bacellar Filho

Direção Editorial

Paulo Roberto Ferreira Motta

Direção Executiva

Emerson Gabardo

Conselho de Redação

Edgar Chiuratto Guimarães

Adriana da Costa Ricardo Schier

Célio Heitor Guimarães

Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari (Brasil)
Alice Gonzáles Borges (Brasil)
Antonello Tarzia (Itália)
Carlos Ari Sundfeld (Brasil)
Carlos Ayres Britto (Brasil)
Carlos Delpiazzi (Uruguai)
Cármem Lúcia Antunes Rocha (Brasil)
Celso Antônio Bandeira de Mello (Brasil)
Clémerson Merlin Clève (Brasil)
Clóvis Beznos (Brasil)
Enrique Silva Cimma (Chile)
Eros Roberto Grau (Brasil)
Fabrício Motta (Brasil)
Guilherme Andrés Muñoz - *in memoriam* (Argentina)
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz (Espanha)

Jorge Luís Salomoni - *in memoriam* (Argentina)
José Carlos Abraão (Brasil)
José Eduardo Martins Cardoso (Brasil)
José Luís Said (Argentina)
José Mario Serrate Paz (Uruguai)
Juan Pablo Cajarville Peruffo (Uruguai)
Juarez Freitas (Brasil)
Julio Rodolfo Comadira - *in memoriam* (Argentina)
Luís Enrique Chase Plate (Paraguai)
Lúcia Valle Figueiredo (Brasil)
Manoel de Oliveira Franco Sobrinho
in memoriam - (Brasil)
Marçal Justen Filho (Brasil)
Marcelo Figueiredo (Brasil)
Márcio Cammarosano (Brasil)

Maria Cristina Cesar de Oliveira (Brasil)
Nelson Figueiredo (Brasil)
Odilon Borges Junior (Brasil)
Pascual Caiella (Argentina)
Paulo Eduardo Garrido Modesto (Brasil)
Paulo Henrique Blasi (Brasil)
Paulo Neves de Carvalho - *in memoriam* (Brasil)
Paulo Ricardo Schier (Brasil)
Pedro Paulo de Almeida Dutra (Brasil)
Regina Maria Macedo Nery Ferrari (Brasil)
Rogério Gesta Leal (Brasil)
Rolando Pantoja Bauzá (Chile)
Sérgio Ferraz (Brasil)
Valmir Pontes Filho (Brasil)
Yara Stropa (Brasil)
Weida Zancaner (Brasil)

A246 A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional.
ano 3, n. 11, jan./mar. 2003. Belo Horizonte: Fórum,
2003.
Trimestral
ano 1, n.1, 1999 até ano 2, n.10, 2002 publicada pela
Editora Juruá em Curitiba
ISSN 1516-3210
1. Direito Administrativo. 2. Direito Constitucional.
I. Fórum.

CDD: 342 CDU: 33.342

© 2007 Editora Fórum Ltda.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).

Editora Fórum Ltda.
Av. Afonso Pena, 2770 - 15º/16º andar - Funcionários
CEP 30130-007 - Belo Horizonte/MG - Brasil
Tel.: 0800 704 3737
Internet: www.editoraforum.com.br
e-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Editor responsável: Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Coordenação editorial: Olga M. A. Sousa
Projeto gráfico e diagramação: Luis Alberto Pimenta
Revisora: Bárbara Christiane
Pesquisa jurídica: Fátima Ribeiro - OAB/MG 74868
Bibliotecária: Leila Aparecida Anastácio - CRB 2809/MG 6ª região

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

Impressa no Brasil / Printed in Brazil
Distribuída em todo o Território Nacional

Estudio de las Relaciones entre el Derecho Administrativo y el Derecho Constitucional en Uruguay

Mariano R. Brito

Rector de la Universidad de Montevideo. Catedrático de Derecho Administrativo. Profesor Titular en el Master en Derecho Administrativo Económico de la Universidad de Montevideo. Presidente Fundador del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo. Director Fundador del Anuario de Derecho Administrativo.

Palabras clave: Derecho Administrativo. Derecho Constitucional. Derecho uruguayo. Estado Social de Derecho. Ordenamiento jurídico uruguayo.

Sumario: I Reflexiones Itinerantes - II Conclusiones

I Reflexiones Itinerantes

1 No constituye un descamino plantear ya — abinitio — por qué lo de relaciones entre el Derecho Administrativo y el Derecho Constitucional, cuando es esa una cuestión de la reflexión jurídica admitida sin fisuras en el plano conceptual.

2 En trabajo reciente atendíamos a las promesas de conductas debidas — públicas y privadas — que la Constitución determina.¹ Cuando eso ocurre vienen establecidas con signo positivo aquellas relaciones entre Derecho Administrativo y Derecho Constitucional, ya porque mediante éste y la Constitución — su producto ordenador surgen las reglas y principios básicos de la organización y funcionamiento de la Administración y aquellos que guían y movilizan la actividad de la Administración estatal en términos de servicio y eficacia,^{2,3} se consagran los derechos de libertad, y su protección y se abre la senda de sus limitaciones por

¹ Mariano R. BRITO en *Constitución y Derecho Público: cumplimiento de las promesas*, Montevideo, 2006, inédito.

² A vía de ejemplo, V. Constitución uruguaya de 1967: Art. 24, consagrando el llamado a responsabilidad del Estado, Gobiernos Departamentales, Entes Autónomos, Servicios Descentralizados y, en general, todo órgano del Estado, por el daño causado a terceros en la ejecución de los servicios públicos, confiados a su gestión o dirección; Art. 32, erigiendo la necesidad o utilidad públicas como causa legitimante de la apertura a la declaración de expropiación; Art. 36, operante de las limitaciones de interés general para la libertad de trabajo, cultivo, industria, comercio, profesión o cualquier otra actividad lícita; Art. 41, ni fine, por el cual "Quienes tengan a su cargo numerosa prole tienen derecho a auxilios compensatorios, siempre que los necesiten", con la implícita responsabilidad a cargo del Estado; Art. 42 inc. 2; Art. 44 cometiendo al quehacer estatal procurar el perfeccionamiento físico, moral y social de todos los habitantes del país, con la consiguiente actividad administrativa prestacional y de asistencia solidaria, con particular atención a la gratuidad de los medios de prevención y asistencia a los indigentes o carentes de recursos suficientes; Art. 46; Art. 51; Art. 60, previendo la creación por ley del Servicio Civil de la Administración Central, Entes Autónomos y Servicios Descentralizados, buscando la prestación de sus cometidos para asegurar una administración eficiente.

³ La Constitución española de 1978, por su Art. 103, vincula la estructura y la actividad de la Administración Pública a un marco constitucional en el que se recogen los principios que deben presidir su actividad, a saber: servicio, objetividad, generalidad, eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación (V. Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Financiamiento de la Administración General del Estado (OFAGE).

razones de interés general, así como no menos en el estado social de derecho se determinan los derechos y deberes sociales,⁴ y también se llega a establecer los derechos de tercera generación.

3 Ya no cabe la sola atención a estereotipos, fórmulas y paradigmas constitucionales normativamente establecidos, si no es con riesgo de concluir en formalismos abstractos por cuanto la Constitución no es sólo lo fenoménico normativo; es que ella conlleva al reclamo de una apreciación desde la praxis que es sociología de la Constitución.⁵ Pero tampoco ésa basta, porque la Constitución no es sólo historicidad; ella también es equilibrio entre bienes, intereses y derechos en confrontación; planteando una interpretación dinámica, y “aún una dimensión dielógica (del valor) que debe realizar el valor con signo positivo”.⁶ Más: la Constitución también entraña vida humana, vida vivida — con su dimensión inherente de dignidad, y derechos y deberes — tan pronto se conoce y reconoce que “Para diagramar una teoría del carácter normativo de la Constitución hay que aceptar que su contenido no se agota en la organización del poder, o derecho constitucional del poder. “¿Por qué hace falta la añadidura — explícita o implícita que atiende al modo de instalación política de la persona humana en el Estado?”⁷ “Sencillamente — sigue Bidart Campos — porque las normas que estructuran el poder, sus órganos y a sus funciones, siempre han solido recibir — en general — un reconocimiento de su fuerza normativa con algunas excepciones. Entonces, donde la constitución ha quedado muchas veces destituida de esa fuerza ha sido en la otra parte, en la dogmática. Por eso, para reivindicar, rescatar y dar peso de convicción de que toda la constitución inviste fuerza normativa directa, hay que incluir en su contenido la parte que resuelve *el status situacional de la persona*, ése que en un estado democrático reconoce la dignidad humana, la libertad y los derechos prestándoles tutela y asegurándoles promoción”.⁸ La reflexión apunta desde la gravitación del realismo con la presencia vital de la persona humana, mostrando el haz de su dignidad en la entraña de la Constitución.⁹

⁴ Constitución uruguaya de 1967, Art. 53 inc. 2º.

⁵ Bastaría en el punto la reflexión sobre el quid de las fórmulas constitucionales vagas o conceptos jurídicos indeterminados (V. gr. razones de interés general: V. Art. 7 in fine; necesidad o utilidad públicas: Art. 32; vivienda decorosa: Art. 45; razones de orden social: Art. 47, inc. 3, num. 1, literal d) consagrando el principio por el cual la prestación del servicio de agua potable y saneamiento debe hacerse anteponiendo las razones de orden social a las de orden económico).

⁶ Germán J. BIDART CAMPOS, *El derecho de la constitución y su fuerza normativa*, ed. del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2003, Pág. 30.

⁷ *Ibidem*, pág. 75.

⁸ *Ibidem*, pág. 76.

⁹ Constitución uruguaya cit., Art. 72: La enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno.

4 En la formulación cumplida, la relación Derecho Administrativo y Derecho Constitucional no se resuelve sólo mediante la superioridad normativa de la constitución o consecuente subordinación a ella del Derecho Administrativo. Se manifiesta también en la existencia de “conexiones inevitables entre lo jurídico (deber ser) y lo real (lo político)”.¹⁰

5 Aquí llegados se advierten nuevamente las relaciones entre Derecho Administrativo y Derecho Constitucional, orientadas en el sentido de la interpretación dinámica por la concurrencia de los factores anotados; desde el Derecho Administrativo es favorecida la búsqueda de solución por la movilidad que le es consustancial: “... su servidumbre respecto de la oportunidad, su apego a la política”,¹¹ pero también necesariamente acotada y circunscripta cuando la innovación desconozca o lesione los derechos y categorías constitucionales fundamentales, y con ello la apertura a los llamados “privilegios en menos” de la administración, que bien pueden ser catalogados como medios protectores de los administrados.

6 Con voz concurrente en el sentido expuesto, Bidart Campos atendió a la Constitución como “unidad de orden y de sentido, que fundamentalmente se aloja en su plexo de *valores, principios y derechos*”, y es “objetiva, está objetivada y se incorpora a sus normas con toda su carga de obligatoriedad y aplicabilidad directa e inmediata”.¹²

7 Marienhoff, por su parte, ante el mentado desdoblamiento de obligaciones de medio y de resultado, al modo como muchos iusprivatistas lo suelen hacer desde que René Demogue puso de moda esa dualidad de deberes, “... enseña enfáticamente que el desdoblamiento sólo compete al derecho privado y es extraño al derecho público, donde las obligaciones del Estado son permanentes y los preceptos constitucionales tienen operatividad por sí mismos”.¹³

8 Con no menor relevancia pudo verse en el sentido apuntado que “Por último, en cuanto a su disponibilidad las normas constitucionales pertenecen a la categoría de imperativos o normas de orden público, pues son todas ellas indisponibles por los órganos ordinarios y por las partes sin perjuicio de la renuncia de los derechos adquiridos (en cambio) en el ámbito del derecho privado, existen

¹⁰ Hermann HELLER, *Teoría del Estado*, Edit. Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 1993, cit por Martín RISSO FERRAND, *Derecho Constitucional*, F.C.U., 1. ed. Montevideo, marzo 2005, pág. 18.

¹¹ José Luis MEILÁN GIL, *El proceso de la definición del Derecho Administrativo*, 1. ed. Madrid, mayo 1967, pág. 41 ss.

¹² Germán J. BIDART CAMPOS, cit., pág. 84.

¹³ Miguel S. MARIENHOFF, Responsabilidad extracontractual del Estado, derivada de su actividad pública, y distinción como de “medio” o de “resultado” (El Derecho, 16/V/94), cit. Por G. J. BIDART CAMPOS, ob. cit., pág. 101.

las normas facultativas o discrecionales, cuyas prescripciones son disponibles por las partes”.¹⁴ Con la vieja fórmula de Ulpiano cabe recordar “Nemo ius publicum remittere potest” (nadie puede dispensar el derecho público), así como, con Papiniano que “tampoco el derecho público puede ser modificado por pactos privados”.

9 Desde allí, consecuentemente, la relación entre Derecho Constitucional y Derecho Administrativo muestra — en el ámbito del Estado Social de Derecho — que la relación de base, piedra sillar, entre uno y otro, radica en el efecto trascendente del primero: su efectividad; ésta determina y baliza el segundo, circunscribiéndolo en su fundamento (base precisamente constitucional), objeto o contenido, límites y fines.¹⁵ Se sabe que la efectividad trasciende y hace a la cuestión fundamental de lo efectivo — que es tanto como real y verdadero — con oposición a lo quimérico, dudoso o eventual. Cuando se trata de la efectividad o cumplimiento de la constitución, se define una nota o atributo esencial erigido en arcaduz en que ha de transcurrir el Derecho Administrativo, so pena de ilegitimidad si lo desborda o desconoce; ya no sólo en cuanto de lo estructural u orgánico y de distribución de competencias del Estado y sus entes y órganos públicos se trate, mas también para la atención al orden pragmático que ella — la Constitución — diseñe o muestre para el seguimiento de la operación administrativa, lo cual no es otra cosa que la eficacia que prescribe, y aun la eficacia que podrá ser aquilatada en función de aquellos parámetros constitucionales de base.¹⁶ En suma, nos hallamos ante una regla de derecho, vinculante por sí,^{17 18} con efectividad aplicativa, y no sólo postulado de conductas estimadas valiosas y positivas.¹⁹

10 La efectividad de la Constitución, que liga o vincula al Derecho Administrativo, se vigoriza en percepción intelectual humanista cuando se conoce la primera como “unidad de orden y sentido... la unidad de sentido que fundamentalmente se aloja en un plexo de valores, principios y derechos. Tal unidad de sentido es objetiva, está objetivada y se incorpora a sus normas con toda la carga de obligatoriedad y aplicabilidad directa e inmediata”.²⁰ Bidart Campos recuerda coherentemente como “El Tribunal Constitucional alemán, por su parte, ha hablado de la unidad interna de la constitución, lo que viene bien para adjudicar a todo su conjunto contextual el mismo valor normativo que algunos han reservado para

¹⁴ Jorge R. VANOSI, *El Estado de Derecho en el constitucionalismo social*, Buenos Aires, 1987, pág. 372. V

¹⁵ Mariano R. BRITO, *Constitución y Derecho Público: cumplimiento de las promesas*, cit. Nota 1.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ Constitución de 1967, Art. 309 y Decreto-Ley 15.524, Art. 23 a).

¹⁸ Mariano R. BRITO, *Cit. Supra* nota 1

¹⁹ *Ibidem*, pág. 2, Num. 2

²⁰ G. BIDART CAMPOS, *cit.*, pág. 84.

la parte dirigida a la organización del poder”.²¹

11 Si de la Constitución hablamos, y de su efectividad, se impone una trascendente advertencia: la cuestión de que “siguen existiendo en las constituciones vigentes, igual que en las constituciones anteriores, normas de las denominadas programáticas, si por tales se entienden los enunciados que requieren ser complementados por el legislador ordinario al que la Constitución se remite. Ya en el tiempo de la Constitución de Weimar, por citar un texto que abre el camino a la modernidad e impone la regla de la supremacía constitucional, la doctrina alemana había observado la existencia de muchas prescripciones en la misma que requerían el concurso del legislador para poder ser aplicadas. Esta circunstancia se repite en las constituciones actuales (y no sólo en relación con los derechos económicos y sociales como suele afirmarse habitualmente, sino también en relación con algunos derechos procesales y civiles que no pueden ejercitarse si el legislador no provee lo necesario), y era también absolutamente habitual en las constituciones del pasado”.²²

Pero el hecho de que las normas constitucionales necesiten el concurso del legislador para concretarlas y hacerlas operativas no quiere decir que pierdan todo carácter normativo. Se tratará, en tal caso, de normas incompletas, que no por tal circunstancia pueden excluirse de la normatividad. Son normas que renuncian a explicitar totalmente los supuestos fácticos a los que se refieren o las consecuencias jurídicas de lo que disponen, remitiéndose a otros poderes externos para que integren estos déficits.²³

Del mismo modo, como ya hemos dicho, es pertinente separar el problema del carácter normativo de las reglas constitucionales, la cuestión de su eficacia y la de su posible invocabilidad ante los tribunales.²⁴

Más todavía: considerando Muñoz Machado que es pertinente la separación anotada y la posible invocación de las primeras ante los tribunales, dice: “Ya hemos señalado más atrás que existen reglas de Derechos que no están acompañadas de un sistema coactivo específico para asegurar su aplicación forzosa. El mejor ejemplo es el de las normas constitucionales. La circunstancia de que no se hayan fijado en ellas, o en la legislación que las desarrolle, formas de con-

²¹ *Ibidem*, pág. 85.

²² Santiago MUÑOZ MACHADO, *Constitución*, Madrid, 2004, pág. 65.

²³ Constitución de 1967, Art. 77 en cuanto prescribe para los derechos fundamentales la sujeción a las limitaciones que la ley establezca por razones de interés general. Este último debe ser apreciado en su configuración concreta por el órgano de contralor (ordinariamente, el Poder Judicial, y para el ámbito de la potestad anulatoria el Tribunal de lo Contencioso Administrativo).

²⁴ Constitución de 1967, Art. 18: Las leyes fijarán el orden y las formalidades de los juicios.

trol de la legislación que viole sus determinaciones no es determinante de que sus preceptos no tengan valor normativo. Pueden, en tal caso, tener efectos más debilitados: aplicarse por los jueces ordinarios y, en defecto de justicia constitucional, ser utilizadas al menos como parámetro de control de la acción del poder ejecutivo; y, en la más debilitada de las hipótesis, pueden servir como criterio de interpretación de la legislación positiva”.²⁵

12 En el ordenamiento jurídico uruguayo la cuestión anotada se conoce por la multi presencia de normas programáticas en la Constitución de la República, que aunque reclaman de normas legales para su operatividad,²⁶ tienen carácter normativo constitucional, son ius normas. Son normas cuya virtualidad queda supeditada a la adopción de normas jurídicas consecuentes. Pero más: cabe reconocer su aplicación directa toda vez que el orden constitucional uruguayo dispone: “Los preceptos de la presente Constitución que reconocen derechos a los individuos, así como los que atribuyen facultades e imponen deberes a las autoridades públicas, no dejarán de aplicarse por falta de la reglamentación respectiva, sino que ésta será suplida, recurriendo a los fundamentos de leyes análogas, a los principios generales de derecho y a las doctrinas generalmente admitidas”.²⁷ Pero también la Constitución uruguaya consagra derechos económicos y sociales en normas explícitamente programáticas.²⁸

13 Cuando se hallan normas programáticas se sabe que la Constitución deja al legislador un amplio espacio para valorar la conveniencia y necesidad de los medios que elige para alcanzar los fines constitucionales. Esto se aplica también a la evaluación de los fundamentos de hecho de la reglamentación legal. Pero ha de reconocerse que la discrecionalidad del legislador halla un poderoso límite sustantivo en el principio de proporcionalidad. Con no menor intensidad rige este criterio primario de verdad cuando la administración esté ante su labor operativa de aplicación de normas programáticas.²⁹

De acuerdo con ese principio la intervención se debe fundamentar en consideraciones de orden lógico y adecuado; el medio empleado debe ser, además, idóneo y necesario, para alcanzar los fines que se persiguen y tomar en cuenta los límites de la razonabilidad.

²⁵ Santiago.

²⁶ Mariano R. BRITO, Responsabilidad del Estado con respecto a la familia, en *Jornadas Rioplatenses de Derecho*, publ. de Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Año XXXIX, Segunda Época, No. 32, pág. 75. Vide: Constitución de 1967: Arts. 28, 33, 41 inc. 2, 44, 45, 46 y 49.

²⁷ Constitución de la República, Art. 332.

²⁸ *Ibidem*, Art. 45: “Todo habitante tiene derecho a gozar de vivienda decorosa. La ley propenderá a asegurar la vivienda higiénica y económica, facilitando su adquisición y estimulando la inversión de capitales privados para ese fin”

²⁹ V. Constitución de 1967, Art. 47 inc. 3º numeral 1, literal d).

“El Estado de Derecho constituye un ordenamiento del poder para el fin debido”.³⁰ Como expresara nuestro Maestro, Eduardo J. Couture, “La idea de razonabilidad, puede determinarse en forma genérica como una relación adecuada entre el fin y los medios; o en forma específica ante las particularidades de cada caso concreto en una casuística de amplia extensión”.³¹

La determinación del telos constitucional lleva consigo los valores constitucionales. Estos “... a veces aparecen a texto expreso como ocurre en el artículo 1º de la Constitución española... Nuestra Constitución, por su parte, no refleja una enumeración precisa de los valores superiores, pero es sencillo encontrar en el texto constitucional, o inferir del mismo, cuáles son los fines principales de nuestro ordenamiento jurídico”. Y agrega Risso Ferrand: “En síntesis, la Constitución aparece con un marcado aspecto político (código político), con una gran trascendencia sociológica y legitimadora, y una incuestionable fuerza normativa, propia de toda norma jurídica, sin perjuicio de reconocer las singularidades de la Constitución cuando se la compara con el resto de las normas que componen el ordenamiento jurídico. Y, fundamentalmente, la Constitución aparece como un código supremo de valores del ordenamiento jurídico en su conjunto”.³² En calidad de tal vincula el orden de la actuación administrativa.³³

14 Todavía se revela que la tutela jurisdiccional efectiva — aplicación de la competencia de principio del Poder Judicial — debe alcanzar al desarrollo legislativo de la normatividad programática y a las conductas administrativas consecuentes, ya en orden a la posible omisión de su cumplimiento como por su inadecuada, desproporcionada o irracional aplicación.

15 Cuando de la norma programática se habla, frecuentemente están en juego cuestiones que hacen a la adecuación del Estado de Derecho a la racionalidad — su fundamento racional —, y entonces se comprueba que él no reposa sólo en una descripción puramente empírica de su surgimiento histórico o del condicionamiento social; tampoco en su expresión exclusivamente normativa;

³⁰ Mariano R. BRITO, *Derecho Administrativo: su permanencia: contemporaneidad: prospectiva*, Montevideo, 2004, pág. 456.

³¹ Eduardo J. COUTURE, El debido proceso como tutela de los derechos humanos, *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*, T. 52, Sec. Doctrina, agosto-octubre de 1954, pág. 169 y ss., cit. en Sentencia de la Suprema Corte de Justicia, No. 234/95, de 22.V.95, publ. en *La Justicia Uruguaya*, T. 113, marzo – abril de 1996, pág. 234 a 239.

³² Martín RISSO FERRNAD, La interpretación del ordenamiento jurídico desde la Constitución, en *Revista de Derecho*, Universidad Católica del Uruguay, Año 2004, T. VI, pág. 234 y 235.

³³ Véase al respecto, el Decreto 500/991, de 29.VIII.1991, Art. 2º disponiendo: La Administración Pública debe servir con objetividad los intereses generales con sometimiento pleno al Derecho y debe actuar de acuerdo con los siguientes principios generales: imparcialidad; legalidad objetiva; impulsión de oficio; verdad material; economía, celeridad y eficacia; informalismo en favor del administrado; flexibilidad, materialidad y ausencia de ritualismos; delegación material; debido procedimiento; contracción; buena fe, lealtad y presunción de verdad salvo prueba en contrario; motivación de la decisión.

en una descripción puramente empírica de su surgimiento histórico; tampoco en su expresión exclusivamente normativa; siempre deberemos indagar su adecuación a la realidad de la vida del ser nuclear que en él anida, vive y se desarrolla: el hombre, cada hombre. De aquí resulta una nueva evidencia: “Decir ser, es decir finalidad”.³⁴ “El Estado de Derecho viene a configurarse — definirse 26 conceptualmente por su finalidad: concurrir a la realización del hombre en plenitud mediante la función estatal protectora de la persona humana. Es regla paradigmática del Estado de Derecho la aceptación de una dimensión sustancial impenetrable para el Estado. La dignidad personal del hombre, que en su interioridad se desenvuelve y cuya protección necesaria (la libertad exterior) plantea el reclamo de tutela”.

“Se hallan así dos reglas de valores fundamentales insitos en la constitución del Estado de Derecho, vinculantes para el Derecho Administrativo, la primacía de la persona humana y la consecuente operación del Estado a su servicio, para su protección y desarrollo en plenitud”.^{35 36} De allí deriva, sin duda, una importante muestra de la relación entre Derecho Constitucional y Derecho Administrativo.

16 Con Horacio Cassinelli Muñoz hemos de recordar a propósito de la cuestión que nos ocupa que “La Constitución uruguaya es, además, una de las constituciones que tiene mayor vocación de efectividad. Si se comparan las disposiciones constitucionales sobre la aplicación de la propia Constitución que hay en diferentes países del mundo, se encuentra que la Constitución uruguaya se halla entre las primeras en cuanto a su vocación de efectividad. Quiero decir con esto que la Constitución, como norma jurídica es invocable por todos y en todo momento. No hay una necesaria intermediación del legislador ordinario como ocurre en otros países, para que se pueda invocar en la práctica ante un juez, disposiciones constitucionales. Y no solamente ante un juez, sino ante un órgano

³⁴ Mariano R. BRITO, *Derecho Administrativo: su permanencia: contemporaneidad: prospectiva*, ob. Cit. pág. 255.

³⁵ *Ibíd.*, Pág. 256.

³⁶ Alberto Ramón REAL, *Los principios generales de derecho en la Constitución uruguaya*, Montevideo, 1965, pág. 14: “... el tecnicismo positivista no ha llegado a cegarnos la aptitud valorativa hasta el punto de impedirnos recurrir a los criterios finalistas cuando el propio derecho vigente los impone, para llenar sus lagunas, que admite expresamente. Ante tal hipótesis, el intérprete no puede ser más realista que el rey, o sea, más estatista que el propio constituyente, negar las lagunas y pretender que todo el derecho ha de hallarse, exclusivamente en el derecho legislado, y no en las “fuentes reales”, sociales y humanas”. Juan Pablo CAJARVILLE, *Reflexiones sobre los principios generales en la Constitución uruguaya*, en *Estudios Jurídicos en memoria de Alberto Ramón Real*, Montevideo, 1996, pág. 155 ss., expresa que es el suyo “un estudio de derecho positivo, que no pretende incursionar en el dominio de la filosofía ni de la teoría general del derecho, aunque deba rozarlos en la medida necesaria para interpretar las normas en cuestión”. También publicación en *Los principios generales de derecho en el derecho uruguayo y comparado*, de A.A.V.V. (Héctor Barbé Pérez, Alberto Ramón Real, Juan Pablo Cajarville Peluffo, y Daniel Hugo Martins), FCU, 1. ed., junio 2001, pág. 136 ss. (esp. pág. 162 y 163, Cap. VII. Conclusión).

administrativo, o también — por qué no decirlo — en las relaciones privadas. La Constitución es inmediatamente aplicable a las relaciones privadas, invocable en cualquier pleito o en cualquier trámite administrativo sin necesidad de que exista una ley intermediaria. La inmediatez de la eficacia formal de la Constitución es una de las características de nuestro Derecho Constitucional”. Y continúa: “Para las disposiciones preceptivas, para los preceptos de la presente Constitución como dice este artículo, está garantida su aplicación inmediata cuando se trata de normas que reconozcan derechos a los individuos o que atribuyan facultades o impongan deberes a las autoridades públicas, aún cuando por la naturaleza del precepto resulte necesaria una reglamentación. En ese caso la omisión del legislador ordinario es suplida directamente por el intérprete: por el intérprete privado, por el administrador o por el juez, creando por construcción intelectual con el método jurídico la norma legal que falta, y dándole aplicación concreta como si fuera un acto legislativo”. Pero, aun específicamente refiriéndose a las normas programáticas, afirma: “Las disposiciones programáticas, aparentemente después de leer el artículo 332, podría considerarse que tienen menos vocación de inmediata aplicación; pero no es así. Lo que ocurre es que las disposiciones programáticas, por su naturaleza, pueden invocarse como criterios de interpretación de cualquier norma jurídica, o como fundamento de impugnación de las normas que hayan sido dictadas con una orientación opuesta al programa previsto en la Constitución. De manera que aún estas normas tienen también una vocación de inmediata aplicación entre nosotros”.³⁷

17 Bien ha afirmado Leslie Van Rompaey: “La Constitución con sus disposiciones programáticas no se dirige solamente al legislador para que a la larga transforme en leyes ordinarias aquel programa, sino que se dirige directamente también a los jueces, para que, mediante las aplicaciones de los principios generales y la interpretación evolutiva, hagan entrar inmediatamente en sus sentencias sin aguardar la obra del legislador el respeto a las meras exigencias sociales que la Constitución revela y consagra. La distinción tan discutida entre normas preceptivas y normas programáticas, que desgraciadamente ha servido y sirve para bloquear en sus disposiciones esenciales la actuación legislativa de la Constitución, no debe ser considerada por los jueces como un obstáculo que les impida tomar en cuenta,

³⁷ Horacio CASSINELLI MUÑOZ, La Defensa Jurídica de la Constitución, en A.A.V.V., *Defensa de la Constitución Nacional*, Cuadernos de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Segunda Serie, No. 2, Montevideo, 1986, pág. 14 (El autor rinde homenaje especialmente a Juan Andrés Ramírez, autor del actual Art. 332, “que recalca en el aspecto de los derechos fundamentales esta característica de vocación de inmediatez en su aplicación a los casos concretos).

en su jurisprudencia, las normas tendenciales que, aunque no traducidas todavía a las leyes pueden servir ya de principios orientadores de la práctica judicial”.³⁸

Con no menor rigor estimamos que la distinción apuntada tampoco puede ser impediende de la actuación y jurisprudencia administrativa que tome en cuenta las “normas tendenciales” que constituyen definición de los fines que debe perseguir la Administración, sirviéndole entonces de “principios orientadores” de la práctica administrativa aunque no se hallen todavía traducidos en las leyes, como diremos parafraseando al magistrado citado, sin pretender que pueda ser suya la afirmación que dejamos formulada en este párrafo. Quede aquí el 35 criterio que sustentamos sin perjuicio de reiterar la sujeción de la Administración a la ley, de la que no podrá apartarse sino cuando, estimada inconstitucional, sea así declarada por la Suprema Corte de Justicia, si ella es posterior a ésta, o se haya operado su derogación por la Constitución superviniente. Pero tampoco puede olvidarse, que conforme al Art. 332 de la Constitución, los preceptos de ella que imponen deberes a las autoridades públicas (por tanto también a las administrativas) no dejarán de aplicarse por falta de la reglamentación respectiva.

II Conclusiones

1 El Derecho Administrativo tiene necesidad del Derecho Constitucional como que aquél resulta de la aplicación de principios — primeros criterios de verdad — que se anidan y resultan del segundo.

2 La necesidad anotada también emerge de la regla de actuación del Derecho Administrativo — la prudencia política administrativa y gubernativa — que es aplicación de principios universales y abstractos a la realidad política presente, y para poder hacerlo si quiere conocer esa realidad, que es como la materia de su obrar, también abreviar en aquéllos que nutren su racionalidad.

Aquellos principios universales y abstractos alcanzan al derecho Administrativo desde la Constitución y por la Constitución; y a ellos debe estar y aplicarlos mediante un juicio de prudencia política obediencial,³⁹ ya que lo suyo es actitud imperada de servicio al bien común.

3 No obstante, la regla de prudencia política obediencial no es para el Derecho Administrativo algo así como un acto de directiva — que no obliga pero responsabiliza — sino que avanzando desde la imperatividad constitucional, ésta lo liga vinculantemente: la “política obediencial” anotada responderá entonces

³⁸ Leslie VAN ROMPAEY, Hacia una jurisprudencia principialista, en *Revista de Derecho*, de la Universidad Católica del Uruguay, 2004, T. VI, pág. 182.

a un querer constreñido, cuya violación, desviación u omisión tornará ilegítima la conducta administrativa.

Cuando tal conclusión afirmamos — que habla de la efectividad del querer constitucional expresado en su producto ordenador (la Constitución) — viene fundada en el Derecho uruguayo por las reglas ya citadas de los Arts. 72 y 332 de la Constitución. Y la afirmación — que entraña la efectividad de la Constitución (directa aplicación de las reglas positivas, también lo es de los principios y valores explicitados en la Constitución siquiera implícitamente o que ella acoge porque son aun anteriores a ella misma). Estos radican en el ser humano en cuanto tal y por ser tal, y en la razón de ser — fin del Estado y su administración.

Con Jaime Rodríguez-Arana hemos de concluir: “El Estado del nuevo siglo es un Estado que garantiza los derechos y libertades de los ciudadanos. Es un estado que renuncia a la configuración completa y total de la realidad social, pues, en expresión antihegeliana, ya no es la encarnación del ideal ético. De la misma manera, el mercado no es la fuente, solo faltaría, de los derechos y libertades por la sencilla razón de que son previos al Estado y al mercado: los tiene el ciudadano por el hecho de serlo, de manera que las instituciones políticas y sociales lo que tienen que hacer es facilitar el libre desarrollo de la persona desde los postulados que he denominado de la libertad solidaria. Este Estado, ya no está en contraposición dialéctica con la sociedad, sino que, de acuerdo con ella, desde una concepción compatible y complementaria, puede colaborar al pleno desarrollo de los derechos fundamentales, individuales y colectivos de los ciudadanos”.⁴⁰

4 No obstante, reconocemos ya aquí — a esta altura — una dificultad emergente, que empobrece y entorpece la garantía y protección frente al obrar administrativo. Se ha dicho recientemente: “Uruguay nunca ha tenido una verdadera justicia constitucional, porque nunca consideró que la Constitución fuere un límite para algo. Sirve para declarar cosas grandiosas, pero cuando se trata de llegar a lo concreto deja de ser importante.

En esto nos diferenciamos a otros países — como Costa Rica, Colombia o aún Brasil — que tienen tribunales constitucionales especializados, y en los cuales la Constitución es, para bien o para mal, un límite para la acción”. ...

“Para que eso cambie, entonces, se necesita una justicia constitucional

³⁹ El autor se permite aquí parafrasear, con la cita pertinente, el conocer profundo, sapiencial, de Arturo Enrique SAMPAY, en su Introducción a la Teoría del Estado, 2º Ed., Buenos Aires, 1964, pág. 508-509, cuando alcanza el “Compendio epilogoal” a propósito de la Teoría del Estado.

⁴⁰ Jaime RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, A Prefacio al libro de Rogerio GESTA LEAL, Estado, *Administração Pública e sociedade: novos paradigmas*, Porto Alegre, 2006.

de verdad, que defina con visión de conjunto los límites de lo que el Estado puede o no hacer en cada uno de los temas fundamentales”.⁴¹ Sin embargo, bien puede hallarse abierta la vía para tal adopción a la luz del Art. 72 de la Constitución cuando hace concurrir la vigencia de los derechos, deberes y garantías inherentes a la personalidad humana y aquellos que derivan de la forma republicana de gobierno.

5 No es extraño que advirtamos ya — como decía Alberto Ramón Real años atrás — “Gobernar hoy es tarea muy difícil, porque el Estado toma a su cargo la creación del orden social deseable”.⁴² A ese fin apunta la creación de su administración: ésta comparte aquella dificultad.

6 Bien podrán estimarse para el accionamiento administrativo y los límites de su obrar, la vigencia de unas normas escritas necesarias para garantizar “el equilibrio entre la eficiencia de la Administración y la dignidad, la libertad y los otros derechos fundamentales del individuo”, atendiendo al plexo constitucional, y particularmente a la citada regla del Art. 72 de la Carta.⁴³

7 La relación entre Derecho Administrativo y Derecho Constitucional en el derecho uruguayo halla una vía expansiva de positiva incidencia cuando se advierte la efectividad — aplicación directa de las normas constitucionales programáticas. Ellas constituyen también auténticas vías de ordenamiento de conducta administrativa aun sin reglamentación de las disposiciones que las prescriben:

- a) conforme a la regla del Art. 332 de la Constitución;
- b) en la medida con que obran como reglas declarativas de derechos fundamentales de la persona humana, condición ineludible para su desarrollo en plenitud y verdaderas reglas para la igualdad de todos reconocida (Art. 8; que reclaman la consecuente actitud de servicio del Estado Social de Derecho para el interés general, que es — preciso es recordado — un bien participado.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

⁴¹ Daniel FERRERE, Nueva Sociedad, mera justicia, en El Observador, Montevideo, 11 de marzo de 2006, Tribuna, pág. 9.

⁴² Alberto Ramón REAL, Algunas perspectivas humanistas y democráticas del derecho administrativo contemporáneo, en Fundación de Derecho Administrativo, *Revista de Derecho Público* 1, en homenaje al autor citado, Buenos Aires, julio de 1983, Pág. 19.

⁴³ Cabrá entender vigente la norma no escrita citada, superando por la vía de la interpretación armónica enunciada el vacío normativo. Véase, con cambio, cómo éste no existe según previsión de la Ley General de la Administración Pública de Costa Rica, No. 6227, de 2 de marzo de 1978, cuando dispuso: Artículo 8 – El ordenamiento administrativa se entenderá integrado por las normas no escritas necesarias para garantizar un equilibrio entre la eficiencia de la Administración y la dignidad, la libertad y otros derechos fundamentales del individuo” (1ª Ed. Actualizada, San José, Imprenta Nacional, 1999).

BRITO, Mariano R. Estudio de las Relaciones entre el Derecho Administrativo y el Derecho Constitucional en Uruguay. In: FORO IBEROAMERICANO DE DERECHO ADMINISTRATIVO, 5, 2006, Quito. *A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, ano 7, n. 29, p. 113-125, jul./set. 2007.

|