
EL DERECHO ADMINISTRATIVO ENTRE LEGALIDAD Y DERECHOS FUNDAMENTALES *

AUGUSTO DURÁN MARTÍNEZ

Profesor Titular de Derecho Público en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República.
Profesor Titular de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay.
Decano Emérito de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica.

I

1. El título del tema que se nos ha adjudicado impone necesariamente algunas precisiones terminológicas.

En efecto, podemos hablar de *Derecho administrativo*, de *legalidad* y de *derechos fundamentales* en diversos sentidos. Por eso estimo imperioso comenzar por indicar el sentido con el cual usaré los términos mencionados.

2. Efectuaré las aludidas precisiones en el orden en que los respectivos términos han sido presentados.

II

1. *Derecho administrativo* es un término complejo porque está compuesto de partes que tiene cada una por sí sola y separadamente una significación¹: *derecho* y *administrativo*.

Tomo el término *derecho* en el sentido que presenta su analogado principal, es decir, como *lo justo*, como el objeto de la Justicia Particular.² Es el

DIKAION de los griegos, el *JUS* de los romanos, la *cosa justa* de Santo TOMÁS DE AQUINO.³ VILLEY, desarrollando esta idea, entendía por *Derecho* la justa distribución proporcional de los bienes y de las cargas en un grupo social.⁴

El término *administrativo* deriva de administración. *Derecho Administrativo* es así *lo justo administrativo*. Lo *justo administrativo* evoca la relación del hombre con la administración; es esa justa distribución proporcional aludida por VILLEY, efectuada mediante el ejercicio de la función administrativa.

2. Tomo para *legalidad* la segunda acepción que da a este término el Diccionario de la Real Academia Española: "ordenamiento jurídico vigente."⁵

Por *ordenamiento jurídico* vigente considero el conjunto de actos jurídicos, cualquiera sea su naturaleza, valor y fuerza⁶, que rige en una determinada sociedad en un momento dado, más los principios generales del derecho.

3. Tomo el término complejo *derechos fundamentales* como sinónimo de *derechos humanos*.

Considero *derechos humanos*, en la línea de BIDART CAMPOS⁷, aquellos que tienen como sujeto al hombre en cuanto es hombre, en cuanto perte-

* Exposición formulada en el marco del II Congreso Iberoamericano de Derecho Administrativo celebrado en Curitiba-Brasil del 13 a 16 de mayo de 2007, organizado por la Asociación Iberoamericana de Derecho Administrativo, el Instituto Iberoamericano de Derecho Administrativo-Prof. Jesús González Pérez, la Asociación de Derecho Público de Mercosur y el Instituto de los Jóvenes Juristas del Derecho Público Iberoamericano.

1. MARITAIN, J., El orden de los conceptos. Lógica. Club de Lectores, Buenos Aires, p. 79.
2. DE AQUINO, T., Tratado de la ley. Tratado de la Justicia. Opúsculo sobre el gobierno de los Príncipes. Editorial Porrúa S.A., México, 1975, p. 117 y ss. (Suma Teológica. II. II, cuestión 57, art. 1).
3. DURÁN MARTÍNEZ, A., Contencioso administrativo. F.C.U., Montevideo, 2007, pp. 10 y ss.
4. VILLEY, M., Método, fuentes y lenguaje jurídico. 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.
5. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la lengua española. Vigésima segunda edición. Espasa Calpe S.A., Buenos Aires, 2002, t. II, p. 1360.
6. La expresión *valor* está tomada en el sentido de *fuerza pasiva* o de resistencia y la expresión *fuerza* en el sentido de *fuerza activa* o de innovación o derogatoria. FRUGONE SCHIAVONE decía que la *fuerza activa* refiere a la potencialidad de innovar en el orden jurídico preexistente venciendo toda resistencia opuesta por cualquier otra manifestación de voluntad del Estado, de grado semejante o inferior, con ella contrastante; y *fuerza pasiva* es la capacidad de resistencia que el acto jurídico tiene, en el sentido de que no puede ser derogado, abrogado o desaplicado si no es por un acto de fuerza igual o superior. FRUGONE SCHIAVONE, H., "De los aspectos administrativos de la ley de marcas de fábrica, comercio y agricultura y de la anulación de la inscripción registral", en *La Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*, t. 74, enero-octubre de 1974, números 1 a 10, p. 10.
7. BIDART CAMPOS, G.J., Teoría general de los derechos humanos. ASTREA, Buenos Aires, 1991, p. 2.

neces a la especie que llamamos humana, prescindiendo de su condición de ciudadano o extranjero, de trabajador o desocupado o jubilado o pensionista, de niño o adulto, de mujer o varón, o de integrante de algún grupo étnico en particular, o de otras situaciones diferenciales que puedan existir.⁸

III

1. Los *derechos fundamentales*, en el sentido dado en este trabajo, lo son por derivar de la naturaleza humana. No asigno al término *fundamentales* un sentido meramente valorativo como lo hace BARBAGELATA⁹ ni un carácter formal como FERRAJOLI.¹⁰ Son derechos fundamentales, a mi juicio, todos aquellos inherentes a la esencia misma del hombre.

En ese sentido son objetivos. Por eso son comunes a todos los hombres y existen con independencia de la valoración que haya sobre ellos en la sociedad en un momento dado. Su condición objetiva se impone a la ocasional mayoría de una época.

Esos derechos no son creados por hombre alguno por medio de alguno de los actos jurídicos que dicte, sino que nacen con el hombre mismo.

Pero esos derechos, objetivos por su origen, son subjetivos por su ejercicio: cada hombre tiene dominio sobre lo suyo o puede exigir lo que se le debe.

La falta de reconocimiento o de protección de estos derechos no implica su inexistencia sino su inoperancia. Y esto deriva de una cuestión cultural por la imperfección humana.¹¹

Como bien lo advirtió FERRAJOLI, la garantía no es de esencia del derecho fundamental.¹² La falta de garantía no significa inexistencia del derecho.

Si un derecho fundamental carece hoy de garantía, algún día la tendrá. La tendrá el día en que por el desarrollo de nuestro conocimiento nos demos cuenta de que estamos en presencia efectivamente de un derecho humano.

2. Esos derechos humanos o fundamentales son por su origen preexistentes al Estado y a toda norma creada por el hombre.

3. Nuestra Constitución contiene un artículo, el 72, que dice: "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. Del texto citado se desprende que el mismo refiere a derechos (también deberes y garantías) derivados de dos tipos de *cosas*: a) de una *cosa* que llamamos persona humana; y b) de otra *cosa* que llamamos república.

Al ser la república una forma de gobierno adoptada por la Constitución (forma republicana de gobierno, es lo que concretamente dice el texto), no cabe duda de que los derechos que derivan de esa forma de gobierno son de naturaleza constitucional.

Pero, ¿qué ocurre con los derechos derivados de la persona humana (*inherentes a la personalidad humana*, es lo que concretamente dice el texto) o derechos humanos o fundamentales en la terminología empleada en este estudio?

Este aspecto ha sido particularmente estudiado al estudiar los principios generales del derecho.

Así, algunos autores de innegable y justificado prestigio han sostenido que los principios generales del derecho relativos a derechos, deberes y garantías que son inherentes a la personalidad humana se ubican en el nivel de las normas constitucionales, porque están implícitamente contenidos en la Constitución, en su artículo 72.¹³

De ese razonamiento se deriva como lógica consecuencia que esos derechos tienen naturaleza constitucional. Por tanto, se imponen al legislador pero no al constituyente.

No tengo el honor de compartir esa posición. Es timo que los derechos que derivan de la persona humana son preexistentes al texto constitucional. La Constitución, al reconocerlos, les brinda protección,

8. DURÁN MARTÍNEZ, A., "¿Se puede limitar derechos humanos por actos administrativos dictados por órganos reguladores de la actividad privada? Especial referencia a las unidades de regulación usadas en Uruguay", en DURÁN MARTÍNEZ, A., *Estudios de Derecho Público*, Montevideo, 2004, vol. I, p. 360.
9. BARBAGELATA decía que los derechos fundamentales "lo son por la relevancia que tienen dentro de la organización social". BARBAGELATA, A.L., *Derechos fundamentales*, F.C.U., Montevideo, 1986, p. 8.
10. FERRAJOLI propone una definición teórica, calificada por él como puramente formal o estructural. En tal sentido decía: "son *derechos fundamentales* todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a *todos* los seres humanos en cuanto dotados del *status* de personas, ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por *derecho subjetivo* cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por norma jurídica; y por *status* la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de actos que son ejercicio de éstas". FERRAJOLI, L., *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Editorial TROTTA, Madrid, 2005, p. 19.
11. BRITO, M., *Derechos fundamentales*, en A.A.VV., *Evolución constitucional del Uruguay*, Universidad Católica del Uruguay. Amalio M. Fernández, Montevideo, 1989, pp. 17 y ss.; DURÁN MARTÍNEZ, A., *Contencioso ...*, p. 109.
12. FERRAJOLI, L., *Los fundamentos ...*, pp. 45 y ss. y pp. 180 y ss.
13. CAJARVILLE PELUFFO, J.P., "Reflexiones sobre los principios generales de derecho en la Constitución Uruguaya", en BARBÉ PÉREZ, H./REAL, A.R./CAJARVILLE PELUFFO, J.P./MARTINS, D.H., *Los principios generales de derecho en el derecho uruguayo y comparado*, F.C.U., Montevideo, 2001, pp. 151 y 156.

pero no les asigna naturaleza constitucional puesto que son anteriores a ella.

Al reconocerlos, implícitamente les asigna el mismo sistema de protección que el previsto para los otros derechos expresamente reconocidos por la Constitución. Así, si el acto jurídico que los desconoce es una ley, corresponde contra ella el procedimiento de declaración de inconstitucionalidad previsto en los artículos 256 y siguientes de la Constitución, y si es un acto administrativo corresponderá la acción de nulidad prevista en los artículos 309 y siguientes de la Carta. Pero eso no quiere decir que una Constitución posterior pueda desconocer esos derechos.

La primacía de la persona humana es hoy una realidad, al menos en el plano conceptual. La evolución cultural de nuestra época ha superado lo que BIDART CAMPOS ha denominado la *autorreferencia decisionista* y la ha reemplazado por un mínimo *objetivismo suprapositivo*. Y ese mínimo *objetivismo suprapositivo* reside en la persona humana¹⁴, cuyo valor reposa en la dignidad derivada de su origen.¹⁵

No se puede olvidar que no es la Constitución que determina nuestra filosofía sino al revés, es la filosofía nacional que determina nuestra Constitución.¹⁶ Y esa filosofía no es una mera creación de la razón humana; en muchos aspectos es un descubrimiento realizado por la razón de datos que se le imponen como, por ejemplo, la propia esencia del hombre.

Los derechos humanos, pues, tienen fuerza suficiente para resistir hasta las propias normas constitucionales. Son supraconstitucionales.

Los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos son una prueba elocuente de ello. Ellos no se detienen ante una violación de derechos humanos perpetrada por una norma constitucional.

IV

1. Conforme al concepto adoptado de *legalidad*, esta comprende actos jurídicos y principios generales de derecho.

2. Más allá de que la integración de los principios generales de derecho al ordenamiento jurídico, por lo menos los que se derivan de la persona humana, se desprende implícitamente de lo antedicho, ello

no ofrece dudas en nuestro derecho positivo en virtud de lo establecido por el literal a) del artículo 23 del decreto-ley N° 15.524, de 9 de enero de 1984.

Este artículo, recogiendo una definición ya tradicional en nuestro medio proveniente del artículo 345 de la ley N° 13.318, de 28 de diciembre de 1964, consideró *regla de derecho* a "todo principio de derecho o norma constitucional, legislativa, reglamentaria o contractual."

3. A los ojos de nuestro legislador, pues, las reglas de derecho pueden ser normas o principios de derecho. Normas y principios, así, conforman la *legalidad*.

Nuestra ley reparó en la diferencia existente entre normas y principios. Bien decía CASSAGNE: "Mientras que las normas responden a una cierta estructura lógica, donde tanto la proposición jurídica constituida sobre el supuesto de hecho que ella determina como la consecuencia se encuentran formuladas 'con similar propósito de precisión', los principios aparecen con un margen de indeterminación y abstracción que los lleva a requerir siempre de un acto posterior que los precise en una formulación más detallada, ya sea en su incorporación al derecho positivo o a falta de éste, en su aplicación al caso concreto."¹⁷

No obstante esa diferencia existente entre norma y principio, nuestro legislador consideró a ambos reglas de derecho. Consideración que tiene la virtud de recordarnos el sentido de los principios generales del derecho, estén o no recogidos por textos de derecho positivo. Porque, como acertadamente lo recordaba GONZÁLEZ PÉREZ, si el principio existe con independencia de que haya sido acogido en una norma jurídica, su consagración legislativa no supone que pierda aquel carácter; cuando un principio se "positiviza" no pierde su carácter principal.¹⁸ Cuando un principio es recogido en un texto de derecho positivo se aplica el principio a través de su especificación, y si no es recogido por el derecho positivo se aplica directamente el principio.

Por eso, con razón, afirmó BARBÉ PÉREZ que los principios generales del derecho "son fuentes directa y principal de nuestro derecho; que sería ontológicamente absurdo y lógicamente contradictorio que siendo principios generales solo se apliquen

14. BIDART CAMPOS, G.J., *Doctrina social de la Iglesia y Derecho Constitucional*. EDIAR, Buenos Aires, 2003, p. 70; DURÁN MARTÍNEZ, A., "El papel del Estado en el siglo XXI. Prestación de Servicios Públicos, explotación de actividades económicas y actividad regulatoria", en *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Editora Fórum- Instituto Paranaense de Direito Administrativo, N° 19, jan-mar, 2005, p. 37.

15. GONZÁLEZ PÉREZ, J., *La dignidad de la persona humana*. CIVITAS, Madrid, 1986, pp. 26 y ss.

16. DURÁN MARTÍNEZ, A., "Filosofía de la Constitución Oriental", en *DURÁN MARTÍNEZ, A., Estudios de Derecho Público ...*, vol. I, p. 47.

17. CASSAGNE, J.C., *Los principios generales del derecho en el derecho administrativo*. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Anticipo de "Anales"-Año XXXII, segunda época, número 25, pp. 24 y ss.

18. GONZÁLEZ PÉREZ, J. *La dignidad ...*, p. 85.

si no hay texto, sino los textos deben estar de acuerdo a los principios y los principios de acuerdo a la naturaleza de las cosas."¹⁹

4. Cuando la ley refiere a los principios, alude a todos y no solo a los comprendidos en el artículo 72 de la Constitución. Precisamente, el artículo en análisis emplea la palabra **todo** antes de la expresión **principio de derecho**. Comprende, pues, todos los principios generales de derecho, cualquiera sea su valor y fuerza.

Determinar el valor y fuerza de esos principios será de particular importancia a los efectos de determinar su grado de resistencia ante las distintas normas de derecho positivo y su grado de capacidad de impulso innovador del derecho positivo.

Así, un principio con valor y fuerza de ley o de reglamento, en caso de ser desconocido por un acto administrativo, podrá provocar la nulidad de este acto si es impugnado ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, pero nada impide que sea derogado por una ley o por una Constitución posterior.

Un principio general de derecho con valor y fuerza de constitución puede provocar la declaración de inconstitucionalidad de la ley que lo vulnere, o la anulación del acto administrativo que lo descarte, pero no impide que una Constitución posterior lo desconozca.

Un principio general de derecho supraconstitucional puede provocar la declaración de inconstitucionalidad de la ley que lo desconozca, la anulación del acto administrativo que lo ignore, y se impone hasta al propio Constituyente.

No está expresamente previsto en nuestra Constitución qué es lo que ocurre cuando una norma constitucional desconoce un derecho fundamental o derecho humano. Al no estar previsto, corresponde la solución de principio: el Juez de la causa aplicará la regla de derecho de mayor jerarquía, es decir, el principio general de derecho que deriva de la personali-

dad humana, y descartará la norma constitucional que lo vulnera. Y al no estar expresamente previsto el caso en lo que refiere al Juez competente, en el plano interno corresponderá al Juez competente del Poder Judicial según las normas comunes, y en el plano internacional al Juez que corresponda según el Derecho Internacional.

5. Esos principios generales de derecho que derivan de la persona humana configuran las reglas de derecho de mayor valor y fuerza de nuestro ordenamiento jurídico; son supraconstitucionales.

Por tal razón, tienen valor suficiente para resistir a cualquier otra norma de ordenamiento positivo y la fuerza necesaria para encauzar todas las normas constitucionales, legislativas, reglamentarias y contractuales o actos subjetivos que se dicten.

Esos principios generales de derecho, pues, integran y presiden la legalidad. Los derechos humanos o fundamentales relacionados con esos principios condicionan la legalidad.

6. Esta última afirmación requiere una precisión.

Nuestra Constitución en algún artículo prevé la privación de algunos derechos constitucionales o limitaciones a derechos humanos mediante ley dictada por razones de interés general. Es el caso por ejemplo de los artículos 7 y 36.²⁰

Ante estos textos, algún autor ha pretendido ver una primacía de los intereses generales sobre los individuales.²¹

No comparto esa posición.

En primer lugar, cabe recordar que el artículo 7 no consagra el derecho a la vida, el honor, a la libertad, a la seguridad, al trabajo y a la propiedad: los presupone. Estos derechos son reconocidos por la Constitución, por lo que son anteriores a ella.²² Lo que la Constitución consagra es el derecho a ser protegido en el goce de la vida, honor, libertad, seguridad, trabajo y propiedad. Lo que la ley puede privar es ese derecho a ser protegido, pero no el derecho a la vida, honor, libertad, seguridad, trabajo o propiedad.

19. BARBÉ PÉREZ, H. Los principios generales de derecho como fuente de derecho administrativo en el derecho positivo uruguayo, en *BARBÉ PÉREZ, H y otros ... Los principios ...*, p. 29.
20. **Artículo 7°**. Los habitantes de la República tienen derecho a ser protegidos en el goce de su vida, honor, libertad, seguridad, trabajo y propiedad. Nadie puede ser privado de estos derechos sino conforme a las leyes que se establecieron por razones de interés general. **Artículo 36**. Toda persona puede dedicarse al trabajo, cultivo, industria, comercio, profesión o cualquier otra actividad lícita, salvo las limitaciones de interés general que establezcan las leyes.
21. RODRÍGUEZ AZCÚE, G., "Principio de preeminencia del interés general sobre los intereses particulares en las leyes de la crisis bancaria", en *AA. VV. Liber Amicorum discipulorumque José Anibal Cagnoni*, F.C.U., Montevideo, 2005, pp. 289 y ss.; SÁNCHEZ CARNELLI, L., "La protección de los intereses generales", en *AA. VV. Liber Amicorum ...*, pp. 357 y ss. Aunque RODRÍGUEZ AZCÚE, en el trabajo precedentemente citado, invoca la opinión de BRITO en apoyo de su tesis, creo que no se puede extraer del pensamiento de BRITO la existencia en nuestro derecho de un *principio de preeminencia del interés general sobre los intereses particulares*. Ver BRITO, M., "Principio de legalidad e interés público en el derecho positivo uruguayo", en *BRITO, M., Derecho Administrativo. Su permanencia - contemporaneidad - prospectiva*. Universidad de Montevideo - Facultad de Derecho, Montevideo, 2004, pp. 259 y ss.
22. JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, J., La Constitución Nacional, Cámara de Senadores, Montevideo, 1991, t. I, pp. 220 y ss.; ESTEVA GALLICCHIO, E., "El 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 / Amalio M. Fernández / Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, 2002, t. III, p. 55.; CAGNONI, J.A., *El derecho constitucional uruguayo*, Montevideo, 2006, p. 426.

Por otro lado, la privación de los derechos a que alude el artículo 7, así como la limitación de otros derechos, como la prevista en el artículo 36, requiere ley, pero dictada por razones de interés general.

Como bien ha expresado RISSO FERRAND, la Carta aquí ha sentado el principio de protección de esos derechos.²³

“El artículo 7º -dice RISSO FERRAND-, cuando consagra el derecho de los habitantes a *ser protegidos en el goce* de los derechos preexistentes, ya sienta el principio de protección, en la medida que los habitantes pueden exigir del Estado la protección correspondiente y, obviamente, éste deberá asegurar a los habitantes contra cualquier circunstancia que impida u obstaculice el pleno goce de dichos derechos. Esta *protección* no se limita sólo a los derechos comprendidos en el artículo 7 y ni siquiera a los de primera generación, sino que en la medida que respecto a los derechos económicos, sociales y culturales el Estado asume la obligación de brindar y asegurar un mínimo de condiciones efectivas (en materia de salud, vivienda, etc.), es obvio que la protección, aunque con distinto perfil, alcanza y obliga respecto a cualquier derecho constitucional. En algunos casos, incluso, la propia Constitución establece obligaciones (de protección) respecto a estos derechos de segunda generación, tal como ocurre en el inciso 2º del artículo 41 respecto a la protección de la infancia y de la juventud contra el abandono y contra la explotación y el abuso, o en el inciso 2º del artículo 42 en cuanto a la protección de la maternidad, etc.”²⁴

La protección de los derechos fundamentales es el principio, su restricción es la excepción; restricción que solo procede por razones de interés general.

Es más, se puede afirmar que es de interés general la tutela de los intereses individuales²⁵ pues sin tutela de los intereses individuales no se logra el bien común; sin bien común la persona humana no logra su pleno desarrollo, y si la persona humana no logra su pleno desarrollo no hay ni persona ni sociedad sana.

Se debe tener en cuenta, además, que la ley carece de discrecionalidad al respecto. *Interés general* es un concepto jurídico indeterminado²⁶, su determinación exige una actividad intelectual y no volitiva, por lo

que la Suprema Corte de Justicia puede ingresar al examen de la configuración o no del interés general en el caso concreto al estudiar la inconstitucionalidad de un acto legislativo.²⁷

El legislador en el caso efectúa una actividad de interpretación. Así como su actividad interpretativa asignada por el artículo 85 numeral 20 de la Constitución está sujeta al control jurisdiccional de la Suprema Corte de Justicia por la expresa remisión que este numeral efectúa a los artículos 256 a 261 de la Carta, también la Suprema Corte queda habilitada para juzgar el acierto o no en la determinación de un concepto jurídico indeterminado. Como bien ha dicho ESTEVA GALLICCHIO, “entre la interpretación realizada por vía de la ley, esto es, por acción de los Poderes políticos del Gobierno del Estado, la Constitución prefiere la interpretación constitucional que va a resultar de la acción de un órgano del Poder Judicial, específicamente en el caso de la Suprema Corte de Justicia.”²⁸

Esta solución constitucional impide que una ocasional mayoría legislativa pueda desconocer derechos humanos. No hay que olvidarse de que el interés general, si bien no es la suma de los intereses individuales, tampoco es el interés de la mayoría.

Además de lo expuesto, cabe admitir la existencia de un contenido esencial de los derechos humanos que configuran también un límite al legislador²⁹, que impide que por medio de restricciones legales se desnaturalice el derecho.

Hechas estas precisiones, se comprende la afirmación efectuada en el sentido de que los derechos humanos o fundamentales condicionan la *legalidad*. Los principios generales del Derecho relacionados con los derechos humanos, así, presiden la *legalidad*.

V

1. Esa *legalidad*, presidida por los principios generales de derecho que derivan de la persona humana, con sus derechos y deberes (porque no hay que olvidar que de la naturaleza humana también surgen deberes en virtud de su dimensión social y trascendente³⁰), determina el *derecho administrativo*, o sea, lo *justo administrativo*.

23. RISSO FERRAND, M., “Los ‘intereses individuales’ y el ‘interés general’ en la Constitución”, en *Tribuna del Abogado*. Publicación del Colegio de Abogados del Uruguay, Montevideo, junio/julio 2005, N° 143, p. 11.

24. RISSO FERRAND, M., op. cit., p. 11.

25. DURÁN MARTÍNEZ, A., “Ejecución de los contratos administrativos”, en DURÁN MARTÍNEZ, A., *Estudios de Derecho Administrativo – Parte General*, Montevideo, 1999, p. 271.

26. ESTEVA GALLICCHIO, E., *Control de la regularidad ...*, loc. cit., p. 55; BRITO, M., “Principio de legalidad ...”, loc. cit., p. 266.

27. ESTEVA GALLICCHIO, E., op. cit., loc. cit., p. 55.

28. ESTEVA GALLICCHIO, E., op. cit., loc. cit., p. 53.

29. ESTEVA GALLICCHIO, E., op. cit., loc. cit., pp. 55 y ss.

30. Esos deberes imponen un límite natural a esos derechos porque son naturales como ellos, ya que nacen junto con los derechos con el hombre mismo.

2. Esa *justa distribución* no configura una graciosa dádiva paternalista, puesto que el hacer obras de caridad no es el fin del Estado o de la comunidad política, por no hablar solo del Estado en virtud de la crisis que este sufre en la actualidad³¹; ello sin perjuicio de la posibilidad de ayuda a la sociedad que la organización política pueda prestar, principio de subsidiariedad mediante.

3. Esa *justa distribución* responde a esos derechos fundamentales: no es un regalo, sino algo debido al hombre; no al hombre abstracto, sino al concreto, a todos y a cada uno en particular.

4. Pero esa *justa distribución* responde también a la razón de ser de la administración. La administración es parte del Estado o de la correspondiente organización política de la sociedad, para hablar en términos más generales por las razones ya indicadas. Así, como esa organización tiene por fin el bien común, ese es también el fin de la administración, aunque acotado a su dimensión.

El bien común es el medio necesario para el pleno desarrollo de la persona humana en su triple dimensión, individual, social y trascendente. No coincide por cierto con el bien del Estado y ni con el de la administración, pero ese bien del Estado y el de la administración no pueden ser incompatibles con el bien común, puesto que a él están finalizados.

El hombre es un animal racional, por ser racional es social, por ser social es político.³² De ahí se extrae que el poder político deriva de la esencia misma del hombre y, por tanto, la comunidad política es natural y necesaria. Esa comunidad política está para logro del bien común; solo se justifica para eso. Con acierto GUARIGLIA señala: "el bien común expresa que la naturaleza humana en su dimensión ontológica exige que la relación de coexistencia se desarrolla con responsabilidad y metafísicamente responde a que el hombre como ser social debe convivir con los demás ... El bien común por tanto, ontológica y metafísicamente, es una realidad propia del *todo social* en cuanto tal, que hace posible la coexistencia de los miembros que forman parte de la misma."³³

Ese fin natural de la comunidad política en general, y de la administración en particular, hace que también por esta razón los derechos fundamentales -y por cierto los principios generales de derecho que derivan de la personalidad humana- condicionen la legiti-

dad de la función administrativa. La actividad administrativa será legítima si se ajusta al fin debido.

La administración, así, tiene el deber de ser eficaz. Debe hacer las cosas bien. Hacer las cosas bien significa determinar correctamente el fin de sus acciones y elegir los medios adecuados para conseguirlo.

La determinación correcta del fin es lo más importante, pero no se debe desdeñar la adecuada elección de los medios, porque si ellos no son los adecuados no se logra el fin debido, y como los recursos materiales no son inagotables, el despilfarro culmina inevitablemente en la no consecución del fin por falta de recursos.³⁴

La ineficacia pues, al no servir para el perfeccionamiento de la persona humana, impide lograr la cosa justa.

VI

1. De lo expuesto se desprende que conceptualmente no existe ninguna incompatibilidad entre *derecho administrativo, legalidad y derechos fundamentales*. Por el contrario, en un auténtico Estado de Derecho, *derecho administrativo, legalidad y derechos fundamentales* se dan en perfecta armonía.

2. De la naturaleza humana surgen determinados principios generales de derecho que por su origen presiden el *bloque de la legalidad*-tomando prestado de HAURIUO esta terminología³⁵, determinan los *derechos fundamentales* y condicionan la actuación de la administración a los efectos de la realización del *derecho administrativo*.

3. Es cierto que a menudo esto no ocurre. Muchas veces una parte de la legalidad, la legalidad infravalente, no se configura en consonancia con los principios generales de mayor valor y fuerza; y aunque no exista esa discordancia, la administración no se ajusta a la legalidad, con lo que el acto de ejecución resultante no es un acto justo.

Si eso ocurre, es porque en algún momento los hombres hemos hecho mal las cosas. Entonces corresponde *desfacer el entuerto* mediante un *acto de justicia*, lo que compete a la función jurisdiccional, suprema guardiana del Estado de Derecho.

Ese *acto de justicia* asegura la perfecta armonía que debe existir entre *derecho administrativo, legalidad y derechos fundamentales*.

31. GRASSO, P.G., *El problema del constitucionalismo después del Estado moderno*. Marcial Pons, Madrid, 2005, pp. 57 y ss. y 99 y ss.

32. ARISTÓTELES, *La política*. Editorial Tor Srl., Buenos Aires, 1965, pp. 7 y ss.; TOMÁS DE AQUINO, "Opúsculo sobre el gobierno de los príncipes", en TOMÁS DE AQUINO. *Tratado de la ley. Tratado de la Justicia. Opúsculo sobre el gobierno de los príncipes*. Editorial Porrúa S.A., México, 1975, pp. 257 y ss.; SUÁREZ, F., *Selección de Defensio Fidei y otras obras. El pensamiento político Hispanoamericano*. Depalma, Buenos Aires, 1966, pp. 31 y ss.

33. GUARIGLIA, C.E., *El conflicto entre los derechos fundamentales. Bases para una interpretación*, en prensa.

34. DURÁN MARTÍNEZ, A., "Principio de eficacia y estado subsidiario", en AA.VV., *Liber Amicorum...*, F.C.U., Montevideo, 2005, pp. 155 y ss.

35. HAURIUO, M., *Précis de droit administratif et de droit publique*. Librairie de la Société du Recueil Sirey. Paris, 1921, p. 67.