

# ESTRUCTURACION DOGMATICA DEL ESTADO DE DERECHO \*

(Relaciones del Derecho Administrativo con el  
Derecho Constitucional)

Por

AGUSTIN GORDELLO

Profesor Adjunto Interino de Derecho Administrativo

## I

1. — Las relaciones del derecho administrativo con las demás ciencias son generalmente expuestas por motivos didácticos, es decir, con la finalidad de hacer surgir más netamente los caracteres del primero. Pero en lo que respecta al derecho constitucional merece hoy en día consideración especial y no ya didáctica sino técnico-jurídica, el problema de si el derecho constitucional establece o no un Estado de Derecho.

La distinción conceptual entre Constitución y Administración, o entre el derecho constitucional y el derecho administrativo, es necesaria, pero debe tenerse en cuenta que falta allí la caracterización básica de la sujeción o no sujeción del uno al otro. Desde luego, la doctrina sostiene que el derecho administrativo está sujeto al derecho constitucional; pero es interesante tratar de hallar el planteo positivo de dicha sujeción, y si acaso, el principio dogmático que rija la cuestión.

No se trata ya del principio de la "legalidad de la administración", según el cual toda la actividad administrativa debe sujetarse a la ley, y por lo tanto a la Constitución, sino del principio básico de si el Estado está sometido a la Constitución en absolutamente todas sus manifestaciones y bajo toda circunstancia. El derecho administrativo como disciplina científica no se limita, en efecto, a lo que el órgano estatal "Administración" haga o deje de hacer; el derecho administrativo es mucho más que la actividad administrativa, y así la imposición, la expropiación, el poder

\* Trabajo N° 1 correspondiente al Tercer Año (1960) del Curso de Docencia Libre en Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires.

da policía, de concesión, etc., que son objeto de estudio por parte del derecho administrativo, tienen, no obstante, total o parcialmente, origen en la actividad legislativa.

Al derecho administrativo interesa más la norma o el principio que rige la actividad administrativa, que la actividad en sí misma, pues sólo conociendo la primera puede analizarse la segunda; cuando se habla de relación del derecho administrativo con otro derecho, debe pues estudiarse no ya la relación de este derecho con la actividad administrativa, sino su relación con las normas y los principios que regulan dicha actividad. En el primer caso tenemos las normas constitucionales regulando, en su relación con el derecho administrativo, la actividad de la Administración; en el segundo tenemos a aquellas mismas normas regulando normas del derecho administrativo, y afectando en consecuencia no solamente la actividad administrativa, sino la actividad estatal de producción de normas de derecho administrativo (legislación y jurisdicción).

Un primer paso hacia ese problema es el de la distinción entre la norma de derecho constitucional y la del derecho administrativo; e inmediatamente después surge el interrogante decisivo: ¿establece la Constitución un Estado de Derecho?

2. — No nos referimos, por supuesto, al problema valorativo según el cual todo Estado debe ser un "Estado de Derecho", es decir, que debe actuar con sujeción a los principios jurídicos fundamentales, y que debe respetar los derechos individuales y en especial la libertad, sino al problema concreto de si las normas jurídicas imperantes en un determinado país tienen o no al Estado sometido a las mismas<sup>1</sup>. Como es el Estado mismo qu en produce las normas legislativas, es con referencia a la Constitución que debe analizarse la cuestión<sup>2</sup>.

No nos referimos tampoco al problema práctico de si la gestión gubernativa de un determinado momento histórico responde o no a los ideales subsumidos en la concepción valorativa del "Estado de Derecho"; si es o no incapaz, venal o iliberticida. Nos referimos al problema positivo de saber si la Constitución es o no un orden jurídico, y el Estado un sujeto de derecho sometido al mismo; favorecido por los poderes que aquél le confiera de la misma manera que un particular se ve favorecido por los derechos que le concede una ley, y constraído al cumplimiento de los deberes que le imponga, de la misma manera que un individuo está constraído a respetar los derechos que el orden jurídico constitucional concede al Estado.

<sup>1</sup> Comp. Giese, *Festschrift: Allgemeines Verwaltungsrecht*, Tübingen, 1932, pág. 18 et seq.

<sup>2</sup> Comp. Meunier, *Traité de Droit de l'Etat*, 5<sup>o</sup> ed. Munich y Berlín, 1938, pag. 37.

<sup>3</sup> Meunier: *Op. loc. cit.*

Si la Constitución establece un Estado de Derecho, y por lo tanto es un principio constitucional de este Estado el respeto de los derechos individuales, se justifica, por ejemplo, la introducción del recurso de amparo<sup>4</sup>, a pesar de no haber ley al respecto; se justifica el control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes sin necesidad de que una ley lo establezca; y el control de legalidad por parte de los tribunales, en cuanto a la forma, el contenido o el fin de cualquier acto administrativo o "de gobierno", aunque no haya recurso jurisdiccional especial para ello, etc.

En realidad, de la solución del problema teórico de saber si la Constitución es un orden jurídico imperativo y pleno, y si el Estado está sometido a dicho orden jurídico, depende toda la orientación del derecho administrativo, puesto que la consideración de los derechos individuales contenidos en los artículos 14 al 20 de la Constitución como derechos subjetivos exigibles jurisdiccionalmente frente al Estado<sup>5</sup>, en las mismas condiciones que el Estado exige sus "poderes" constitucionales frente a los individuos, es un dilema immanente a toda la materia.

El derecho administrativo de corte europeo del siglo pasado y comienzos del presente, como así también la doctrina clásica, no admiten que existan tales derechos subjetivos frente al Estado como "poder", ni que el "poder" sea un derecho subjetivo similar al de los particulares<sup>6</sup>; pero la tendencia opuesta es cada vez más fuerte y responde a una necesidad social-política innegable. Nosotros trataremos aquí de aportar el fundamento positivo para esta nueva tendencia.

3. — Para poder afirmar que la Constitución es un orden jurídico, tendremos que demostrar que está compuesta por normas jurídicas (por lo tanto, imperativas), y que las mismas tienen una característica común (la supremacía) que, permitiendo diferenciarlas de las demás normas jurídicas (legislativas, administrativas, etc.), las particulariza en un grupo especial, carente de lagunas y "pleno"; un orden jurídico que no se integra con el resto de las normas de derecho, sino que las domina y regula manteniendo una diferenciación que permite reconocerlo a sí como tal, e invocarlo en todo momento sin importar lo dispuesto por las otras normas de derecho.

Si el Estado ha de estar íntegramente sometido a la Constitución, es decir, a un orden jurídico imperativo (elemento que lo señala como Estado de Derecho en sentido positivo), no ha de poder realizar acto alguno que no esté previamente calificado po-

<sup>4</sup> En principio, sólo respecto a actos estatales.

<sup>5</sup> Exigibles, se entiende, de acuerdo a lo dispuesto por la ley, y también a pesar de lo dispuesto por la ley, o a pesar de la carencia de ley. En los dos últimos casos tal solución depende específicamente de que el Estado esté o no sometido a tal orden jurídico constitucional.

<sup>6</sup> Así BUSTOS, *op. cit.*: *Derecho administrativo*, 2ª ed., t. I, Buenos Aires 1933, pág. 133; en igual sentido la doctrina francesa tradicional y moderna.

sitiva o negativamente por el orden jurídico mencionado. EN CON-SECURENCIA: la reforma de la Constitución debe estar fuera del alcance del Estado; éste debe tener una personalidad jurídica emergente de la misma Constitución para todas sus manifestaciones externas —incluso como "Poder"—; su estructura debe ser infraconstitucional; su vida y su senencia misma deben encontrar principio y fin dentro de lo regulado por la Constitución; en resumen, no ha de ser que el Estado "tenga" una Constitución, sino que "esté" en una Constitución<sup>7</sup>, y que sea la Constitución quien lo contenga a él.

Probados esos principios, podremos afirmar que el Estado está absolutamente, íntegramente sometido a un orden jurídico, siendo por lo tanto Estado de Derecho; podremos entonces estudiar cómo es que se puede afirmar que las "declaraciones, derechos y garantías" contenidas en la Carta Fundamental son, sin distinción alguna<sup>8</sup>, derechos subjetivos de los particulares, exigibles jurisdiccionalmente con, contra, o sin ley que reglamente el derecho o conceda el recurso formalmente utilizable.

## II

4. — Es un principio elemental de nuestro derecho constitucional que la ley fundamental es algo más que un simple programa de gobierno, o expresión de deseos; es como su nombre lo indica, una verdadera ley; pero aún es una ley superior al común denominador de las mismas.

Su superioridad consiste en que las leyes comunes no pueden derogarla, lo que comprende, asimismo, la natural consecuencia de que no pueden violar sus disposiciones, pues ello importaría precisamente eso. Cuando una ley viola alguno de esos principios, deja de ser aplicada ante la reclamación jurisdiccional. Si la Constitución tiene la particularidad de transformar en ilegal o contra *ius* todo lo que la viola, y si lo que la viola es por ello mismo insusceptible de aplicación —por la interposición de reclamo jurisdiccional— es evidente que se debe a que la Constitución, aún con referencia a las leyes parlamentarias, es suprema.

Las leyes deben respetar la Constitución, y a su vez los actos administrativos deben respetar las leyes; los actos de gobierno deben respetar la Constitución; luego, dentro del Estado, la Constitución es la máxima y última expresión de la juridicidad.

5. — Esa supremacía de la Constitución, que nadie discute, no es por supuesto moral o ética; se trata de una supremacía jurídica, lo que explica por qué una ley o un acto administrativo, que

<sup>7</sup> *Marro: Op. loc. cit.*

<sup>8</sup> Entendiéndose, por supuesto, aquellas materias que la Constitución deja libres a la iniciativa del Estado, como el juicio por jurados, el fomento de la agricultura, el controlamiento del culto, etc.

son expresiones de la voluntad potestativa y por ello también jurídica del Estado, puedan perder validez e imperatividad en algún caso.

Decir que una ley o un acto administrativo puedan perder juridicidad e imperatividad en algún caso, importa a su vez afirmar que aquello que destruye dicha juridicidad, es forzosamente algo de más imperatividad que la ley o el acto administrativo: de otra forma la hipótesis resultaría imposible.

Y bien, a pesar de que la supremacía jurídica va enlazada a la suprema imperatividad o fuerza coactiva, no siempre se admite con seguridad lo segundo. Que la Constitución es suprema, nadie lo discute; pero que sea imperativa, es decir, una norma vigente y obligatoriamente aplicable en todo momento, a toda circunstancia, y por todo tribunal del país, es objeto de frecuentes dudas expresas o implícitas.

Sin embargo, el razonamiento básico es elemental: si la Constitución tiene la virtud de dejar sin fuerza coactiva a una ley o a un acto administrativo —expresiones ambas de la potestad pública— ello tiene que ser debido, inexorablemente, a que ella misma tiene la suficiente imperatividad para inhibir la que a su vez tienen aquellos.

8. — Si la Constitución es un conjunto de reglas imperativas de conducta humana, y si ella es suprema, es notorio que constituye un orden jurídico al cual también el Estado está sujeto. Se trataría de un orden jurídico rudimentario, pero orden al fin, y carente de lagunas: todo lo que la Constitución concede con su imperatividad suprema (derechos individuales, poderes públicos) se tiene el derecho de hacerlo<sup>9</sup>, y todo lo que la Constitución exige, se tiene el deber de cumplirlo<sup>10</sup>.

Algunos filósofos del derecho, sin embargo, sostienen que las disposiciones constitucionales no son normas jurídicas porque carecen de sanción<sup>11</sup>.

Ello es inexacto: las sanciones no son siempre penas (privación de la libertad, la vida o la propiedad, a título no de reparación sino de castigo), puesto que pueden consistir en el establecimiento de una relación jurídica nueva<sup>12</sup>, la extinción de una relación jurídica preexistente<sup>13</sup>, o la ejecución coactiva del deber jurídico violado<sup>14</sup>.

<sup>9</sup> O el deber jurídico de respetarlo, cuando no es el titular del derecho; de donde se concluye que el individuo tiene el deber de respetar el poder estatal, y el Estado el deber de respetar los derechos de los individuos.

<sup>10</sup> E inversamente, el derecho de exigirlo.

<sup>11</sup> Kelsen, *Teoría Pura del Derecho*, Neuchâtel, 1951, pág. 123, quien sigue a Meinson: *Enciclopedia jurídica*, 5ª ed., Madrid, 1934, pág. 48, quien a su vez refleja el pensamiento alemán de fines del siglo pasado.

<sup>12</sup> Kelsen: *La regla de derecho*, Lovaina, 1929, pág. 68, quien da ejemplos.

<sup>13</sup> Kelsen: *Op. loc. cit.*, 68.

<sup>14</sup> Kelsen: *Op. cit.*, pág. 68.

Si se quiere, en todos estos casos hay un "aliquid" de castigo, pero debe apreciarse que salvo en el caso del derecho penal, lo más importante en la sanción o "específica reacción del derecho ante la violación de un deber jurídico", no es el castigo, sino la aplicación forzada del objeto del derecho<sup>15</sup>, es decir, el cumplimiento o ejecución coactiva del deber no cumplido.

En el ejemplo de la norma "si no pagas, entonces debe ser embargo y remate", ¿qué es el embargo y remate sino la ejecución forzada del deber de pagar? Por eso, y precisamente porque no nos hallamos en el campo del derecho penal<sup>16</sup>, es evidente que si una norma constitucional establece en forma imperativa un deber jurídico<sup>17</sup>, no es extraño a la misma interpretar que ante el incumplimiento del mismo debe realizarse su ejecución forzada: como la norma imperativa establece con esa particularidad un deber jurídico determinado, la existencia y la medida de la sanción para la violación del mismo no necesitan ser declarados expresamente por otro artículo, desde que dicha existencia y dicha medida están comprendidos en la existencia y medida del deber mismo. Al aplicar como sanción la ejecución forzada del objeto del derecho (el deber jurídico violado), nada se está realizando que la primera norma no haya previsto: que existía el deber jurídico de realizar tal o cual acción u omisión. Como ya la norma jurídica que establece el primer deber jurídico tiene por su contenido imperativo la característica de latente coactividad, no es extraño a la misma que ese deber jurídico se realice por la fuerza: ésa es una sanción de la norma jurídica, y todas las normas jurídicas constitucionales la tienen.

### III

7. — Si el Estado argentino es un Estado de Derecho en sentido positivo, ha de estar íntegramente sometido a la Constitución, es decir, al orden jurídico; no ha de poder realizar acto alguno que no esté previamente calificado, positiva o negativamente<sup>18</sup>, por el derecho. Por eso debe prestarse atención en primer término a la creación y reforma de la Constitución, actos que, salvados los requisitos formales, nunca pueden ser "contra jus", es decir, que no están calificados, ni positiva ni negativamente, por el orden jurídico.

<sup>15</sup> En el derecho penal, una vez violado el deber, no cabe la reparación o cumplimiento tardío (ejecución forzada) del deber no cumplido. Pero puede haber, a título de sanción de ejecución forzada, la interrupción de la violación del orden jurídico (p. ej., daños contra la libertad).

<sup>16</sup> En el cual el principio "... nulla poena sine previa lege penale" se justifica en que la sanción penal generalmente DIFIERE DEL DEBERA VIOLADO; pero cuando la sanción es el mismo deber violado, pero aplicado coactivamente, aquel adverbio no rige, y la sanción se concuerda con el deber jurídico.

<sup>17</sup> P. ej., "debe ser que nadie sea arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente", "debe ser inalienable la defensa en juicio", etc.

<sup>18</sup> Es decir, que no esté permitido o prohibido por el orden jurídico.

Cuando la reforma de la Constitución está a cargo de un órgano del Estado, ello significa que es el Estado mismo quien puede darse su organización, y en consecuencia, que no es un poder superior a él quien allí actúa: el orden jurídico sería entonces en su totalidad un producto del Estado, y escribirnos entonces en la formulación simplemente axiológica del Estado de Derecho al ser imposible su formulación dogmático-positiva.

En países en que la Constitución puede ser reformada por el Parlamento, es evidente que se trata de un órgano del Estado mismo, el que realiza el acto político de creación de la Constitución; esa Constitución no es un orden jurídico impuesto al Estado, y por lo tanto, en principio, no surgen de ella deberes y derechos para el Estado, sino poderes de imperio y condiciones negativas de validez del mismo.

En países como el nuestro, en que los órganos del Estado no pueden reformar la Constitución, es que es necesario hacer una convocatoria especial al pueblo para proceder a la reforma de algún principio constitucional, es evidente que es una entidad distinta y superior al Estado la que dicta esos principios: el pueblo soberano, a través de representantes especiales nombrados al efecto. Aquí el Estado no "tiene" una Constitución, sino que la Constitución "tiene" o admite al Estado.

El pueblo soberano tiene así un instrumento jurídico de mando sobre el Estado creado en la Constitución; no lo necesitaba, en verdad, para ser superior a él, pero sí para reglarle sus actividades con cierta minuciosidad. La constitución emana del pueblo y está dirigida al Estado y a los individuos, imponiéndoles a ambos obediencia a sus normas y dándole al primero, además, un cierto poder —el poder público— para que pueda reglar la vida común; a los segundos, derechos individuales, para que puedan equilibrar el poder estatal. Pero puesto que la Constitución es el instrumento por el cual el pueblo establece reglamentado su superioridad sobre el Estado, haciéndolo Estado de Derecho, es necesario ver si realmente tal circunstancia programática es exacta en las normas constitucionales concretas.

Los órganos estatales, que son tres: Poder Ejecutivo, Poder Legislativo, Poder Judicial, no pueden reformar la Constitución en ningún caso, bajo ninguna circunstancia. Aunque se reunieran los tres y por unánime acuerdo decidieran modificar tal o cual disposición constitucional, esa resolución es ridículamente nula, aunque favorezca a los individuos y al pueblo. Ninguno de los tres poderes puede reformar la Constitución, ni tampoco pueden hacerlo los tres juntos. ¿A qué se debe entonces que se realice una reforma constitucional, en condiciones normales? <sup>18</sup>.

<sup>18</sup> Que es la única jurídicamente posible, ya que es nula la reforma que pueda hacer una Convención convocada por uno de ellos que el representante no hizo en el artículo 30. *Conf. BUSTOS, BARRAZA: Derecho Constitucional*, 3<sup>a</sup> ed., Buenos Aires, 1953, pág. 138 y sigs.

El artículo 30 de la Constitución determina que cuando el Congreso considere conveniente la reforma de la misma, podrá llamar, si cuenta con los votos de las dos terceras partes de sus miembros, a una Convención Constituyente para que decida sobre la procedencia o improcedencia de la reforma. No es el Congreso el que decide la reforma, sino la Convención Constituyente. Pues bien, la Convención no es un órgano estable del Estado, sino que es un órgano que viene en representación específica del pueblo para tomar decisiones acerca de la organización del Estado, del régimen jurídico establecido en la Constitución, todo con carácter supremo, y que los órganos del Estado deberían aceptar estén o no de acuerdo. Esa Convención expone no la decisión de un órgano del Estado, sino la decisión del pueblo.

Es el pueblo quien a través de unos representantes especiales, distintos de aquellos que tienen su mandato de integrar los órganos del Estado y expresar la voluntad estatal, manifiesta cuál es su voluntad soberana: si mantener lo que la Constitución expresa, o cambiarla en tal o cual sentido. La decisión del Congreso llamando a Asamblea tiene así el valor de una consulta: si el Estado cree que el pueblo puede tal vez considerar oportuno modificar su voluntad soberana contenida en la Constitución, le pregunta si ello es así, o no; quien DECIDE es el pueblo, no el Estado, y se presupone que la voluntad del pueblo, mientras no haya revolución, es la que está en la Constitución. El Estado cuyos órganos son Poder Ejecutivo, Poder Legislativo y Poder Judicial, nada tiene que ver con la voluntad suprema constitucional, si no es una relación de obediencia e inferioridad.

El pueblo puede, cuando se le consulta respecto a su voluntad soberana, modificar la Constitución de una u otra forma: puede dar atribuciones totalitarias al Estado, o puede despojarle de atribuciones, y reducirlo a figura decorativa; puede, en fin, quitarle toda atribución y también suprimirlo. Cualquiera sea la decisión del pueblo en la Convención Constituyente, la situación jurídica es la misma: es de cualquier modo una decisión IMPUESTA por el pueblo al Estado Nación Argentina, que éste no puede desconocer, y a la que irremisiblemente debe prestar obediencia. El pueblo se diferencia así netamente del Estado en el Estado de Derecho: es el creador del derecho, está por encima del orden normativo, mientras que el Estado NACE DE UN SISTEMA NORMATIVO —radimentario, pero sistema al fin— y tiene por encima de él ciertas normas que le fijan facultades o posibilidades de acción, y normas que le prohíben ciertas y determinadas acciones (desconocimiento o alteración de los derechos individuales, facultades extraordinarias, modo de hacer la expropiación, modo de establecerse los impuestos, forma de gobierno, etc.

8. — Mientras que el pueblo amorfo y genéricamente considerado se halla sobre el orden jurídico constitucional, no pudiendo por lo tanto integrar relaciones jurídicas, el Estado creado en la



Constitución si las puede integrar, mediante sus órganos ("Poder Ejecutivo", etc.). Decir que el Estado Nación Argentina puede integrar relaciones jurídicas —como es indubitable— implica necesariamente que es un sujeto de derecho, esto es, una persona jurídica: el poder, como fuerza social no sujeta al derecho, puede crear relaciones jurídicas para terceros, pero no integrarlas él mismo, por cuanto la juridicidad de la relación depende precisamente del hecho de que sea una fuerza superior a ambas la que le declare imperativa. En las relaciones de derecho público entre los administrados y el Estado, el poder no es el del Estado, sino la fuerza superior del pueblo soberano, y por consecuencia, aunque el Estado tenga el poder público que la Constitución le concede, es igualmente un sujeto de derecho y carece de poder en la acepción citada del término.

De cualquier manera, la personalidad constitucional —ergo, jurídica— del Estado surge del artículo 25 de la Constitución, cuando ésta dice que el Gobierno y territorio de las Provincias —esto es, el Estado— tendrá los nombres oficiales que allí se designan, empleándose uno determinado en la formación y sanción de las leyes. Puesto que la formación y sanción de las leyes está sujeta al orden jurídico constitucional, en actividad de ente de individualidad jurídica, es decir, de una persona jurídica; puesto que el Estado "Nación Argentina" allí designado se lo contempla en función de persona jurídica o sujeto de derecho, bien claro es que así se lo constituye.

A mayor abundancia, todo el título primero de la segunda parte habla de los órganos de la Nación, refirmando así que la misma actúa en el orden jurídico constitucional como sujeto; o sea, que es sujeto, y que, por serlo de la Constitución, es sujeto de derecho. Para refirmar definitivamente el concepto, el artículo 100 aclara expresamente que corresponde a la Corte Suprema y Tribunales inferiores, el conocimiento y decisión de los asuntos en que la Nación sea parte. Puesto que la única forma de ser parte en un juicio es siendo sujeto de derecho —teniendo personalidad jurídica—, el punto está fuera de toda discusión.

Ahora bien, esta persona jurídica que se llama Estado Nación Argentina, debe su juridicidad a las normas imperativas que la crean; por ello, es esencialmente infraconstitucional, en el sentido de que está sometida al orden jurídico de la Constitución. Si bien esa persona jurídica está autorizada a crear nuevas normas jurídicas para reglar las vidas de otras personas, ella misma no existe si no es por el orden jurídico constitucional. El Estado creado en la Constitución no existe sino gracias a ella, y por ello es forzosamente inferior a la misma, y le debe igual obediencia que los demás individuos.

9. — No sólo la personalidad jurídica del Estado surge dentro del régimen creado por la Constitución, con las características por éste determinadas, sino que también su estructura interna es

coactivamente reglada. Nuevamente aquí es innegable la absoluta inferioridad en que se encuentra el ente con respecto a la Constitución. Si la constitución le impone una organización determinada, delimitando las atribuciones de sus órganos, imponiendo características determinadas (arts. 1, 2, 3, etc.), ordenando cómo, cuándo y por qué hombres integrará sus órganos (arts. 37 y ss., 81 y ss., etc.), todo ello sin haberle consultado su opinión ni preguntándole si le parece conveniente o no; delimitándole sus atribuciones frente a una serie de derechos individuales (arts. 14 al 20, 32, 34; el principio del art. 33, con más el del 28, delimitando todo el artículo 67 y el 96), dándole a terceros facultades que a él desconoce (arts. 32, 67 inc. 11, 104, 105, 106, 107), reglándole su misma vida interna (arts. 44 y 45, 51, 52, 53, 58, 64, 71, 72, etc.), es manifiesto que el Estado se halla en situación de total inferioridad estructural frente a la Constitución: él existe sólo y en la forma en que ella lo decide; con la organización y las particularidades que ella preestablece.

10. — Puesto que los actos del Poder Legislativo deben no alterar los principios constitucionales (art. 28), y que los actos de la administración deben respetar las leyes, ambos resultan de esencia infraconstitucional, en cuanto tienen menos fuerza jurídica que la Constitución, y sobre todo, en cuanto no se trata de una mera escala o gradación jerárquica con referencia a ella, similar a la gradación que tiene el acto administrativo con referencia a la ley: se trata de que es la Constitución, como orden jurídico, la que les concede fuerza jurídica merced a su suma potestad.

Las leyes, actos administrativos y demás actos estatales NO SON normas jurídicas graduadas por el Estado con referencia a la Constitución; son normas jurídicas PERMITIDAS al Estado por la Constitución, y graduadas únicamente con referencia al Estado, ya que frente a la Constitución su condición es una sola: ajuridicidad, si no es por lo que la Constitución disponga. Las normas estatales no son normas jurídicas si la Constitución no las autoriza, y por ello es erróneo pretender que participen de la misma esencia que la Constitución sólo que en menor grado. La esencia de la Constitución es ser fuente de toda juridicidad, es tener la expresión del poder máximo —el del pueblo—, y de esa esencia no participan las normas jurídicas estatales, cuyo poder proviene del Estado, y el Estado lo recibe de la Constitución.

La pirámide jurídica es así una construcción válida con referencia al Estado; pero la Constitución es el orden jurídico pleno, y no admite gradaciones ante sí; todas las actividades humanas, llámense actos o hechos, generales o particulares, estatales o no, están frente a la Constitución en la misma playa situación de igualdad: si se conforman a lo dispuesto por el orden jurídico constitucional, son jurídicas, y si no se conforman a lo dispuesto en el orden jurídico constitucional, son contra jus, aunque militen

en su favor pretendiendo conferirle jurisdicción todas las "normas" del poder estatal.

#### IV

11. — Estructurada en su forma externa la relación entre el derecho administrativo y el derecho constitucional, y formulado el principio dogmático de la íntegra sujeción del Estado a un orden jurídico —el de la Constitución—, corresponde analizar el contenido de aquella relación para obtener los elementos técnico-jurídicos que luego permitan estudiar los problemas concretos de derecho administrativo en la proyección del principio del Estado de Derecho.

Las normas constitucionales argentinas tienen en su mayoría carácter dispositivo: algunas determinan formas de organización estructural para el Estado, otras establecen obligaciones de los individuos para ese Estado, etc. Algunas son de contenido mediato, o sujeto a condición suspensiva: así, el juicio por jurados, el fomento de la inmigración, el pago de la deuda pública, la indemnización a los propietarios de esclavos; otras son de contenido mediato, pero variable según el destinatario: así los derechos individuales.

Estos, en efecto, por lo que a las relaciones privadas entre individuos se refiere, están sujetos a la regulación legislativa (art. 14) siempre que ésta se mantenga dentro del marco constitucional; por lo que a las relaciones de los individuos con el Estado se refiere, no dependen de regulación legislativa sino que la previenen (art. 28). El acto legislativo que regla un derecho individual no tiene la misma naturaleza constitucional cuando se trata de relaciones privadas que de relaciones con el Estado: en un caso se trata de la intervención imperativa de un tercero, en el otro se trata de la intervención imperativa de una parte: en un caso se trata de un derecho que alcanza a ambas partes por igual, ya que ambas partes son jurídicamente iguales con prescindencia de ese derecho, en el otro, se trata de un derecho que no alcanza a ambas partes por igual, desde que está destinado a sólo una de ellas: el individuo y no el Estado, y ambas partes son además jurídicamente desiguales con prescindencia de ese derecho, ya que el Estado tiene la atribución de reglar su propia actividad, dentro de la Constitución (art. 67, inc. 28), mientras que el individuo tiene la atribución de reglar su propia actividad, dentro de la Constitución, sí, pero también dentro de la ley, el acto administrativo y el judicial. Este desequilibrio se compensa con los derechos individuales.

De esta manera, la norma constitucional, en cuanto tiende a reglar las relaciones de los habitantes entre sí, tiene relativo valor jurídico, pues si bien da ciertas pautas que a falta de ley pueden servir de guía al juez, la solución puede de cualquier manera ser

hallada teniendo en cuenta la igualdad. La norma constitucional, por lo que se refiere a relaciones de los individuos entre sí, es casi nada más que una condición negativa de validez de las leyes, como se ha dicho a veces.

En cambio, cuando la norma constitucional se refiere a relaciones de los individuos con el Estado —y no cabe duda que ésta es el primer propósito de la Constitución<sup>20</sup>— ya no puede afirmarse tan simplemente que la norma constitucional sea una condición negativa de validez de la norma legal. Cuando la Constitución determina los derechos individuales, y se preocupa de aclarar que el Estado no puede alterarlos (art. 28), no está dando protección a los individuos frente a sus semejantes, sino frente al Estado. La constitución considera que la protección de los individuos frente a sus semejantes se la dará la ley, imparcial y ajena a la contienda que pueda existir; pero la protección de los individuos frente al Estado no puede la Constitución haberse la encargado al Estado mismo; entonces no tendría sentido el artículo 28 de la misma. No, la protección de los individuos frente al Estado no la ha delegado la Constitución al Estado mismo, sino que la ha establecido ella, en varias disposiciones, de las cuales las más importantes son las que figuran en los artículos 14 al 20, los derechos individuales que el Estado no puede alterar (art. 28).

Si como acabamos de ver, la norma constitucional que contempla los derechos individuales frente al Estado no delega la protección de los individuos al Estado, sino que la predetermina ella misma, no puede considerarse en tal caso que dicha norma sea una simple condición negativa de validez de las leyes: si tal fuera, la protección dejaría de existir con la simple ausencia de legislación, y de tal manera, el Estado con su inacción se convertiría en órgano que decide la procedencia o improcedencia de los derechos individuales —todo lo cual está en abierta contradicción con el concepto y esencia que la Constitución da del Estado, según lo hemos visto.

Si, repetimos, la Constitución determina que ella es imperativa ("...ordenamos...") en especial para el Estado ("...para la Nación Argentina." - Preámbulo); es decir, si su fin primordial es imponerse al Estado que allí crea; y no a los individuos<sup>21</sup>; si, además, demuestra que la protección de los individuos frente al Estado no está confiada al Estado mismo —lo que sería un absurdo, pues nadie protege a nadie contra sí mismo—, sino que por el contrario, residen en la Constitución; si, a mayor abundancia, la Constitución declara solemnemente que el Estado no puede, so

<sup>20</sup> AZAROV: *Enríquez Páramos*, t. X, Buenos Aires, 1899, pág. 125. Véase *Morrea*: *Op. cit.*, pág. 31.

<sup>21</sup> "La Constitución se expone hecha por el pueblo y en nombre del pueblo soberano, no para referirse a sí mismo, ni para poner límites a su propio poder soberano, sino para ordenar y limitar a sus delegaciones, que son los tres poderes que integran el gobierno nacional". (AZAROV: *Op. loc. cit.*).

pretexto de legislar, avanzar sobre los derechos individuales que consagra, menos aún podrá, **SO PRETEXTO DE NO LEGISLAR**, destruir completamente aquellos derechos.

Insistimos: El Estado no puede, so pretexto de legislar, alterar los derechos individuales; luego, tampoco puede, so pretexto de no legislar, destruir esos mismos derechos. Esto no significa que el Estado tenga la obligación de legislar; no, el Estado no tiene la obligación, sino tan sólo el derecho de legislar, y es en consecuencia libre de no legislar si así no lo desea. **PERO ELLO NO PUEDE PRIVAR DE IMPERIO Y JURISDICCION A LA CONSTITUCION**, orden jurídico pleno. **EN CUANTO ELLA ESTABLECE LOS DERECHOS INDIVIDUALES:** La norma constitucional es imperativa con, contra o sin la ley. Si la ley es constitucional, la norma constitucional es imperativa y obligatoria; si la ley es inconstitucional, la norma constitucional es imperativa y obligatoria, y la ley se invalidará en los casos jurisdiccionales; si la ley es derogada, o no existió nunca, la norma constitucional es imperativa y obligatoria, y se aplicará en los casos jurisdiccionales. Ninguna diferencia hay entre los tres casos, por lo que a la norma constitucional se refiere. La norma constitucional es sí condición negativa de validez de las leyes, pero no es ésa su única condición ni la priva de su carácter normativo; pues también la ley, por ejemplo, es condición negativa de validez de las órdenes que el padre le da a su hijo, el tutor a su pupilo, el patrón a su obrero; pero ello no quita que tanto en un caso como en el otro la norma constitucional y la norma legal sean auténticas normas jurídicas, imperativas y aplicables por los órganos jurisdiccionales con el respaldo del poder público en el segundo caso, y del poder soberano en el primero.

12. — Llegamos así a la investigación de si las "declaraciones, derechos y garantías" contenidas en la Constitución (y particularmente, los artículos 14 al 20) son o no derechos subjetivos de los individuos frente al Estado.

Según Wolff<sup>22</sup> hay derecho subjetivo, en la práctica, cuando se dan las siguientes condiciones:

1º) una ley material, no solamente declaraciones programáticas y no solamente disposiciones administrativas —salvo el caso que exista un derecho subjetivo a la legalidad<sup>23</sup>,

2º) que fundándose en una determinada situación de hecho,

3º) permita determinar un obligado (deudor, perturbador, etc.),

4º) y un autorizado (titular, beneficiario, etc.), el cual

<sup>22</sup> Wolff, *Haas I. Verwaltungsrecht* I, 3ª ed., Munich y Berlin, 1933, páginas 329.

<sup>23</sup> La salvedad la hacemos necesaria, fundándonos en una interpretación especial del artículo 1112 del Código Civil. Véase González, Acuerdos: La responsabilidad civil directa e indirecta de los agentes del Estado, en *Lecciones y Ensayos*, Nº 14, Buenos Aires, 1938, pág. 94 y nota 33.

5º) está protegido no sólo pasivamente, sino también activamente, mediante la consecuencia jurídica que pueda invocar (ante la violación del deber jurídico).

Si buscamos esos elementos con referencia a las declaraciones, derechos y garantías "constitucionales, hallamos que:

1º) la ley material existe y es la Constitución, según hemos visto;

2º) la situación de hecho es el trabajo, la industria, la publicación de las ideas, el comercio, el tránsito y salida del país, el uso y disposición de la propiedad, la defensa en juicio, la libertad personal, etc.; cada una de las circunstancias contempladas en la respectiva disposición constitucional respecto a la cual se averigua si confiere o no un derecho subjetivo;

3º) el obligado es claramente el Estado; ninguna duda cabe de ello, cuando se habla de "autoridad competente", "contribuciones exigidas por el Congreso", "confiscación en el Código Penal", "cuerpo armado", "la autoridad de los Magistrados", "allanamiento y ocupación", "cárceles de la Nación", "juzg.", "cargas públicas", etc.;

4º) el autorizado a la situación de hecho, es decir, el titular o beneficiario de la misma, es también fuera de toda duda el individuo, el "habitante de la Nación" de que hablan los artículos 14, 16, 17, 18 y 20. Hasta aquí se encuentran reunidos todos los elementos del derecho subjetivo, y en cuanto al último:

5º) la protección activa consiste en la consecuencia jurídica que el titular puede invocar: la ejecución forzosa del objeto del derecho, i. e., la restauración coactiva de la situación de hecho que configura el deber jurídico estatal, lo que según hemos visto (supra. N° 6) está implícito en todas las normas constitucionales argentinas.

Por lo tanto, todo lo que la Constitución involucra en los llamados "derechos y garantías" —con excepción de las declaraciones (arts. 1º, 2º, 4º, etc.) y, por supuesto, de los derechos estatales (arts. 24, 27, 67, etc.) son derechos subjetivos de los habitantes frente al Estado,<sup>21</sup> o sea, deberes jurídicos de éste, a cuyo cumplimiento puede compelerse.

Ése es el contenido dogmático del planteamiento constitucional positivo del Estado de Derecho.

<sup>21</sup> Confl. BROWN, *Basico- Allgemeines Verfassungsrecht*, 3ª ed., Freiburg im Breisgau, 1946, pág. 75 y sig., y doctrina citada en nota 3. WILF, *Op. cit.*, pág. 206. FRIEDRICH, *Lehrbuch des Verfassungsrechts*, 3ª ed., Munich y Berlin, 1938, pág. 172. MANN, *Op. cit.*, pág. 50, y doctrina allí citada. HILFERT, *Hans. Verfassungsrecht*, Hannover, 1942, pag. 34 (doctrina común; unánime). CONTRA BROWN, BROWN, *Derecho administrativo*, 3ª ed. t. I, Buenos Aires, 1954, pág. 132 (doctrina tradicional; unánime en tal sentido). No conviene olvidar que en favor de la validez de la relación jurídica a las partes —y a los efectos de tales partes— que tienen constituciones meramente programáticas, el *Verf.*, en los que la inconstitucionalidad de un acto no lo transforma en inexistente; circunstancias por las cual es especialmente interesante para el tema la doctrina francesa.