

A&C - REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO & CONSTITUCIONAL  
ano 10 · n. 40 · abril/junho 2010 · Publicação trimestral - ISSN 1516-3210

# A&C

REVISTA DE DIREITO  
ADMINISTRATIVO & CONSTITUCIONAL

Angela Cassia Costaldello • Augusto Durán Martínez • Carlos E. Delpiazzo • Celso Antônio Bandeira de Mello • Clèmerson Merlin Clève • Jaime Rodríguez-Arana • Javier Parquet Villagra • José Luis Meilán Gil • Juan Carlos Cassagne • Juarez Freitas • Pablo Angel Gutiérrez Colantuono • Paulo Roberto Ferreira Motta • Regina Maria Macedo Nery Ferrari • Romeu Felipe Bacellar Filho • Valmir Pontes Filho

# 40

## Edição Especial

*10 anos*

---

# A&C

Revista de Direito Administrativo & Constitucional

---



ISSN 1516-3210

A&C R. de Dir. Administrativo & Constitucional	Belo Horizonte	ano 10	n. 40	p. 1-336	abr./jun. 2010
--	----------------	--------	-------	----------	----------------

# A&C REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO & CONSTITUCIONAL

**IPDA**  
Instituto Paranaense  
de Direito Administrativo

INSTITUTO DE DIREITO  
**ROMEUFELIPE  
BACELLAR**

© 2010 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 por meio 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).



**Luís Cláudio Rodrigues Ferreira**  
Presidente e Editor

Coordenação editorial: Olga M. A. Sousa  
Revisoras: Lourdes Nascimento, Ana Flávia Inácio Ferreira  
Projeto gráfico e diagramação: Luiz Alberto Pimenta  
Bibliotecário: Ricardo José dos Santos Neto - CRB 2752 - 6ª Região

Av. Afonso Pena, 2770 - 15º/16º andares - Funcionários  
CEP 30130-007 - Belo Horizonte/MG - Brasil  
Tel.: 0800 704 3737  
Internet: [www.editoraforum.com.br](http://www.editoraforum.com.br)  
e-mail: [editoraforum@editoraforum.com.br](mailto:editoraforum@editoraforum.com.br)

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

A246	A&C Revista de Direito Administrativo & 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

Revista do Programa de Pós-graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar (Instituição de Pesquisa especialmente credenciada pelo Ministério da Educação - Portaria nº 2.012/06), em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo (entidade associativa de âmbito regional filiada ao Instituto Brasileiro de Direito Administrativo).

A linha editorial da A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional segue as diretrizes do Programa de Pós-Graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo. Procura divulgar as pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no direito comparado, com ênfase na questão da interação e efetividade dos seus institutos, notadamente América Latina e países europeus de cultura latina.

A publicação é decidida com base em pareceres, respeitando-se o anonimato tanto do autor quanto dos pareceristas (sistema double-blind peer review).

Desde o primeiro número da Revista, 75% dos artigos publicados (por volume anual) são de autores vinculados a pelo menos cinco instituições distintas do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar.

A partir do volume referente ao ano de 2008, pelo menos 15% dos artigos publicados são de autores filiados a instituições estrangeiras.

Esta revista está indexada em:

- Base RVBI (Catálogo do Senado)
- Library of Congress (Biblioteca do Senado dos EUA)
- Ulrich's Periodicals Directory

A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional realiza permuta com as seguintes publicações:

- Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo (USP), ISSN 0303-9838
- Rivista Diritto Pubblico Comparato ed Europeo, ISBN/EAN 978-88-348-9934-2

Diretor-Geral  
Romeu Felipe Bacellar Filho  
Diretor Editorial  
Paulo Roberto Ferreira Motta  
Editora Acadêmica Responsável  
Ana Cláudia Finger  
Secretário Editorial Executivo  
Daniel Wunder Hachem  
Conselho Diretivo  
Adriana da Costa Ricardo Schier  
Edgar Chiuratto Guimarães  
Célio Heitor Guimarães

Conselho Editorial  
Adilson Abreu Dallari (PUC/SP)  
Alice Gonzalez Borges (UFBA)  
Carlos Ari Sundfeld (PUC/SP)  
Carlos Ayres Britto (UFSE)  
Carlos Delpiazzi (Universidad de La República – Uruguai)  
Cármén Lúcia Antunes Rocha (PUC/MG)  
Celso Antônio Bandeira de Mello (PUC/SP)  
Clèmerson Merlin Clève (UFPR)  
Clovis Beznos (PUC/SP)  
Enrique Silva Cimma (Universidade do Chile)  
Eros Roberto Grau (USP)  
Guillermo Andrés Muñoz (in memoriam)  
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz (Universidad de La Coruña – Espanha)  
Jorge Luís Salomoni (in memoriam)  
José Carlos Abraão (UEL)  
José Eduardo Martins Cardoso (PUC/SP)  
José Luís Said (UBA – Argentina)  
José Mario Serrate Paz (Universidade de Santa Cruz - Bolívia)  
Juan Pablo Cajarville Peluffo (Universidad de La República – Uruguai)  
Juarez Freitas (UFRGS)  
Julio Rodolfo Comadira (in memoriam)  
Lúcia Valle Figueiredo (in memoriam)  
Luís Enrique Chase Plate (Universidade Nacional do Paraguai)  
Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (in memoriam)  
Marçal Justen Filho (UFPR)  
Marcelo Figueiredo (PUC/SP)  
Márcio Cammarosano (PUC/SP)  
Maria Cristina Cesar de Oliveira (UFPA)  
Nelson Figueiredo (UFG)  
Odilon Borges Junior (UFES)  
Pascual Caiella (Universidad de La Plata - Argentina)  
Paulo Eduardo Garrido Modesto (UFBA)  
Paulo Henrique Blasi (UFSC)  
Paulo Neves de Carvalho (in memoriam)  
Pedro Paulo de Almeida Dutra (UFMG)  
Regina Maria Macedo Nery Ferrari (UFPR)  
Rogério Gesta Leal (UNISC)  
Rolando Pantoja Bauzá (Universidade Nacional do Chile)  
Sérgio Ferraz (PUC/RJ)  
Valmir Pontes Filho (UFCE)  
Weida Zancaner (PUC/SP)  
Yara Stroppa (PUC/SP)

Conselho Consultivo  
Prof. Dr. Antonello Tarzia (Università Commerciale Luigi Bocconi - Itália)  
Profa. Dra. Cristiana Fortini (UFMG - MG)  
Prof. Dr. Eduardo Biacchi Gomes (Unibrasil - PR)  
Prof. Dr. Eduardo Talamini (UFPR - PR)  
Prof. Dr. Emerson Gabardo (PUC/PR)  
Prof. Dr. Fabrício Macedo Motta (UFG - GO)  
Prof. Dr. Fernando Vernalha Guimarães (Unicuritiba - PR)  
Prof. Dr. Gustavo Henrique Justino de Oliveira (USP - SP)  
Prof. Dr. Isaac Damsky (Universidad de Buenos Aires - Argentina)  
Prof. Dr. José Pernas García (Universidad de La Coruña - Espanha)  
Prof. Dr. Mário Aroso de Almeida (Universidade Católica de Lisboa - Portugal)  
Prof. Dr. Paulo Ricardo Schier (Unibrasil - PR)  
Prof. Dr. Paulo Roberto Ferreira Motta (UTP - PR)  
Profa. Dra. Raquel Dias da Silveira (Faculdades Dom Bosco - PR)  
Profa. Dra. Tatyana Scheila Friedrich (UFPR - PR)  
Prof. Dr. Ubirajara Costódio Filho (Unicuritiba - PR)  
Profa. Dra. Vanice Lirio do Valle (Universidade Estácio de Sá - RJ)

# Derecho administrativo, Constitución y derechos humanos

---

Pablo Angel Gutiérrez Colantuono\*

Profesor de la Universidad Nacional del Comahue, Argentina. Director de la carrera de postgrado en derecho administrativo de dicha Universidad. Profesor permanente e invitado de distintos postgrados del país y el exterior. Miembro del Comité Ejecutivo de la Asociación Argentina de Derecho Administrativo.

Resumen: A través de la reforma constitucional celebrada en el año 1994, en Argentina, se ha consolidado el proceso denominado de constitucionalización de los tratados de derechos humanos: la incorporación al texto de la constitución federal de varios tratados de protección de los derechos humanos, respecto de los cuales la constitución declara y afirma que tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. La constitucionalización de los tratados de derechos humanos ha importado reafirmar para el sistema argentino al hombre como centro de la regulación y protección del ordenamiento jurídico en general, y particularmente del derecho administrativo. Las instituciones propias del derecho administrativo deben ser revisadas y repensadas desde una mirada atravesada por la perspectiva constitucional.

Palabras clave: Derecho administrativo. Constitución. Derechos humanos.

Sumario: 1 Constitución y derecho administrativo – 2 Derecho administrativo y derechos humanos – 3 Algunas precisiones finales

## 1 Constitución y derecho administrativo

Tal como bien lo ha descrito calificada doctrina española,<sup>1</sup> la interdependencia normativa de los sistemas jurídicos de cada país es un fenómeno trascendental en nuestros derechos e impone una nueva mirada sobre los ordenamientos jurídicos en general y los domésticos en particular. Dentro de estos últimos cada disciplina del derecho debe darse una nueva discusión sobre el ámbito de validez y eficacia de la normas según sea la interpretación que del ordenamiento jurídico formulemos.

Uno de los puntos de partida posible es el análisis desde el derecho positivo interno, aunque desde allí la discusión tampoco se presenta con absoluta claridad especialmente si enfocamos nuestro ojo crítico sobre

---

\* E-mail: <drpablogutierrez@gmail.com>.

<sup>1</sup> Retortillo Baquer, Lorenzo M., La interconexión de los ordenamientos jurídicos y el sistema de fuentes del derecho, Madrid, Thomson – Civitas, 2004.

el sistema de fuentes que lo rige. El tema de las fuentes del derecho se ha transformado por estos tiempos en un tema central de la doctrina, justamente porque parte del denominado neoconstitucionalismo<sup>2</sup> ha posado su mirada en el fuerte impacto que el mismo está provocando en la propia concepción del sistema jurídico.

El profesor argentino Pérez Hualde<sup>3</sup> ha explicado con claridad ejemplar parte del desafío que intenta enfrentar el intérprete:

Los tiempos que atravesamos nos han colocado ante un desafío extraordinario. Como toda crisis nos presenta la oportunidad de participar en el diseño de los cambios; de colocarnos en rol de protagonistas y no de espectadores. Las nuevas líneas en el pensamiento constitucional, sumadas a la indudable conmoción que sufren nuestras instituciones republicanas, producen fuerte impacto en el Derecho Administrativo y en sus aplicaciones prácticas. La moderna tendencia que nos ofrece el constitucionalismo nos coloca frente a un conjunto de valores y principios fundamentales, expresados — en principio — en los acuerdos internacionales de derechos humanos, y en aquellos que tienen por finalidad la protección del medio ambiente, que se encuentran contenidos explícita o implícitamente en el texto constitucional y que le sirven de sustrato al compromiso de acatamiento a ese orden normativo.

Para luego agregar:

... no cabe duda de que el desafío, ineludible para nosotros, consiste en un encuadramiento del texto constitucional en un orden de valores y principios que legitiman su formulación positiva y que se halla por encima de la impronta constituyente particular. Se trata de valores y principios, en tal carácter “reconocidos” por el texto constitucional, preexistentes y superiores, en donde encuentran legitimidad sus afirmaciones escritas. Es más, esos valores y principios sostienen con fuerza y vigor el acatamiento mismo al orden constitucional constituyéndose éste en una nueva moral laica exigible más allá del texto escrito coyuntural.

El derecho administrativo en tanto exteriorización de un determinado escenario constitucional positivo no escapa a esta discusión: Por el contrario, cada una de sus instituciones pueden — y deben, a nuestro entender — ser cuestionadas con el fin de validar si sus instituciones — algunas de ellas afincadas en los principios de un estado decimonónico — permanecen tal como han sido concebidas.

<sup>2</sup> Pérez Hualde, Alejandro, Reflexiones sobre neoconstitucionalismo y derecho administrativo LL 2007-E, 851.

<sup>3</sup> Pérez Hualde, Alejandro, Reflexiones..., Ob. cit.

En el sistema interno argentino el trastocamiento de las fuentes del derecho en general y su impacto en el derecho administrativo<sup>4</sup> proviene de diversos factores. Uno de ellos, quizás el más importante para nosotros, lo represente la decisión de vincular intensa y fuertemente al ordenamiento jurídico interno con el internacional.

Las discusiones doctrinarias y jurisprudenciales existentes en argentina sobre la prevalencia de los tratados en general respecto de las leyes fue cerrada, en gran parte, por la decisión expresa de brindar jerarquía constitucional a los tratados, a través de la reforma constitucional celebrada en el año 1994. Los tratados de derechos humanos detallados en el texto, asumen una jerarquía especial, mientras que una cláusula abierta permite al Congreso Federal Argentino por medio de un mecanismo de votación agravada elevar en el futuro a tal nivel constitucional otros tratados de derechos humanos.

Finalmente, el constituyente resolvió darle al resto de los tratados (entre los cuales bien podemos ubicar a los que promueven los procesos de integración en la región) una ubicación inferior en relación a los tratados de derechos humanos, pero superior respecto de las leyes.

Tal proceso denominado de constitucionalización de los tratados de derechos humanos podemos caracterizarlo, entonces, por la incorporación al texto de la constitución federal de varios tratados de protección de los derechos humanos,<sup>5</sup> respecto de los cuales la constitución declara y afirma que tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos.<sup>6</sup>

Tal ampliación del bloque constitucional ha sido uno de los hitos más trascendentales de la última reforma constitucional, pues significó por una parte una sustancial ampliación del catálogo de derechos protegidos y por otra el expreso sometimiento del Estado — por vía

<sup>4</sup> Agustín Gordillo sostenía el carácter transnacional del sistema americano de derechos humanos y su jerarquía supranacional del ordenamiento interno, en forma previa a la reforma constitucional (entre otras publicaciones del autor, "La supranacionalidad operativa de los derechos humanos en el derecho interno", LL 1992-B, 1292 - LL 1993-A, 1115). Sobre el tema se puede consultar la opinión de Jorge Salomoni en su artículo "Acercas del Fallo 'Simón' de la Corte Suprema de Justicia de la Nación", La Ley, 04/08/2005.

<sup>5</sup> Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; Declaración Universal de Derechos Humanos; Convención Americana sobre Derechos Humanos; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial; Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación de la mujer; Convención sobre los Derechos del Niño y Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes.

<sup>6</sup> Art. 75 inc. 22 CN.

constitucional — al control de una serie de órganos — en especial la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos humanos — en todo lo relativo al acatamiento de los Pactos incorporados.

Ello se complementa con la introducción de un rasgo de “flexibilidad” — tal como adelantábamos — en el modelo tradicionalmente rígido de modificación constitucional. Expresamente se previó que los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.<sup>7</sup>

Bajo tales parámetros, el constituyente argentino de 1994 efectuó el juicio de valor constitucional<sup>8</sup> pertinente e ingresó al sistema jurídico argentino el conjunto de derechos y garantías consagradas en los tratados constitucionalizados en el momento de la reforma y que tienen por fin esencialmente la protección de los derechos fundamentales del hombre.<sup>9</sup>

Paralelamente, dejó abierta la posibilidad de nuevas incorporaciones de instrumentos de protección de los derechos humanos al texto constitucional interno con la sola exigencia de una mayoría agravada en el seno del Poder Legislativo.<sup>10</sup>

Advertimos rápidamente, entonces, al menos dos niveles de vinculación con el sistema externo: determinados tratados de derechos humanos constitucionalizados y el resto con jerarquía superior a las leyes.

Ello provocó, como es de imaginarse, un notable giro en la prelación de las fuentes del derecho interno, el cual se vió impactado no sólo

<sup>7</sup> Art. 75 inc. 22.

<sup>8</sup> El criterio conforme el cual “la armonía o concordancia entre los tratados y la Constitución es un juicio del constituyente... que los poderes constituidos no pueden desconocer o contradecir” fue sistemáticamente utilizado por la Corte Suprema Federal (causas “Monges”, Fallos: 319:3148; “Chocobar”, Fallos: 319:3241; “Petric”, Fallos: 321:885; “Rozenblum”, Fallos: 321:2314; “Mignone”, Fallos: 325: 524; entre muchas otras).

<sup>9</sup> Ekmedkdjian al tiempo de clasificar los diversos instrumentos internacionales, expresa que los “tratados relativos al derecho de la integración humana — en palabras de la Corte Interamericana de Derechos Humanos — (Opinión Consultiva 7/86, del 29 de agosto de 1986) no son tratados multilaterales del tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado, como a los otros. Al aprobar estos tratados [...], los Estados se someten a un orden legal dentro del cual, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción” (EKMEKDJIAN, Miguel Ángel, Tratado de Derecho Constitucional, Tº II, Buenos Aires, Depalma, 1994, p. 756).

<sup>10</sup> Como ha resumido la Corte Suprema Argentina, la reforma de 1994 significó un “suceso institucional” de primer orden con tres consecuencias determinantes en este tópico: a) Introducción de nuevos derechos y otorgamiento de nuevos contenidos a los ya existentes, b) Imposición en cabeza del Estado de obligaciones de respeto, protección y realización de los Derechos Humanos de toda persona sometida a su jurisdicción, y c) Emplazamiento de nuestro país en sistemas internacionales de control del cumplimiento de los aludidos compromisos (CSJN, Acordada Nº 17/2005 del 2 de agosto de 2005).

por la vigencia directa y de rango superior de diversos instrumentos, sino también por la interpretación y aplicación que de los mismos fueron realizando los diversos órganos instituidos en el marco de dichos tratados para garantizar su respeto.

Tal prelación de las fuentes del sistema constitucional argentino impuesto en el sistema positivo ha generado un intenso tráfico de construcciones normativas e interpretativas entre los sistemas internos y externos: es habitual encontrar en los diversos pronunciamientos de la Corte Federal Argentina — máximo órgano constitucional interno de protección de los derechos y garantías — como fundamento de sus decisiones la remisión a las decisiones y/u opiniones consultivas<sup>11</sup> de la Corte Interamericana de Derechos Humanos o a las recomendaciones efectuadas por la Comisión Interamericana, entre otras manifestaciones internacionales que hace suya la propia Corte Federal Argentina.

El mayor nivel de vinculación entre el orden interno y el internacional de los derechos humanos quizás se haya puesto en evidencia en el precedente *Mazzeo*;<sup>12</sup> en él se avanza un grado más en los niveles de intensidad no siendo ya la jurisprudencia de la Corte Interamericana una mera guía sino una insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos.

## 2 Derecho administrativo y derechos humanos

La fuerte vinculación interna con el sistema de derechos humanos nos permite interrogarnos sobre el impacto que el diseño de las nuevas fuentes constitucionales en Argentina pueda tener en nuestra disciplina. Es que el derecho administrativo parece haberse mantenido al margen de la discusión sobre el tema, quizás porque se pensaba que tales regulaciones eran propiedad exclusiva del derecho penal. También pudo influir las diversas doctrinas europeas que siempre han sido bienvenidas en nuestra construcción científica, pero que en este punto poseen diferencias sustanciales ya que los sistemas de derechos humanos europeo y americano presentan, respecto de nuestra área de estudio, particularidades bien diferentes.

<sup>11</sup> Sobre el significado y alcance las opiniones consultivas la CIDH ha explicado que ... La labor interpretativa que debe cumplir la Corte en ejercicio de su competencia consultiva busca no sólo desentrañar el sentido, propósito y razón de las normas internacionales sobre derechos humanos, sino, sobre todo, asesorar y ayudar a los Estados miembros y a los órganos de la OEA para que cumplan de manera cabal y efectiva sus obligaciones internacionales en la materia (Corte IDH, OC-14/94, párr. 23).

<sup>12</sup> "Mazzeo, Julio Lilo" CSJN (2007).

Mas allá de cuales hayan sido las razones, cierto es que al constitucionalizar los tratados de derechos humanos estos se convierten en fuente superior junto a la constitución de nuestro derecho administrativo. Y es en este punto que debemos preguntarnos sobre su aplicación al tiempo de validar las instituciones del derecho administrativo respecto del régimen del Pacto de San José de Costa Rica, entre otras convenciones internacionales.

Si bien puede parecer acaso una novedad, la aplicación del sistema americano al derecho administrativo no lo es al menos desde la propia sistemática del Pacto. Nótese que el mismo se aplica a toda causa sin distinción de contenidos ni por la materia ni por la persona que se encuentre involucrada en la misma.

Si alguna duda existía sobre el tópico, la propia Corte Interamericana logro otorgar las certezas necesarias principalmente a través del trascendente caso Baena.<sup>13</sup>

Allí la CIDH afirmó:

124. Si bien el artículo 8 de la Convención Americana se titula "Garantías Judiciales", su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, "sino [al] conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales" a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier tipo de acto del Estado que pueda afectarlos. Es decir, cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal.

125. La Corte observa que el elenco de garantías mínimas establecido en el numeral 2 del artículo 8 de la Convención se aplica a los órdenes mencionados en el numeral 1 del mismo artículo, o sea, la determinación de derechos y obligaciones de orden "civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter". Esto revela el amplio alcance del debido proceso; el individuo tiene el derecho al debido proceso entendido en los términos del artículo 8.1 y 8.2, tanto en materia penal como en todos estos otros órdenes.

127. Es un derecho humano el obtener todas las garantías que permitan alcanzar decisiones justas, no estando la administración excluida de cumplir con este deber. Las garantías mínimas deben respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier otro procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas.

129. La justicia, realizada a través del debido proceso legal, como verdadero valor jurídicamente protegido, se debe garantizar en todo proceso disciplinario,

<sup>13</sup> CIDH, "Baena Ricardo y Otros v. Panamá", 02/02/2001.

y los Estados no pueden sustraerse de esta obligación argumentando que no se aplican las debidas garantías del artículo 8 de la Convención Americana en el caso de sanciones disciplinarias y no penales. Permitirle a los Estados dicha interpretación equivaldría a dejar a su libre voluntad la aplicación o no del derecho de toda persona a un debido proceso.

Más aún en el caso *Ximenez Lopez*<sup>14</sup> en que Brasil fuera demandado, la CIDH avanza sobre el régimen de un institución típica del derecho administrativo como lo es el servicio público.<sup>15</sup>

Dijo en tal oportunidad la CIDH:

96. La prestación de servicios públicos implica la protección de bienes públicos, la cual es una de las finalidades de los Estados. Si bien los Estados pueden delegar su prestación, a través de la llamada tercerización, mantienen la titularidad de la obligación de proveer los servicios públicos y de proteger el bien público respectivo. La delegación a la iniciativa privada de proveer esos servicios, exige como elemento fundamental la responsabilidad de los Estados en fiscalizar su ejecución, para garantizar una efectiva protección de los derechos humanos de las personas bajo su jurisdicción y para que los servicios públicos sean provistos a la colectividad sin cualquier tipo de discriminación, y de la forma más efectiva posible.

97. Los Estados están obligados a respetar los derechos reconocidos en la Convención y a organizar el poder público para garantizar a las personas bajo su jurisdicción el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos, extendiéndose esa obligación a todos los niveles de la administración, así como a otras instituciones a las que los Estados delegan su autoridad.

98. Los Estados deben, según el artículo 2 de la Convención Americana, crear un marco normativo adecuado para establecer los parámetros de tratamiento e internación a ser observados por las instituciones de atención de salud. Los Estados tienen la obligación de consagrar y adoptar en su ordenamiento jurídico interno todas las medidas necesarias para que lo establecido en la Convención sea cumplido y puesto en práctica, y que tal legislación no se transforme en una mera formalidad, distanciada de la realidad.

99. Por todas las consideraciones anteriores, la Corte estima que los Estados son responsables de regular y fiscalizar con carácter permanente la prestación de los servicios y la ejecución de los programas nacionales relativos al logro de una prestación de servicios de salud públicos de calidad, de tal manera que disuada cualquier amenaza al derecho a la vida y a la integridad física de las personas sometidas a tratamiento de salud. Deben, *inter alia*, crear mecanismos adecuados para inspeccionar las instituciones psiquiátricas, presentar, investigar y resolver

<sup>14</sup> CIDH, "Ximenes Lopez vs. Brasil", 04/07/2006.

<sup>15</sup> Ver, entre otros, Gordillo, Agustín, *Tratado de derecho administrativo*, t. 2, *La defensa del usuario y del administrado*, 6ta ed., Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2003; Salomoni, Jorge Luis, *Teoría general de los servicios públicos*, Bs.As., Ad- Hoc. 1999.

quejas y establecer procedimientos disciplinarios o judiciales apropiados para casos de conducta profesional indebida o de violación de los derechos de los pacientes.

La discrecionalidad administrativa encuentra también expresos alcances desde la sistemática de derechos humanos, ya que la dignidad del hombre es un límite al ejercicio de tal facultad estatal.

La CIDH<sup>16</sup> ha sostenido sobre el particular:

126. En cualquier materia, inclusive en la laboral y la administrativa, la discrecionalidad de la administración tiene límites infranqueables, siendo uno de ellos el respeto de los derechos humanos. Es importante que la actuación de la administración se encuentre regulada, y ésta no puede invocar el orden público para reducir discrecionalmente las garantías de los administrados. Por ejemplo, no puede la administración dictar actos administrativos sancionatorios sin otorgar a los sancionados la garantía del debido proceso.

Por su parte la legitimidad de los actos administrativos y la ficción legal de que estos se presumen legales parece reconocer nuevas limitaciones. Así ante la afectación por medio de actos administrativos de los derechos fundamentales y/o humanos consagrados por la Constitución permitan admitir una presunción exactamente inversa: el acto se presume carente de presunción alguna, debiendo la autoridad estatal alegar fundamento sobre la razonabilidad de la medida adoptada. Aquí el espacio para la discrecionalidad se estrecha lo suficiente hasta quizás el punto de desaparecer ya que la mirada del observador es desde el prisma del derecho afectado — y su protección — y no desde la prerrogativa pública. Por otra parte se desplaza hacia la autoridad la obligación de alegar suficientemente sobre la razonabilidad de la medida adoptada y de cómo ella es la que menor afectación a los derechos humanos puede generar de entre varias opciones posibles.

En palabras de la Corte Federal Argentina:<sup>17</sup>

El pleno ejercicio de las libertades es la regla en un Estado de Derecho, mientras que toda limitación de ellas es de interpretación restrictiva. En consecuencia, quien pretende afectar gravemente un derecho fundamental tiene la carga argumentativa de probar la existencia de una razón que lo justifique. Por ello, en este caso es el Estado quien tiene la carga de probar la existencia de

<sup>16</sup> CIDH, Baena cit.

<sup>17</sup> CSJN., 5/09/2007, Editorial Río Negro S.A. c/ Neuquén, Provincia del s/ acción de amparo.

motivos suficientes que justifiquen la interrupción abrupta de la contratación de publicidad oficial, lo que, como se dijo, no ha ocurrido.

### 3 Algunas precisiones finales

La dignidad del hombre, como bien lo señala el Profesor Bacellar Filho<sup>18</sup> es la principal justificación para la existencia de cualquier norma, en tanto ella integra — según él nos enseña — la base antropológica común que emana de la Constitución del Brasil.

Concordantemente con ello, el sistema constitucional argentino impone la concreción de determinados valores constitucionales, todos unidos alrededor del hombre, su dignidad y su libertad.

La constitucionalización de los tratados de derechos humanos ha importado reafirmar para el sistema argentino al hombre como centro de la regulación y protección del ordenamiento jurídico en general, y particularmente del derecho administrativo.

Las instituciones propias del derecho administrativo deben ser revisadas y repensadas desde una mirada atravesada por la perspectiva constitucional comentada.

Quizás algunas de sus instituciones permanezcan adecuadas a los nuevos escenarios, otras quizás no, y deban ser reinterpretadas, redefinidas. Pero algo es de seguro: debemos cuestionarnos sobre la compatibilidad del derecho administrativo con los nuevos paradigmas constitucionales.

El nuevo derecho administrativo debe partir de la regulación de la relación Hombre — Estado bajo la dimensión social que ha sido pensada su dignidad y su libertad en pleno respeto del principio de igualdad. Un hombre a) responsable del ambiente — comparte con el Estado el deber de prevenir el daño ambiental y de preservarlo no solo para si sino para las generaciones futuras —, b) activo promotor de la igualdad, c) colaborador en al concreción del interés común, y d) involucrado responsablemente en la gestión de los asuntos públicos.

La Administración, por su parte, en tanto una de las gestoras del interés público, debe aprehender cuál es el nuevo alcance de ese interés y el rol que habrá ella de cumplir a fin de satisfacer el mismo. Ella ha dejado de monopolizar la titularidad del interés público, ya que en

<sup>18</sup> Bacellar Filho, Romeu, El procedimiento y el proceso administrativo en el sistema jurídico brasileño. En AAVV, Ordenamientos Internacionales, y Ordenamientos Administrativos Nacionales, Salomoni-Bacellar Filho-Sesín, Bs.As. AD-Hoc, Octubre 2006, pp. 34-55.

diversos supuestos su interés no representa el interés público constitucionalmente establecido.

Caber recordar lo dicho por la CIDH, al tiempo de conceptualizar el bien común — interés público

... Debe interpretarse como elemento integrante del orden público del Estado democrático, cuyo fin principal es la protección de los derechos esenciales del hombre y la creación de circunstancias que le permitan progresar espiritual y materialmente y alcanzar la felicidad.<sup>19</sup>

La tensión entre los derechos del hombre y las prerrogativas que despliega la administración que marcan el escenario tanto conceptual como práctico del derecho administrativo, adquiere en el derecho interno argentino una perspectiva distinta desde la comentada supranacionalidad de los tratados y convenios de derechos humanos. La dignidad del hombre y su libertad bajo el principio de igualdad son condiciones previas a la misma existencia del estado: no existe derecho administrativo válido en tanto este no parta desde el reconocimiento y aseguramiento de estos valores constitucionales. Este es el régimen jurídico que soberanamente se ha dado en su derecho positivo el Estado Federal Argentino, al que debe someterse incondicionalmente el derecho administrativo al tiempo de formular sus conceptos, sus principios, sus instituciones. Su núcleo central se resuelve siempre en más y mejor protección al hombre, su dignidad y su libertad bajo la visión social de tales atributos del hombre.

Las acciones u omisiones estatales se encuentran delimitadas por la regla general impuesta al Estado por los arts. 1.1 y 2 de la Convención Americana, los cuales constituyen la base para la determinación de la responsabilidad internacional.

En efecto, el art. 1.1<sup>20</sup> prevé la obligación estatal de respetar y garantizar en forma genérica los derechos previstos en la Convención

<sup>19</sup> CIDH, OC-6/86, "La expresión "Leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos" del 09/05/1986.

<sup>20</sup> Esa disposición permite deducir que lo relevante para la Convención es que el ejercicio —entendido como goce efectivo en la vida cotidiana— de los derechos se asegure por medidas estatales, sean legislativas o de otro carácter. Ello se ha visto confirmado por la Corte Interamericana al poner de resalto que esa norma de la Convención obliga a los Estados Partes no solamente a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella, sino a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona sujeta a su jurisdicción, ampliando así el deber inicial de no incurrir en conductas violatorias a la necesaria adopción de medidas de contenido positivo, en tanto "garantizar implica la obligación del Estado de tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos que la Convención reconoce" (CIDH, OC-11/90, "Excepciones al Agotamiento de los recursos internos — Art. 46.1, 46.2.a y 46.2.b Convención Americana sobre Derechos Humanos —", del 10 de Agosto de 1990. Serie A Nº 11).

Americana, mientras que el art. 2<sup>21</sup> obliga al Estado y a cada uno de sus órganos a remover cualquier obstáculo para el goce de aquellos y, por consiguiente, a llevar adelante medidas positivas tendientes a asegurar y efectivizar los derechos consagrados en ese tratado.

De allí que la administración pública deba en base al principio de subsidiariedad<sup>22</sup> adecuar su comportamiento a la creencia que será el propio Estado Parte del tratado quien, según sus preceptos internos, adecuará su normativa y las prácticas domésticas a las diversas obligaciones contenidas en la norma internacional.<sup>23</sup> Esto no es más que tornar compatible la regulación de su actividad con los parámetros interpretativos que provienen del sistema americano de derechos humanos. Parece asumir en este punto, la prevención administrativa, un papel fundamental en la procura de la dignidad del hombre y su libertad con el fin de evitar la posible responsabilidad internacional del Estado-Parte del convenio.

Por su parte los jueces internos asumen nuevos desafíos desde un perfil constitucional que ha innovado fuertemente en materia de derechos y de fuentes del sistema jurídico. Aparece una nueva herramienta de control: el denominado control de convencionalidad,<sup>24</sup> implicado en uno

<sup>21</sup> Como se ha dicho, en la lógica del sistema americano de derechos humanos que se desprende del art. 2º de la Convención reside la idea de que los pronunciamientos de la Corte Interamericana deben trasladarse, en la forma y términos que provea el derecho interno a las leyes nacionales, a los criterios jurisdiccionales domésticos, a los programas específicos en este campo y a las acciones cotidianas que el Estado despliega en materia de derechos humanos; trasladarse, en fin, al conjunto de la experiencia nacional (CIDH. Caso Tibi vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114, voto razonado del juez Sergio García Ramírez, párr. 6).

<sup>22</sup> Desde el propio preámbulo de la Convención Americana se declara que la protección internacional es coadyuvante o complementaria de que la ofrece el derecho interno. El papel primario de protección sigue siendo efectivamente del orden doméstico, de las prácticas estatales nacionales, pero necesariamente a partir del traslado a la dinámica interna del plexo normativo e interpretativo que los tratados imponen. En otras palabras, el Americano no es un sistema limitado a la institución de órganos supranacionales, sino que se compone de dos niveles diversos de protección de relevancia equivalente: Inicialmente, la tarea fundamental se encuentra en el plano nacional, donde los Estados deben dar vigencia a sus obligaciones — y en caso de incurrirse en violaciones — indemnizar a las víctimas y sancionar a los responsables. El segundo nivel del sistema — encarnado en la Comisión y la Corte Interamericanas — sólo opera cuando el primero no ha cumplido su rol, y es por ello subsidiario y coadyuvante de la labor nacional (Corte IDH. Caso Las Palmeras vs. Colombia. Fondo. Sentencia de 6 de diciembre de 2001. Serie C No. 90, párr. 33).

<sup>23</sup> En efecto, no solo se debe ajustar toda normativa interna al tratado, sino que, además, las prácticas estatales relativas a su aplicación deben adecuarse al derecho internacional. Es decir que no basta con que el ordenamiento jurídico interno se adecue al derecho internacional, sino que es menester que los órganos o funcionarios de cualquier poder estatal, sea ejecutivo, legislativo o judicial, ejerzan sus funciones y realicen o emitan sus actos, resoluciones y sentencias de manera efectivamente acorde con el derecho internacional aplicable (CIDH Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 171).

<sup>24</sup> Como ha explicitado la Corte Interamericana “cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de ‘control de convencionalidad’ entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha

mayor, el de constitucionalidad que permite — obliga — al juez nacional a examinar el nivel de compatibilidad de la norma o práctica internas con las directivas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos,<sup>25</sup> las recomendaciones, opiniones y fallos que dictan los organismos propios del sistema americano de derechos humanos.

Lógicamente, al consolidarse en el conglomerado de tratados de derechos humanos un bloque mínimo de derechos fundamentales cuyo rango constitucional se ha declarado expresamente, la existencia misma, el contenido, alcance y ejercicio de ciertas prerrogativas públicas así como el titular final del juicio de compatibilidad entre aquellas y el sistema de garantías, han quedado puestos seriamente en cuestión.

#### Administrative Law, Constitution and Human Rights

Abstract: Through constitutional reform held in 1994 in Argentina, it's been consolidated the process called constitutionalization of human rights treaties: the incorporation into the federal constitution text of several treaties protecting human rights, to which the Constitution assigns constitutional status, which does not repeal any section of the first part of the Constitution and must be understood as complementary of the rights and guarantees constitutionally recognized. The constitutionalization of human rights treaties has meant to the Argentine system the reaffirmation of man as the center of the regulation and protection of the juridical system in general and particularly of Administrative Law. The institutions of Administrative Law should be reviewed and rethought from an eye imbued with a constitutional perspective.

Key words: Administrative Law. Constitution. Human rights.

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

GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo Angel. Derecho administrativo, Constitución y derechos humanos. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 10, n. 40, p. 239-250, abr./jun. 2010.

Recebido em: 05.05.10

Aprovado em: 25.05.10

hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana" (CIDH. Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, párr. 124).

<sup>25</sup> Remitimos a las consideraciones efectuadas por el Juez Lorenzetti de la CSJN en su voto en el precedente "Simón", LL, 2005-E, 331.