

Referência bibliográfica:

HACHEM, Daniel Wunder. El Derecho Administrativo de espaldas a la persona: desencantos y esperanzas en materia de proceso y procedimiento administrativo. **Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública**, Buenos Aires, n. 417, p. 169-228, 2013.

XXXVIII JORNADAS NACIONALES DE DERECHO ADMINISTRATIVO
"PERSONA, PROCEDIMIENTO, PROCESO Y CONTRATOS ADMINISTRATIVOS"

Organizadas por:

Asociación Argentina de Derecho Administrativo
y Gobierno de la Provincia de Córdoba
Ciudad de Córdoba, 2012

Julio I. Altamira Gigena

Eduardo Ávalos

Alfonso Buteler

Armando N. Canosa

Hernán Celorrio

Pedro J. J. Coviello

Carlos E. Delpiazzo

Augusto Durán Martínez

Pablo Á. Gutiérrez Colantuono

Aida Kemelmajer de Carlucci

Enrique F. Novo García

María Inés Ortiz de Gallardo

José L. Palazzo

Héctor C. Rodríguez

José Luis Said

Alberto M. Sánchez

Daniela S. Sosa de Soria

Daniel Wunder Hachem

Año XXXV - 417

Director: Dr. Eduardo Mertchikian

www.revistarap.com.ar

rap **60 años**
REVISTA ARGENTINA DEL RÉGIMEN
DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

AÑO XXXV N° 417
JUNIO 2013

Ediciones
rap

ISSN N° 1666-4108

EL DERECHO ADMINISTRATIVO DE ESPALDAS A LA PERSONA: DESENCANTOS Y ESPERANZAS EN MATERIA DE PROCESO Y PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

Daniel Wunder Hachem

*“Allá muy en lo alto del décimo segundo piso del Año
vive una loca llamada Esperanza
y piensa ella que cuando todas las sirenas,
todas las bocinas
todos los ‘reco-recos’ suenen
se lanza y
- ¡Oh, delicioso vuelo!
Se la encontrarán milagrosamente incólume en la calzada,
Otra vez niña...
Y en torno a ella indagará el pueblo:
- ¿Cómo te llamas, pequeñina de ojos verdes?
Y ella les dirá:
(¡Es preciso repetirles todo de nuevo!)
Ella les dirá bien despacito para que no lo olviden:
- Mi nombre es ES-PE-RAN-ZA...”**
(Mário Quintana, *Esperanza*)

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Las transformaciones de las bases teóricas del derecho administrativo: la persona humana como eje central. 2.1. El derecho administrativo construido en el siglo XIX. 2.2. Mutaciones del eje metodológico y postulados jurídico-filosóficos del derecho administrativo en el siglo XX. 3. Las consecuencias del cambio de paradigmas en los campos del proceso y del procedimiento administrativo. 3.1. Proceso administrativo y el derecho a la tutela judicial efectiva. 3.2. Procedimiento administrativo y el derecho a la tutela administrativa efectiva. 4. Desencantos en materia de proceso y procedimiento administrativo: ejemplos brasileños de distanciamiento entre el prometedor discurso teórico y la malhadada práctica administrativa y judicial. 5. En el mar de desencantos hay islas de esperanza. 6. Reflexión final. 7. Referencias bibliográficas.

* Quintana, Mário, *Nova Antologia Poética*, São Paulo, Editora Globo, 1998, p. 118.

1. Introducción.

Actualmente se dice que el derecho administrativo ha enfrentado en las últimas décadas –especialmente en las últimas tres– un verdadero cambio de paradigmas¹. Y esta transformación ocurre primordialmente en la manera de fundamentar y explicar los fines y el eje central de esta rama jurídica, poniendo en su centro gravitacional el ser humano, con la dignidad que le es inherente y sus derechos fundamentales². Con esta mudanza de perspectiva, que abandona un embasamiento apoyado casi exclusivamente sobre las ideas de poder, potestad, privilegios y prerrogativas, se podría decir que ese sector del sistema jurídico fue reconstruido como un derecho administrativo direccionado a la persona.

Esta configuración humanizada del derecho administrativo diseñada por la doctrina es, por supuesto, indispensable en los Estados Democráticos de Derecho contemporáneos, no solo por su deseable conveniencia político-social, sino también por tratarse de una exigencia jurídico-imperativa deducible de las actuales Constituciones y de los tratados internacionales de derechos humanos. Sin embargo, no raras veces esta concepción queda aprisionada en el discurso teórico doctrinal, sin lograr ver la luz de la realidad en las actuaciones administrativas y jurisdiccionales cotidianas.

No son pocos los ejemplos reales que demuestran un frecuente descompromiso de las Administraciones públicas y de los jueces con el impacto de los derechos humanos y fundamentales sobre el derecho administrativo, y con los consecuentes cambios operados (o que al menos lo deberían ser) en sus institutos por fuerza de la centralidad de la dignidad humana en los ordenamientos jurídicos vigentes³. Es necesario investigar, así, si lanzando en este mar de desencantos cuanto al nuevo ropaje del derecho administrativo es posible descubrir algunas islas de esperanza, que permitan a los ciudadanos y a los investigadores de este segmento del derecho seguir creyendo en el rol fundamental que, en teoría, juega la persona en él.

Con lastro en dichas premisas, el propósito de esta exposición es hacer algunas provocaciones respecto de tres de los ejes temáticos de estas Jornadas: la posición de la *persona* en la realidad práctica del *proceso* y del *procedimiento administrativo*, a la luz de algunos ejemplos brasileños. A partir de estos temas, se busca cuestionar si el presente derecho administrativo, en la práctica, se muestra efectivamente a servicio del ciudadano o si, en cambio, se encuentra de espaldas a la persona.

¹ Cassagne, Juan Carlos, “Los nuevos paradigmas del derecho administrativo”, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública –Rap:* 408:289, año XXXIV, Buenos Aires, Ediciones Rap, sep. 2012; Celorrio, Hernán, “Nuevos paradigmas del régimen administrativo”, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública –Rap:* 408:311, año XXXIV, Buenos Aires, Ediciones Rap, sep. 2012.

² Rodríguez-Arana Muñoz, Jaime, “El marco constitucional del derecho administrativo español (el derecho administrativo constitucional)”, A&C, *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, n° 29, Belo Horizonte, Fórum, jul./set. 2007, pp. 127-144.

³ González Pérez, Jesús, “La dignidad de la persona y el derecho administrativo”, A&C, *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, n° 29, Belo Horizonte, Fórum, jul./set. 2007, pp. 11-35.

2. Las transformaciones de las bases teóricas del derecho administrativo: la persona humana como eje central.

El primer punto por plantearse es la profunda transformación de las bases teóricas del derecho administrativo en la segunda mitad del siglo XX, cuyo resultado fue el posicionamiento del ciudadano en su núcleo central, irradiando significativos efectos sobre la conformación jurídica de sus institutos, forjados anteriormente bajo la égida de una racionalidad distinta y considerada incompatible con los postulados éticos y sociales de fines del siglo pasado e inicio del presente⁴. Como ha subrayado Justo Reyna, “el modelo clásico de derecho administrativo es [...] diferente del modelo constitucional contemporáneo que coloca al hombre y a sus circunstancias en el centro del derecho y de la organización estatal”⁵.

Por tratarse de un largo período histórico con muchos matices, una explicación un tanto reduccionista pero sistematizada se puede hacer poniendo en relieve: el *eje metodológico* y los *postulados jurídico-filosóficos* del paradigma precedente, consolidado en el siglo XIX; y los cambios en el *eje metodológico* del derecho administrativo durante el siglo XX y los nuevos *postulados jurídico-filosóficos* del paradigma emergente.

2.1. El derecho administrativo construido en el siglo XIX.

En cuanto a la formación del paradigma sedimentado en el siglo XIX, una de las primeras corrientes de pensamiento a intentar delinear los rasgos teóricos de la rama jurídica analizada ha sido la Escola da *puissance publique*⁶. Ella utilizaba como criterio para explicar el derecho administrativo la distinción entre: (i) las *actividades de autoridad*, ejercidas por el Estado en las hipótesis en que sus órganos empleaban “órdenes, prohibiciones, reglamentaciones unilaterales”, manifestando una “voluntad de comando” sobre los particulares; y (ii) las *actividades de gestión*, realizadas en posición de igualdad con los ciudadanos y sometidas a las reglas de derecho privado⁷. Cuando practicaba las primeras, el Estado estaría ejerciendo “actos de *puissance publique*” o “actos de autoridad”, los cuales se someterían a un régimen jurídico exorbitante del derecho común⁸, que autorizaría la Administración a utilizar un poder de comando frente a los particulares.

⁴ Rodríguez-Arana Muñoz, Jaime, “El concepto del derecho administrativo y el proyecto de Constitución Europea”, A&C, *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, n° 23, Belo Horizonte, Fórum, jan./mar. 2006, pp. 11-20.

⁵ Reyna, Justo J., “Globalización, pluralidad sistémica y derecho administrativo: apuntes para um derecho administrativo multidimensional”, in Romeu Felipe Bacellar Filho; Emerson Gabardo; Daniel Wunder Hachem (Coords.), *Globalização, direitos fundamentais e Direito Administrativo: novas perspectivas para o desenvolvimento econômico e socioambiental*, Belo Horizonte, Fórum, 2011, p. 26.

⁶ De acuerdo con André de Laubadère, esta teoría fue compartida por los principales autores del siglo XIX: Batbie, Ducrocq, Aucoc, Laferrière y Berthélemy. Laubadère, André de., *Traité élémentaire de droit administratif*, t. I, 3. ed., Paris, LGDJ, 1963, p. 39.

⁷ Laubadère, André de., *Traité élémentaire... op. cit.*, pp. 38-39.

⁸ Vedel, Georges, *Droit Administratif*, 5. ed., Paris, Presses Universitaires de France, 1973, p. 27.

El derecho administrativo incidiría justamente en esas actividades, y su racionalidad –es decir, su *eje metodológico*– podría ser explicada desde la noción de *puissance publique*. El énfasis de esa corriente de pensamiento, por consiguiente, es conferido a los poderes especiales ostentados por el Poder Público. Esas prerrogativas exorbitantes, cuyo manejo se justificaría por cuenta de la posición de superioridad del Estado frente a los particulares, traducirían la idea matriz del derecho administrativo. Es la posición de Maurice Hauriou, para quien “la base del derecho administrativo es la actividad de *puissance publique*”⁹. Con ello, se sostuvo que las ideas de poder y de soberanía estatal serían capaces de explicar el régimen jurídico-administrativo.

Una vez que la explicación de esta rama jurídica se anclaba metodológicamente en la noción de poderes especiales, era necesario trazar paralelamente los límites del ejercicio de dichas potestades, desde mecanismos de control jurídico. Así que este primer cuadro de construcción teórica del derecho administrativo del siglo XIX se delineó apoyado sobre determinados *postulados jurídico-filosóficos* cardinales del constitucionalismo moderno europeo desarrollado desde la Revolución Francesa, tales como: (i) la *protección de las libertades individuales mediante deberes de abstención de la Administración pública*; (ii) la *ley formal como única fuente de legitimidad jurídica* y la *reducción del derecho a la ley*; (iii) el *principio de legalidad administrativa en sentido estricto*; y (iv) el *principio de separación de Poderes* concebido de manera rígida.

En primer lugar, (i) la *protección de las libertades individuales mediante deberes de abstención de la Administración pública* representaba la principal demanda de la clase social dominante en la Francia posrevolucionaria, al final del siglo XVIII, pasando a ser garantizada por la sumisión del Poder Público al ordenamiento jurídico, con la formación del llamado Estado de Derecho, cuya estructuración científica se desarrolló en el siglo XIX¹⁰. Este anhelo por una defensa contra las investidas arbitrarias del Estado en las esferas jurídicas individuales, frecuentes en el Antiguo Régimen, implicó la construcción de un conjunto de reglas jurídicas dirigidas a la Administración caracterizadas por la preocupación con los límites a la actuación estatal.

Esto no significó, por supuesto, una eliminación de toda y cualquier acción administrativa restrictiva de los derechos del ciudadano, sino su conformación a determinados mecanismos de control jurídico del ejercicio del poder político, cuya creación se justificó exactamente con el objetivo de salvaguardar las libertades individuales. Los perfiles de dichas herramientas son grabados por este rasgo común –la limitación del actuar agresivo del Estado– impactando en los contornos jurídicos imprimidos a los diversos institutos del derecho administrativo creados en el siglo XIX, como el procedimiento y el proceso administrativo.

⁹ Hauriou, Maurice, *Notes d'arrêts sur décisions du Conseil d'État et du Tribunal des conflits*, t. I, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1929, p. 1.

¹⁰ Pietro Costa advierte que si bien la prehistoria del Estado de Derecho haya ocurrido con las revoluciones del siglo XVIII, es solamente en la Alemania del siglo XIX que dicha expresión sale de la “prehistoria” e ingresa oficialmente en la historia. Costa, Pietro, “O Estado de Direito: uma introdução histórica”, en Danilo Zolo (Org.), *O Estado de Direito: história, teoria, crítica*, São Paulo, Martins Fontes, 2006, pp. 116-117.

Entre estos instrumentos se encuentran (ii) la *ley formal como única fuente de legitimidad jurídica* y la *reducción del derecho a la ley*. Como consecuencia de una interpretación de los pensamientos de Rousseau y Montesquieu parcialmente destorcidas y adaptadas a las necesidades de los revolucionarios burgueses¹¹, sumada a la emergencia del positivismo jurídico de la Escuela de la Exégesis francesa¹², el *legicentrismo* imperó en el derecho del siglo XIX en la Europa continental¹³. La ley, concebida como expresión de la voluntad general del pueblo, se convirtió en la única fuente válida de legitimidad jurídica¹⁴. La soberanía popular se manifestaría a través del Poder Legislativo, pues si todos los individuos fueran autores de las leyes que iban a disciplinar sus relaciones, obedeciendo a los procesos formales previstos para su elaboración, nadie crearía una regla injusta para sí mismo¹⁵, ni atentatoria contra su libertad.

En esta concepción, durante el siglo XIX el positivismo jurídico se encargó, con apoyo en este postulado, de reducir la idea de derecho y justicia a la ley en sentido formal¹⁶. El análisis de la validez jurídica de la ley dependía únicamente del respeto a los procedimientos formales previstos para su elaboración, independientemente de su contenido valorativo material. En efecto, parte del siglo XIX se ha caracterizado por una definición exclusivamente formal del Estado de Derecho, fundada en la autoridad del Estado y en la fijación de los límites de su actividad y de la esfera de libertad de los ciudadanos, conforme al ordenamiento jurídico por él establecido¹⁷. Este modelo estatal, en esa perspectiva, se podría resumir en una fórmula vacía de contenido sustantivo desde el punto de vista político-constitucional, sin cualquier orientación direccionando sus fines y sus acciones, una vez observadas las formalidades del proceso de creación de la ley¹⁸.

Como el derecho se reducía a la ley, el papel de las Constituciones en esta coyuntura era esencialmente político y desprovisto de fuerza jurídica. Sus disposiciones expresaban directrices carentes de normatividad y subyugadas al imperio de la ley, fuente por excelencia del derecho, en un Estado que más que “legislativo” se podría cualificar como “legalista”. Hasta mediados del siglo XX, las Constituciones europeas se dirigían en especial

¹¹ Vile, Maurice J. C., *Constitucionalismo y separación de poderes*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 198.

¹² Bobbio, Norberto, *O positivismo jurídico: lições de filosofia do Direito*, São Paulo, Ícone, 2006, p. 88.

¹³ Fioravanti, Maurizio, *Los derechos fundamentales: apuntes de historia de las constituciones*, 5. ed., Madrid, Trotta, 2007, p. 62.

¹⁴ García de Enterría, Eduardo, *La lengua de los derechos: la formación del derecho público europeo tras la revolución francesa*, Madrid, Alianza Editorial, 1994, pp. 109, 130.

¹⁵ Novais, Jorge Reis, *Contributo para uma teoria do estado de direito: do estado de Direito liberal ao Estado social e democrático de Direito*, Coimbra, 1987, 233f., Dissertação (Mestrado) – Universidade de Coimbra, p. 87.

¹⁶ Como ha subrayado Zagrebelsky, “del mismo modo que los derechos eran lo que la ley reconocía como tales, la justicia era lo que la ley definía como tal”. Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, Trotta, 1999, p. 96.

¹⁷ Clève, Clémerson Merlin, *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*, 2. ed., São Paulo, RT, 2000, p. 22.

¹⁸ Clève, Clémerson Merlin, *op. cit.*, p. 23.

al Poder Legislativo y la Constitución no era reconocida como norma jurídica^{19,20}. Como a ella le era negado el carácter normativo, la Constitución y la teoría de la separación de los Poderes convivían sin mayores conflictos, pues sus disposiciones poseían en general cuño organizatorio o jurídico-procesal²¹. Los derechos fundamentales, por su parte, eran encarados como meras declaraciones que demandaban legislación integrativa para producir fuerza normativa²².

Aunque las Constituciones decimonónicas instituyesen los rasgos de las funciones político-gubernamentales, legislativas y jurisdiccionales del Estado, la disciplina jurídica de la función administrativa era dejada a los cuidados del legislador infraconstitucional, responsable por trazar su régimen jurídico y especificar los contornos de sus acciones²³.

La consecuencia inmediata de esta manera reduccionista y legalista de comprender el derecho, impactada sobre el derecho administrativo, fue la ascensión del (iii) *principio de legalidad administrativa en sentido estricto*, con la consecuente prohibición de actuación de la Administración en los campos donde no hubiera específica autorización legislativa. Esta limitación del actuar administrativo se explicaba por el deseo de seguridad jurídica y estabilidad de las relaciones trabadas entre los particulares²⁴. Las acciones estatales restrictivas de los derechos y libertades de los ciudadanos, mediante el manejo de sus prerrogativas y potestades, deberían encontrar fundamento en la ley formal, pues solamente razones de interés general—plasmado en las normas producidas por el Poder Legislativo compuesto por los representantes del pueblo—podrían justificar una intromisión en las esferas jurídicas individuales²⁵. Aunque en la práctica muchas teorías hayan sido creadas jurisprudencialmente al margen de previsiones legales específicas, la fundamentación teórica de la delimitación jurídica de las conductas administrativas se basaba en este discurso.

¹⁹ “La doctrina constitucional tradicional niega a las normas constitucionales abiertas el *estatus* normativo. Considéralas recuerdos, mensajes para el legislador”. Bacellar Filho, Romeu Felipe, *Processo administrativo disciplinar*, São Paulo, Max Limonad, 2003, p. 145.

²⁰ El modelo constitucional norteamericano, a su vez, ya presentaba desde el siglo XIX la Constitución como norma jurídica suprema. Sobre las distinciones entre el sistema de justicia constitucional acogido por Europa en el siglo XX y el sistema del *judicial review* norteamericano, ver García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1985, pp. 56-60 y Tavares, André Ramos, *Teoria da Justiça Constitucional*, São Paulo, Saraiva, 2005, pp. 49-56. Ver, además, Cappelletti, Mauro, *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*, 2. ed., Porto Alegre, Fabris, 1999, especialmente pp. 65-100.

²¹ Piçarra, Nuno, *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional – um contributo para o estudo das suas origens e evolução*, Coimbra, Coimbra Editora, 1989, p. 167.

²² Clève, Clémerson Merlin, *A fiscalização... op. cit.*, p. 22.

²³ Rocha, Cármen Lúcia Antunes, *Princípios constitucionais da Administração pública*, Belo Horizonte, Del Rey, 1994, p. 60.

²⁴ Motta, Fabrício, “O paradigma da legalidade e o direito administrativo”, in Maria Sylvia Zanella Di Pietro; Carlos Vinícius Alves Ribeiro (Coords.), *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do Direito Administrativo*, São Paulo, Atlas, 2010, p. 204.

²⁵ En este sentido, resalta Alfonso Buteler: “En esta etapa el Estado interviene siempre y cuando respete la esfera protectoria de los derechos—básicamente, los patrimoniales—creada por la ley. Es decir, que asume una actitud predominantemente abstencionista y negativa respecto de la sociedad”. Buteler, Alfonso, “A intervenção estatal na economia e o direito ao meio ambiente”, A&C, *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 12, n. 49, jul./set. 2012, pp. 109-120.

De otra parte, dicha racionalidad impedía al particular la invocación de otros derechos no garantizados explícitamente en la ley formal. Una vez observados, por parte de la Administración, los procedimientos formales legalmente previstos, estaba permitida la utilización de sus poderes especiales, independientemente de considerarse sustantivamente justo o no su contenido. Como el derecho se reducía a la ley, no podía el ciudadano en el marco del procedimiento administrativo oponer al Estado derechos no asegurados en el texto legal, cuya validez era estimada desde el alineamiento formal de su actuación a los trámites legalmente establecidos.

Finalmente, para asegurar la observancia de todo lo que hasta ahora se ha señalado, uno de los principales mecanismos jurídicos manejados fue (iv) *el principio de separación de Poderes* concebido de una manera rígida. En la jurisdicción en la Europa continental al final del siglo XIX, el juez se encontraba prohibido de ejercer una función activa en el proceso, especialmente en los de naturaleza contencioso-administrativa. Para resguardar la libertad del individuo, a él le era vedada la interpretación de la ley²⁶. La sumisión de los jueces al Poder Legislativo restringió la actividad judicial a la mera reproducción literal de las palabras de la ley²⁷, reduciendo la función del magistrado a la aplicación estricta de la norma creada por el parlamento²⁸, en un intento de impedirlo de desvirtuar su contenido²⁹.

Tal comprometimiento de la jurisdicción del siglo XIX con la actuación de la voluntad de la ley se revela de modo expresivo cuando Giuseppe Chiovenda afirma que “no puede haber sujeción a la jurisdicción sino donde puede haber sujeción a la ley”³⁰. La función jurisdiccional se limitaba a la protección de los derechos subjetivos de los particulares mediante la aplicación de la ley³¹; en su ausencia, la tutela jurisdiccional de los derechos quedaba obstaculizada. Hay que destacar que la concepción chiovendiana³² de jurisdicción admite expresamente la imposibilidad de prestarse tutela efectiva del derecho ma-

²⁶ Marinoni, Luiz Guilherme, *Teoria geral do processo*, São Paulo, RT, 2006, p. 414.

²⁷ Bachof, Otto, *Jueces y Constitución*, Madrid, Civitas, 1985, p. 23.

²⁸ Cappelletti, Mauro, “Montesquieu abandonne? Developpement et légitimité de la ‘justice constitutionnelle’”, in *Le Pouvoir des Juges. Articles choisis de droit judiciaire et constitutionnel comparé*, Paris, Ed. Economica, 1990, p. 260.

²⁹ La valorización de la ley por los revolucionarios franceses se explicaba por tratarse de una norma producida por la nación a través de sus representantes y orientada por la razón, y por ello no podría consistir en amenaza a la justicia y a la libertad. La justicia era considerada como el propio respeto a la legalidad. Clève, Clèmerson Merlin, “A teoria constitucional e o direito alternativo (para uma dogmática constitucional emancipatória)”, in Carlos Henrique de Carvalho Filho (Org.), *Uma vida dedicada ao Direito. Homenagem a Carlos Henrique de Carvalho. O editor dos juristas*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1995, pp. 34-35.

³⁰ Chiovenda, Giuseppe, *Instituições de direito processual civil*, v. 2, São Paulo, Saraiva, 1969, p. 55.

³¹ Marinoni, Luiz Guilherme, *Teoria geral... op. cit.*, p. 31.

³² “Chiovenda es un verdadero adepto de la doctrina que, inspirada en el iluminismo y en los valores de la Revolución Francesa, separaba radicalmente las funciones del legislador y del juez, o mejor, atribuía al legislador la creación del derecho y al juez su aplicación”. Marinoni, Luiz Guilherme, *Teoria geral... op. cit.*, p. 34.

material cuando la ley no prevea la técnica procesal adecuada³³. Esa forma de comprensión de la jurisdicción confiere mayor valor a la técnica procesal legislativamente prevista que al derecho material³⁴.

Esta rígida concepción del principio de la separación de Poderes tuvo como consecuencia la atribución de un carácter meramente revisor a la jurisdicción contencioso-administrativa, como uno de sus principios inspiradores característico del siglo XIX³⁵. En respeto a las competencias exclusivas que a la Administración le eran encomendadas por la ley, la jurisdicción no estaba autorizada a determinar a ella el cumplimiento de este o aquél comportamiento, sino solamente invalidar un acto por ella practicado en disconformidad con el sistema normativo³⁶. A la jurisdicción administrativa se le asignaba, pues, un rol muy restricto, en armonía con los postulados hasta ahora mencionados. En la materia se estableció un régimen apoyado sobre determinados privilegios procesales conferidos a la Administración. Entre ellos, Juan M. González Moras apunta los siguientes: “a. requisito del previo agotamiento de la vía administrativa; b. legitimación procesal restringida; c. proceso al *acto administrativo*, con pretensiones procesales acotadas; d. desigualdad en el proceso judicial (habilitación de instancia, plazos, plazos de prescripción y caducidad, notificaciones, otorgamiento de medidas cautelares, etcétera) y e. sentencias meramente declarativas”³⁷.

Por cuenta de esta concepción de separación de Poderes, que postulaba una autonomía de la Administración frente a la jurisdicción, se construyeron paralelamente las teorías de los atributos del acto administrativo, como la presunción de legitimidad, la ejecutividad y la ejecutoriedad, confiriéndose a la Administración dichas prerrogativas especiales para hacer prontamente exigible el cumplimiento de sus determinaciones “sin que resulte necesario acudir al auxilio del Poder Judicial empleando para ello el procedimiento de ejecución coactiva”³⁸, en las palabras de Alfonso Buteler.

³³ “Si, por su naturaleza o por falta de medios de subrogación, no se puede lograr un bien sino con la ejecución por vía coactiva, y los medios de coacción no están autorizados en la ley, aquel bien no es loggable en el proceso, salvo la actuación (si posible, a su vez) de la voluntad concreta de la ley que deriva de la lesión o incumplimiento del derecho a una prestación; salvo, por ejemplo, el derecho al resarcimiento del daño”. Chiovenda, Giuseppe, *Instituições de direito processual civil*, v. 1, São Paulo, Saraiva, 1965, p. 290.

³⁴ Marinoni, Luiz Guilherme, *Teoria geral... op. cit.*, p. 137.

³⁵ Nieto, Alejandro, “Los orígenes de lo contencioso-administrativo en España”, *Revista de Administración Pública*, n° 50, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, pp. 27-50, mayo/ago. 1966, p. 50.

³⁶ Nieto, Alejandro, “Sobre la tesis de Parada en relación con los orígenes del contencioso-administrativo”, *Revista de Administración Pública*, n° 57, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, sep./dic. 1968, pp. 9-33.

³⁷ González Moras, Juan M., “El contencioso administrativo y la tutela judicial efectiva en el marco del principio de igualdad y no discriminación. Principios emergentes del derecho internacional de los derechos humanos”, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública—Rap*: 336:115, año XXVIII, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2006.

³⁸ Buteler, Alfonso, *El amparo contra actos administrativos*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2012, p. 169.

Todo este legado engendró en determinadas realidades jurídicas una postura recelosa en cuanto a la efectivación de los derechos fundamentales por la jurisdicción, particularmente en el ámbito de los derechos que reclaman prestaciones estatales positivas para su realización. En el momento en que el juez condenara al administrador a actuar de determinada manera, estaría adentrando en la esfera de competencia del Poder Ejecutivo, afrontando el principio de separación de Poderes. Así, se cuestionó la legitimidad democrática de los magistrados para concretizar las normas de carácter más abstracto³⁹, pues se entendía todavía que esa función –la de hacer las elecciones políticas y morales de la sociedad– competía a los representantes electos por el pueblo⁴⁰. Dicha línea de raciocinio generó el problema de la ineffectividad de los derechos fundamentales sociales, particularmente de su faceta prestacional, que abultaron en los ordenamientos constitucionales con el advenimiento del Estado Social.

Así es que el paradigma del derecho administrativo diseñado en el siglo XIX, cimentado sobre los *postulados jurídico-filosóficos* rápidamente bosquejados en estas líneas, experimentó una explicación teórica de sus institutos asentada metodológicamente en la idea de poder, y en la consecuente preocupación con la previsión de técnicas de control jurídico de la acción administrativa⁴¹. Una vez prohibida cualquier intromisión de la Administración en la vida particular sin autorización legal, la doctrina recurría a las nociones de poder y prerrogativa exorbitante para justificar las actuaciones excepcionalmente invasivas a la esfera jurídica de los individuos, con un discurso teórico hincado sobre la idea de legalidad⁴².

³⁹ “De manera general, cuando el Poder Judicial asume un papel políticamente más activo y particularmente cuando hace valer su poder de control constitucional, es decir, cuando se produce lo que suele llamarse de ‘activismo judicial’, él es cuestionado y el argumento usualmente esgrimido es su origen ‘no democrático’”. Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Poder judicial: crisis, acertos e desacertos*, Trad. Juárez Tavares, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1995, p. 41.

⁴⁰ Haciendo alusión a ese pensamiento, explica Robert Alexy: “Ahora bien, si el derecho carece de pautas suficientes, entonces la decisión acerca del contenido de los derechos sociales fundamentales es un asunto de la política. Sin embargo, esto significa que, de acuerdo con los principios de la división de Poderes y de la democracia, la decisión sobre el contenido de los derechos sociales fundamentales no cae dentro de la competencia de los tribunales de justicia sino dentro de la competencia del ‘legislador directamente legitimado por el pueblo’. Por lo tanto, los tribunales pueden decidir preguntas que se enmarcan dentro del ámbito de los derechos sociales fundamentales solo si el legislador ya ha adoptado sus decisiones”. Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2. ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 450.

⁴¹ Balbín, Carlos F., *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, Buenos Aires, La Ley, 2011, p. 19.

⁴² De todas maneras, es importante subrayar que en el paradigma examinado, aunque el *eje metodológico* sobre el cual se ha edificado el derecho administrativo haya sido el poder y las potestades de la Administración, es un error anacrónico suponer que el Estado del siglo XIX ha mantenido exactamente las mismas arbitrariedades practicadas en el período precedente, del Antiguo Régimen. Si bien en la práctica haya ocurrido sin duda utilizaciones indebidas de las prerrogativas administrativas, a la época consideradas “exorbitantes”, el modelo del Estado de Derecho ha cambiado radicalmente la manera de normatizar las relaciones entre Administración e individuo, con la previsión de instrumentos jurídicos de control protectores de las libertades individuales. Como bien observa Emerson Gabardo: “[...] no se ignora que la realidad política de antes y después era igualmente arbitraria, sin embargo sería ingenuo imaginar que sería arbitraria de la misma forma. Los modelos de normatización de estas realidades constituyen ontología radicalmente diversa, lo que, por sí solo, resulta en la existencia de una realidad distinta”. Gabardo, Emerson, *Interesse público e subsidiariedade*, Belo Horizonte, Fórum, 2009, p. 254.

2.2. Mutaciones del eje metodológico y postulados jurídico-filosóficos del derecho administrativo en el siglo XX.

Con los cambios de las sociedades experimentados en la transición del siglo XIX al XX, el rol del Estado y sus atribuciones se han transformado también. Al final, como apuntan Irmgard Lepenies y Justo Reyna, “el Estado es reflejo de la comunidad a la que debe servir”⁴³. Y el derecho administrativo, a su vez, es reflejo del modelo de Estado donde está insertado, habiendo sufrido significativas mudanzas con las transmutaciones estatales.

La transformación del *eje metodológico* del derecho administrativo empieza al inicio del siglo XX, con la insurgencia de la Escuela del servicio público (también conocida como Escuela de Bordeaux⁴⁴), inaugurada por Léon Duguit, contra la Escuela antes mencionada. El autor se propone a explicar “Por qué desaparece el sistema de derecho público fundado en la noción de *puissance publique*”⁴⁵, sosteniendo su reemplazo por el concepto de servicio público. Argumenta que cuando las tareas del Estado se limitaban a los servicios de guerra, de policía y de justicia, era comprensible que su regulación jurídica se explicara por las ideas de soberanía estatal y *puissance publique*. No obstante, en razón de las transformaciones que afectaron las relaciones entre Estado y ciudadano en la segunda mitad del siglo XIX, las necesidades de interés general pasaron a demandar del Poder Público no solo la manutención del orden público⁴⁶, sino también la organización de la vida económica, social y cultural de la colectividad, compeliéndolo a “fornecer enseñanza, prestar asistencia a los indigentes, asegurar transporte a las personas y a las cosas”⁴⁷. Dichas actividades de prestación ofertadas por el Estado a la colectividad, para satisfacción de las necesidades de interés general⁴⁸, configurarían servicios públicos, actividad cuya característica principal no sería el *poder* de comando de la Administración, sino el *deber* de actuar a favor de la sociedad.

Tal concepción, de Administración pública vinculada al deber de realización de los anhelos sociales, es considerada por Duguit como una perspectiva más apta a legitimar la existencia del Estado y, a su vez, del derecho público. Esta rama jurídica, en la visión del autor, deja de ser “un conjunto de reglas aplicables a una persona soberana [...] investida del derecho subjetivo de comandar” y pasa a ser “un conjunto de reglas que

⁴³ Lepenies, Irmgard E. y Reyna, Justo J., *La profesionalización de la Administración pública y la laborización del empleo público. Documentación Administrativa*, nº 267-268, Madrid, INAP, sep. 2003/abr. 2004, pp. 233-267.

⁴⁴ Morand-Deville, Jacqueline, *Cours de Droit Administratif*, 6. ed., Paris, Montchrestien, 1999, p. 19.

⁴⁵ Capítulo I de la obra Duguit, Léon, *Les transformations du droit public*, Paris, Librairie Armand Colin, 1913, pp. 2-32.

⁴⁶ Sobre las nuevas exigencias del concepto de interés general en el derecho administrativo del Estado Social y Democrático de Derecho, ver, por todos: Rodríguez-Arana Muñoz, Jaime, *Interés general, derecho administrativo y Estado de Bienestar*, Madrid, Iustel, 2012.

⁴⁷ Duguit, Léon. *Les transformations... op. cit.*, p. 31.

⁴⁸ Tales como “educación, asistencia, ferrovías, distribución local de gas, de electricidad, etc.”, Laubadère, André de, *Traité élémentaire... op. cit.*, p. 41.

determinan la organización de los servicios públicos y aseguran su funcionamiento regular e ininterrumpido⁴⁹. Lo que diferenciaría la actividad pública de las actividades particulares sería el hecho de que la primera estaría “integralmente consagrada a la gestión de emprendimientos destinados a satisfacer el interés general, es decir, los servicios públicos”⁵⁰. El énfasis no es más conferido a las nociones de poder y soberanía, sino al carácter de subordinación del Estado a la realización de los intereses generales de la colectividad⁵¹. El criterio, sin embargo, también es susceptible de cuestionamiento, pues el ámbito de actuación de la Administración no se restringe a la prestación de servicios públicos⁵², incumbiendo también, por ejemplo, el ejercicio de la actividad de policía administrativa⁵³.

Superando la tentativa de encontrar un criterio único capaz de comprender la unidad del derecho administrativo, surgen propuestas de autores que buscan, cada cual a su manera, expresar la racionalidad de esta rama jurídica desde la tensión autoridad de la Administración/libertad de los individuos⁵⁴, que bien caracteriza la disciplina examinada. Uno de los precursores de esa proposición ha sido Jean Rivero, en un ensayo publicado en 1953 con el título “¿Existe un criterio del derecho administrativo?”⁵⁵. Sostiene el autor que las peculiaridades que marcan el derecho administrativo derivan de dos ideas opuestas. De un lado, las normas que lo integran se diferencian de aquellas del derecho privado porque atribuyen al Poder Público *prerrogativas* inexistentes en las relaciones entre particulares. De otro, no obstante, ellas también someten la Administración a *restricciones* mucho más severas que aquellas que el régimen privado impone a sus destinatarios. Ejemplifica con la libertad que los particulares tienen de contratar con quien les parezca mejor, eligiendo las finalidades de sus actividades, mientras el Poder Público se sujeta a reglas específicas para contratación y se adscribe invariablemente a la persecución del interés general⁵⁶.

Demuestra entonces el jurista que la vasta mayoría de las normas que componen el régimen jurídico-administrativo expresan alguna de esas especies de derogación del derecho privado –“derogaciones *para más* y derogaciones *para menos*”–, las cuales se explican por las necesidades de atendimiento del interés general⁵⁷. Así, se puede decir que es el *interés público* el que, de una parte, legitima la institución de prerro-

⁴⁹ Duguit, Léon, *Les transformations... op. cit.*, p. 52.

⁵⁰ Rivero, Jean, *Direito Administrativo*, Coimbra, Almedina, 1982, p. 38.

⁵¹ Hachem, Daniel Wunder, *Princípio constitucional da supremacia do interesse público*, Belo Horizonte, Fórum, 2011, p. 52.

⁵² Según Clèmerson Merlin Clève, “conceptuar el derecho administrativo como la disciplina de los servicios públicos significa restringir arbitrariamente el foco de amplitud de esta rama jurídica”. Clève, Clèmerson Merlin, *Elementos para um discurso de conceituação do direito administrativo*, Curitiba, Julex, 1988, p. 55.

⁵³ Rivero, Jean, *Direito Administrativo... op. cit.*, p. 38.

⁵⁴ Di Pietro, Maria Sylvia Zanella, *O princípio da supremacia do interesse público. Interesse Público*, n° 56, Belo Horizonte, Fórum, jul./ago. 2009, pp. 35-54.

⁵⁵ Rivero, Jean, “Existe-t-il un critère du droit administratif?”, *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, v. 69, n° 2, Paris, LGDJ, avr./juin, pp. 279-296.

⁵⁶ Rivero, Jean, *Direito administrativo... op. cit.*, p. 42.

⁵⁷ *Ibidem*.

gativas especiales a la Administración, y, de otra parte, limita su actuación⁵⁸. Con lastro en este raciocinio, Rivero explica el régimen jurídico-administrativo desde el binomio: *prerrogativas* conferidas a la Administración “sin equivalente en las relaciones privadas” vs. sujeciones “más estrictas que aquellas a que están sometidos los particulares”⁵⁹. Son similares las explicaciones de Guy Braibant⁶⁰, Fernando Garrido Falla⁶¹, Luis de la Morena y de la Morena⁶², Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández⁶³.

A lo largo de la segunda mitad del siglo XX, este equilibrio entre *prerrogativas* y *sujeciones* de la Administración, como punto nodal de explicación del derecho administrativo, pasó a recibir un nuevo enfoque ancorado en la figura de la persona humana, a partir de su centralización en los ordenamientos jurídicos nacionales e internacionales. En este escenario, subraya Alfonso Buteler, se ha modificado “sustancialmente el papel del administrado que ha dejado de ser un mero sujeto pasivo en la relación con el Estado para pasar a ser un verdadero protagonista”⁶⁴. En dicho período se ha deflagrado un proceso de positivación de los derechos humanos en los ordenamientos jurídicos internacionales como reacción a las brutalidades cometidas en los regímenes totalitarios nazi-fascistas y en la Segunda Guerra Mundial⁶⁵. Con ello se buscó realizar una reconstrucción de estos derechos, alzándolos a la condición de referencial ético rector de las Constituciones direccionado a la protección y promoción de la dignidad humana⁶⁶.

Dos pilares se han desarrollado en este contexto: de una parte, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, encarnado en las declaraciones y tratados internacionales que vinculan diferentes Estados al respeto de los valores fundamentales de la persona

⁵⁸ Nieto, Alejandro, “La Administración sirve con objetividad los intereses generales”, in Sebastián Martín-Retortillo Baquer (Coord.), *Estudios sobre la Constitución española: Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, v. 3, Madrid, Civitas, 1991, p. 2251.

⁵⁹ Rivero, Jean, *Direito Administrativo... op. cit.*, p. 42.

⁶⁰ Braibant, Guy, *Le Droit Administratif Français*, Paris, Presses de la Fondation Nationale des Sciences Politiques, Dalloz, 1984, pp. 167-170.

⁶¹ Garrido Falla, Fernando, “Sobre el derecho administrativo y sus ideas cardinales”, *Revista de Administración Pública*, n° 7, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, ene./abr. 1952, pp. 11-50, p. 37 *et seq*; Garrido Falla, Fernando, “Prólogo a la primera edición”, in *Tratado de Derecho Administrativo*, v. I, 14. ed., Madrid, Tecnos, 2005, pp. 18-20.

⁶² Morena, Luis de la Morena y de la, “Derecho administrativo e interés público: correlaciones básicas”, *Revista de Administración Pública*, Nros. 100-102, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, ene./dic. 1983, pp. 847-880.

⁶³ García de Enterría, Eduardo; Fernández, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, t. I, 14. ed., Madrid, Thomson-Civitas, 2008, pp. 51-53.

⁶⁴ Buteler, Alfonso, “Corrupción y derecho administrativo”, A&C, *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 12, n. 48, abr./jun. 2012, pp. 97-118.

⁶⁵ Lafer, Celso, “Prefácio”, in Piovesan, Flávia, *Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*, São Paulo, Editora Saraiva, 2007, p. X.

⁶⁶ Bacellar Filho, Romeu Felipe, “O direito fundamental à presunção de inocência no processo administrativo disciplinar”, A&C, *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, n° 37, Belo Horizonte, Fórum, jul./set. 2009, pp. 11-55.

humana en su máxima extensión; y de otra, la resignificación del derecho constitucional occidental, cubierto por una fuerte dimensión axiológica, impregnada por principios direccionados a la valorización de la dignidad del ser humano⁶⁷.

Con los cambios operados en todas las ramas del derecho tras los impactos de los tratados internacionales de derechos humanos en los ordenamientos nacionales, la comprensión del derecho administrativo también experimentó transformaciones, pasando la doctrina a explicarlo no tanto desde la figura de la Administración, sino a partir de la centralidad del ser humano en el orden jurídico. Como advierte Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, “el lugar que antaño ocupó el concepto de la potestad o del privilegio o la prerrogativa ahora lo ocupa por derecho propio la persona, el ser humano, que asume un papel central en todas las ciencias sociales, también obviamente en el derecho administrativo”⁶⁸. El fundamento esencial –y, consecuentemente, el *eje metodológico*– del equilibrio entre poderes especiales conferidos al Poder Público y las imposiciones que a él le son dirigidas por el sistema normativo es, ahora, la persona humana, su dignidad y sus derechos fundamentales⁶⁹.

En este sentido, Mirta Sotelo de Andreau sostiene que “no es correcta la posición que entiende que esta rama del derecho sea tan solo un justificativo de los privilegios y potestades de los poderes públicos, y si en algún momento lo es esto ocurre por exclusiva responsabilidad de los encargados de ejecutarlos y controlarlos”⁷⁰, una vez que “el núcleo fundamental, el ser de este sistema normativo, [...] es básicamente el respeto del derecho de los administrados”⁷¹. Se transforma, pues, la noción de poder en derecho administrativo, cuya utilización por la Administración pasa a sujetarse al cumplimiento de un deber jurídico. En las palabras de Fernando García Pullés, “la entronización de la dignidad de la persona frente al poder ha significado un cambio copernicano en las bases de justificación de las conductas públicas”⁷².

⁶⁷ Piovesan, Flávia, *Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*, São Paulo, Editora Saraiva, 2007, pp. 10-11.

⁶⁸ Rodríguez-Arana Muñoz, Jaime, *Direito fundamental à boa Administração Pública*, Trad. Daniel Wunder Hachem, Belo Horizonte, Fórum, 2012, p. 133 y Rodríguez-Arana Muñoz, Jaime, “Sobre el derecho fundamental a la buena Administración y la posición jurídica del ciudadano”, A&C, *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, año 12, n. 47, jan./mar. 2012, pp. 13-50.

⁶⁹ En las palabras de Carlos Balbín, esta rama del derecho “no debe pues analizarse desde el poder y sus prerrogativas sino desde los derechos fundamentales y estos últimos no solo como límites de aquél sino como justificación del propio poder”. Balbín, Carlos F., *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, Buenos Aires, La Ley, 2011, p. 174.

⁷⁰ Sotelo de Andreau, Mirta G., *Estado, Derecho, Administración, Estrategias: estructuraciones y desestructuraciones en el marco del derecho administrativo actual*, Corrientes: [s.n.] 1997, p. 38.

⁷¹ Ídem, p. 8.

⁷² García Pullés, Fernando, “Función pública, tutela administrativa efectiva y las nuevas versiones del acto administrativo”, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública –Rap*: 411:85, año XXXIV, Buenos Aires, Ediciones Rap, sep. 2012, pp. 85-94.

Así lo explica Celso Antônio Bandeira de Mello, enseñando que la idea de potestad como “poder-deber” a que se refería Santi Romano es ahora más bien explicada por la expresión “deber-poder”: a la Administración se atribuye un poder solamente para capacitarle a cumplir un deber que le es encomendado por el sistema normativo, necesario a “satisfacer intereses públicos, o sea, intereses de otros: la colectividad”⁷³. Por ello, la utilización de las prerrogativas públicas será legítima solo cuando “en la medida indispensable al atendimento de los intereses públicos”⁷⁴, y no de los intereses propios de la persona jurídica estatal o del administrador, estos fueren contrarios a aquellos.

Por ello, es necesario aclarar que la adopción de la persona humana y sus derechos fundamentales como *eje metodológico* del derecho administrativo actual no significa el abandono de la noción de prerrogativas y potestades, sino “la reconstrucción y justificación de las mismas a la luz de fundamentos compatibles con el nuevo paradigma del Estado Constitucional de Derecho”⁷⁵. Como explica Juan Gustavo Corvalán, esta nueva perspectiva “refuncionaliza o reformula el punto de partida de las prerrogativas de la Administración pública, en la medida en que pone en crisis la concepción tradicional y el modo histórico en que han sido y son ejercidas por parte de la Administración pública”⁷⁶. Las prerrogativas no desaparecen del derecho administrativo, sino que dejan su posición de eje central de explicación de esta rama jurídica y sufren una reformulación y limitación emanadas del nuevo núcleo esencial del ordenamiento jurídico-administrativo: la dignidad humana y los derechos fundamentales.

En una línea: *de un derecho al servicio del poder se pasa a un derecho al servicio de la persona*. Esta nueva faceta del derecho administrativo, de naturaleza democrática, trazada por el Estado Constitucional de Derecho, es explicada por la doctrina más progresista desde una construcción lógica cimentada sobre nuevos *postulados jurídico-filosóficos*, que une—como diría Chico Buarque—“ladrillo por ladrillo en un diseño mágico”⁷⁷. El cambio se puede explicar a partir de cuatro ladrillos esenciales que reemplazan, uno a uno, los postulados sedimentados en el siglo XIX, desarrollados en el apartado anterior: (i) el *cambio del Estado Liberal al Estado Social y Democrático de Derecho*; (ii) el *reconocimiento de la fuerza jurídica de la Constitución y de los derechos humanos y la constitucionalización del derecho administrativo*; (iii) la *ampliación de la subordinación jurídica de la Administración, no solo a la ley sino también al derecho*; (iv) la *reconfiguración de la idea de separación rígida de Poderes para un sistema de frenos y contrapesos*.

⁷³ Mello, Celso Antônio Bandeira de, *Elementos de Direito Administrativo*, 2. ed., São Paulo, RT, 1990, p. 23.

⁷⁴ *Ibidem*.

⁷⁵ Corvalán, Juan Gustavo, “Transformações do ‘regime de Direito Administrativo’: a propósito do regime exorbitante e das prerrogativas da Administração pública”, A&C, *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 13, n. 51, jan./mar. 2013, pp. 49-73.

⁷⁶ *Ídem*, p. 68.

⁷⁷ Holanda, Chico Buarque, *Construção. Canción interpretada por el compositor*, Álbum: Construção, Dirección de Producción y Estudio: Roberto Menescal. Dirección de Musical: Magro. Estúdio Phonogram, 1971.

El *primer ladrillo* al que se debe hacer referencia es (i) el *cambio del Estado Liberal al Estado Social y Democrático de Derecho*. Como antes se ha observado, en el siglo XIX la gran preocupación estaba en asegurar la protección de las libertades contra la intromisión de la Administración en las esferas jurídicas individuales, frente al modelo antecedente del Antiguo Régimen⁷⁸. Sin embargo, por inúmeras razones, entre ellas las nefastas consecuencias producidas por el liberalismo en los ámbitos económico y social, mayormente con la Revolución Industrial, imponiendo condiciones de miseria y enfermedad a significativa parcela de los ciudadanos, tendientes a acentuarse con la ausencia de intervencionismo estatal, se inician al final del siglo XIX e inicio del XX las reacciones contra el Estado Liberal⁷⁹. Se expandió en dicho período, conforme observa Celso Antônio Bandeira de Mello, “un movimiento de inconformismo de las camadas sociales más desfavorecidas cuyas condiciones de vida, como es notorio, eran extremadamente difíciles”⁸⁰.

Cuando se percibió que la efectiva libertad y el desarrollo de la sociedad dependían de la igualdad social, constatándose que la única manera de disfrutar de la libertad es cuando se tiene condiciones dignas de existencia⁸¹, empieza la construcción del modelo de Estado Social, preocupado con los problemas responsables por la exclusión y marcado por el anhelo de igualdad material⁸² y justicia social. Como bien explica José Luis Said, “de lo que se trataba, y de lo que aún se sigue tratando, es de *reconocer que el Estado no es irresponsable de la situación actual de los sectores sociales más postergados*”⁸³. Por ello, afirma el autor, “será preciso, para que la promesa igualitaria se cumpla en su aspecto sustantivo, que adopte *medidas positivas efectivas*”⁸⁴. Ocurre así, según Mirta Sotelo de Andreau, “un cambio y un rediseño en el rol que el Estado cumple”, fenómeno que “permanentemente acontece, pues debe adaptar sus esquemas al progreso económico-social que se desarrolla, a las innovaciones tecnológicas y a los fines u objetivos que la sociedad que ese Estado representa establezca”⁸⁵.

Este proceso se acentúa en la segunda mitad del siglo XX, pues como advierte Irmgard Lepenies, “los acelerados cambios del mundo globalizado y los vaivenes políticos exigen un renovado planteo acerca del papel del Estado”⁸⁶. Se hizo imprescindible, según

⁷⁸ Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, Trotta, 1999, p. 24.

⁷⁹ Zockun, Carolina Zancaner, *Da intervenção do Estado no domínio social*, São Paulo, Malheiros, 2009, pp. 18-19.

⁸⁰ Mello, Celso Antônio Bandeira de, “O Direito Administrativo e a justiça social no constitucionalismo atual latino-americano”, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública –Rap*: 396:7, año XXXIII, Buenos Aires, Ediciones Rap, pp. 7-15, sep. 2011.

⁸¹ Santiago, José María Rodríguez de, *La Administración del Estado Social*, Madrid, Marcial Pons, 2007, p. 20.

⁸² Bonavides, Paulo, *Do Estado Liberal ao Estado Social*, 8. ed., São Paulo, Malheiros, 2007, p. 29.

⁸³ Said, José Luis, “Responsabilidad del Estado y justicia distributiva”, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública –Rap*: 370:45, año XXXI, Buenos Aires, Ediciones Rap, jul. 2009.

⁸⁴ *Ibidem*.

⁸⁵ Sotelo de Andreau, Mirta G., “Nuevas formas de relación entre Estado, poder y sociedad”, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública –Rap*: 396:353, año XXXIII, Buenos Aires, Ediciones Rap, sep. 2011.

⁸⁶ Lepenies, Irmgard E., “Introducción”, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública –Rap*: 370:15, año XXXI, Buenos Aires, Ediciones Rap, jul. 2009.

Romeu Felipe Bacellar Filho, un “alargamiento de la Administración protectora, que desempeña actividades administrativas para la promoción y efectivación de los derechos fundamentales”⁸⁷, en especial de los derechos sociales prestacionales⁸⁸, que reclaman acciones positivas para su efectivación, incumbiendo a la Administración la tarea de proporcionar a los ciudadanos condiciones materiales que les posibiliten el efectivo ejercicio de las libertades⁸⁹. La mutación paradigmática en el modelo estatal significó, simultáneamente, una mudanza en el ámbito de la Administración pública, que pasa de la “Administración de agresión para la Administración de prestación”⁹⁰.

En efecto, se puede afirmar que la Administración pública, con la transmutación del Estado Liberal al Estado Social y Democrático, se ha tornado definitivamente el aparejo del Estado dirigido a la satisfacción de las necesidades colectivas, tornando la propia legitimidad estatal dependiente de su eficacia⁹¹ y eficiencia⁹² en la prestación de servicios públicos esenciales a la promoción de los derechos fundamentales⁹³. En esta línea, registra Luciano Parejo Alfonso que con esta transición ya no es más suficiente la legitimación otorgada al Estado por el origen democrático del poder, siendo necesario al Estado, en el nuevo modelo, “justificarse permanentemente en la adecuada utilización de los medios puestos a su disposición y la obtención de resultados reales, es decir, necesita la legitimación que proviene de la eficacia en la resolución de los problemas sociales”⁹⁴.

La lucha por la promoción de estas acciones estatales implicó la necesidad de comprometer jurídicamente el Estado con el cumplimiento de una vasta gama de nuevos cometidos y atribuciones en materia social. Si en el paradigma precedente, construido en torno a la idea de *poder*, la preocupación estaba en crear herramientas jurídicas contra la acción estatal abusiva, en el nuevo modelo, apoyado en la noción de *persona humana*, se hizo necesaria la creación de mecanismos en el sistema normativo capaces de vincular positivamente la Administración⁹⁵, obligarla a actuar y cohibir sus omisiones.

⁸⁷ Bacellar Filho, Romeu Felipe, “Dignidad de la persona humana, garantía de los derechos fundamentales, derecho civil, derechos humanos y tratados internacionales”, *Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo*, año 9, n° 9, San José, Asociación e Instituto Iberoamericano de Derecho Administrativo “Prof. Jesús González Pérez”, pp. 150-153, 2009.

⁸⁸ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2. ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 171.

⁸⁹ Rodríguez-Arana Muñoz, Jaime, *Derecho Administrativo y Constitución*, Granada, CEMCI, 2000, pp. 103-104.

⁹⁰ Bacellar Filho, Romeu Felipe, *Direito Administrativo e o Novo Código Civil*, Belo Horizonte, Forum, 2007, p. 113.

⁹¹ El contenido jurídico de la noción de eficacia en materia administrativa es explicado por Alfonso, Luciano Parejo, “Eficacia y Administración”, *Tres Estudios*, Madrid, INAP, 1995.

⁹² Acerca de la eficiencia como factor de legitimidad del Estado, conferir: Gabardo, Emerson, *Eficiência e legitimidade do Estado*, São Paulo, Manole, 2003.

⁹³ Bacellar Filho, Romeu Felipe, “O serviço público”, in Carlos E. Delpiazzi (Coord.), *Estudios Jurídicos en Homenaje ao Prof. Mariano R. Brito*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2008, p. 607.

⁹⁴ Alfonso, Luciano Parejo, “La eficacia como principio jurídico de la actuación de la Administración pública”, *Documentación Administrativa*, Nros. 218-219, Madrid, INAP, abr./sep. 1989, pp. 15-65.

⁹⁵ Celorrio, Hernán, “Nuevos paradigmas del régimen administrativo”, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública –Rap*: 408:311, año XXXIV, Buenos Aires, Ediciones Rap, sep. 2012.

El *segundo ladrillo* aparece entonces concomitantemente, para alcanzar dicho objetivo: el (ii) *reconocimiento de la fuerza jurídica de la Constitución y la constitucionalización del derecho administrativo*. En el paradigma precedente, la ley general y abstracta significaba la propia garantía de la libertad, una vez que, por un lado, la representación política (sufragio censitario, autonomía de los representantes y mandato representativo) aseguraba supuestamente la participación igualitaria de cada uno en la formación de la voluntad general y, por otro, la separación de Poderes garantizaba la previsibilidad de acción del Estado y la defensa de los derechos individuales contra intervenciones arbitrarias⁹⁶. La ley era concebida como un cuadro formal de protección de las libertades y de la seguridad de la propiedad⁹⁷, en una época en que ella se presentaba como producto de la voluntad de un parlamento homogéneo, compuesto apenas por representantes de la burguesía, donde no había grandes confrontas ideológicas.

A lo largo del siglo XX, se percibió que la ley se había convertido en un instrumento utilizado por el gobernante, que impone su voluntad, sus opciones, y no necesariamente la de los electores; ella deja de ser comprendida inocentemente como fruto de la voluntad general del pueblo y pasa a representar los deseos de la clase hegemónica que conquista las mayorías parlamentarias y de los grupos de presión que actúan en los bastidores del parlamento⁹⁸. Y así, muchas veces, menoscaba los derechos más básicos de los ciudadanos. Con los movimientos sociales en búsqueda de una intervención mayor del Estado para proporcionar a las personas condiciones dignas de existencia, las pretensiones de prestaciones estatales positivas empezaron a ser positivadas en las Constituciones. La protección de los valores sociales, juridicizados en la forma de principios de justicia, comienza a realizarse a través de su incorporación al texto constitucional, cuyo nuevo ropaje se muestra apto a imprimirles mayor efectividad.

Y ello ocurre porque, en la segunda mitad del siglo XX, en la Europa continental y paulatinamente en los demás países del sistema jurídico romano-germánico, las disposiciones constitucionales han asumido fuerza jurídico-normativa⁹⁹, dejando de ser vistas como meras aspiraciones políticas. No solo adquirieron imperatividad, sino también fueron alzadas a la posición de norma jurídica suprema¹⁰⁰, erigiéndose al rango de mayor jerarquía entre las fuentes del derecho. Se invierte la relación de subordinación entre la ley y la Constitución, haciéndose aquella subordinada a los dispositivos de esta, con el paso de un Estado Legislativo a un Estado Constitucional¹⁰¹.

⁹⁶ Novais, Jorge Reis, *Contributo para... op. cit.*, p. 69.

⁹⁷ Ídem, p. 89.

⁹⁸ Marinoni, Luiz Guilherme, *Teoria geral do processo*, São Paulo, RT, 2006, p. 41.

⁹⁹ “La Constitución no configura, por lo tanto, solo expresión de un ser, sino también de un deber ser; ella significa más que el simple reflejo de las condiciones fácticas de su vigencia, particularmente las fuerzas sociales y políticas”. Hesse, Konrad, *A Força Normativa da Constituição*, Tradução de Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 15.

¹⁰⁰ Agustín Gordillo, refiriéndose a la Constitución como ley fundamental del Estado, afirma que ella es “algo más que un simple programa de gobierno o expresión de deseos; es, como su nombre lo indica, una verdadera ley: sin embargo, aún más, es una ley superior al denominador común de las leyes”. Gordillo, Agustín, *Princípios gerais de direito público*, São Paulo, RT, 1977, p. 94.

¹⁰¹ El tema fue analizado de manera más profundizada en la Parte II, Capítulo 3, ítem “3.3. A transição paradigmática no Direito Constitucional: da superioridade da lei à supremacia da Constituição”, del libro

De la superioridad de la ley formal se pasa a la supremacía de la Constitución, que se convierte en parámetro de validez del contenido material de todas las demás normas, porque condensa los valores sociales más importantes, correspondientes a los principios de justicia compartidos por la sociedad, de observancia obligatoria no solo al legislador, sino también al juez y a la Administración. Esta nueva manera de encarar la Constitución y sus variadas consecuencias jurídicas ha sido bautizada por una parcela de la doctrina de “neoconstitucionalismo”¹⁰². El fenómeno, lo explica Augusto Durán Martínez, surge como un movimiento de la Europa continental, que se presenta como antipositivista y vinculado con los actuales ordenamientos constitucionales y democráticos del occidente. A partir de él, “se habla de un nuevo paradigma en base a la irrupción de la dignidad de la persona humana y de los derechos inalienables que fluyen de ella”¹⁰³.

Con ello se abandona la concepción reduccionista de derecho tributario del positivismo jurídico, reconociéndose como parte integrante del ordenamiento jurídico no solo la ley formal, sino también los principios constitucionales expresos e implícitos y los derechos humanos de los tratados internacionales, todos con fuerza vinculativa al Estado como un todo y a los particulares¹⁰⁴. Se amplía así el conjunto de deberes jurídicos a los cuales la Administración debe obediencia, conquistando elevada importancia las normas internacionales y comunitarias¹⁰⁵, que producen significativo impacto en el derecho administrativo interno¹⁰⁶.

En la República Argentina este proceso se acentúa tras la reforma constitucional de 1994, conforme a la cual –destaca Justo Reyna– la “Nación ha asumido un compromiso de orden internacional para la tutela de derechos fundamentales”¹⁰⁷. En su Artículo 75,

Hachem, Daniel Wunder, *Mandado de injunção e direitos fundamentais: uma construção à luz da transição do Estado Legislativo ao Estado Constitucional*, Belo Horizonte, Fórum, 2012, pp. 113-121.

¹⁰² Sobre el tema, ver: Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003.

¹⁰³ Durán Martínez, Augusto, “En torno al neoconstitucionalismo”, A&C, *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, año 10, n. 40, abr./jun. 2010, pp. 33-72.

¹⁰⁴ Los impactos de la constitucionalización del derecho y ascensión de los principios constitucionales en el derecho electoral son analizados por Salgado, Eneida Desiree, *Princípios constitucionais eleitorais*, Belo Horizonte, Fórum, 2010.

¹⁰⁵ En cuanto al impacto del derecho comunitario en el ámbito doméstico, Mirta Sotelo de Andreau señala que “el nuevo ordenamiento se impone sobre el ordenamiento interno, creando nuevos derechos y obligaciones en forma directa para los nacionales”. Sotelo de Andreau, Mirta G., “El nuevo paradigma del Estado: su impacto en el derecho interno. La globalización, las normas supranacionales y el derecho administrativo”, A&C, *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Curitiba, año 1, n. 1, 1999, pp. 49-89.

¹⁰⁶ Por cuenta de la globalización y de esta consecuente apertura del ordenamiento jurídico al ámbito internacional, explica Justo Reyna que “los derechos administrativos domésticos dejan de presentarse como autónomos en la producción y aplicación del conjunto de normas regulatorias de sus propias funciones administrativas; es decir como un todo cerrado y autosuficiente en la creación y aplicación del derecho”. Reyna, Justo J., “El arbitraje como medio de solución de conflictos en materia de servicios públicos: el nacimiento de un sistema jurídico complejo”, A&C, *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, año 11, n. 43, jan./mar. 2011, pp. 13-46.

¹⁰⁷ Reyna, Justo José, “El procedimiento administrativo multidimensional como técnica regulatoria en materia ambiental, de patrimonio cultural y de pueblos originarios”, A&C, *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, año 12, n. 50, out./dez. 2012, pp. 131-169.

inc. 22, la Constitución Nacional estableció la jerarquía constitucional de diez tratados de derechos humanos y estipuló un sistema de incorporación de nuevas convenciones de esa naturaleza en el ordenamiento interno con rango constitucional, observada la exigencia de una mayoría calificada del Congreso de la Nación¹⁰⁸. Con esta incorporación, los derechos humanos de los tratados internacionales impactan fuertemente en la reconfiguración de los institutos del derecho administrativo interno¹⁰⁹—como, por ejemplo, en materia de procedimiento administrativo¹¹⁰, servicio público¹¹¹, contrataciones públicas¹¹², acto administrativo y poder de policía¹¹³—sumándose a los derechos fundamentales enunciados por la Constitución en un influjo hacia la democratización de las relaciones entre ciudadano y Administración.

La ascensión de la Constitución al ápice del sistema normativo, con la irradiación, por todo el orden jurídico, de los valores emanados del núcleo central formado por la dignidad humana y los derechos fundamentales del ciudadano, resultó en el proceso de consti-

¹⁰⁸ Salomoni, Jorge Luis, “Impacto de los Tratados de Derechos Humanos sobre el Derecho Administrativo Argentino”, in AA. VV. *Ordenamientos internacionales y ordenamientos administrativos nacionales: jerarquía, impacto y derechos humanos*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2006, p. 15.

¹⁰⁹ Sobre los impactos de los tratados internacionales de derechos humanos sobre la Administración pública, ver Colantuono, Pablo Ángel Gutiérrez; Justo, Juan Bautista (Colaborador), *Administración pública, juridicidad y derechos humanos*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2009. Conferir también: Colantuono, Pablo Ángel Gutiérrez, “El derecho administrativo argentino y su desafío frente al régimen americano de derechos humanos”, in AA. VV. *Derecho Administrativo Iberoamericano: 100 autores en homenaje al posgrado de Derecho Administrativo de la Universidad Católica Andrés Bello*, t. I, Caracas, Paredes, 2007, pp. 123-154.

¹¹⁰ Sobre el tema, ver Cajarville Peluffo, Juan Pablo, *Garantías constitucionales del procedimiento administrativo en los países del Mercosur. Principios del procedimiento administrativo de los órganos del Mercosur. Actualidad en el Derecho Público*, n° 8, Buenos Aires, Ad-Hoc, sep./dic. 1998, pp. 25-47; Salomoni, Jorge Luis, *Procedimiento administrativo y Mercosur. Una aproximación a los principios emergentes de los distintos ordenamientos aplicables. Actualidad en el Derecho Público*, n° 8, Buenos Aires, Ad-Hoc, sep./dic. 1998, pp. 95-130; Colantuono, Pablo Ángel Gutiérrez, “El procedimiento administrativo y la tutela administrativa efectiva”, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública –Rap*: 383:349, año XXXII, Buenos Aires, Ediciones Rap, ago. 2010.

¹¹¹ En cuanto al impacto de los derechos humanos en materia de servicios públicos, ver, por todos, la obra pionera de Salomoni, Jorge Luis, *Teoría General de los Servicios Públicos*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1999, especialmente el Capítulo V, p. 415 *et seq.*

¹¹² Ismael Farrando sostiene que, si bien no existe cláusula constitucional expresa en la Constitución Argentina enunciando el principio de la licitación pública (existiendo, sin embargo, regla legal), “muy difícil sería hoy sostener la ‘libre elección’ a tenor de los tratados internacionales que integran el ‘bloque de constitucionalidad’ según la reforma constitucional de 1994, y a los que se ha adherido nuestro país posteriormente”, como por ejemplo la Convención Interamericana contra la Corrupción, aprobada en Argentina por la Ley N° 24.759 (BO 17-1-1997). Farrando (h), Ismael, *La contratación administrativa: normas y principios. Documentación Administrativa*, n° 267-268, Madrid, INAP, sep. 2003/abr. 2004, pp. 313-324.

¹¹³ Juan M. González Moras plantea significativas consecuencias jurídicas de la incidencia de los tratados de derechos humanos en los temas de la revocación unilateral del acto administrativo por razones de oportunidad y conveniencia, del poder de policía, del procedimiento administrativo y del servicio público, en su artículo González Moras, Juan M., *Los Tratados de Derechos Humanos y su incidencia en el Derecho Administrativo argentino. Documentación Administrativa*, n° 267-268, Madrid, INAP, sep. 2003/abr. 2004, pp. 55-72.

tucionalización del derecho administrativo¹¹⁴. No solo temas centrales de esta rama jurídica han sido incorporados al texto constitucional¹¹⁵, sino que también los institutos establecidos por las normas legales y reglamentarias pasaron a ser reinterpretados a la luz de los principios, valores y reglas constitucionales.

Así que los fundamentos del régimen jurídico-administrativo no descansan más en las normas infraconstitucionales, sino en la propia Constitución¹¹⁶ y en los tratados internacionales de derechos humanos con rango constitucional, que imprimen una nueva significación a todas las figuras jurídicas previstas por las leyes y reglamentos. Todo ello implica, como bien acentúa Juan M. González Moras, la “necesidad de la modificación, sea en la letra o en la interpretación, de la legislación administrativa sustantiva, procesal o procedimental, tanto nacional como provincial o municipal, a efectos de compatibilizarla con los Tratados Internacionales de Derechos Humanos constitucionalizados”¹¹⁷. En Uruguay, Augusto Durán Martínez desarrolla en su importante libro *Neoconstitucionalismo y Derecho Administrativo* esta tarea de resignificación de los diversos institutos del derecho administrativo, reinterpretándolos a la luz de los derechos fundamentales constitucionalizados y de los derechos humanos de los tratados internacionales¹¹⁸.

¹¹⁴ Dicho fenómeno se explayó, en mayor o menor medida, por los varios países de Latinoamérica, como Argentina, Brasil, Uruguay, Bolivia, Nicaragua, Venezuela, Ecuador y Colombia. Una referencia a las ocurrencias específicas en estos distintos Estados latinoamericanos se puede ver en los siguientes artículos: Bacellar Filho, Romeu Felipe, “Marco constitucional do Direito Administrativo no Brasil”, *Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo*, n° 7, San José, 2007, pp. 35-46; Salomoni, Jorge Luis, “El marco constitucional del Derecho Administrativo Argentino”, *Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo*, año 7, n° 7, San José, 2007, pp. 47-57; Brito, Mariano R., “Estudio de las relaciones entre el derecho administrativo y el derecho constitucional en Uruguay”, A&C, *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, n° 29, Belo Horizonte, Fórum, jul./set. 2007, pp. 113-126; Delpiazzo, Carlos E., “Marco constitucional del derecho administrativo uruguayo”, A&C, *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, n° 29, Belo Horizonte, Fórum, jul./set. 2007, pp. 37-54; Navarro, Karlos, “Las bases constitucionales del derecho administrativo en Nicaragua”, *Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo*, año 7, n° 7, San José, 2007, pp. 178-192; Gamboa, Jaime Orlando Santofimio, “Fundamentos constitucionales del derecho administrativo colombiano”, *Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo*, año 7, n° 7, San José, 2007, pp. 74-101; Paz, José Mario Serrate, “Marco constitucional del derecho administrativo en Bolivia”, *Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo*, año 7, n° 7, San José, 2007, pp. 112-122; Morales, Hugo Haroldo Calderón, “El Derecho Constitucional y El Derecho Administrativo en Guatemala”, *Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo*, año 7, n° 7, San José, 2007, pp. 296-320; Orellana, Javier Robalino, “El marco constitucional del Derecho Administrativo en el Ecuador”, *Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo*, año 7, n° 7, San José, 2007, pp. 250-263; Brewer-Carías, Allan R., “Marco constitucional del derecho administrativo en Venezuela”, A&C, *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, n° 31, Belo Horizonte, Fórum, jan./mar. 2008, pp. 26-68.

¹¹⁵ Como es el caso, en Brasil, de la responsabilidad del Estado, de la licitación pública, del acceso a los cargos y empleos públicos y su régimen jurídico, entre tantos otros. Ver los Artículos 37 a 41 de la Constitución de la República Federativa de Brasil, con sus múltiples incisos y párrafos.

¹¹⁶ Rocha, Cármen Lúcia Antunes, *Princípios constitucionais da Administração Pública*, Belo Horizonte, Del Rey, 1994, p. 15.

¹¹⁷ González Moras, Juan M., *Los Tratados de Derechos Humanos y su incidencia en el Derecho Administrativo argentino. Documentación Administrativa*, n° 267-268, Madrid, INAP, sep. 2003/abr. 2004, pp. 55-72.

¹¹⁸ Durán Martínez, Augusto, *Neoconstitucionalismo y Derecho Administrativo*, Buenos Aires, La Ley, 2012.

El *tercer ladrillo* germina como consecuencia lógica del anterior: (iii) la *ampliación de la subordinación jurídica de la Administración, no solo a la ley sino también al derecho*. Para garantizar que todo este conjunto valorativo y normativo sea observado, mediante el respeto, protección y promoción de los derechos de la persona por la Administración, se afirma su sujeción al derecho como un todo, amplificando su vinculación jurídica, que antes se limitaba a la ley formal, por el principio de legalidad estricta. Como los principios constitucionales expresos e implícitos y derechos humanos de los tratados se han revestido de fuerza jurídico-normativa y preeminencia en el ordenamiento¹¹⁹, la validez de los actos de la Administración deja de depender solamente de su conformidad con la ley en sentido estricto y pasa a encontrarse sujeta a su armonía con todo el contenido jurídico formal y material del bloque de constitucionalidad.

De una *legalidad estricta* se pasa a una *legalidad amplia*. Se dice, pues, que ahora la Administración está subordinada al *principio de juridicidad*¹²⁰. Es decir que, si bien han sido respetados los trámites formales exigidos por la ley para la práctica del acto, desarrollo del procedimiento o celebración del contrato administrativo, su validez puede aún ser cuestionada por ofensa, v. gr., a los principios de moralidad¹²¹, publicidad, impersonalidad, eficiencia¹²², seguridad jurídica¹²³, entre tantos otros. Si hay más deberes jurídicos hay también, en consecuencia, una mayor probabilidad de incumplimiento. Así que la idea de sujeción del Poder Público a la juridicidad—y no solo a la legalidad estricta—exige una ampliación significativa de la posibilidad de control judicial de actuación de la Administración, frente a los amplios límites anteriormente impuestos.

El *cuarto ladrillo* de la nueva configuración del derecho administrativo es, por lo tanto, la (iv) *reconfiguración de la idea de separación rígida de Poderes para un sistema de frenos y contrapesos*. La jurisdicción contencioso-administrativa asume un rol fundamental en la garantía del respeto de la juridicidad por la Administración, a través de instrumentos más incisivos de contención de sus acciones que extrapolen los límites definidos por la Constitución, los tratados, las leyes y reglamentos, y de mecanismos de control de la inactividad administrativa frente a los cometidos que le son encomendados por el ordenamiento jurídico.

¹¹⁹ Rocha, Cármen Lúcia Antunes, *Princípios constitucionais... op. cit.*, p. 66.

¹²⁰ Rocha, Cármen Lúcia Antunes, “O princípio da juridicidade da Administração Pública”, in *Princípios constitucionais da administração pública*, Belo Horizonte, Del Rey, 1994, pp. 69-143; Kloss, Eduardo Soto, *Derecho Administrativo. Bases fundamentales*, t. II: El principio de juridicidad, Santiago, Jurídica de Chile, 1996, *passim*; Otero, Paulo, *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*, Coimbra, Almedina, 2003; Galeano, Juan José, “El principio de juridicidad. Noción, fundamento y caracteres. Su recepción en la jurisprudencia administrativa y judicial”, in Julio Pablo Comadira; Miriam M. Ivanega (Coords.), *Derecho Administrativo: Libro en homenaje al Profesor Doctor Julio Rodolfo Comadira*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2009, pp. 23-49.

¹²¹ Zancaner, Weida, “Razoabilidade e moralidade na constituição de 1988”, *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 2, São Paulo, Malheiros, abr./jun. 1993, pp. 205-210.

¹²² Acerca del contenido jurídico del principio constitucional de eficiencia administrativa en Brasil, ver, por todos, Gabardo, Emerson, *Princípio constitucional da eficiência administrativa*, São Paulo, Dialética, 2002.

¹²³ Sobre el principio de seguridad jurídica en el derecho administrativo brasileño, conferir Valim, Rafael, *O princípio da segurança jurídica no Direito Administrativo brasileiro*, São Paulo, Malheiros, 2010.

En el paradigma actual, del Estado Constitucional de Derecho, las normas constitucionales se direccionan a todos los poderes, inclusive al Poder Judicial. Se abandona una forma dogmática de encararse la separación de Poderes y se adopta un sistema de *frenos y contrapesos*¹²⁴ entre las funciones estatales. La relación entre los poderes del Estado establecida por esta sistemática encuentra fundamento en el propio principio de división de Poderes, visto, sin embargo, de otro modo: la interferencia de uno sobre el otro pasa a ser admisible cuando objetivar garantiza la actuación armónica entre ellos¹²⁵. Al Poder Judicial, por consiguiente, se otorgó la función de control frente a los Poderes Ejecutivo y Legislativo¹²⁶, superándose el paradigma consolidado en el siglo XIX. Se atribuyó a los tribunales la responsabilidad última de defender los valores albergados en la Constitución, controlándose también por medio del Poder Judicial el cumplimiento de las normas constitucionales por parte de la Administración¹²⁷.

El papel del juez en la actualidad se alteró de mera “boca de la ley” para “verdadero agente político, que interfiere directamente en las políticas públicas”¹²⁸. En las situaciones en que uno de los poderes del Estado deja de cumplir la imposición que le fue dirigida por la Constitución, recae sobre la jurisdicción el deber de funcionar como un contrapeso, viabilizando la tutela del derecho. En el cuadro actual, este cometido de la jurisdicción manifiesta acentuada importancia en los casos de inoperancia de la Administración en materia de derechos fundamentales sociales, tales como los derechos “a la salud, a la educación, a la vivienda, que frente a la insuficiencia de recursos quedan tantas veces insatisfechos”, como ha resaltado Irmgard Lepenies¹²⁹.

Esta noción contemporánea de división de Poderes debe coexistir y armonizarse con el derecho a la tutela judicial efectiva¹³⁰, respetándose las relaciones institucionales constitucionalmente trazadas entre la Administración y el juez, de un lado, y garantizan-

¹²⁴ “Este sistema, principalmente, estuvo orientado a establecer diferentes áreas de poder, parcialmente separadas entre sí y capaces de controlarse entre ellas. La forma de alcanzar este último objetivo consistió en proveer a cada una de las áreas en cuestión (el Ejecutivo, el Judicial, las Cámaras Legislativas) de medios capaces de restringir los posibles excesos de las otras”. Gargarella, Roberto, *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del Poder Judicial*, Barcelona, Editorial Ariel, 1996, p. 36.

¹²⁵ Ferraz, Anna Cândida da Cunha, *Conflicto entre poderes. O Poder Congressual de sustar atos normativos do Poder Executivo*, São Paulo, Editora RT, 1994, pp. 17-18.

¹²⁶ “Este aumento de la función de control significa un incremento acentuado del poder del juez y, necesariamente, una disminución proporcional del poder del Legislativo y del Ejecutivo. Este hecho es indiscutible”. Bachof, Otto, *Jueces y Constitución*, Madrid, Civitas, 1985, p. 27.

¹²⁷ Bachof, Otto, *Jueces... op. cit.*, pp. 42-43.

¹²⁸ Arenhart, Sérgio Cruz, “As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário”, *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, nº 777, 19 ago. 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7177>. Acesso em: 9 fev. 2007, p. 1.

¹²⁹ Lepenies, Irmgard E., “La responsabilidad del Estado y del funcionario público en la provincia de Santa Fe”, A&C, *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 12, n. 50, out./dez. 2012, pp. 41-50.

¹³⁰ Corvalán, Juan Gustavo, “División de poderes y justicia administrativa”, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública –Rap*: 408:163, año XXXIV, Buenos Aires, Ediciones Rap, sep. 2012.

do la efectividad de los derechos fundamentales, de otro¹³¹. Se reinterpretan, consecuentemente, los perfiles y contornos jurídicos del proceso contencioso-administrativo, alargando los poderes del juez hacia la corrección de los comportamientos administrativos comisivos u omisivos ajenos al derecho y reduciendo los privilegios de la Administración contra investidas jurisdiccionales, incluso en lo que se refiere a las competencias discrecionales, con incrementos en materia de medidas cautelares y ejecución de sentencias¹³².

Como conclusión de este primer apartado, se puede decir que desde una perspectiva teórica, en las últimas décadas, con lastro en los puntos hasta ahora señalados, la doctrina pasa a situar “al derecho administrativo en el lugar que reclama nuestro tiempo: *el derecho administrativo de los ciudadanos que supera la precedente versión del mismo como derecho del poder*”¹³³. Así que la *persona* –primer eje temático de estas Jornadas– conquistó la más privilegiada y centralizada posición en la teoría del derecho público. En el centro no está más el poder, sino el ciudadano, con sus derechos humanos y su dignidad.

3. Las consecuencias del cambio de paradigmas en los campos del proceso y del procedimiento administrativo.

La consecuencia inmediata de la centralización de esta rama jurídica en la figura del ciudadano está en la transformación –igualmente teórica– de los institutos del derecho administrativo hacia el respeto, la protección y la promoción de los derechos esenciales del ser humano. Es esta la lección de Leonardo Massimino, para quien “la incorporación de los tratados de protección de los derechos humanos en los diferentes regímenes constitucionales resignifica el sentido y el alcance de las instituciones de derecho público en general y del administrativo en particular”¹³⁴.

Cumple identificar, en esta línea, algunos de los efectos de estas mudanzas que impactaron sobre la configuración jurídica del *proceso* y del *procedimiento administrativo*.

¹³¹ Esta es la lección de Juan Gustavo Corvalán cuando destaca, en este sentido, que “resulta primordial desarrollar una *articulación sistémico-funcional entre política y derecho* que coadyuve a conectar racionalmente las relaciones entre el Ejecutivo-Administración/juez, por un lado, y la efectividad de los derechos fundamentales, por otro”. Corvalán, Juan Gustavo, “División de poderes y justicia administrativa”, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública –Rap*: 408:163, año XXXIV, Buenos Aires, Ediciones Rap, sep. 2012, pp. 163-172.

¹³² García de Enterría, Eduardo, *Democracia, jueces y control de la Administración*, 5. ed. reimp., Madrid, Thomson-Civitas, 2005, pp. 53-55.

¹³³ Linde Paniagua, Enrique, *Fundamentos de Derecho Administrativo: del derecho del poder al derecho de los ciudadanos*, Madrid, UNED/Colex, 2009, p. 40.

¹³⁴ Massimino, Leonardo, “Responsabilidad del Estado por una Administración ineficiente (con especial referencia a la dilación indebida de los procedimientos administrativos)”, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública –Rap*: 403:227, año XXXIII, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2011.

3.1. *Proceso administrativo y el derecho a la tutela judicial efectiva*

Una vez reconfigurada la teoría de la separación de Poderes hacia un sistema de frenos y contrapesos, por cuenta de la necesidad de ampliar el control de los Poderes Ejecutivo y Legislativo con vistas a la garantía de la efectividad integral de los comandos constitucionales –y por consecuencia de los derechos fundamentales de la persona–, se ha reformulado también el delineamiento y el potencial jurídico del proceso administrativo. Y esto ocurre exactamente porque este deja de ser un instrumento concebido a partir de la perspectiva de la Administración, de sus privilegios que impedían la intervención judicial en sus actividades y limitaban la utilización de inúmeras técnicas procesales, y pasa a ser reformulado desde la necesidad de defensa y promoción de los derechos humanos del ciudadano.

Primeramente es necesario precisar que, en esta exposición, “proceso administrativo” será considerado como el proceso judicial deflagrado contra la Administración pública. La aclaración es importante porque la cuestión es presentada en el sistema jurídico brasileño de manera distinta. La posición adoptada por el autor en Brasil se alinea al entendimiento de Romeu Felipe Bacellar Filho, que distingue las figuras del procedimiento y del proceso administrativo de la siguiente manera: el procedimiento administrativo es “una sucesión ordenada, secuencial y legal de actos y operaciones que conducen a un acto final pretendido por la Administración”, mientras el proceso se forma cuando de un procedimiento fuere posible “advenir efectos a la esfera jurídica de las personas y estas participaren bajo el prisma del contradictorio, o aún cuando externalizan una acusación”¹³⁵. Consecuentemente, “todo proceso es procedimiento, pero la recíproca no es verdadera: ni todo procedimiento se convierte en proceso. [...] la relación entre procedimiento y proceso administrativo es la de género y especie”¹³⁶.

Hay, así, no solo procedimiento sino también proceso en sede administrativa: habiendo interferencia en los derechos del individuo –como en el “procedimiento” disciplinario o en el “procedimiento” de revocación unilateral de un acto administrativo que produce beneficios al ciudadano– esta doctrina brasileña denomina el fenómeno de *proceso*, aunque en el ámbito administrativo y no judicial, con la exigencia de observancia de principios específicos, como debido proceso legal, contradicción, amplia defensa, juez natural, razonable duración, entre otros¹³⁷. Como estas dos especies de procedimiento –*proceso*, cuando hay contradictorio, y *procedimiento* simplemente, cuando no lo hay– no son jurídicamente idénticas, pues a la primera se aplica un régimen específico, hay sentido en utilizar nomenclaturas jurídicas distintas.

¹³⁵ Bacellar Filho, Romeu Felipe, *Direito Administrativo*, 5. ed., São Paulo, Saraiva, 2009, p. 54.

¹³⁶ Bacellar Filho, Romeu Felipe, *Processo Administrativo Disciplinar*, 3. ed., São Paulo, Saraiva, 2012, pp. 50-51.

¹³⁷ Bacellar Filho, Romeu Felipe, “El procedimiento y el proceso administrativo en el sistema jurídico brasileño”, in AA VV. *Ordenamientos internacionales y ordenamientos administrativos nacionales: jerarquía, impacto y derechos humanos*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2006, p. 43.

Asimismo, en Brasil no hay una rama del Poder Judicial especializada en materia administrativa: el mismo juez que juzga materia civil, comercial, penal o tributaria decide también los casos de derecho administrativo. No hay tampoco un conjunto sistematizado de reglas aplicables al proceso judicial del cual participe la Administración que justifique llamarlo de *proceso administrativo*: lo que se aplica en Brasil a estos procesos judiciales es el Código de Proceso Civil. De allí que no hay razón, en la realidad del ordenamiento brasileño, para referirse a “proceso administrativo” en sede judicial, pues las reglas son las mismas, con una u otra peculiaridad establecida en el propio Código de Proceso Civil o en leyes esparzas. Cuando a él se pretende aludir, se dice simplemente “proceso judicial”.

Observada esta precisión terminológica, de que aquí se utilizará la expresión *proceso administrativo* para reportarse al proceso judicial que envuelve la Administración pública, cuadra reconocer que los cambios paradigmáticos operados en el derecho administrativo impactaron fuertemente sobre este instituto. Como antes se mencionó, la necesidad de asegurar el respeto a los principios constitucionales, derechos humanos de los tratados internacionales y derechos fundamentales constitucionalmente asegurados, fue necesario ampliar la posibilidad de intervención judicial en la actividad administrativa. No sería viable salvaguardar el principio de juridicidad sin la existencia de un control jurisdiccional del actuar administrativo capaz de garantizar la observancia de los límites correspondientes¹³⁸.

Un marco en esa transformación fue, ya hace muchos años, el reconocimiento del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, que según Durán Martínez “constituye un derecho humano que ha provocado una verdadera revolución”¹³⁹ en el tema del proceso contencioso administrativo. Su relevancia se manifiesta a punto de reconocerse, como lo hace Juan Gustavo Corvalán, “la tutela judicial efectiva como principio rector” en esa materia¹⁴⁰. Este derecho puede ser actualmente definido como *el derecho que atribuye a su titular un haz de posiciones jurídico-subjetivas que le permiten exigir del juez la adopción de todas las técnicas procesales adecuadas a la tutela efectiva de su derecho material, aunque no previstas en la legislación*.

Si bien hoy está expresamente positivado en algunos ordenamientos¹⁴¹, la identificación de la existencia implícita de este derecho puede ser deducida de una fundamentación teórica. La realización de la justicia, desde el momento que el Estado ha adquirido la fuerza necesaria para definir normas jurídicas e imponer su cumplimiento, dejó de ser promovida

¹³⁸ Sesin, Domingo Juan, *El derecho a la tutela judicial efectiva. Alcance e intensidad en el proceso administrativo actual. Actualidad en el Derecho Público*, n° 18-20, Buenos Aires, Ad-Hoc, ene./dic. 2002, pp. 167-202.

¹³⁹ Durán Martínez, Augusto, “Ejecución de la sentencia anulatoria en el contencioso administrativo uruguayo”, in Jaime Rodríguez-Arana Muñoz; Víctor Leonel Benavides Pinilla; Javier Ernesto Scheffer Tuñón; Miguel Ángel Sendín García (eds.), *Derecho Administrativo Iberoamericano (discrecionalidad, justicia administrativa y entes reguladores)*, v. II, Panamá, Congrex, 2009, p. 436.

¹⁴⁰ Corvalán, Juan Gustavo, “Algunas consideraciones sobre la tutela judicial efectiva y sus implicaciones”, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública –Rap*: 329:167, año XXVIII, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2006.

¹⁴¹ Juan Pablo Cajarville Peluffo apunta la previsión constitucional de este derecho en Alemania (Art. 19, 4 de la Ley Fundamental de Bonn de 1949); Italia (Art. 24, inc. 1° y Art. 113, incs. 1° y 2° de la Constitución

por el propio particular que poseía un interés y lo protegía desde la “justicia del más fuerte sobre el más débil”¹⁴². El Estado asumió el monopolio de la jurisdicción, prohibiendo la llamada autotutela¹⁴³ y ofreciendo, en cambio, el derecho de recurrir a la justicia promovida por el Estado, también denominado “derecho de acción”¹⁴⁴.

Con tal perspectiva, siempre que al titular de un derecho le deparase una situación de ofensa a su derecho material, podrá él recurrir al aparejo estatal para obtener la protección jurisdiccional adecuada. Para tanto, justamente por vedar la utilización de cualquier forma privada de resolución judicial de conflictos¹⁴⁵, el Estado como contrapartida deberá prever todas las técnicas procesales idóneas a la satisfacción de los derechos violados, de manera de corresponder a la realización de la justicia privada que fue prohibida al particular, titular del derecho¹⁴⁶. En este influjo, Juan Pablo Cajarville Peluffo acentúa que si el Estado toma para sí el monopolio “de la resolución forzada de conflictos intersubjetivos concretos de pretensiones fundadas en derecho, los portadores de tales pretensiones tienen derecho al ejercicio de esa potestad estatal que resuelva el conflicto concreto en que se encuentren implicados”¹⁴⁷. Significa decir que sobre el Estado pasa a recaer el *deber* de prestar la tutela judicial efectiva al derecho material, al cual corresponde el *derecho* fundamental del ciudadano a la efectividad de la tutela jurisdiccional.

Ocurre que la tutela prestada por la jurisdicción, en el ámbito procesal, solamente podrá lograr efectividad cuando estuviere atenta a las necesidades del derecho material. El proceso no puede ser concebido como algo completamente autónomo respecto del derecho material, pues así acabaría por alejarse de las exigencias que las situaciones jurídico-sustanciales demandan. De allí puede afirmarse que “es fundamental conocer las

de la República Italiana de 1947) y España (Art. 24 y Art. 106.1 de la Constitución 1978). Cajarville Peluffo, Juan Pablo, “Ejecución de sentencias en el contencioso administrativo”, A&C, *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, año 12, n. 50, out./dez. 2012, pp. 113-130, espec. p. 121, nota 25.

¹⁴² Marinoni, Luiz Guilherme; Arenhart, Sérgio Cruz, *Manual do Processo de Conhecimento*, 5. ed., São Paulo, RT, 2006, p. 31.

¹⁴³ Expresión aquí comprendida como la búsqueda por la justicia realizada por el propio particular interesado, mediante la fuerza o el poder, sin la tutela prestada por el Estado.

¹⁴⁴ Marinoni, Luiz Guilherme; Arenhart, Sérgio Cruz, *Manual do Processo... op. cit.*, p. 31. Según los autores, la consolidación de la “justicia pública” y la prohibición de la autotutela ocurrió en el derecho romano en el período denominado *cognitio extra ordinem*.

¹⁴⁵ Es pertinente registrar que el arbitraje no constituye forma de resolución *jurisdiccional* de conflictos. El ejercicio de la jurisdicción es exclusivo del Estado, de manera que el arbitraje configura mero ejercicio de una facultad que está en las manos de las partes como corolario del principio de autonomía de la voluntad. Conforme esclarece Luiz Guilherme Marinoni, “la Ley de Arbitraje tuvo *solamente el propósito de regular una forma de manifestación de la voluntad, lo que nada tiene que ver con las esencias de la jurisdicción y del arbitraje*” (Marinoni, Luiz Guilherme, *Teoria geral do processo*, São Paulo, RT, 2006, p. 147). La idea es desarrollada por el autor en las páginas 147 a 153 de la obra citada.

¹⁴⁶ García Pullés, Fernando R., *Tratado de lo contencioso administrativo*, t. 1, Buenos Aires, Hammurabi, 2004, pp. 72-73.

¹⁴⁷ Cajarville Peluffo, Juan Pablo, “Ejecución de sentencias en el contencioso administrativo”, A&C, *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, año 12, n. 50, out./dez. 2012, pp. 113-130.

necesidades del derecho material, que nada más son los resultados jurídico-sustanciales que el proceso debe proporcionar para que los derechos sean efectivamente protegidos. Dichos resultados constituyen las llamadas ‘tutelas de los derechos’¹⁴⁸.

Habida cuenta que el proceso debe ser estructurado de acuerdo con las necesidades del derecho sustancial¹⁴⁹, es decir, de modo de satisfacer las tutelas de los derechos, los contornos de los instrumentos procesales previstos por el ordenamiento jurídico deben siempre ser interpretados en el sentido de satisfacer de forma más efectiva la protección de los derechos, sin preocupación con rigurosos formalismos que se presenten excesivos o inútiles. Con esto se quiere decir que el proceso no posee cualquier utilidad si es comprendido como algo indiferente al derecho material, debiendo, en cambio, ser entendido como “técnica procesal destinada a la efectividad de los derechos”¹⁵⁰.

En el ámbito internacional, la positivación del derecho a la tutela judicial efectiva es reconocida en los Artículos 8° y 25 del Pacto Internacional de San José de Costa Rica. Por su recepción con rango constitucional, en Argentina las garantías previstas en estos dispositivos son directamente aplicables, completando otras establecidas en la Constitución Nacional (como en el Art. 18), en un conjunto del cual también se puede deducir el derecho analizado, como lo hizo la Corte Suprema de la Nación en el caso “Ekmekdjian, Miguel Ángel c/ Sofovich, Gerardo y otros”¹⁵¹.

En Brasil, el Artículo 5°, inc. XXXV, de la Constitución Federal dispone que “la ley no excluirá de la apreciación del Poder Judicial lesión o amenaza a derecho”. Este principio es el corolario del derecho examinado¹⁵², por entenderse que esta norma garantiza a todos los ciudadanos el derecho a una prestación jurisdiccional efectiva, sin cualquier exclusión cuanto a la posibilidad de revisión, por parte de juez, de la conformidad de las conductas con el ordenamiento jurídico¹⁵³. En esta perspectiva, se puede considerar el derecho a la prestación jurisdiccional efectiva como un derecho materialmente fundamental¹⁵⁴, pues aunque no esté explícito en la norma, deriva directamente del principio que prohíbe la exclusión de la apreciación del Poder Judicial.

¹⁴⁸ Marinoni, Luiz Guilherme, *Técnica processual e tutela dos direitos*, São Paulo, RT, 2004, p. 29.

¹⁴⁹ Ídem, p. 28.

¹⁵⁰ Ibidem.

¹⁵¹ *Fallos*: 315:1492 (1992).

¹⁵² Marinoni, Luiz Guilherme; Arenhart, Sérgio Cruz, *Manual do Processo... op. cit.*, p. 65.

¹⁵³ Marinoni, Luiz Guilherme, *Técnica processual... op. cit.*, p. 179.

¹⁵⁴ La Constitución brasileña reconoce expresamente la existencia de otros derechos fundamentales ubicados fuera del catálogo del “Título II – De los derechos y garantías fundamentales” (Arts. 5° a 17), que deriven de los principios o del régimen por ella adoptados, o de los tratados internacionales de derechos humanos de los cuales el Estado brasileño sea signatario. La previsión está en la llamada “cláusula de apertura material del catálogo de derechos fundamentales”, situada en el Artículo 5°, §2° de la Constitución Federal, que ostenta la siguiente redacción: “Los derechos y garantías previstos en esta Constitución no excluyen otros derivados del régimen y de los principios por ella adoptados, o de los tratados internacionales en que la República Federativa de Brasil sea parte”.

El derecho a la efectividad de la tutela jurisdiccional es inherente a la propia existencia de los derechos, cuya protección y aplicabilidad dependen de una prestación jurisdiccional adecuada, que se impone al Estado como contrapartida de la prohibición de la justicia privada^{155, 156}. Además, este derecho encomienda al legislador el deber de crear técnicas procesales y procedimientos que posibiliten la concretización de las tutelas previstas por el derecho material. De la misma forma, instituye al juez la obligación de, con base en la regla procesal, llegar a la técnica adecuada para proteger las necesidades de derecho material.

De dichas premisas se puede extraer la conclusión de que el derecho fundamental a la tutela judicial fija al Estado-Legislador, mediante la previsión legal, y al Estado-Juez, por medio de la actuación en el caso concreto, la obligación de establecer, de acuerdo con las peculiaridades de la situación de derecho material: (i) técnicas procesales y procedimientos adecuados (como las técnicas provisionales y anticipatorias en los casos de amenaza a derecho¹⁵⁷ y el procedimiento simplificado de los Juicios Especiales para causas menos complejas¹⁵⁸); (ii) especies de decisiones judiciales idóneas a la efectiva prestación de la tutela (como las decisiones que imponen órdenes de hacer y ejecuciones forzosas, no contempladas por la clasificación trinaría de las sentencias¹⁵⁹); y (iii) medios ejecutivos adecuados¹⁶⁰ (como la imposición de multa diaria para el demandado, cumplir su obligación y cualquier otro medio¹⁶¹ necesario para tanto)¹⁶².

¹⁵⁵ Cunha, Alcides Munhoz da, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 11, Do Processo Cautelar, Artigos 796 a 812, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001, p. 68.

¹⁵⁶ “No es por otro motivo que el derecho a la prestación jurisdiccional efectiva ya fue proclamado como lo más importante de los derechos, exactamente por tratarse del derecho a hacer valer los propios derechos”. Marinoni, Luiz Guilherme, *Técnica processual e tutela dos direitos*, São Paulo, RT, 2004, pp. 184-185.

¹⁵⁷ A propósito del tema, ver Marinoni, Luiz Guilherme, *A antecipação da tutela*, 8. ed., São Paulo, Malheiros, 2004.

¹⁵⁸ En Brasil, la Ley N° 9.099/1995 ha determinado la creación de los Juicios Especiales Civiles y Criminales, destinados a procesar y juzgar las causas de pequeño valor y menor complejidad.

¹⁵⁹ Sobre la superación de la clasificación trinaría de las sentencias—declarativa, constitutiva y condenatoria—y la propuesta contemporánea de clasificación de las sentencias de procedencia (agregando las modalidades “mandamental” y ejecutiva), conferir Marinoni, Luiz Guilherme; Arenhart, Sérgio Cruz, *Manual do Processo do Conhecimento*, 5. ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2006, pp. 414-431.

¹⁶⁰ Sobre los medios ejecutivos en Brasil, ver Marinoni, Luiz Guilherme; Arenhart, Sérgio Cruz, *Execução*, São Paulo, RT, 2007.

¹⁶¹ Un ejemplo es la intervención judicial, caso en que el juez utiliza técnicas interventivas en la persona jurídica demandada para hacerla cumplir determinada obligación, inclusive haciendo el nombramiento, en casos extremos, de un interventor para reemplazar al dirigente de la empresa. Sobre el tema en el derecho brasileño, ver Pethechust, Eloi, “A intervenção judicial em hospitais e estabelecimentos congêneres de saúde”, *Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais da UniBrasil*, n. 17, Curitiba, UniBrasil, 2012.

¹⁶² El legislador brasileño ha investido al juez en amplios poderes de naturaleza ejecutiva, especialmente en los Artículos 461, 461-A del Código de Proceso Civil y 84 del Código de Defensa del Consumidor, que así determinan, respectivamente:

“Art. 461. En la acción que tenga por objeto el cumplimiento de obligación de hacer o no hacer, el juez concederá la tutela específica de la obligación o, si procedente el pedido, determinará providencias que aseguren el resultado práctico equivalente al del cumplimiento”.

Como ya ha quedado dicho, en el Estado Constitucional, aunque el legislador haya omitido prever en el ámbito legislativo cualquiera de esas técnicas, instrumentos o procedimientos, el juez deberá utilizarlos todas las veces que ellos sean necesarios a la prestación de una protección adecuada, siempre a la luz de los mandamientos constitucionales, en atención al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Por cierto, el simple hecho de tal derecho de ser dotado de fundamentalidad ya sería suficiente –con base en el principio de aplicabilidad inmediata de los derechos fundamentales¹⁶³– para autorizar al juez a concretizarlo por la vía interpretativa en los casos de omisión o insuficiencia de la ley¹⁶⁴.

Si, como los demás derechos fundamentales, el derecho a la efectividad de la prestación jurisdiccional incide directamente sobre el juez, de él deriva la obligación del magistrado de conformar el rito, adecuándolo a las necesidades del caso concreto. Es evidente que no se quiere decir que el juez debe concebir el proceso según sus propios criterios. Lo que se afirma es que el proceso constituye también una forma de protección de los derechos fundamentales, lo que genera al juez el deber de construir el procedimiento con fundamento en la legislación procesal y, especialmente, en la Constitución¹⁶⁵; es lo mismo que eso exija cierta dosis de creatividad.

Por lo tanto, en el nuevo paradigma que se ha delineado en los días actuales, las situaciones de derecho material han de ser pensadas a la luz del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva¹⁶⁶. Su contenido jurídico, según Jesús González Pérez, se manifiesta en tres momentos distintos: (i) para acceder a la Justicia; (ii) para hacer posible la defensa y la obtención de una resolución dentro de un plazo razonable; (iii) para asegurar la efectividad plena de los pronunciamientos de la sentencia¹⁶⁷. Se puede agregar, además, la exigencia de una justicia independiente e imparcial¹⁶⁸, con existencia de un juicio previo y la intervención del juez natural¹⁶⁹, como presupuesto esencial de una prestación judicial idónea.

“Art. 461-A. En la acción que tenga por objeto la entrega de cosa, el juez, al conceder la tutela específica, fijará el plazo para el cumplimiento de la obligación”.

“Art. 84. En la acción que tenga por objeto el cumplimiento de obligación de hacer o no hacer, el juez concederá la tutela específica de la obligación o, si procedente el pedido, determinará providencias que aseguren el resultado práctico equivalente al del cumplimiento”.

¹⁶³ En Brasil, previsto en el Artículo 5º, §1º de la Constitución Federal.

¹⁶⁴ Marinoni, Luiz Guilherme, *Técnica processual e tutela dos direitos*, São Paulo, RT, 2004, p. 221.

¹⁶⁵ Ídem, p. 225.

¹⁶⁶ Ver, sobre el tema, Marinoni, Luiz Guilherme, “A legitimidade da atuação do juiz a partir do direito fundamental à tutela jurisdiccional efetiva”, *Revista Peruana de Derecho Procesal*, nº 10, Lima, Communitas, 2008, pp. 453-469.

¹⁶⁷ González Pérez, Jesús, *El derecho a la tutela jurisdiccional*, 3. ed., Madrid, Civitas, 2001, p. 57.

¹⁶⁸ Isabella, Diego P., “El rol institucional de la tutela judicial efectiva frente a la reticencia del poder político”, *Revista Rap Provincia de Buenos Aires*, Nº 87-88, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2010, pp. 49-62.

¹⁶⁹ Acea, Raquel, “El derecho a la tutela administrativa y judicial efectiva: Una acertada y ejemplificadora sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública –Rap*: 327:95, año XXVII, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2005.

En el campo específico del proceso contencioso administrativo, la incidencia del derecho a la tutela judicial efectiva implicó significativos avances y mudanzas, que conllevan una reconstrucción del instituto. En las palabras de Juan M. González Moras, este pasa a ser concebido como “un instrumento o medio eficaz para mitigar o compensar las desigualdades jurídicas, económicas y de otra índole, presentes en las relaciones jurídicas entabladas entre el poder público (el Estado y los sujetos privados, cuya situación de superioridad respecto de los restantes particulares es tolerada o legitimada por el Estado) y los particulares”¹⁷⁰. Las alteraciones del régimen del proceso administrativo derivan del rechazo a determinados privilegios conferidos en el ámbito procesal a la Administración, que se convirtieron en verdaderos obstáculos que beneficiaban al Estado y dificultaban el acceso del ciudadano a la jurisdicción, y que en los tiempos presentes no encuentran más justificativos. Se trata, como ha afirmado Eduardo Ávalos, de “dogmas enraizados por influencias foráneas incompatibles”¹⁷¹ con muchos de los actuales sistemas constitucionales. Por ello, en los tres aspectos a que hace referencia Jesús González Pérez –“acceso a la jurisdicción, proceso debido y eficacia de la sentencia”¹⁷²– las consecuencias de este derecho en el proceso administrativo son muy considerables.

En el primer momento, la tutela judicial efectiva importa la necesidad de eliminar “las trabas que obstaculizan el acceso al proceso”¹⁷³. Así que uno de los efectos más visibles de este derecho está en la etapa de admisibilidad del proceso contencioso administrativo¹⁷⁴, con un cambio y una flexibilización de sus requisitos objetivos, subjetivos, materiales y temporales tradicionales. Actualmente se observa una fuerte corriente en los distintos ordenamientos hacia el abandono, o al menos relativización¹⁷⁵ del agotamiento de la vía administrativa como exigencia para el acceso a la jurisdicción¹⁷⁶, si bien una parcela de la doctrina lo considera compatible con el derecho a la tutela judicial efectiva, en sistemas

¹⁷⁰ González Moras, Juan M., “El contencioso administrativo y la tutela judicial efectiva en el marco del principio de igualdad y no discriminación. Principios emergentes del derecho internacional de los derechos humanos”, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública–Rap*: 336:115, año XXVIII, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2006.

¹⁷¹ Ávalos, Eduardo, *El proceso contencioso administrativo federal. Un análisis crítico de cara a la garantía de tutela judicial efectiva*, Córdoba, Alveroni Ediciones, 2009, p. 65.

¹⁷² González Pérez, Jesús, *El derecho a la tutela jurisdiccional*, 3. ed., Madrid, Civitas, 2001, p. 57.

¹⁷³ Cassagne, Juan Carlos, “La tutela judicial efectiva y el agotamiento de la instancia administrativa”, in AA VV *Congreso Internacional de Derecho Administrativo*, San Salvador, Corte Suprema de Justicia – Sección de Publicaciones, 2011, p. 9.

¹⁷⁴ Sesin, Domingo Juan, “Acceso a la jurisdicción y tutela judicial efectiva”, in AA VV *Ordenamientos internacionales y ordenamientos administrativos nacionales: jerarquía, impacto y derechos humanos*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2006, p. 58.

¹⁷⁵ Sosteniendo la atenuación, pero no el abandono de este requisito: Andrada, Alejandro, “Tutela judicial efectiva: elementos y condiciones”, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública–Rap*: 381:229, año XXXII, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2010.

¹⁷⁶ Cassagne, Juan Carlos, “La tutela judicial efectiva y el agotamiento de la instancia administrativa”, in AA VV *Congreso Internacional de Derecho Administrativo*, San Salvador, Corte Suprema de Justicia – Sección de Publicaciones, 2011, p. 17 *et seq.*

que prevén instituciones que permiten la protección de los derechos fundamentales hasta que se logre agotar la instancia administrativa, como el amparo y las medidas cautelares autónomas¹⁷⁷. Lo mismo se puede decir respecto del recaudo de un reclamo administrativo previo: según Pablo Gallegos Fedriani, “este mito del derecho administrativo es aún más difícil de entender y justificar que el anterior”¹⁷⁸. Otro ejemplo es la tendencia a la eliminación del requisito del pago previo de multas como condición para su impugnación judicial, lo cual significa un estorbo inexplicable cuando se lo impone a los casos de materia sancionatoria¹⁷⁹.

En el segundo momento, la prestación jurisdiccional, hay que asegurar al autor de la acción los instrumentos hábiles para la obtención de una decisión útil, tempestiva, que brinde protección adecuada a su derecho material, y al demandado los elementos imprescindibles para una defensa efectivamente amplia, con todos los medios y recursos que le son inherentes para influir en la formación de la convicción de un magistrado imparcial. Un ejemplo claro en este sentido es la aceptación de la utilización de medidas provisionales y cautelares contra la Administración¹⁸⁰, en virtud de la matización de los atributos de ejecutividad y ejecutoriedad del acto administrativo frente a los derechos fundamentales del ciudadano. Dichas prerrogativas, actualmente, se consideran constitucionalmente válidas solamente si se admite su control por la jurisdicción, pues como explica Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, “de lo contrario, la tutela en vez de efectiva devendrá ineficaz, ilusoria, una quimera, algo contrario radicalmente a lo que quiere la Constitución”¹⁸¹. Hay casos de urgencia en que si el autor espera la sentencia final de la jurisdicción o necesita cumplir determinados recaudos para acceder a una decisión judicial favorable a su pretensión, su derecho material perecerá y la resolución del juez será completamente inútil. Es imprescindible, pues, que “la sentencia favorable que eventualmente obtenga sirva realmente a sus pretensiones”¹⁸².

¹⁷⁷ Parece ser esta la posición de García Pullés, Fernando, “¿Es el agotamiento de la vía administrativa inconciliable con el derecho a la tutela judicial efectiva?”, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública –Rap*: 348:105, año XXIX, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2007.

¹⁷⁸ Gallegos Fedriani, Pablo, “Los mitos en el proceso contencioso administrativo”, A&C, *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, año 10, n. 41, jul./set. 2010, pp. 29-42.

¹⁷⁹ Ávalos, Eduardo, *El proceso contencioso administrativo federal. Un análisis crítico de cara a la garantía de tutela judicial efectiva*, Córdoba, Alveroni Ediciones, 2009, p. 322.

¹⁸⁰ De acuerdo con las lecciones de Pablo Gallegos Fedriani: “Consideradas genéricamente, puede afirmarse que las medidas cautelares son actos procesales del órgano judicial adoptados en el curso de un proceso –en el caso, administrativo– o previamente a él, a pedido de un interesado, para asegurar bienes o pruebas y mantener situaciones de hecho; como un anticipo de la garantía judicial de la defensa de la persona y de los bienes (Art. 18, CN) y para no tornar ilusorias las sentencias de los jueces”. Gallegos Fedriani, Pablo, *Las medidas cautelares contra la Administración pública*, Buenos Aires, Ábaco, 2002, p. 25.

¹⁸¹ Rodríguez-Arana Muñoz, Jaime, “Ejecutividad y tutela judicial efectiva. Aproximaciones jurisprudenciales”, in AAVV *Cuestiones de Acto Administrativo, Reglamento y otras Fuentes del Derecho Administrativo*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2009, pp. 852-853.

¹⁸² Santamaría Pastor, Juan Alfonso, “Tutela judicial efectiva y no suspensión en vía de recurso”, *Revista de Administración Pública*, Nros. 100-102, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, ene./dic. 1983, pp. 1609-1627.

En el tercer momento, una vez dictada la resolución judicial, el derecho a la tutela judicial efectiva impone la existencia de medios idóneos a su cumplimiento por parte del Estado. En este punto, la superación de la concepción decimonónica de separación rígida entre los Poderes estatales ha sido fundamental: las decisiones del juez contencioso administrativo dejan de ser meramente declarativas¹⁸³. En tiempos presentes, es casi una obviedad decir que rechazar la posibilidad de utilización de mecanismos judiciales ejecutivos contra la Administración con lastro en la división de Poderes es condenar la jurisdicción al fracaso, y convertir el derecho a la prestación jurisdiccional en una ilusión.

Es incuestionable en este aspecto la conclusión a la que llegó Pablo Gallegos Fedriani, cuando ha señalado: “[...] si el poder jurisdiccional (revisor de la actividad administrativa) solo puede declarar y no ejecutar, resulta claro que uno de los Poderes (el Ejecutivo) prima sobre el otro (el Judicial)”, pues “si quien ha decidido no puede hacer cumplir aquello que ordenó, su poder y su derecho se encuentran trancos y su actividad resulta además de inútil, estéril”¹⁸⁴. Los ordenamientos, así, han incorporado previsiones expresas o implícitas de instrumentos judiciales de fuerza ejecutiva contra el Estado, capaces de obligar a la Administración al cumplimiento de sus determinaciones, incluso mediante la imposición de *astreintes*, aplicando multas diarias por inobservancia de la sentencia¹⁸⁵. Una vez refutados dichos mecanismos, no hay como asegurar la fiel observancia del sistema jurídico por parte de la Administración, de manera que, en las palabras de Cajarville Peluffo, “la inejecución de las sentencias por el Estado pone en crisis el Estado de Derecho”¹⁸⁶.

Otro punto esencial en este sector ha sido la aceptación del control de juridicidad de los actos administrativos discrecionales por la jurisdicción, en sede del proceso administrativo¹⁸⁷. Las competencias de naturaleza discrecional “no deben ser el conducto para convertir en inmune el ejercicio del poder”¹⁸⁸. La inexistencia de actos discrecionales inmunes al control de la jurisdicción es, según Juan Carlos Cassagne, “una obligada consecuencia del principio de la tutela judicial efectiva”¹⁸⁹. La subsistencia de zonas de

¹⁸³ González Moras, Juan M., “El contencioso administrativo y la tutela judicial efectiva en el marco del principio de igualdad y no discriminación. Principios emergentes del derecho internacional de los derechos humanos”, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública – Rap*: 336:115, año XXVIII, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2006.

¹⁸⁴ Gallegos Fedriani, Pablo, “Los mitos en el proceso contencioso administrativo”, A&C, *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, año 10, n. 41, jul./set. 2010, pp. 29-42.

¹⁸⁵ Durán Martínez, Augusto, “Ejecución de la sentencia anulatoria en el contencioso administrativo uruguayo”, in Jaime Rodríguez-Arana Muñoz; Víctor Leonel Benavides Pinilla; Javier Ernesto Scheffer Tuñón; Miguel Ángel Sendín García (eds.), *Derecho administrativo iberoamericano (discrecionalidad, justicia administrativa y entes reguladores)*, v. II, Panamá, Congrex, 2009, p. 448.

¹⁸⁶ Cajarville Peluffo, Juan Pablo, “Ejecución de sentencias en el contencioso administrativo”, A&C, *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, año 12, n. 50, out./dez. 2012, pp. 113-130.

¹⁸⁷ Freitas, Juarez, *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*, 4. ed., São Paulo, Malheiros, 2009, p. 360 *et seq.*

¹⁸⁸ Sotelo de Andreau, Mirta, “La discrecionalidad administrativa, ¿zona de inmunidad del poder?”, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública – Rap*: 238:1, Buenos Aires, Ediciones Rap, jul. 1998.

¹⁸⁹ Cassagne, Juan Carlos, *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*, Buenos Aires, Marcial Pons Argentina, 2009, p. 203.

inmunidad del poder político¹⁹⁰, donde no pueda llegar el juez para verificar la conformidad o no de las elecciones administrativas con el sistema jurídico, no es compatible con la idea de tutela judicial efectiva, principio rector de la actividad judicial controladora de la Administración y corolario del Estado Democrático de Derecho, ni tampoco con el principio de juridicidad al cual el Poder Público está plenamente sometido.

Conforme expone Celso Antônio Bandeira de Mello, no existe verdaderamente un “poder discrecional”, sino un “deber discrecional” de la Administración de atender excelentemente la finalidad subyacente a la norma a ella dirigida, dentro de las posibilidades legalmente aceptables ubicadas en el espacio dejado por el legislador para su apreciación en el caso concreto. Eventual poder o potestad que se le confiera el ordenamiento no será más que un “mero instrumento impostergable para que se cumpla el deber”¹⁹¹. Así que, en el nivel fáctico, si se encuentra el administrador frente a más de una opción posible dentro de los límites legales, no puede él elegir entre cualquiera de ellas: al agente se impone el “deber jurídico de practicar no cualquier acto entre los comportados por la regla, sino única y exclusivamente aquel que atienda con absoluta perfección la finalidad de la ley”¹⁹². De allí que, una vez obligada por el sistema jurídico, por fuerza de los principios de eficiencia, eficacia y finalidad, a adoptar la solución óptima entre las varias existentes para cumplir más adecuadamente los objetivos estampados en la norma¹⁹³ –aunque las demás sean igualmente razonables para cumplirla– la opción por un camino diverso será antijurídica. Y una vez contradictoria con el ordenamiento globalmente considerado, mismo que conforme a la ley formal, la conducta podrá ser controlada judicialmente.

En este influjo, como bien advierte Domingo Juan Sesin, actualmente el control judicial tiene lugar no solo en cuanto a la “legalidad” del comportamiento administrativo, sino también en cuanto a su “juridicidad”, de manera que no hay más sentido que sostener la imposibilidad de control de los actos llamados “discrecionales”, ni de los “elementos discrecionales” del acto. Ello es así porque lo que está sujeto a la revisión no es este o aquél “elemento” del acto, sino la juridicidad del acto. El control, registra el autor, “debe operar sobre la totalidad de dicho acto, aun cuando al final del proceso se llegue a la conclusión de que el juez debe respetar la valoración discrecional efectuada por la Administración, por no haberse violentado el orden jurídico”¹⁹⁴.

Así que, al menos en el plano teórico, la configuración jurídica del proceso administrativo se desecha de las amarras que le eran impuestas por su concepción decimonónica, forjada desde los privilegios administrativos que restringían demasiado el acceso del ciu-

¹⁹⁰ Sobre el tema, ver García de Enterría, Eduardo, *La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo*, 3. ed., Madrid, Civitas, 1983.

¹⁹¹ Mello, Celso Antônio Bandeira de, *Discricionariedade e controle jurisdicional*, 2. ed., 8. tir., São Paulo, Malheiros, 2007, p. 15.

¹⁹² Ídem, p. 33.

¹⁹³ Gabardo, Emerson, *Princípio constitucional da eficiência administrativa*, São Paulo, Dialética, 2002, pp. 130-135.

¹⁹⁴ Sesin, Domingo Juan, *Administración pública. Actividad reglada, discrecional y técnica: Nuevos mecanismos de control judicial*, 2. ed., Buenos Aires, Depalma, 2004, p. 441.

dadano a la jurisdicción y la posterior interferencia judicial en la Administración, y se reconstruye por incorporar técnicas y procedimientos judiciales más adecuados a la garantía de los derechos humanos y fundamentales del ciudadano albergados en los tratados internacionales y en la Constitución.

3.2. Procedimiento administrativo y el derecho a la tutela administrativa efectiva.

Ya en la esfera del procedimiento administrativo¹⁹⁵, la influencia del nuevo paradigma también significa un cambio de perspectiva, pasándose a una construcción que, si bien no abandona las prerrogativas y potestades administrativas, ahora opone a ellas una serie de limitaciones y matizaciones descendidas de la necesidad imperiosa de protección de la dignidad de la persona. Si en sede administrativa, tanto cuanto en la judicial, los actos y decisiones finales pueden afectar las esferas jurídicas de los ciudadanos, es imprescindible extender al primer ámbito las garantías esenciales aseguradas en el segundo.

Esta posición no significa fundir por completo los regímenes jurídicos que inciden sobre el procedimiento administrativo y el proceso judicial, sino reconocer, a la luz de los derechos humanos y fundamentales establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales, la existencia inobjetable de un núcleo común de principios aplicables a toda y cualquier especie de trámite previo a la intervención del Estado en los derechos de las personas¹⁹⁶. Siguen existiendo principios específicos aplicables solo en sede administrativa o en el ámbito judicial, pero algunos de ellos se presentan comunes a ambos.

Derechos fundamentales de naturaleza procesal, como los de debido proceso legal, contradicción, amplia defensa, juez natural, duración razonable, presunción de inocencia (en materia sancionatoria), entre otros, son identificados como pertenecientes a este núcleo constitucional común y pasan a reclamar incidencia en los procedimientos administrativos, aunque no sean expresamente garantizados por la ley formal, justamente porque dimanen del bloque de constitucionalidad —es decir, de las propias disposiciones de la Constitución, explícita o implícitamente, y de los tratados internacionales de derechos humanos con rango constitucional. Y estos derechos producen inúmeros desdoblamientos específicos e imperativos, que han de ser reconocidos de oficio por la Administración y por el juez.

La comprensión del procedimiento administrativo como una herramienta sobre la cual deben recaer las diversas garantías necesarias a resguardar la dignidad del ciudadano ha sido desarrollada en los últimos años, en la doctrina y jurisprudencia argentinas, en torno a la noción del *derecho a la tutela administrativa efectiva*, actualmente con-

¹⁹⁵ Vale aquí, una vez más, esclarecer que se está refiriendo a *procedimiento administrativo* de una manera general, que engloba también la especie procedimental desarrollada en sede administrativa (no judicial) cuyo acto final afecta la esfera jurídica de los individuos, y que de acuerdo con la comprensión adoptada por el autor en el sistema brasileño se llamaría de *proceso administrativo*.

¹⁹⁶ Bacellar Filho, Romeu Felipe, “Procedimiento e processo administrativo a partir da experiência brasileira no plano global”, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública –Rap*: 383:359, año XXXII, Buenos Aires, Ediciones Rap, ago. 2010.

siderado como “nuevo paradigma de la función administrativa”¹⁹⁷. Por fuerza de previsiones convencionales y constitucionales, se ha llegado a la conclusión de que en materia de procedimiento administrativo se puede reivindicar a la Administración las mismas exigencias de efectividad que en el proceso administrativo se reclama del juez, derivadas del derecho a la tutela judicial efectiva. Su reconocimiento jurídico ya había sido realizado en el ámbito de la doctrina por Juan Carlos Cassagne en 1998, deduciéndolo del Artículo 2º, inciso 3, apartados a) y b) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966. Afirmar el jurista que dichos dispositivos consagran “la tutela efectiva, no solo en el ámbito de la justicia sino que también opera como una garantía exigible a la Administración”¹⁹⁸.

La idea ha ganado gran difusión especialmente a partir de su enunciación jurisprudencial, en el fallo “Astorga Bracht, Sergio y otro c/ COMFER”¹⁹⁹, juzgado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. La cuestión llegó a la Corte mediante un recurso extraordinario interpuesto por la Comisión Federal de Radiodifusión, cuestionando la decisión de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (Sala 2º), que mantuvo la declaración de inconstitucionalidad del Artículo 3º de la Resolución N° 16/1999 del COMFER. El dispositivo preveía que, para participar de un concurso para la adjudicación de estaciones de radiodifusión de frecuencia modulada, los postulantes deberían presentar una declaración atestando que desistían de manera incondicional de todos los recursos administrativos y judiciales interpuestos contra las disposiciones legales o reglamentarias que disciplinaban el servicio de radiodifusión, o contra actos del COMFER y de la Comisión Nacional de Comunicaciones.

La Corte, rechazando el recurso y manteniendo la declaración de inconstitucionalidad del dispositivo, hace alusión a una serie de normas convencionales y constitucionales²⁰⁰ para de ellas deducir el “derecho a la tutela administrativa y judicial efectiva”, lo cual “supone la posibilidad de ocurrir ante los tribunales de justicia—a lo que cabe agregar, ante las autoridades administrativas competentes—y obtener de ellos sentencia o decisión útil relativa a los derechos de los particulares o litigantes y que requiere, por sobre todas las cosas, que no se prive a nadie arbitrariamente de la adecuada y oportuna tutela de los derechos que pudieren, eventualmente, asistirle sino por medio de un proceso—o procedimiento—conducido en legal forma y que concluya con el dictado de una sentencia—o decisión—fundada”. Haciendo analogía a las garantías de la tutela judicial efectiva, y equiparando *tribunales a autoridades administrativas, sentencia a decisión, proceso*

¹⁹⁷ Muñoz (h), Ricardo Alberto, *La tutela administrativa efectiva*, Buenos Aires, La Ley, Tomo 2012-B, mar. 2012, pp. 1-6.

¹⁹⁸ Cassagne, Juan Carlos, “Principios generales del procedimiento administrativo”, in *AAVV Procedimiento Administrativo*, Jornadas Organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Buenos Aires, Editorial Ciencias de la Administración – División Estudios Administrativo, 1998, pp. 19-20.

¹⁹⁹ *Fallos*: 327:4185 (2004).

²⁰⁰ Art. 18 de la Constitución Nacional; Arts. XVIII y XXIV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; Arts. 8º y 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; Arts. 8º y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; y Arts. 2º, inc. 3º, aparts. a) y b) y 14, inc. 1º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

a *procedimiento*, el Tribunal estimó entonces que la limitación impuesta por la Resolución del COMFER afrontaba también el derecho a la tutela *administrativa* efectiva, impidiendo la posibilidad de acceder a un procedimiento administrativo legalmente conducido, garantizador de una decisión fundada, útil y eficaz²⁰¹.

La virtud del fallo está en dignificar el procedimiento administrativo como instrumento de tutela de los derechos, comprendido desde el ciudadano y no más a la luz de los privilegios y prerrogativas de la Administración, extendiendo a él principios conquistados en el plano del proceso. Demuestra la Corte que la tutela efectiva de los derechos fundamentales no compete solo al juez, sino también a la Administración. Lo que no significa, sin embargo, ni una absoluta identidad entre los derechos a las tutelas *judicial* y *administrativa* efectivas, ni un reemplazo de la primera por la segunda. De acuerdo con Pablo Gutiérrez Colantuono, este nuevo derecho es dotado de autonomía conceptual y no excluye la aplicación de lo anterior; en cambio, se inserta él como un paso más hacia la búsqueda de la eficacia práctica de los instrumentos estatales de protección a los derechos fundamentales, y se distingue en dos aspectos de su similar *judicial*: (a) ostenta un *papel preventivo*, visando a la finalidad de evitar el conflicto que abre paso a la intervención del juez, a través de una actuación oficiosa de la Administración en la tutela de los derechos; (b) disfruta del *lugar privilegiado de la función administrativa* para la obtención de este objetivo, una vez que consiste en la función estatal que presenta las características de inmediatez y concreción, facilitando la realización universalizada de los derechos fundamentales²⁰².

En la formulación de Colantuono, del derecho a la tutela administrativa efectiva resulta “la posibilidad de las personas de recurrir ante la autoridad administrativa y obtener de ella resolución relativa a sus derechos, evitando precisamente diferir o postergar su protección a la instancia judicial”²⁰³. La consecución de este propósito presupone, en efecto, un extenso rol de desdoblamiento que emanan del derecho examinado, muchos de ellos ya acogidos expresamente por las legislaciones nacionales, provinciales y locales, y tantos otros identificados por la doctrina como implícitos y derivados de normas constitucionales y convencionales, que se aplican directamente al procedimiento administrativo, aunque no exista previsión de leyes específicas en este sentido.

Entre los muchos despliegues del principio de la tutela administrativa efectiva se puede mencionar: (i) el derecho de petición, con posibilidad de recurrir a la autoridad administrativa competente y exponer sus pretensiones dentro del procedimiento; (ii) el derecho del ciudadano de ser oído, en un procedimiento administrativo previo a la práctica de todo y cualquier acto que afecte su esfera jurídica²⁰⁴; “lo cual no debe transformarse en

²⁰¹ Gusman, Alfredo, “Los principios de eficacia y eficiencia en el procedimiento administrativo”, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública –Rap*: 385:39, año XXXII, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2010.

²⁰² Colantuono, Pablo Ángel Gutiérrez; Justo, Juan Bautista (Colaborador), *Administración pública, juridicidad y derechos humanos*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2009, pp. 99-100.

²⁰³ Ídem, p. 100.

²⁰⁴ Lisa, Federico, “Procedimiento administrativo y participación ciudadana”, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública –Rap*: 408:111, año XXXIV, Buenos Aires, Ediciones Rap, sep. 2012.

una mera ritualidad rutinaria o en una apariencia formal de defensa, sino que consiste en la posibilidad de la efectiva participación útil del particular dentro del procedimiento administrativo²⁰⁵; (iii) el derecho de publicidad y vistas del expediente de manera amplia e irrestricta²⁰⁶; (iv) el derecho de ofrecer y producir pruebas²⁰⁷; (v) el derecho a la autodefensa, comprendiendo el derecho de presencia y el derecho de audiencia; (vi) el derecho a la defensa técnica por abogado, considerado imprescindible en los procedimientos de naturaleza sancionatoria²⁰⁸; (vii) el derecho a la tutela cautelar en sede administrativa, aunque en la falta de previsiones legales específicas, en analogía al poder general de cautela conferido al juez, en casos de protección urgente de derechos fundamentales en el ámbito administrativo²⁰⁹; (viii) el principio del formalismo atenuado, siempre a favor del ciudadano y jamás de la Administración²¹⁰; (ix) obligación de la Administración de resolver el procedimiento, sin dilaciones indebidas y dentro de un plazo razonable²¹¹; (x) el derecho a una decisión fundada, en la cual sean efectivamente considerados los argumentos deducidos por los interesados; (xi) el derecho a la interposición de recursos a la autoridad jerárquica superior²¹²; (xii) imposibilidad de condicionar la interposición de recursos o impugnación de actos al pago previo de deudas, multas o constitución de garantías, siempre que esto pueda impedir el ejercicio de los derechos²¹³.

En suma, la identificación de la tutela administrativa efectiva no solo como un derecho subjetivo, sino también como un principio fundamental, lo hace un elemento “informante y estructurante de todo el conjunto de normas y actos que configuran el procedimiento administrativo”, y que sirve como “una directriz insoslayable en su interpretación y aplicación a los casos concretos”²¹⁴. Esta condición de principio cardinal

²⁰⁵ Canosa, Armando, “Alcances de la denominada tutela administrativa efectiva”, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública –Rap*: 323:75, año XXVII, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2005.

²⁰⁶ Muñoz (h), Ricardo Alberto, *La tutela administrativa efectiva... op. cit.*, p. 5; Canosa, Armando, *Alcances de la denominada... op. cit.*, p. 84.

²⁰⁷ Destaca Augusto Durán Martínez que “el derecho a ofrecer y producir pruebas es un contenido natural del debido proceso, pues es la única forma que tiene el imputado de acreditar sus dichos. Coadyuva por otra parte a averiguar la verdad. Sin prueba, el acto resulta imprudente y temerario y, por tanto, ilegítimo”. Durán Martínez, Augusto, “Principio del debido proceso en el procedimiento administrativo represivo”, *Estudios de Derecho Administrativo*, n° 2, Montevideo, La Ley Uruguay, 2010, pp. 307-339.

²⁰⁸ Bacellar Filho, Romeu Felipe; Hachem, Daniel Wunder, “A necessidade de defesa técnica no processo administrativo disciplinar e a inconstitucionalidade da Súmula Vinculante n° 5 do STF”, A&C, *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, n° 39, Belo Horizonte, Fórum, jan./mar. 2010, pp. 27-64, espec. p. 35 *et seq.*

²⁰⁹ Urrutigoity, Javier, *El principio de tutela administrativa efectiva*, Lexis, n° 0003/012321, Buenos Aires, 2005, pp. 1-11, 2005.

²¹⁰ Sesin, Domingo Juan, “El principio del formalismo atenuado y sus consecuencias prácticas”, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública –Rap*: 396:17, año XXXIII, Buenos Aires, Ediciones Rap, sep. 2011.

²¹¹ Lisa, Federico José, “El silencio de la Administración en el procedimiento administrativo”, A&C, *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 11, n. 44, abr./jun. 2011, pp. 41-58.

²¹² Canosa, Armando, *Alcances de la denominada... op. cit.*, p. 84.

²¹³ Urrutigoity, Javier, *El principio de tutela... op. cit.*, p. 6.

²¹⁴ Muñoz (h), Ricardo Alberto, *La tutela administrativa efectiva... op. cit.*, p. 1.

del procedimiento administrativo otorgada a la tutela administrativa efectiva la convierte en un imán atractivo de otros principios y derechos fundamentales de naturaleza procesal incidentes en el proceso contencioso administrativo, permitiendo su aplicación analógica en sede administrativa, lo mismo en los casos en que no haya expresa previsión legislativa en este sentido.

Cítese como ejemplo el principio del juez natural. Incidiendo en el marco del procedimiento, este derecho produce diversos efectos protectivos, que muchas veces no están previstos en las legislaciones federales, provinciales o locales. Exige, por ejemplo, que la comisión o autoridad juzgadora sea constituida antes de la incoación del procedimiento, prohibiendo la creación de juicios posteriores para resolver casos determinados, para impedir que sean nombradas para la función personas inclinadas a la estimación o desestimación del pedido, o a la condenación o absolución del acusado. De acuerdo con Fernando García Pullés, sosteniendo la plena incidencia de este principio en el procedimiento administrativo disciplinario por aplicación directa de la Constitución Nacional y del Pacto de San José de Costa Rica, afirma ser “imprescindible establecer como garantía que el órgano administrativo que decida la aplicación de sanciones sea un órgano de carácter permanente, y no político”²¹⁵.

Este principio impone, además, un régimen de impedimentos y presunciones de parcialidad, vedando que las personas emparentadas o próximas del interesado, o relacionadas con los hechos que suscitaron la instauración del procedimiento, ejerzan la función de acusación, instrucción o decisión²¹⁶. La previsión de estas reglas en la ley federal, provincial o local es totalmente innecesaria, pues ellas provienen de un derecho fundamental directamente aplicable, que integra la noción de juridicidad propia del derecho administrativo del Estado Constitucional. En el paradigma del Estado Legislativo, esta aplicación desprovista de determinación legal no sería aceptable.

Lo mismo se puede decir del principio de presunción de inocencia, incidente en los procedimientos administrativos de carácter sancionador. Entre otros despliegues por él engendrados, hay que destacar la influencia de la decisión absolutoria del proceso penal en el procedimiento administrativo sancionatorio, en los casos en que la persona es acusada de una misma conducta tipificada concomitantemente como ilícito penal y administrativo, sin que haya infracción residual. El derecho fundamental a la presunción de inocencia –en Brasil asegurado constitucionalmente por la fórmula “nadie será considerado culpable hasta la firmeza de la sentencia penal condenatoria”²¹⁷– impide que la Administración condene al particular en el procedimiento administrativo sin la condenación previa y firme del proceso penal. Si solo la jurisdicción penal puede atestar que el ciudadano es culpable

²¹⁵ García Pullés, Fernando, “El procedimiento administrativo y el ejercicio de la potestad sancionatoria de la Administración”, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública –Rap*: 361:77, año XXX, Buenos Aires, Ediciones Rap, oct. 2008.

²¹⁶ Bacellar Filho, Romeu Felipe, *Processo Administrativo Disciplinar*, 3. ed., São Paulo, Saraiva, 2012, p. 427.

²¹⁷ Art. 5º, LVII de la Constitución de la República Federativa de Brasil.

de una conducta tipificada como crimen, la Administración no puede hacerlo sin la condenación judicial firme anterior. Y esto porque, si lo hace, está declarando en sede administrativa que el individuo ha practicado un delito penal, competencia conferida exclusivamente a la jurisdicción²¹⁸.

Esta comprensión proviene del derecho humano a la presunción de inocencia, e independe de previsión legal. Y no importa el fundamento de la absolución en la esfera penal—porque no ocurrió el hecho, porque el acusado no lo cometió o por insuficiencia de pruebas—porque no hay personas más inocentes o menos inocentes: si uno no ha sido considerado culpable por la jurisdicción, es totalmente inocente. La legislación brasileña, por ejemplo, establece en la Ley Federal Nº 8.112/1990: “Artículo 125. Las sanciones civiles, penales y administrativas podrán acumularse, siendo independientes entre sí” y “Artículo 126. La responsabilidad administrativa del servidor será excluida en el caso de absolución criminal que niegue la existencia del hecho o su autoría”. Aunque el Artículo 126 se refiera solamente a dos hipótesis de absolución penal, la ausencia de pruebas también se presenta como fundamento para la prohibición de imposición de sanción administrativa en estos casos, por fuerza del principio analizado. De lo contrario, se admitirá que la Administración puede declarar al individuo culpable de una conducta considerada como crimen por el ordenamiento jurídico, violando la presunción de inocencia. Esta comprensión, que trasciende la previsión legal, es una consecuencia práctica del impacto de los derechos humanos en el procedimiento administrativo.

4. Desencantos en materia de proceso y procedimiento administrativo: ejemplos brasileños de distanciamiento entre el prometedor discurso teórico y la malhadada práctica administrativa y judicial.

Vistos los impactos de la transición paradigmática del derecho administrativo en los campos del proceso y del procedimiento administrativo, se impone admitir, sin embargo, que esta mágica y lógica construcción teórica lamentablemente no logró transformar, como por encantamiento, la práctica de las Administraciones. Se llega entonces al más decepcionante punto de esta reflexión: distintamente de lo que se sostiene en el nivel teórico, la práctica administrativa demuestra que muchas veces el derecho administrativo no está realmente a servicio del ciudadano, sino que se encuentra, en cambio, de espaldas a la persona.

Estos desencantos a propósito de este derecho administrativo renovado y supuestamente democrático pueden ser demostrados con la referencia a algunos ejemplos de casos habituales en Brasil. Son casos en que, como en la canción interpretada por Elis Regina, “la esperanza danza en la cuerda de equilibrista de sombrilla, y a cada paso de esta línea se puede lesionar”²¹⁹.

²¹⁸ Bacellar Filho, Romeu Felipe, “O direito fundamental à presunção de inocência no processo administrativo disciplinar”, A&C, *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, nº 37, Belo Horizonte, Fórum, jul./set. 2009, pp. 11-55.

²¹⁹ Bosco, João; Blanc, Aldir, “O bêbado e a equilibrista”, canción interpretada por Elis Regina, Álbum: *Essa Mulher*. Producción y Dirección Artística: Mazzola. Co-Producción y Dirección Musical: César Camargo Mariano. WEA, 1979.

En primer lugar, algunos ejemplos en materia de procedimiento administrativo. En el procedimiento disciplinario, es pacífica en la jurisprudencia la no aceptación de la amplia incidencia del derecho fundamental a la presunción de inocencia, en los términos expuestos en el apartado 3.2. Si es procesado simultáneamente en las esferas criminal y disciplinaria, los tribunales admiten que el funcionario sea absuelto criminalmente por insuficiencia de pruebas por el Poder Judicial, y condenado administrativamente por la misma conducta tipificada como crimen por el Código Penal. Es la posición del Supremo Tribunal Federal:

“Responsabilidade Administrativa - Sentença Penal Absolutória - Ausência de Repercussão. Estando a sentença penal absolutória calcada na insuficiência de provas para chegar-se à condenação, não há como fazê-la repercutir no processo administrativo, isso a teor do disposto nos Artigos 1.525 do Código Civil, 65 e 66 do Código de Processo Penal e 121 a 126 da Lei Nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990”²²⁰.

Así, en la práctica, puede la Administración declarar que el funcionario público practicó un crimen, aunque el Poder Judicial haya declarado su absolucón por falta de pruebas. Pero si la absolucón tiene fundamento en la inexistencia del hecho o negativa de autoría, se entiende que el acusado no puede ser sancionado administrativamente, una vez que el Artículo 126 de la Ley Federal Nº 8.112/1990 así lo dispone expresamente. La omisión legal en cuanto a la absolucón por falta de pruebas es interpretada –¡desfavorablemente al acusado!– como un silencio elocuente. Es decir: en razón del silencio del legislador, algunos absueltos son “más inocentes” que otros. A los acusados absueltos en sede judicial penal por insuficiencia de pruebas se niega la presunción de inocencia.

De allí se puede inferir una clara violación al derecho a la tutela administrativa efectiva, pues al procedimiento administrativo sancionador también se debería aplicar plenamente el principio de presunción de inocencia, integrando la laguna legislativa de manera favorable al reo. Al final, si se presume inocente el acusado hasta que sea condenado criminalmente por el Poder Judicial –como textualmente determina la Constitución brasileña²²¹–, ¿cómo puede la Administración declarar su culpabilidad respecto de una conducta criminosa, si él ha sido absuelto por el juicio penal?

Otro ejemplo concierne al principio del juez natural: la mayor parte de los tribunales, como es el caso del Tribunal de Justicia del Estado de Paraná, no acepta su plena incidencia en el procedimiento administrativo. En un caso en que el funcionario del Poder Judicial permitió a un abogado vistas informales de una decisión del juez que ya estaba

²²⁰ Brasil. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 22796. Relator Min. Marco Aurélio de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 15-10-1998, DJ 12-2-1999. En lo mismo sentido: Brasil. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 22476. Relator Min. Marco Aurélio de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 20-8-1997, DJ 3-10-1997; Brasil. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 21708, Relator Min. Marco Aurélio. Relator p/ Acórdão Min. Mauricio Corrêa, Tribunal Pleno, julgado em 9-11-2000, DJ 18-5-2001; Brasil. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 21705, Relator Min. Mauricio Corrêa, Tribunal Pleno, julgado em 16-11-1995, DJ 16-4-1996; Brasil. Supremo Tribunal Federal, Mandado de Segurança nº 21029, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 15-6-1994, DJ 23-9-1994.

²²¹ Art. 5º, LVII de la Constitución de la República Federativa de Brasil: “[...] nadie será considerado culpable hasta la firmeza de la sentencia penal condenatoria”.

firmada pero no todavía publicada, el propio juez, que estaba furioso con el funcionario, requirió la instauración del procedimiento disciplinario, presidió la instrucción, produjo las pruebas, interrogó a los testigos y opinó en el dictamen final por la aplicación de la sanción, lo cual fue acogido por la autoridad juzgadora. Esto es: ¡la persona más interesada en la condena del acusado ha conducido todo el procedimiento! Es como en los procesos de la inquisición española del siglo XV: el mismo Torquemada acusaba, juzgaba y aplicaba la pena²²².

El funcionario sancionado recurrió a la instancia superior, que es el Órgano Especial del tribunal. En la decisión, de la cual participaron 17 jueces de cámara del Tribunal, por unanimidad de votos se desestimó el argumento de violación del principio de juez natural²²³. Consideraron los jueces del Tribunal de Justicia del Estado de Paraná que la participación del juez—persona más afectada por los hechos que originaron el procedimiento disciplinario— como presidente de la instrucción y responsable por la producción de todas las pruebas y elaboración del dictamen no implicaba ofensa a derecho fundamental alguno del acusado. Una vez que la ley del Estado de Paraná autoriza, genéricamente, la posibilidad de delegación de los actos de instrucción del procedimiento por parte del Corregidor General de Justicia, se consideró jurídicamente admisible que la delegación fuera dirigida a una persona totalmente interesada en la resolución del caso. Olvidaron los jueces que las leyes han de ser interpretadas a la luz de los derechos humanos y fundamentales que emanan de la Constitución y de los tratados internacionales, y que la garantía de un órgano decisorio independiente e imparcial es un presupuesto esencial a la tutela administrativa efectiva.

Un tercer ejemplo en el campo del procedimiento administrativo consiste en la posición pacificada del Supremo Tribunal Federal, según la cual: “La falta de defensa técnica por abogado en el procedimiento administrativo disciplinario no ofende la Constitución Federal”²²⁴. Esta es la redacción de la “súmula vinculante N° 5”²²⁵ del STF. Se trata de

²²² La comparación de la naturaleza inquisitorial del procedimiento administrativo disciplinario con la inquisición española y la figura de Tomás de Torquemada es realizada por el Profesor Romeu Felipe Bacellar Filho en sus clases.

²²³ Brasil. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Recurso contra Decisão do Conselho da Magistratura n° 2008.274099-52. Relator Des. Álvaro Cassetari, Órgão Especial, julgado em 28-6-2010.

²²⁴ Brasil. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante n° 5: “A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição Federal”.

²²⁵ En Brasil, después de la inserción del Art. 103-A en la Constitución Federal por la Enmienda Constitucional N° 45/2004, la Corte Suprema se encuentra autorizada a dictar dichas “súmulas vinculantes”, que consisten en enunciados breves que condensan el entendimiento del Tribunal sobre materia constitucional, y vinculan a todos los demás órganos del Poder Judicial y de la Administración pública en los ámbitos federal, estadual y municipal. Las decisiones de los jueces de cualquier instancia que contraríen una “súmula vinculante” podrán ser revocadas por el STF directamente mediante una “reclamación constitucional” presentada por el interesado. En el ámbito administrativo, una vez acogida la reclamación por la Corte, los agentes de la Administración pública deberán adecuar las futuras decisiones en casos similares, y si continuaren incumpliendo la “súmula vinculante” están sujetos a responsabilización personal en las esferas civil, administrativa y penal (Art. 68-B, Ley Federal N° 9.784/1999).

un entendimiento netamente atentatorio al derecho fundamental a la amplia defensa, y, de consecuencia, a la tutela administrativa efectiva. La defensa técnica por abogado constituye elemento indispensable de dicho derecho, siendo indiferente la gravedad de la pena que pueda resultar del procedimiento. La Constitución brasileña, en el Artículo 5º, LV, no asegura una defensa cualquiera, sino una defensa *amplia*. Significa que la defensa no debe ser más o menos robusta conforme a la intensidad de la sanción que pueda advenir de la decisión proferida en el procedimiento disciplinario: la mera posibilidad de culminar en restricción a la esfera jurídica individual del funcionario reclama la maximización de los mecanismos de defensa²²⁶. Y no se puede presumir que el funcionario sea capaz de defenderse plenamente sin la asistencia por abogado. El procedimiento disciplinario envuelve cuestiones jurídicas de extrema complejidad –como los plazos de perención o la propia aplicación de los principios de presunción de inocencia y del juez natural, antes referidos– que el funcionario no lograría manejar para ejercer una defensa efectivamente amplia.

La aproximación de las garantías del proceso y del procedimiento administrativo que difunde de la analogía entre los derechos a la tutela judicial y administrativa efectiva gana especial relevancia en esta cuestión. El motivo por el cual se aseguran como derechos humanos la contradicción y la amplia defensa reside en la posibilidad de que el proceso afecte la esfera jurídica individual del ciudadano, lo que ocurre tanto en los *procesos judiciales* (civil, penal, laboral, etc.) como en los *procedimientos administrativos* (fiscal, disciplinario, etc.). Resulta paradójico, por lo tanto, admitir la obligatoriedad del abogado en un proceso de naturaleza sancionatoria como es el penal, por ejemplo, apenas por tratarse de *proceso judicial*, y denegar la misma exigencia para otro procedimiento de igual carácter punitivo como es el disciplinario, por representar especie de *procedimiento administrativo*. Si ambas modalidades ostentan finalidad sancionatoria, el contenido jurídico del derecho fundamental a la amplia defensa debe ser rigurosamente el mismo. Por supuesto que al lado del núcleo común, compuesto por los principios constitucionales, debe existir un núcleo diferenciado, formado por reglas y ritos distintos para los ámbitos *judicial* y *administrativo*. Lo que no se puede aceptar es, dentro del núcleo principiológico común –contradicción, amplia defensa, presunción de inocencia, juez natural, razonable duración–, la tratativa diferenciada de dichas garantías.

Y no se puede decir que en el proceso judicial penal la cuestión es más grave porque puede resultar en la suspensión del derecho a la libertad de locomoción, porque en el procedimiento administrativo disciplinario esta penalidad, en determinados casos, puede ser aplicada. Como ejemplo del ordenamiento brasileño cítese el Decreto Federal Nº 4.346/2002, que aprueba el Reglamento Disciplinario del Ejército (R-4). En su Artículo 24, V, el diploma prevé como una de las puciones aplicables la “prisión disciplinaria”. Se trata inequívocamente de privación del derecho de libertad, tal como ocurre en el proceso criminal. Nótese que la “súmula vinculante nº 5” del STF engloba cualquier hi-

²²⁶ El tema está ampliamente desarrollado en: Bacellar Filho, Romeu Felipe; Hachem, Daniel Wunder, “A necessidade de defesa técnica no processo administrativo disciplinar e a inconstitucionalidade da Súmula Vinculante nº 5 do STF”, A&C, *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, nº 39, Belo Horizonte, Fórum, jan./mar. 2010, pp. 27-64.

pótesis de procedimiento administrativo disciplinario, no estableciendo ninguna excepción en relación a los procedimientos disciplinarios militares. En consecuencia, la aplicación del enunciado vinculante –que es obligatorio a todos los órganos del Poder Judicial y a la Administración pública federal, estadual y municipal– hace con que los militares condenados a la pena de prisión administrativa, en procedimiento disciplinario desprovisto de defensa técnica por abogado, no puedan suscitar su nulidad con fulcro en la ofensa al derecho fundamental a la amplia defensa.

De estos ejemplos se puede inferir que, en Brasil, si la tutela administrativa efectiva tiene alguna utilidad no es todavía como un derecho, invocable frente a la Administración, sino quizá como un mantra, que repetido varias veces con mucha concentración por la doctrina tal vez algún día logre encontrar reflejos en la práctica administrativa.

En cuanto al proceso judicial administrativo, aunque esté muy desarrollada la doctrina de la tutela judicial efectiva, en la realidad práctica no son pocos los ejemplos de desencantos. Uno de ellos está relacionado con el derecho a obtener una sentencia útil. La ley procesal brasileña prohíbe la concesión de medidas provisionales contra la Administración pública que tengan por objeto el pago de cualquier naturaleza²²⁷. Con base en este dispositivo, un juez del Poder Judicial del Estado de Paraná ha denegado el pedido de anticipación de la tutela en un caso en que el funcionario, aprobado en concurso público para trabajar en régimen de veinte horas, después de años trabajando esta cantidad de horas semanales, tuvo su carga horaria cambiada por la Administración Municipal para cuarenta horas sin que hubiera sido elevado su sueldo. Significa que el agente pasó a trabajar el doble del tiempo, recibiendo la misma cosa. En la acción judicial propuesta, se comprobó documentalmente que él estaba trabajando cuarenta horas por semana y que la ley garantizaba para este régimen un sueldo dos veces mayor. Se requirió una medida provisional. Fue denegada porque envolvía aumento de remuneración²²⁸.

El tiempo medio de la justicia en Brasil, para concluir un proceso judicial, puede demorar alrededor de doce años. Son doce años que este funcionario tendrá que trabajar recibiendo la mitad de lo que le garantiza la ley²²⁹. ¿Cuán eficaz es esta tutela judicial? Es evidente que, en estos casos, se impone una interpretación conforme a la Constitución y al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, con la declaración *incidenter tantum* de la inconstitucionalidad de la ley que prohíbe la concesión de la medida provisional, por tratarse

²²⁷ Art. 7º, §2º, de la Ley Nº 12.016/2009: “No será concedida medida provisional que tenga por objeto la compensación de créditos tributarios, la entrega de mercaderías y bienes provenientes del exterior, la reclasificación o equiparación de funcionarios públicos y la concesión de aumento o la extensión de ventajas o el pago de cualquier naturaleza”.

²²⁸ Brasil. 1º Vara Cível do Foro Regional de São José dos Pinhais da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba – Paraná. Autos Nº 634/2009.

²²⁹ La sentencia de primera instancia ha juzgado improcedente el pedido del autor. El Tribunal de Justicia del Estado de Paraná, cuatro años después, ha estimado el recurso de apelación por él interpuesto, determinando el pago del sueldo en el valor de 40 horas semanales (Brasil. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Apelação Nº 899431-4. Relatora Des. Maria Aparecida Blanco de Lima, 4ª Camara Cível, por unanimidade, julgado em 19-2-2013).

de la única técnica procesal adecuada para salvaguardar el derecho material del proponente de la demanda. Este tipo de obstáculo se trata, lógicamente, de un resquicio de privilegio de la Administración propio del paradigma del derecho administrativo del siglo XIX, y de una concepción más que superada de rígida separación de Poderes.

Otro ejemplo, en materia de proceso administrativo, está relacionado con el control judicial de la discrecionalidad de la Administración. En una Municipalidad del Estado de Paraná había un número muy grande de niños y adolescentes carentes y sin vivienda. El Ministerio Público ha propuesto una acción civil pública, que es un instrumento de tutela de derechos de incidencia colectiva, solicitando que el juez determinara que el Municipio de Cambará destinara un inmueble para la instalación de un abrigo para menores de edad desamparados. Aunque la Constitución brasileña prevea explícitamente los derechos a la vivienda y a la asistencia a los desamparados²³⁰, el Superior Tribunal de Justicia decidió que “con fulcro en el principio de discrecionalidad, la Municipalidad tiene libertad para, con la finalidad de asegurar el interés público, elegir dónde deben ser aplicados los recursos presupuestarios y en cuáles obras debe invertir. No compete, pues, al Poder Judicial interferir en las prioridades presupuestarias del Municipio y determinar la construcción de la obra especificada”²³¹.

El fallo es incomprensible desde el punto de vista del perfil contemporáneo del derecho administrativo y del control judicial de la Administración pública, iluminados por la dignidad de la persona y sus derechos fundamentales. Especialmente en este caso específico, una vez que en el ámbito de los derechos humanos, como bien ha anotado Leonardo Massimino, “el derecho a la vivienda ocupa un papel privilegiado pues él es revelador, en definitiva, del estándar más genérico del derecho a la vida digna”²³². Sí tiene la Administración la competencia discrecional para elegir dónde deben ser aplicados los recursos presupuestarios y en cuáles obras debe invertir, pero solamente dentro de los límites que le imponen la ley y la Constitución. Y el deber de la Administración de garantizar al menos el contenido mínimo del derecho fundamental a la vivienda es una competencia reglada, que en Brasil deriva del Artículo 6° de la Constitución brasileña y del Artículo 5°, § 1°, que determina: “Las normas definidoras de derechos y garantías fundamentales tienen aplicación inmediata”. Puede escoger los medios más adecuados para tanto, pero está fuera de su margen de elección la decisión sobre actuar o no en este campo. La omisión, por lo tanto, es contraria al ordenamiento, incumbiendo al juez el deber de controlar la anti-juridicidad de la inactividad administrativa.

²³⁰ Art. 6° de la Constitución de la República Federativa de Brasil: “Son derechos sociales la educación, la salud, la alimentación, el trabajo, la vivienda, el descanso, la seguridad, la jubilación, la protección de la maternidad y de la infancia, la asistencia a los desamparados, en la forma de esta Constitución”.

²³¹ Brasil. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial N° 208.893/PR, Relator Min. Franciulli Netto, Segunda Turma, julgado em 19-12-2003, DJ 22-3-2004.

²³² Massimino, Leonardo F., “Los derechos humanos y el derecho a la vivienda: los criterios judiciales”, A&C, *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 13, n. 51, jan./mar. 2013, pp. 29-47.

En todos estos casos de procedimiento y proceso administrativo, el ciudadano cree en el discurso doctrinario, cree en las palabras de la Constitución, cree en los prometidos derechos humanos de los tratados internacionales, cree estar en el centro del ordenamiento jurídico... pero en la práctica, el derecho administrativo se encuentra de espaldas a la persona. En este escenario, de un derecho público que se afirma a servicio de la persona, se angustia el ciudadano mucho más porque se ve engañado, tal como la pareja traicionada, que sufre mucho más con la traición cuando a ella se le había prometido fidelidad y amor eterno.

5. En el mar de desencantos hay islas de esperanza.

Sin embargo, para que no se concluya amargadamente esta reflexión, hay afortunadamente un último punto a considerarse: en el medio de este mar de desencantos, se pueden encontrar algunas islas de esperanza. La verdad es que hay veces—si bien mucho menos que lo deseable— que las voces de la doctrina encuentran eco en la práctica de la Administración y en la jurisprudencia. Cuatro rápidos ejemplos para concluir.

En el tema del procedimiento, en reciente decisión, el Ministro Celso de Mello del Supremo Tribunal Federal, después de reproducir un largo fragmento de la tesis doctoral del Profesor Romeu Felipe Bacellar Filho, reconoció expresamente que “la cláusula del juez natural, proyectándose para allá de su dimensión estrictamente judicial, también compone la garantía del ‘due process’ en el ámbito de la Administración pública, de manera que la observancia del principio de la naturalidad del juicio representa, en el plano de la actividad disciplinaria del Estado, condición imprescindible para la legítima imposición de sanciones de carácter administrativo”²³³. Un fallo que, según el propio ministro, se fundamentó en una construcción doctrinaria. Se trata indiscutiblemente de un paso hacia la reconfiguración del procedimiento administrativo a la luz de los derechos humanos y concretización de la tutela administrativa efectiva.

También en el campo del procedimiento administrativo, el Supremo Tribunal Federal ha dictado una nueva “súmula vinculante”, la número 21, estableciendo: “Es inconstitucional la exigencia de depósito o enumeración previos de dinero o bienes para admisibilidad del recurso administrativo”. Este posicionamiento de la Corte representa, igualmente, un avance hacia la realización del derecho a la tutela administrativa efectiva, una vez que brinda protección a uno de sus desdoblamientos antes referidos, que es el derecho del ciudadano a la interposición de recursos administrativos, reforzando así la garantía de la revisibilidad de las decisiones administrativas y ampliando el derecho de defensa. Con la aprobación del enunciado vinculante, todas las leyes, decretos, reglamentos y resoluciones administrativas que creaban este obstáculo antijurídico al derecho del ciudadano de presentar manifestación recursal, claramente atentatorio a la tutela administrativa efectiva, han sido automáticamente considerados inconstitucionales.

²³³ Brasil. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar no Mandado de Segurança Nº 28712. Relator Min. Celso de Mello. Decisão Monocrática, julgamento em 10-5-2010, *DJ-e 083*, divulgado em 10-5-2010, publicado em 11-5-2010.

En materia de proceso administrativo, un ejemplo emblemático ocurrió en el Municipio de Joinville, en el Estado de Santa Catarina: fue propuesta acción civil pública por el Ministerio Público exigiendo el cambio de prioridades de inversión del presupuesto, pues el jefe del Poder Ejecutivo Municipal había determinado la expropiación forzosa de un gran inmueble para la construcción de un estadio de fútbol, en el valor de 1.75 millón de reales, mientras que 2.948 niños estaban sin plazas en las escuelas. El juez condenó provisionalmente al Municipio a abrir las plazas escolares necesarias dentro de 45 días, con pena de aplicación de multa mensual en el valor de un salario mínimo por cada niño sin plaza, revertiendo los valores al Fundo Municipal de los Derechos de los Niños y del Adolescente²³⁴.

Percíbese que la decisión, en sede provisional, no ha determinado de qué manera específica el Municipio debería garantizar el derecho a la educación de estos niños (si creando nuevas escuelas, ampliando las existentes, contratando más docentes o matriculándolos en escuelas privadas a sus expensas)²³⁵. Se ha respetado la competencia discrecional de la Administración de elegir los medios más aptos a la concretización de la determinación constitucional, no controlando el *mérito* de la conducta administrativa, sino su *demérito*, es decir, su antijuridicidad²³⁶.

El argumento de la discrecionalidad como fundamento para impedir el control judicial de la Administración ha sido también rechazado en decisión del Superior Tribunal de Justicia, derivada de una acción civil pública enjuiciada por el Ministerio Público del Estado de Santa Catarina, por cuenta de la violación del derecho a la salud de cerca de 6.600 niños y adolescentes sujetos a tratamiento médico-quirúrgico de forma irregular y deficitaria en un hospital infantil estadual, muchos de ellos por más de un año, con el argumento de la institución de que no lograba vencer la demanda. En primera instancia el Ministerio Público logró la estimación del pedido provisional, estableciendo el juez un cronograma de actividades tendientes a regularizar el atendimiento de las consultas y cirugías ya programadas en la lista de espera del referido hospital y de las demás unidades de la Secretaría de Estado de Salud. El Tribunal de Justicia del Estado, en el segundo grado de jurisdicción, ha reformado la decisión, extinguiendo el proceso sin juzgamiento del mérito

²³⁴ Brasil. Vara da Infância e da Juventude da Comarca de Joinville - Santa Catarina. Ação Civil Pública Nº 038.03.008229-0. Juiz de Direito Alexandre Morais da Rosa, julgado em 12-5-2003.

²³⁵ En este sentido, la decisión se encuentra de acuerdo con la posición de Eduardo Ávalos según la cual los jueces, para tutelar los derechos sociales, pueden “1) establecer que un derecho constitucional ha sido violado, sin demandar remedios específicos; 2) pedirle al Estado que provea el remedio a) sin especificar cómo ni estableciendo un período límite; b) sin especificar cómo, pero demandando que la solución se efectúe en cierto tiempo; 3) establecer que un derecho constitucional ha sido violado, ordenar la provisión del remedio, especificar qué clase de remedios pueden usarse, cómo y cuándo. Actuando de este modo los jueces se convierten en partícipes y protagonistas del diálogo democrático sin inmiscuirse en la esfera de acción que le corresponde a los demás poderes”. Ávalos, Eduardo, “La tutela judicial de los derechos económicos, sociales y culturales. Balance y perspectivas”, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública –Rap*: 408:173, año XXXIV, Buenos Aires, Ediciones Rap, sep. 2012.

²³⁶ Freitas, Juarez, *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*, 4. ed., São Paulo, Malheiros, 2009, p. 399.

con fundamento en su inadmisibilidad por imposibilidad jurídica del pedido. El Superior Tribunal de Justicia estimó el recurso del Ministerio Público, rechazando las conclusiones del Tribunal de Justicia del Estado.

En el fallo, la tesis de la discrecionalidad como obstáculo al control judicial es frontalmente objetada, concluyendo la Corte que “la determinación judicial de este deber por el Estado no conlleva supuesta injerencia de la jurisdicción en la esfera de la Administración. En efecto, no hay discrecionalidad del administrador frente a los derechos consagrados [...] constitucionalmente. En este campo la actividad es reglada sin admisión de cualquier exégesis que pretenda desplazar la garantía pétrea”²³⁷. Otro ejemplo de extracción de consecuencias prácticas del principio de la tutela judicial efectiva reconoce en el proceso contencioso administrativo un fuerte potencial a favor de la satisfacción de los derechos fundamentales del ciudadano, con la reducción de los espacios de incontrolabilidad de los comportamientos de la Administración.

²³⁷ “Direito constitucional à absoluta prioridade na efetivação do direito à saúde da criança e do adolescente. Norma constitucional reproduzida nos Arts. 7º e 11 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Normas definidoras de direitos não programáticas. Exigibilidade em juízo. Interesse transindividual atinente às crianças situadas nessa faixa etária. Ação civil pública. Cabimento e procedência. 1. Ação civil pública de preceito cominatório de obrigação de fazer, ajuizada pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina tendo [em] vista a violação do direito à saúde de mais de 6 000 (seis mil) crianças e adolescentes, sujeitas a tratamento médico-cirúrgico de forma irregular e deficiente em hospital infantil daquele Estado. [...] 4. Releva notar que uma Constituição Federal é fruto da vontade política nacional, erigida mediante consulta das expectativas e das possibilidades do que se vai consagrar, por isso que cogentes e eficazes suas promessas, sob pena de restarem vãs e frias enquanto letras mortas no papel. Ressoa inconcebível que direitos consagrados em normas menores como Circulares, Portarias, Medidas Provisórias, Leis Ordinárias tenham eficácia imediata e os direitos consagrados constitucionalmente, inspirados nos mais altos valores éticos e morais da nação sejam relegados a segundo plano. Prometendo o Estado o direito à saúde, cumpre adimpli-lo, porquanto a vontade política e constitucional, para utilizarmos a expressão de Konrad Hesse, foi no sentido da erradicação da miséria que assola o país. O direito à saúde da criança e do adolescente é consagrado em regra com normatividade mais do que suficiente, porquanto se define pelo dever, indicando o sujeito passivo, in casu, o Estado. [...] 6. A determinação judicial desse dever pelo Estado, não encerra suposta ingerência do judiciário na esfera da administração. Deveras, não há discricionariedade do administrador frente aos direitos consagrados, quiçá constitucionalmente. Nesse campo a atividade é vinculada sem admissão de qualquer exegese que vise afastar a garantia pétrea. [...] 8. Afastada a tese descabida da discricionariedade, a única dúvida que se poderia suscitar resvalaria na natureza da norma ora sob enfoque, se programática ou definidora de direitos. Muito embora a matéria seja, somente nesse particular, constitucional, porém sem importância revela-se essa categorização, tendo em vista a explicitude do ECA, inequívoca se revela a normatividade suficiente à promessa constitucional, a ensejar a acionabilidade do direito consagrado no preceito educacional. 9. As meras diretrizes traçadas pelas políticas públicas não são ainda direitos senão promessas de lege ferenda, encartando-se na esfera insindicável pelo Poder Judiciário, qual a da oportunidade de sua implementação. 10. Diversa é a hipótese segundo a qual a Constituição Federal consagra um direito e a norma infraconstitucional o explicita, impondo-se ao judiciário torná-lo realidade, ainda que, para isso, resulte obrigação de fazer, com repercussão na esfera orçamentária. 11. Ressoa evidente que toda imposição jurisdicional à Fazenda Pública implica dispêndio e atuar, sem que isso infrinja a harmonia dos poderes, porquanto no regime democrático e no estado de direito o Estado soberano submete-se à própria justiça que instituiu. Afastada, assim, a ingerência entre os poderes, o judiciário, alegado o malferimento da lei, nada mais fez do que cumpri-la ao determinar a realização prática da promessa constitucional”. Brasil. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial Nº 577836/SC, Relator Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 21-10-2004, DJ 28-2-2005.

6. Reflexión final.

De todo lo que se ha examinado, se puede llegar a la conclusión de que la lucha hacia un derecho administrativo construido en torno a la figura de la persona, de su dignidad y de los derechos humanos y fundamentales que le son innatos, está todavía lejos de haber terminado. Aunque la doctrina haya logrado muchos éxitos construyendo nuevos contornos jurídicos a los diversos institutos de esta rama jurídica, matizando algunos de los poderes y privilegios antiguamente conferidos a la Administración y que hoy ya se presentan anacrónicos, y confiriéndoles un perfil teórico más alineado a los postulados del Estado Social y Democrático de Derecho, hay todavía ejemplos concretos que comprueban que las experiencias administrativas y judiciales actuales no se encuentran siempre de acuerdo con este nuevo paradigma.

Esta constatación de la existencia de un mar de desencantos en cuanto a la manifestación de un derecho administrativo direccionado a la persona en la realidad efectiva no puede, no obstante, asfixiar los sueños de los que esperan un día atestiguar su materialización práctica, ni enflaquecer los discursos democráticos que buscan situar al ser humano en el corazón del derecho público contemporáneo, con la respectiva adaptación de sus institutos.

Los casos apuntados en el último apartado –pequeñas islas de esperanza– permiten concluir que, si bien el derecho administrativo no está en la práctica siempre a servicio del ciudadano, el hercúleo trabajo de doctrina de posicionar a la persona en el centro de esta rama jurídica produce, de espacio, claras repercusiones, guiando siempre el camino de la “esperanza equilibrista”, que “sabe que el show de todo artista debe continuar”²³⁸.

7. Referencias bibliográficas.

Acea, Raquel, “El derecho a la tutela administrativa y judicial efectiva: Una acertada y ejemplificadora sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública –Rap:* 327:95, año XXVII, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2005.

Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2ª ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

Alfonso, Luciano Parejo, *Eficacia y Administración – Tres Estudios*, Madrid, INAP, 1995.

_____, “La eficacia como principio jurídico de la actuación de la Administración pública”, *Documentación Administrativa*, n° 218-219, Madrid, INAP, abr./sep. 1989, pp. 15-65.

²³⁸ Bosco, João; Blanc, Aldir, “O bêbado e a equilibrista”. Canción interpretada por Elis Regina. Álbum: Essa Mulher. Producción y Dirección Artística: Mazzola. Co-Producción y Dirección Musical: César Camargo Mariano. WEA, 1979.

Andrada, Alejandro, “Tutela judicial efectiva: elementos y condiciones”, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública –Rap:* 381:229, año XXXII, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2010.

Arenhart, Sérgio Cruz, “As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário”, *Jus Navigandi, Teresina*, ano 9, nº 777, 19 ago. 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7177>. Acesso em: 9 fev. 2007.

Ávalos, Eduardo, *El proceso contencioso administrativo federal. Un análisis crítico de cara a la garantía de tutela judicial efectiva*, Córdoba, Alveroni Ediciones, 2009.

—————, “La tutela judicial de los derechos económicos, sociales y culturales. Balance y perspectivas”, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública –Rap:* 408:173, año XXXIV, Buenos Aires, Ediciones Rap, sep. 2012, pp. 173-186.

Bacellar Filho, Romeu Felipe, “Dignidad de la persona humana, garantía de los derechos fundamentales, derecho civil, derechos humanos y tratados internacionales”, *Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo*, año 9, nº 9, San José, Asociación e Instituto Iberoamericano de Derecho Administrativo “Prof. Jesús González Pérez”, 2009, pp. 150-153.

—————, *Direito Administrativo e o Novo Código Civil*, Belo Horizonte, Forum, 2007.

—————, *Direito Administrativo*, 5ª ed., São Paulo, Saraiva, 2009, p. 54.

—————, “El procedimiento y el proceso administrativo en el sistema jurídico brasileño”, in AA VV, *Ordenamientos internacionales y ordenamientos administrativos nacionales: jerarquía, impacto y derechos humanos*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2006.

—————, “Marco constitucional do direito administrativo no Brasil”, *Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo*, nº 7, San José, 2007, pp. 35-46.

—————, “O direito fundamental à presunção de inocência no processo administrativo disciplinar”, A&C, *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, nº 37, Belo Horizonte, Fórum, jul./set. 2009, pp. 11-55.

—————, “O serviço público”, in Carlos E. Delpiazzo (Coord.), *Estudios Jurídicos en Homenaje al Prof. Mariano R. Brito*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2008.

—————, “Procedimento e processo administrativo a partir da experiência brasileira no plano global”, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública –Rap:* 383:359, año XXXII, Buenos Aires, Ediciones Rap, ago. 2010.

—————, *Processo Administrativo Disciplinar*, 3ª ed., São Paulo, Saraiva, 2012.

Bacellar Filho, Romeu Felipe; Hachem, Daniel Wunder, “A necessidade de defesa técnica no processo administrativo disciplinar e a inconstitucionalidade da Súmula Vinculante nº 5 do STF”, A&C, *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, nº 39, Belo Horizonte, Fórum, jan./mar. 2010, pp. 27-64.

Bachof, Otto, *Jueces y Constitución*, Madrid, Civitas, 1985.

Balbín, Carlos F., *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, Buenos Aires, La Ley, 2011.

Bobbio, Norberto, *O positivismo jurídico: lições de filosofia do Direito*, São Paulo, Ícone, 2006.

Bonavides, Paulo, *Do Estado Liberal ao Estado Social*, 8ª ed., São Paulo, Malheiros, 2007.

Bosco, João; Blanc, Aldir, “Obêbado e a equilibrista”. Canción interpretada por Elis Regina. Álbum: Essa Mulher. Producción y Dirección Artística: Mazzola. Co-Producción y Dirección Musical: César Camargo Mariano. WEA, 1979.

Braibant, Guy, *Le Droit Administratif Français*, Paris, Presses de la Fondation Nationale des Sciences Politiques/Dalloz, 1984.

Brewer-Carías, Allan R., “Marco constitucional del Derecho Administrativo en Venezuela”, A&C, *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, nº 31, Belo Horizonte, Fórum, jan./mar. 2008, pp. 26-68.

Brito, Mariano R., “Estudio de las relaciones entre el Derecho Administrativo y el Derecho Constitucional en Uruguay”, A&C, *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, nº 29, Belo Horizonte, Fórum, jul./set. 2007, pp. 113-126.

Buteler, Alfonso, “A intervenção estatal na economia e o direito ao meio ambiente”, A&C, *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 12, n. 49, jul./set. 2012, pp. 109-120.

—————, “Corrupción y derecho administrativo”, A&C, *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 12, n. 48, abr./jun. 2012, pp. 97-118.

—————, *El amparo contra actos administrativos*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2012.

Cajarville Peluffo, Juan Pablo, “Ejecución de sentencias en el contencioso administrativo”, A&C, *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 12, n. 50, out./dez. 2012, pp. 113-130.

—————, “Garantías constitucionales del procedimiento administrativo en los países del Mercosur. Principios del procedimiento administrativo de los órganos del Mercosur”, *Actualidad en el Derecho Público*, nº 8, Buenos Aires, Ad-Hoc, sep./dic. 1998, pp. 25-47.

Canosa, Armando, “Alcances de la denominada tutela administrativa efectiva”, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública –Rap*: 323:75, año XXVII, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2005.

Cappelletti, Mauro, “Montesquieu abandonne? Developpement et legitimité de la ‘justice constitutionnelle’”, in *Le Pouvoir des Juges. Articles choisis de droit judiciaire et constitutionnel comparé*, Paris, Ed. Economica, 1990.

—————, *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*, 2ª ed., Porto Alegre, Fabris, 1999.

Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003.

Cassagne, Juan Carlos, *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*, Buenos Aires, Marcial Pons Argentina, 2009.

—————, “La tutela judicial efectiva y el agotamiento de la instancia administrativa”, in AA VV, *Congreso Internacional de Derecho Administrativo*, San Salvador, Corte Suprema de Justicia – Sección de Publicaciones, 2011.

—————, “Los nuevos paradigmas del derecho administrativo”, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública –Rap*: 408:289, año XXXIV, Buenos Aires, Ediciones Rap, sep. 2012.

—————, “Principios generales del procedimiento administrativo”, in AA VV, *Procedimiento Administrativo*, Jornadas Organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Buenos Aires, Editorial Ciencias de la Administración – División Estudios Administrativo, 1998.

Celorrio, Hernán, “Nuevos paradigmas del régimen administrativo”, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública –Rap*: 408:311, año XXXIV, Buenos Aires, Ediciones Rap, sep. 2012.

Chiovenda, Giuseppe, *Instituições de direito processual civil*, v. 1, São Paulo, Saraiva, 1965.

—————, *Instituições de direito processual civil*, v. 2, São Paulo, Saraiva, 1969.

Clève, Clèmerson Merlin, *Afiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*, 2ª ed., São Paulo, RT, 2000.

—————, “A teoria constitucional e o direito alternativo (para uma dogmática constitucional emancipatória)”, in Carlos Henrique de Carvalho Filho (Org.), *Uma vida dedicada ao Direito. Homenagem a Carlos Henrique de Carvalho. O editor dos juristas*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1995.

—————, *Elementos para um discurso de conceituação do direito administrativo*, Curitiba, Julex, 1988.

Colantuono, Pablo Ángel Gutiérrez, “El derecho administrativo argentino y su desafío frente al régimen americano de derechos humanos”, in AA VV, *Derecho Administrativo Iberoamericano: 100 autores en homenaje al posgrado de Derecho Administrativo de la Universidad Católica Andrés Bello*, t. I, Caracas, Paredes, 2007.

—————, “El procedimiento administrativo y la tutela administrativa efectiva”, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública –Rap:* 383:349, año XXXII, Buenos Aires, Ediciones Rap, ago. 2010.

Colantuono, Pablo Ángel Gutiérrez; Justo, Juan Bautista (Colaborador), *Administración pública, juridicidad y derechos humanos*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2009.

Corvalán, Juan Gustavo, “Algunas consideraciones sobre la tutela judicial efectiva y sus implicaciones”, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública –Rap:* 329:167, año XXVIII, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2006.

—————, “División de poderes y justicia administrativa”, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública –Rap:* 408:163, año XXXIV, Buenos Aires, Ediciones Rap, sep. 2012.

—————, “Transformações do ‘regime de Direito Administrativo’: a propósito do regime exorbitante e das prerrogativas da Administração Pública”, A&C, *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 13, n. 51, jan./mar. 2013, pp. 49-73.

Costa, Pietro, “O Estado de Direito: uma introdução histórica”, in Danilo Zolo (Org.), *O Estado de Direito: história, teoria, crítica*, São Paulo, Martins Fontes, 2006.

Cunha, Alcides Munhoz da, *Comentários ao Código de Processo Civil*, v. 11, Do Processo Cautelar: Artigos 796 a 812, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001.

Delpiazzo, Carlos E., “Marco constitucional del Derecho Administrativo Uruguayo”, A&C, *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, n° 29, Belo Horizonte, Fórum, jul./set. 2007, pp. 37-54.

Di Pietro, Maria Sylvia Zanella, *O princípio da supremacia do interesse público. Interesse Público*, n° 56, Belo Horizonte, Fórum, jul./ago. 2009, pp. 35-54.

Duguit, Léon, *Les transformations du droit public*, Paris, Librairie Armand Colin, 1913.

Durán Martínez, Augusto, “Ejecución de la sentencia anulatoria en el contencioso administrativo uruguayo”, in Jaime Rodríguez-Arana Muñoz; Víctor Leonel Benavides Pinilla; Javier Ernesto Scheffer Tuñón; Miguel Ángel Sendín García (eds.), *Derecho Administrativo Iberoamericano (discrecionalidad, justicia administrativa y entes reguladores)*, v. II, Panamá, Congrex, 2009.

—————, “En torno al neoconstitucionalismo”, A&C, *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 10, n. 40, abr./jun. 2010, pp. 33-72.

—————, *Neoconstitucionalismo y Derecho Administrativo*, Buenos Aires, La Ley, 2012.

—————, “Principio del debido proceso en el procedimiento administrativo represivo”, *Estudios de Derecho Administrativo*, n° 2, Montevideo, La Ley Uruguay, 2010, pp. 307-339.

Farrando (h), Ismael, “La contratación administrativa: normas y principios”, *Documentación Administrativa*, nº 267-268, Madrid, INAP, sep. 2003/abr. 2004, pp. 313-324.

Ferraz, Anna Cândida da Cunha, *Conflito entre poderes. O Poder Congressual de sustar atos normativos do Poder Executivo*, São Paulo, Editora RT, 1994.

Fioravanti, Maurizio, *Los derechos fundamentales: apuntes de historia de las constituciones*, 5ª ed., Madrid, Trotta, 2007.

Freitas, Juarez, *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*, 4ª ed., São Paulo, Malheiros, 2009.

Gabardo, Emerson, *Eficiência e legitimidade do Estado*, São Paulo, Manole, 2003.

—————, *Interesse público e subsidiariedade*, Belo Horizonte, Fórum, 2009.

—————, *Princípio constitucional da eficiência administrativa*, São Paulo, Dialética, 2002.

Galeano, Juan José, “El principio de juridicidad. Noción, fundamento y caracteres. Su recepción en la jurisprudencia administrativa y judicial”, in Julio Pablo Comadira; Miriam M. Ivanega (Coords.), *Derecho Administrativo: Libro en homenaje al Profesor Doctor Julio Rodolfo Comadira*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2009.

Gallegos Fedriani, Pablo, *Las medidas cautelares contra la Administración pública*, Buenos Aires, Ábaco, 2002.

—————, “Los mitos en el proceso contencioso administrativo”, A&C, *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 10, n. 41, jul./set. 2010, pp. 29-42.

Gamboa, Jaime Orlando Santofimio, “Fundamentos constitucionales del Derecho Administrativo Colombiano”, *Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo*, año 7, nº 7, San José, 2007, pp. 74-101.

García de Enterría, Eduardo, *Democracia, jueces y control de la Administración*, 5ª ed. reimp., Madrid, Thomson-Civitas, 2005.

García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1985.

—————, *La lengua de los derechos: la formación del derecho público europeo tras la revolución francesa*, Madrid, Alianza Editorial, 1994.

—————, *La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo*, 3ª ed., Madrid, Civitas, 1983.

García de Enterría, Eduardo; Fernández, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, t. I, 14ª ed., Madrid, Thomson-Civitas, 2008.

García Pullés, Fernando, “¿Es el agotamiento de la vía administrativa inconciliable con el derecho a la tutela judicial efectiva?”, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública–Rap*: 348:105, año XXIX, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2007.

—————, “El procedimiento administrativo y el ejercicio de la potestad sancionatoria de la Administración”, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública –Rap*: 361:77, año XXX, Buenos Aires, Ediciones Rap, oct. 2008.

—————, “Función pública, tutela administrativa efectiva y las nuevas versiones del acto administrativo”, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública –Rap*: 411:85, año XXXIV, Buenos Aires, Ediciones Rap, sep. 2012.

—————, *Tratado de lo contencioso administrativo*, t. 1, Buenos Aires, Hammurabi, 2004.

Gargarella, Roberto, *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del Poder Judicial*, Barcelona, Editorial Ariel, 1996.

Garrido Falla, Fernando, “Sobre el Derecho Administrativo y sus ideas cardinales”, *Revista de Administración Pública*, n° 7, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, ene./abr. 1952, pp. 11-50.

—————, *Tratado de Derecho Administrativo*, v. I, 14ª ed., Madrid, Tecnos, 2005.

González Moras, Juan M., “El contencioso administrativo y la tutela judicial efectiva en el marco del principio de igualdad y no discriminación. Principios emergentes del derecho internacional de los derechos humanos”, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública –Rap*: 336:115, año XXVIII, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2006.

—————, “Los Tratados de Derechos Humanos y su incidencia en el derecho administrativo argentino”, *Documentación Administrativa*, n° 267-268, Madrid, INAP, sep. 2003/abr. 2004, pp. 55-72.

González Pérez, Jesús, *El derecho a la tutela jurisdiccional*, 3ª ed., Madrid, Civitas, 2001.

—————, “La dignidad de la persona y el derecho administrativo”, A&C, *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, n° 29, Belo Horizonte, Fórum, jul./set. 2007, pp. 11-35.

Gordillo, Agustín, *Princípios gerais de direito público*, São Paulo, RT, 1977.

Gusman, Alfredo, “Los principios de eficacia y eficiencia en el procedimiento administrativo”, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública –Rap*: 385:39, año XXXII, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2010.

Hachem, Daniel Wunder, *Mandado de injunção e direitos fundamentais: uma construção à luz da transição do Estado Legislativo ao Estado Constitucional*, Belo Horizonte, Fórum, 2012.

—————, *Princípio constitucional da supremacia do interesse público*, Belo Horizonte, Fórum, 2011.

Hauriou, Maurice, *Notes d'arrêts sur décisions du Conseil d'État et du Tribunal des conflits*, t. I, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1929.

Hesse, Konrad, *A Força Normativa da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes*, Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

Holanda, Chico Buarque, “Construção”. Canción interpretada por el compositor. Álbum: Construção. Dirección de Producción y Estudio: Roberto Menescal. Dirección de Musical: Magro. Estudio Phonogram, 1971.

Isabella, Diego P., “El rol institucional de la tutela judicial efectiva frente a la reticencia del poder político”, *Revista Rap Provincia de Buenos Aires*: 87-88:49, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2010.

Kloss, Eduardo Soto, *Derecho Administrativo. Bases fundamentales*, t. II, El principio de juridicidad, Santiago, Jurídica de Chile, 1996.

Lafer, Celso, “Prefácio”, in Piovesan, Flávia, *Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*, São Paulo, Editora Saraiva, 2007.

Laubadère, André de, *Traité élémentaire de droit administratif*, t. I, 3ª ed., Paris, LGDJ, 1963.

Lepenes, Irmgard E., “Introducción”, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública –Rap*: 370:15, año XXXI, Buenos Aires, Ediciones Rap, jul. 2009.

—————, “La responsabilidad del Estado y del funcionario público en la provincia de Santa Fe”, A&C, *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 12, n. 50, out./dez. 2012, pp. 41-50.

Lepenes, Irmgard E. y Reyna, Justo J., “La profesionalización de la Administración pública y la laboralización del empleo público”, *Documentación Administrativa*, n° 267-268, Madrid, INAP, sep. 2003/abr. 2004, pp. 233-267.

Linde Paniagua, Enrique, *Fundamentos de Derecho Administrativo: del derecho del poder al derecho de los ciudadanos*, Madrid, UNED/Colex, 2009.

Lisa, Federico J., “El silencio de la Administración en el procedimiento administrativo”, A&C, *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 11, n. 44, abr./jun. 2011, pp. 41-58.

—————, “Procedimiento administrativo y participación ciudadana”, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública –Rap*: 408:111, año XXXIV, Buenos Aires, Ediciones Rap, sep. 2012.

Marinoni, Luiz Guilherme, *A antecipação da tutela*, 8ª ed., São Paulo, Malheiros, 2004.

—————, “A legitimidade da atuação do juiz a partir do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva”, *Revista Peruana de Derecho Procesal*, n° 10, Lima, Communitas, 2008, pp. 453-469.

—————, *Técnica processual e tutela dos direitos*, São Paulo, RT, 2004.

—————, *Teoria geral do processo*, São Paulo, RT, 2006.

Marinoni, Luiz Guilherme; Arenhart, Sérgio Cruz, *Execução*, São Paulo, RT, 2007.

—————, *Manual do Processo de Conhecimento*, 5ª ed., São Paulo, RT, 2006.

Massimino, Leonardo, “Los derechos humanos y el derecho a la vivienda: los criterios judiciales”, A&C, *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, año 13, n. 51, jan./mar. 2013, pp. 29-47.

—————, “Responsabilidad del Estado por una Administración ineficiente (con especial referencia a la dilación indebida de los procedimientos administrativos)”, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública –Rap*: 403:227, año XXXIII, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2011.

Mello, Celso Antônio Bandeira de, *Discricionariade e controle jurisdicional*, 2ª ed., 8. tir., São Paulo, Malheiros, 2007.

—————, *Elementos de Direito Administrativo*, 2ª ed., São Paulo,: RT, 1990.

—————, “O direito administrativo e a justiça social no constitucionalismo atual latino-americano”, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública –Rap*: 396:7, año XXXIII, Buenos Aires, Ediciones Rap, sep. 2011.

Morales, Hugo Haroldo Calderón, “El derecho constitucional y el derecho administrativo en Guatemala”, *Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo*, año 7, n° 7, San José, 2007, pp. 296-320.

Morand-Deviller, Jacqueline, *Cours de Droit Administratif*, 6ª ed., Paris, Montchrestien, 1999.

Morena, Luis de la Morena y de la, “Derecho Administrativo e interés público: correlaciones básicas”, *Revista de Administración Pública*, Nros. 100-102, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, ene./dic. 1983, pp. 847-880.

Motta, Fabrício, “O paradigma da legalidade e o Direito Administrativo”, in Maria Sylvia Zanella Di Pietro; Carlos Vinícius Alves Ribeiro (Coords.), *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*, São Paulo, Atlas, 2010.

Muñoz (h), Ricardo Alberto, “La tutela administrativa efectiva”, *LL*, Tomo 2012-B, Buenos Aires, mar. 2012, pp. 1-6.

Navarro, Karlos, “Las bases constitucionales del Derecho Administrativo en Nicaragua”, *Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo*, año 7, n° 7, San José, 2007, pp. 178-192.

Nieto, Alejandro, “La Administración sirve con objetividad los intereses generales”, in Sebastián Martín-Retortillo Baquer (Coord.), *Estudios sobre la Constitución española: Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, v. 3, Madrid, Civitas, 1991.

—————, “Los orígenes de lo contencioso-administrativo en España”, *Revista de Administración Pública*, n° 50, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, mayo/ago. 1966, pp. 27-50.

—————, “Sobre la tesis de Parada en relación con los orígenes del contencioso-administrativo”, *Revista de Administración Pública*, nº 57, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, sep./dic. 1968, pp. 9-33.

Novais, Jorge Reis, *Contributo para uma teoria do estado de direito: do estado de Direito liberal ao Estado social e democrático de Direito*, Coimbra, 1987, 233f. Dissertação (Mestrado) – Universidade de Coimbra.

Orellana, Javier Robalino, “El marco constitucional del Derecho Administrativo en el Ecuador”, *Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo*, año 7, nº 7, San José, 2007, pp. 250-263.

Otero, Paulo, *Legalidade e Administração pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*, Coimbra, Almedina, 2003.

Paz, José Mario Serrate, “Marco constitucional del Derecho Administrativo en Bolivia”, *Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo*, año 7, nº 7, San José, 2007, pp. 112-122.

Pethechust, Eloi, “A intervenção judicial em hospitais e estabelecimentos congêneres de saúde”, *Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais da UniBrasil*, n. 17, Curitiba, UniBrasil, 2012.

Piçarra, Nuno, *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional – um contributo para o estudo das suas origens e evolução*, Coimbra, Coimbra Editora, 1989.

Piovesan, Flávia, *Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*, São Paulo, Editora Saraiva, 2007.

Quintana, Mário, *Nova Antologia Poética*, São Paulo, Editora Globo, 1998.

Reyna, Justo J., “El arbitraje como medio de solución de conflictos en materia de servicios públicos: el nacimiento de un sistema jurídico complejo”, A&C, *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 11, n. 43, jan./mar. 2011, pp. 13-46.

—————, “Globalización, pluralidad sistémica y derecho administrativo: apuntes para um derecho administrativo multidimensional”, in Romeu Felipe Bacellar Filho; Emerson Gabardo; Daniel Wunder Hachem (Coords.), *Globalização, direitos fundamentais e Direito Administrativo: novas perspectivas para o desenvolvimento econômico e socioambiental*, Belo Horizonte, Fórum, 2011.

—————, “El procedimiento administrativo multidimensional como técnica regulatoria en materia ambiental, de patrimonio cultural y de pueblos originários”, A&C, *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 12, n. 50, out./dez. 2012, pp. 131-169.

Rivero, Jean, *Direito Administrativo*, Coimbra, Almedina, 1982.

—————, “Existe-t-il un critère du droit administratif?”, *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, v. 69, nº 2, Paris, LGDJ, avr./juin, 1953, pp. 279-296.

Rocha, Cármen Lúcia Antunes, *Princípios constitucionais da Administração pública*, Belo Horizonte, Del Rey, 1994.

Rodríguez-Arana Muñoz, Jaime, *Derecho Administrativo y Constitución*, Granada, CEMCI, 2000.

_____, *Direito fundamental à boa Administração pública*, Trad. Daniel Wunder Hachem, Belo Horizonte, Fórum, 2012.

_____, “Ejecutividad y tutela judicial efectiva. Aproximaciones jurisprudenciales”, in AA VV, *Cuestiones de Acto Administrativo, Reglamento y otras Fuentes del Derecho Administrativo*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2009.

_____, “El concepto del derecho administrativo y el proyecto de Constitución Europea”, A&C, *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, n° 23, Belo Horizonte, Fórum, jan./mar. 2006, pp. 11-20.

_____, “El marco constitucional del derecho administrativo español (el derecho administrativo constitucional)”, A&C, *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, n° 29, Belo Horizonte, Fórum, jul./set. 2007, pp. 127-144.

_____, *Interés general, derecho administrativo y Estado de Bienestar*, Madrid, Iustel, 2012.

_____, “Sobre el derecho fundamental a la buena Administración y la posición jurídica del ciudadano”, A&C, *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, año 12, n. 47, jan./mar. 2012, pp. 13-50.

Said, José Luis, “Responsabilidad del Estado y justicia distributiva”, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública –Rap*: 370:45, año XXXI, Buenos Aires, Ediciones Rap, jul. 2009.

Salgado, Eneida Desiree, *Princípios constitucionais eleitorais*, Belo Horizonte, Fórum, 2010.

Salomoni, Jorge Luis, “El marco constitucional del derecho administrativo argentino”, *Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo*, año 7, n° 7, San José, 2007, pp. 47-57.

_____, “Impacto de los Tratados de Derechos Humanos sobre el derecho administrativo argentino”, in AA VV, *Ordenamientos internacionales y ordenamientos administrativos nacionales: jerarquía, impacto y derechos humanos*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2006.

_____, “Procedimiento administrativo y Mercosur. Una aproximación a los principios emergentes de los distintos ordenamientos aplicables”, *Actualidad en el Derecho Público*, n° 8, Buenos Aires, Ad-Hoc, sep./dic. 1998, pp. 95-130.

_____, *Teoría General de los Servicios Públicos*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1999.

Santamaría Pastor, Juan Alfonso, “Tutela judicial efectiva y no suspensión en vía de recurso”, *Revista de Administración Pública*, Nros. 100-102, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, ene./dic. 1983, pp. 1609-1627.

Santiago, José María Rodríguez de, *La Administración del Estado Social*, Madrid, Marcial Pons, 2007.

Sesin, Domingo Juan, “Acceso a la jurisdicción y tutela judicial efectiva”, in AAVV, *Ordenamientos internacionales y ordenamientos administrativos nacionales: jerarquía, impacto y derechos humanos*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2006.

—————, *Administración pública. Actividad reglada, discrecional y técnica: Nuevos mecanismos de control judicial*, 2ª ed., Buenos Aires, Depalma, 2004.

—————, “El derecho a la tutela judicial efectiva. Alcance e intensidad en el proceso administrativo actual”, *Actualidad en el Derecho Público*, n° 18-20, Buenos Aires, Ad-Hoc, ene./dic. 2002, pp. 167-202.

—————, “El principio del formalismo atenuado y sus consecuencias prácticas”, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública –Rap*: 396:17, año XXXIII, Buenos Aires, Ediciones Rap, sep. 2011.

Sotelo de Andreau, Mirta G., “El nuevo paradigma del Estado: su impacto en el derecho interno. La globalización, las normas supranacionales y el derecho administrativo”, A&C, *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Curitiba, ano 1, n. 1, 1999, pp. 49-89.

—————, *Estado, Derecho, Administración, Estrategias: estructuraciones y desestructuraciones en el marco del Derecho Administrativo actual*, Corrientes: [s.n.], 1997.

—————, “Nuevas formas de relación entre Estado, poder y sociedad”, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública –Rap*: 396:353, año XXXIII, Buenos Aires, Ediciones Rap, sep. 2011.

—————, “La discrecionalidad administrativa, ¿zona de inmunidad del poder?”, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública –Rap*: 238:1, Buenos Aires, Ediciones Rap, jul. 1998.

Tavares, André Ramos, *Teoria da Justiça Constitucional*, São Paulo, Saraiva, 2005.

Urrutigoity, Javier, *El principio de tutela administrativa efectiva*, Lexis, n° 0003/012321, Buenos Aires, 2005, pp. 1-11.

Valim, Rafael, *O principio da segurança jurídica no direito administrativo brasileiro*, São Paulo, Malheiros, 2010.

Vedel, Georges, *Droit Administratif*, 5ª ed., Paris, Presses Universitaires de France, 1973.

Vile, Maurice J. C., *Constitucionalismo y separación de poderes*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Poder judiciário: crises, acertos e desacertos*, Trad. Juarez Tavares, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1995.

DANIEL WUNDER HACHEM

Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, Trotta, 1999.

Zancaner, Weida, “Razoabilidade e moralidade na constituição de 1988”, *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 2, São Paulo, Malheiros, abr./jun. 1993, pp. 205-210.

Zockun, Carolina Zancaner, *Da intervenção do Estado no domínio social*, São Paulo, Malheiros, 2009.