

REVISTA
TRIMESTRAL DE

*DIREITO
PÚBLICO*

55

SUMÁRIO

DOCTRINA

LOS DERECHOS HUMANOS Y LA EMERGENCIA.....	5
– PABLO O. GALLEGOS FEDRIANI	
SEGURIDAD JURÍDICA	13
– FERNANDO SAINZ MORENO	
EL DERECHO ADMINISTRATIVO Y EL FENÓMENO DE LA INTERCONEXIÓN DE LOS SISTEMAS JURÍDICOS	28
– PABLO ANGEL GUTIÉRREZ COLANTUONO	
CONSTITUIÇÃO, DEMOCRACIA E SUPREMACIA JUDICIAL: DIREITO E POLÍTICA NO BRASIL CONTEMPORÂNEO	39
– LUÍS ROBERTO BARROSO	
ATIVISMO JUDICIAL: POSSIBILIDADE E LIMITES	77
– EDÍLSON PEREIRA NOBRE JR.	
O ABUSIVO CONTROLE ADMINISTRATIVO DE DECISÕES JUDICIAIS PELO CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL – GRAVE ATENTADO À SEGURANÇA JURÍDICA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	99
– ANTONIO SOUZA PRUDENTE	
ATIVIDADE ADMINISTRATIVA DE ORDENAÇÃO DA PROPRIEDADE PRIVADA E TOMBAMENTO: NATUREZA JURÍDICA E INDENIZABILIDADE	104
– JOSÉ ROBERTO PIMENTA OLIVEIRA	
SEGURANÇA JURÍDICA POSITIVADA: INTERPRETAÇÃO, DECADÊNCIA E PRESCRITIBILIDADE.....	119
– LUCIANO FERRAZ	
REGIME ESTATUTÁRIO E ESTADO DE DIREITO	139
– RICARDO MARCONDES MARTINS	

El derecho administrativo y el fenómeno de la interconexión de los sistemas jurídicos.

Por Pablo Angel Gutiérrez Colantuono¹

Revista Trimestral de Direito Público, San Pablo,
Brasil, 2010.

Sumario: 1. Nuevos contextos normativos. 2. La articulación de los sistemas en la Argentina. 3. Derecho administrativo y derechos humanos. 4. La protección transnacional del ambiente. 5. Reflexiones finales

1. Nuevos contextos normativos.

El escenario constitucional se ha visto, en los últimos tiempos, atravesado por distintos fenómenos. Se debate intensamente acerca de la fuerza vinculante de los textos constitucionales, la interpretación conforme a ellos de la aplicación de la ley por parte de los jueces, de la vigencia de determinados principios y valores comunes al constitucionalismo actual con independencia de su previsión expresa positiva en cada sistema, entre otros temas posibles².

En estos tiempos constitucionales uno de los fenómenos de por mas interesante de ser analizados quizás lo constituya la creciente interdependencia o intensidades de “sujeción” de los ordenamientos domésticos – internos – con los internacionales. El tráfico de las construcciones de interpretaciones internacionales-internas moldean tanto la tarea del legislador doméstico, de las administraciones e inclusive de la propia labor del juez como intérprete último del ordenamiento jurídico.

¹Profesor Argentino, Director de la Especialización en Derecho Administrativo de la Universidad Nacional del Comahue – Argentina - , integrante del Comité Ejecutivo de la Asociación Argentina de Derecho Administrativo. Dirección de email: drpablogutierrez@gmail.com

² Ver por todos, Carbonell, Miguel y García Jaramillo, Leonardo - Editores -*El canon neoconstitucional*, Universidad Externado de Colombia, Bogota, 2010 ; Häberle, Peter *El estado constitucional*, Astrea, Bs.As., 2007

La interconexión de los ordenamientos jurídicos se produce en parte por la apertura de las *fronteras* jurídicas internas a la alta receptividad de las normas internacionales que impactan fuertemente en la estructura jurídica interna: Las normas externas modifican las internas, los jueces las aplican directa y preferentemente desaplicando la norma interna, las opiniones y resoluciones emanadas de los organismos internacionales se integran en ese *ordenamiento jurídico*³ al tiempo que los jueces internos construyen a través de sus sentencias puentes de comunicación con sus pares internacionales.

Ello sucede en un derecho positivo que consagra expresamente determinados derechos y garantías unificados bajo la idea de la dignidad del hombre y su libertad. Aparecen así los derechos humanos – derechos fundamentales⁴ – en el escenario constitucional desde la propia regulación interna estatal o ya bien por la denominada constitucionalización de los tratados de derechos humanos incorporándolos en el sistema interno.

La fuerza expansiva de los derechos humanos irrumpe en el mundo jurídico atravesando integralmente todo el ordenamiento jurídico, provocando una *revolución* jurídica de las categorías tradicionalmente concebidas desde el derecho público y privado⁵. Las relaciones entre privados, sus vínculos contractuales – ente otros – aparecen ahora interrogándose sobre temas que hasta hace poco se pensaban exclusivos del derecho penal. Lo mismo sucede con nuestro derecho público no penal, especialmente el derecho administrativo, donde los vínculos entre el ciudadano y el Estado aparecen impregnados por la fuerza de los derechos humanos. Las relaciones jurídicas – públicas y privadas – de los ciudadanos hunden sus raíces en un constitucionalismo fuertemente marcado por la fuerza expansiva de los derechos fundamentales desde el centro mismo del ordenamiento jurídico.

Nos situamos así frente a un nuevo orden de cosas dentro del cual la dignidad del hombre y la libertad construyen un escenario central donde se desarrolla el estado democrático el cual es constitucional y social de derecho.

3 Ver Retortillo Baquer, Lorenzo M., *La interconexión de los ordenamientos jurídicos y el sistema de fuentes del derecho*, Thomson - Civitas, Madrid, 2004.

4 Adoptaremos a ambas expresiones como sinónimos.

5 Ver en este sentido Lorenzetti Ricardo Luis, *Teoría de la Decisión Judicial*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, Argentina , 2007 – se puede consultar la edición brasilera publicada en el año 2009, prologada por Claudia Lima Marques y Bruno Miragem -

2.- La articulación de los sistemas en la Argentina

El sistema interno argentino ha recibido un fuerte impacto luego de la reforma constitucional llevada a cabo en el año 1994. Ello es producto de la decisión de vincular intensa y fuertemente al ordenamiento jurídico interno con el internacional⁶ y de adoptar expresamente determinados derechos fundamentales con mandatos específicos en muchos casos para los poderes estatales y los ciudadanos.

Las diversas discusiones doctrinarias y jurisprudenciales que se habían suscitado entorno a la jerarquía constitucional de los tratados en general y de los de derechos humanos en particular fue cerrada - en gran parte - por la decisión expresa de brindarles jerarquía constitucional a los tratados de derechos humanos. Según indicaremos algunos de ellos asumen una jerarquía especial, mientras que una *cláusula abierta* permite al Congreso Federal Argentino por medio de un mecanismo de votación agravada elevar en el futuro a tal nivel constitucional otros tratados de derechos humanos. El resto de los tratados (entre los cuales bien podemos ubicar a los que promueven los procesos de integración en la región) poseen una ubicación inferior en relación a los tratados de derechos humanos pero superior respecto de las leyes.

Tal proceso denominado de *constitucionalización de los tratados de derechos humanos* implicó la incorporación al texto de la constitución federal de varios tratados de protección de los derechos humanos⁷, respecto de los cuales la constitución declara y afirma que en *condiciones de su vigencia tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta*

6 Agustín Gordillo sostenía el carácter trasnacional del sistema americano de derechos humanos y su jerarquía supranacional del ordenamiento interno, en forma previa a la reforma constitucional (entre otras publicaciones del autor, *La supranacionalidad operativa de los derechos humanos en el derecho interno*, LL 1992-B, 1292 - LL 1993-A, 1115.).

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

*Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos*⁸.

La ampliación del bloque constitucional ha sido uno de los hitos más trascendentales de la última reforma constitucional, pues significó una sustancial ampliación del catálogo de derechos protegidos y el expreso sometimiento del Estado –por vía constitucional- al control de una serie de órganos –en especial la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos - en todo lo relativo al acatamiento de los pactos incorporados⁹.

Bajo tales parámetros, el constituyente argentino de 1994 efectuó el juicio de valor constitucional¹⁰ pertinente e ingresó al sistema jurídico argentino el conjunto de derechos y garantías consagradas en los tratados constitucionalizados y que tienen por fin esencialmente la protección de los derechos fundamentales del hombre¹¹

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

8 CN Art. 75 inc.22.

⁹ Ello se complementa con la introducción de un rasgo de “flexibilidad” en el modelo tradicionalmente rígido de modificación constitucional. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional – Art. 75 inc. 22 -.

¹⁰ El criterio conforme el cual *la armonía o concordancia entre los tratados y la Constitución es un juicio del constituyente... que los poderes constituidos no pueden desconocer o contradecir* fue sistemáticamente utilizado por la Corte Federal Argentina (causas "Monges", Fallos: 319:3148; "Chocobar", Fallos: 319:3241; "Petric", Fallos: 321:885; "Rozenblum", Fallos: 321:2314; "Mignone", Fallos: 325: 524; entre muchas otras).

¹¹ Ekmekdjian al tiempo de clasificar los diversos instrumentos internacionales, expresa que los *tratados relativos al derecho de la integración humana - en palabras de la Corte Interamericana de Derechos Humanos- (Opinión Consultiva 7/86, del 29 de agosto de 1986) no son tratados multilaterales del tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado, como a los otros. Al aprobar estos tratados [...], los Estados se someten a un orden legal dentro del cual, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción;* (Ekmekdjian, Miguel Ángel, *Tratado de Derecho Constitucional*, Tº II, Depalma, Buenos Aires, 1994, p. 756).

Ello provocó un notable giro en la prelación de las fuentes del derecho interno caracterizado por la vigencia directa y de rango superior de diversos instrumentos y, fundamentalmente, por la interpretación y aplicación que de los mismos realizan los diversos órganos instituidos en el marco de los tratados para garantizar su respeto.

La prelación de las fuentes del sistema constitucional argentino impuesto en el sistema positivo ha generado un intenso tráfico de construcciones normativas e interpretativas entre los sistemas internos y externos. Es habitual encontrar en los diversos pronunciamientos de la Corte Federal Argentina - máximo órgano constitucional interno de protección de los derechos y garantías - como fundamento de sus decisiones la remisión a las decisiones y/u opiniones consultivas¹² de la Corte Interamericana de Derechos Humanos o a las recomendaciones efectuadas por la Comisión Interamericana, entre otras manifestaciones internacionales que las hace propias la Corte Federal Argentina.

El mayor nivel de vinculación entre el orden interno y el internacional de los derechos humanos quizás se haya puesto en evidencia en el precedente *Mazzeo*¹³; en él se avanza un grado más en los niveles de intensidad no siendo ya la jurisprudencia de la Corte Interamericana una mera *guía* sino una *insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos*.

3. Derecho administrativo y derechos humanos

Al constitucionalizar los tratados de derechos humanos estos se han convertido en fuente superior de nuestro derecho administrativo, tornando aplicable en su ámbito de validez todo el bloque de legalidad que emana del Pacto de San José de Costa Rica, entre otros tratados y convenciones de derechos humanos.

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

13 CSJN, "Mazzeo, Julio Lilo" , 13.07.2007.

Cierto es que la vinculación del sistema americano al derecho administrativo es al menos desde la propia sistemática del Pacto un tema de reciente evolución. Es que su aplicación a *toda causa* sin distinción de contenidos ni por la materia ni por la persona que se encuentre involucrada en la misma, es la regla que se ha interpretado finalmente desde las previsiones expresas del Pacto en su artículo 8vo.

En tal línea argumental el precedente de la Corte Interamericana *Baena*¹⁴ vino a otorgar las certezas necesarias principalmente al tema, sin perjuicio del debate que sobre sus alcances pueda abrirse.

Allí la CIDH afirmó:

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

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

127. Es un derecho humano el obtener todas las garantías que permitan alcanzar decisiones justas, no estando la administración excluida de cumplir con este deber. Las garantías mínimas deben respetarse en el

14 CIDH, “Baena Ricardo y Otros v. Panamá”, 02.02.2001.

procedimiento administrativo y en cualquier otro procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas.

129. La justicia, realizada a través del debido proceso legal, como verdadero valor jurídicamente protegido, se debe garantizar en todo proceso disciplinario, y los Estados no pueden sustraerse de esta obligación argumentando que no se aplican las debidas garantías del artículo 8 de la Convención Americana en el caso de sanciones disciplinarias y no penales. Permitirle a los Estados dicha interpretación equivaldría a dejar a su libre voluntad la aplicación o no del derecho de toda persona a un debido proceso.

Más aún en el caso Ximenez Lopez¹⁵ en que Brasil fuera demandado, la CIDH avanza sobre el régimen de una institución típica del derecho administrativo como lo es el servicio público¹⁶ .

Dijo en tal oportunidad:

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

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

15 CIDH, “Ximenes Lopez vs. Brasil”, 04.07.2006.

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

administración, así como a otras instituciones a las que los Estados delegan su autoridad.

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

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

La CIDH¹⁷ ha sostenido sobre el particular:

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

4.- La protección transnacional del ambiente

El derecho administrativo también recibe el impacto de esta suerte de *nuevo orden* desde la perspectiva ambiental. El ambiente queda atrapado como valor constitucional y de especial protección por parte de los principales sistemas de derechos humanos.

La administración pública recibe la influencia del nuevo valor constitucional debiendo rediseñar sus funciones a partir de los deberes

17 CIDH, Baena cit.

de cuidado y preservación del medio ambiente en el escenario descrito.

En tal sentido la Corte Europea ha dotado de protección al medio ambiente como parte integrante de la vida privada y familiar del art. 8° de la Convención y –en menor grado- del derecho a la vida consagrado en el art. 2°. El punto de partida ha sido la necesidad de asegurar por parte del Estado un adecuado equilibrio entre los intereses del individuo y de la comunidad en su conjunto.¹⁸

El art. 8 reconoce el derecho al respeto de la vida privada y familiar bajo los siguientes apartados:

1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.
2. No podrá haber intromisión de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto tal intromisión esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.

Es así que el Tribunal ha trasladado el ámbito de aplicación del art. 8° a la materia ambiental a partir de entender que la contaminación ambiental severa puede afectar el bienestar de las personas e impedirles el disfrutar de sus hogares de un modo tal que se afecte negativamente su vida privada y familiar sin poner en riesgo, sin embargo, su salud.¹⁹

Por otra parte, y teniendo en cuenta el alcance de las obligaciones establecidas en los apartados 1 y 2, el Tribunal ha destacado que, tanto cuando el asunto es analizado en términos de obligaciones positivas en cabeza del Estado de adoptar medidas razonables y apropiadas para asegurar el derecho a la vida privada y familiar en los términos del art. 8.1, como cuando se analiza la justificación de una interferencia por parte de la autoridad pública de acuerdo al art. 8.2, los principios son esencialmente similares, especialmente porque en ambos supuestos el estándar fundamental consiste en la necesidad de garantizar un adecuado equilibrio entre los intereses particulares y los de la comunidad, para lo cual el Estado detenta un cierto margen de apreciación.

18 Caso Powell and Rayner v. The United Kingdom, del 21.02.1990.

19 Caso Lopez Ostra v. Spain, del 9.12.1994; Caso Guerra and others v. Italy del 19.02.1998; Caso Kyrtatos v. Greece, del 22.05.2003; Caso Taskin and Others v. Turkey del 10.11.2004; Caso Giacomelli v. Italy, del 2.11.2006; Powell and Rayner V. The United Kindgdom, del 21.02.1990.

El caso *Lopez Ostra*²⁰ presenta elementos de especial gravitación, pues refiere a una afectación sufrida por el presentante originado en los ruidos y olores molestos provocados por una planta de tratamiento de residuos sólidos y líquidos instalados en Lorca-Murcia, España. En tal caso el Tribunal afirmó que si bien la planta fue construida para solucionar un serio problema de contaminación, la misma causaba molestias y problemas de salud a varios vecinos. Especialmente se destacó que si bien las autoridades nacionales, y en especial la municipal, no eran teóricamente directas responsables de las emisiones contaminantes, el Municipio por su parte permitió la construcción de la planta en su ejido habiendo el Estado subsidiado dicho emprendimiento.

En virtud de ello la Corte sostuvo que a todo evento, aún suponiendo que el Municipio cumplió las funciones conferidas por el ordenamiento doméstico, lo relevante del caso consistía en determinar si las autoridades nacionales habían adoptado las medidas necesarias para proteger el derecho del afectado al respeto de su hogar y su vida privada y familiar de acuerdo al art. 8 del Convenio de Roma.

Si bien el enfoque dado al art. 8 por la Corte Europea denota inicialmente una gran amplitud, el Tribunal ha precisado que el elemento crucial a efectos de vincular la afectación del medio ambiente con la protección de dicha norma reside en determinar la presencia de un efecto nocivo de la contaminación en la esfera privada o familiar de la persona, no alcanzando a esos fines con acreditar el sólo deterioro del medio ambiente. En efecto, postula el Tribunal que ni el art. 8 ni ninguna otra norma de la Convención se encuentran específicamente previstos para proveer una protección general del medio ambiente como tal.²¹

En otras palabras, *el medio ambiente no tendría una protección convencional como tal*, como bien jurídico autónomo, sino que se activa su tutela cuando el deterioro de aquél se traduce en la lesión de otros derechos sí protegidos, tal el caso de la vida privada. Como ilustra la Corte no existe en la Convención un derecho explícito a un medio ambiente saludable, pero cuando un individuo es directa y seriamente afectado por el ruido u otra contaminación puede configurarse un caso bajo el art. 8.

Vale destacar que el plexo jurídico que se ha aplicado para la tutela del medio ambiente no es solo el art. 8° de la Convención, sino también el art. 2° que protege el derecho a la vida. Tiene dicho así la Corte que la protección de este derecho puede invocarse en relación al medio ambiente cuando los riesgos potenciales de la actividad en juego lo ameritan. De tal forma, rigen en materia de riesgo ambiental las

20 Caso López Ostra v. Spain citado.

21 Caso Kytraos v. Greece citado.

obligaciones positivas del Estado tendientes a la adopción de medidas adecuadas para preservar las vidas de aquellos sujetos a su jurisdicción establecidas en el art. 2.²²

En el sistema americano, la Corte Interamericana inserta al medio ambiente sano como un componente más del *corpus juris* internacional que se desprende del artículo 4º de la Convención, en relación con el deber general de garantía contenido en el artículo 1.1 y con el deber de desarrollo progresivo contenido en el artículo 26 de la misma, y de los artículos 10 (Derecho a la Salud); 11 (Derecho a un Medio Ambiente Sano); 12 (Derecho a la Alimentación); 13 (Derecho a la Educación) y 14 (Derecho a los Beneficios de la Cultura) del Protocolo de San Salvador.²³

En ese orden, la Corte ha desarrollado con precisión cuales son las garantías exigibles frente a restricciones que pongan en riesgo el medio ambiente. Si bien estos criterios se han expuesto en torno de las comunidades indígenas podrían resultar de aplicación general a la temática ambiental siempre que nos encontremos frente a un colectivo afectado. Es por ello que los requisitos impuestos al Estado para la habilitación de actividades que repercuten en el ecosistema resultarían aplicables a supuestos diferentes de las comunidades indígenas, destacándose los siguientes:²⁴

a) La *efectiva participación* de los grupos afectados, obligación que implica que el Estado debe aceptar y divulgar información, que las consultas deben ser de buena fé, por medio de procedimientos culturalmente adecuados y con el objetivo de alcanzar el consenso. Además, la consulta debe hacerse efectiva desde el primer momento de elaboración del proyecto y teniendo en cuenta los métodos propios de la comunidad para la toma de decisiones, especialmente en el tiempo que ellos puedan insumir. El gobierno también debe garantizar que la comunidad conozca fehacientemente los riesgos involucrados, tanto para la salud como el ambiente.

b) El Estado debe garantizar que ninguna concesión será otorgada en territorio de la comunidad a menos y hasta que entidades independientes e idóneas técnicamente, bajo la supervisión estatal, ejecuten un *estudio previo de impacto ambiental y social*.

En suma, en la línea desarrollada por la Corte Americana entendemos que los requisitos de participación y evaluación previa de impacto ambiental resultan exigibles de forma genérica por parte de todos los grupos afectados, aún cuando no sean comunidades indígenas.

22 Caso Öneriyildiz v. Turkey del 30.11.2004.

23 Caso Comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay, Sentencia de 17.06.2005, (Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 66

24 Caso The Saramaka People v. Suriname, del 28.11.2007.

La Comisión Interamericana por su parte ha expresado:²⁵

El ejercicio del derecho a la vida y a la seguridad e integridad física está necesariamente vinculado y, de diversas maneras, depende del entorno físico. Por esa razón, cuando la contaminación y la degradación del medio ambiente constituyen una amenaza persistente a la vida y la salud del ser humano, se comprometen dichos derechos.

El derecho a la vida, consagrado en el artículo 4 de la Convención Americana es fundamental en el sentido de que no es derogable y constituye la base para el ejercicio de todos los demás derechos... El derecho a que se respete la vida individual no se limita, sin embargo, a la protección contra la muerte provocada de manera arbitraria. Los Estados partes deben tomar ciertas medidas positivas para salvaguardar la vida y la integridad física. La contaminación ambiental grave puede presentar una amenaza a la vida y la salud del ser humano, y en su debido caso puede dar lugar a la obligación del Estado de tomar medidas razonables para evitar dicho riesgo, o las medidas necesarias para responder cuando las personas han sido lesionadas”.

La Comisión reconoce que el derecho al desarrollo implica que cada Estado tiene la libertad de explotar sus recursos naturales, incluyendo la otorgación de concesiones y la apertura a inversiones internacionales. Sin embargo, la Comisión considera que la ausencia de regulación, la regulación inapropiada o la falta de supervisión en la aplicación de las normas vigentes, puede crear serios problemas al medio ambiente que se traduzcan en violaciones de derechos humanos protegidos por la Convención Americana.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos se sustenta en el principio de que los derechos son inherentes al individuo por el solo hecho de ser humano. El respeto a la dignidad inherente de la persona es el principio en el que se basan las protecciones fundamentales del derecho a la vida y a la preservación del bienestar físico. Las condiciones de grave contaminación ambiental, que pueden causar serias enfermedades físicas, discapacidades y sufrimientos a la población local, son incompatibles con el derecho a ser respetado como ser humano.

El acceso a la información es un prerequisite para la participación pública en la toma de decisiones y para que los individuos puedan seguir de cerca y responder a las acciones del sector público y el privado. Las personas tienen derecho a buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, de conformidad con lo que prescribe el artículo 13 de la Convención Americana. Las leyes nacionales disponen que las partes que soliciten autorización para llevar a cabo proyectos que puedan afectar el medio ambiente deben realizar, como condición previa, evaluaciones de las repercusiones ambientales y suministrar otra información específica.

25 Comisión IDH, *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Ecuador. La situación de los derechos humanos de los habitantes del interior del Ecuador afectados por las actividades de desarrollo*. OEA/Ser.L/V/II.96, Doc. 10 rev. 1, 24.04. 1997.

La participación pública en la toma de decisiones permite, a quienes tienen en juego sus intereses, expresar su opinión en los procesos que los afectan. La participación del público está vinculada al artículo 23 de la Convención Americana, donde se establece que todos los ciudadanos deben gozar del derecho de "participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos", así como al derecho de recibir y difundir información... Sería menester informar a los individuos afectados y oír su opinión respecto a las decisiones que los afectan.

6.- Reflexiones finales

Por estos tiempos, el derecho administrativo pareciera enfrentarse a un desafío trascendental consistente en lograr que sus instituciones armonicen correctamente dentro de los nuevos paradigmas constitucionales.

Entre ellos vemos que los modernos textos constitucionales generalmente contienen mandatos hacia los poderes constituidos de desplegar sus potestades públicas dentro del paradigma protectorio de los derechos fundamentales.

Las administraciones públicas son titulares del deber preventivo interno de garantizar la vigencia de los derechos fundamentales en la relación ciudadano – administración así como de remover todo obstáculo o barrera que implique la no vigencia de los mismos en el sistema interno.

Ellas son sujetos activos de las acciones positivas y deben en tal sentido emitir las medidas administrativas que consideren de mayor conveniencia a fin de nivelar aquellos sujetos que por su vulnerabilidad presentan ab initio desigualdades sustanciales – personas con discapacidad, mujeres embarazadas, niños, entre otros - .

En tales supuestos el interés público en juego coincide con el del interés general constitucional de promover la vigencia de los derechos fundamentales, en una muestra más de la escisión que puede presentarse en determinados supuestos entre el interés público de aquel otro interés que persigue la administración en la actuación concreta. Interés público e interés de la administración no implican identidad de intereses, de forma tal que para sostener el obrar legítimo administrativo debemos controlar que tal interés de la administración responda al interés público constitucionalmente previsto.

Respecto del sistema argentino caber destacar que: a) Los derechos económicos, sociales y culturales han sido correctamente incorporados en nuestro texto constitucional en forma simétrica e igualitaria a aquellos preexistentes en el tiempo como lo han sido los civiles y

políticos²⁶; b) La reforma constitucional del año 1994 adicionó nuevos derechos al tiempo que vinculó intensamente el sistema interno con el internacional de los derechos humanos de forma tal de emplazar a nuestro Estado ante tribunales internacionales en caso de violación a los derechos humanos.; c) La prevención como mandato constitucional en materia ambiental impone a la administración un actuar diligente, oportuno y eficaz; su omisión en el cumplimiento de tal mandato acarrea la directa e inmediata injerencia del poder judicial en la adopción de medidas cautelares que activen la potestad preventiva²⁷ ; d) Las cláusulas constitucionales tales como las referidas al ambiente y a los derechos fundamentales han generado una importante corriente jurisprudencial en materia de protección de los bienes constitucionalmente protegidos en una intensa búsqueda de su correcta armonización interpretativa y del diálogo fluido entre los sistemas internos y el internacional.

El constitucionalismo argentino ha logrado sin lugar a dudas afianzar los principios de legalidad o juridicidad²⁸. En tal dirección la doctrina administrativista ha trabajado sistemáticamente hacia un derecho administrativo de mayor y mejor calidad constitucional conforme nuestro propio régimen jurídico. Creemos que ahora es tiempo de abandonar algunas instituciones del derecho administrativo o tal vez de rediseñarlas, siendo ello un imperativo propio del marco de derechos que nos viene dado desde la constitución nacional reformada en el año 1994.

Estamos frente al desafío de diseñar esquemas de resolución de conflictos superadores, de administraciones públicas cuyo diseño responda a las reales necesidades de nuestra gente en pleno respeto de la división de poderes en el ejercicio de las funciones administrativas.

26 Nótese que España en su constitución en el título tercero y cuarto claramente diferencia el tratamiento que le brinda a los derechos de orden económico y social del resto.

27 Citamos por todos el leading case de la Corte Federal Argentina *Mendoza, Beatriz c. Estado Nacional* del 20.06.2006

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

REVISTA TRIMESTRAL DE *DIREITO PÚBLICO*

DOCTRINA: LOS DERECHOS HUMANOS Y LA EMERGENCIA – PABLO O. GALLEGOS FEDRIANI • SEGURIDAD JURÍDICA – FERNANDO SAINZ MORENO • EL DERECHO ADMINISTRATIVO Y EL FENÓMENO DE LA INTERCONEXIÓN DE LOS SISTEMAS JURÍDICOS – PABLO ANGEL GUTIÉRREZ COLANTUONO • CONSTITUIÇÃO, DEMOCRACIA E SUPREMACIA JUDICIAL: DIREITO E POLÍTICA NO BRASIL CONTEMPORÂNEO – LUÍS ROBERTO BARROSO • ATIVISMO JUDICIAL: POSSIBILIDADE E LIMITES – EDÍLSON PEREIRA NOBRE JR. • O ABUSIVO CONTROLE ADMINISTRATIVO DE DECISÕES JUDICIAIS PELO CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL – GRAVE ATENTADO À SEGURANÇA JURÍDICA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO – ANTÔNIO SOUZA PRUDENTE • ATIVIDADE ADMINISTRATIVA DE ORDENAÇÃO DA PROPRIEDADE PRIVADA E TOMBAMENTO: NATUREZA JURÍDICA E INDENIZABILIDADE – JOSÉ ROBERTO PIMENTA OLIVEIRA • SEGURANÇA JURÍDICA POSITIVADA: INTERPRETAÇÃO, DECADÊNCIA E PRESCRITIBILIDADE – LUCIANO FERRAZ • REGIME ESTATUTÁRIO E ESTADO DE DIREITO – RICARDO MARCONDES MARTINS • **PARECERES:** VENCIMENTOS – AGENTE FISCAL DE RENDAS DO ESTADO DE SÃO PAULO (AFR) – IMPOSSIBILIDADE DE REDUÇÃO DOS SEUS VENCIMENTOS POR ATO ESTATAL SUPERVENIENTE À POSSE – NASCIMENTO DO DIREITO SUBJETIVO À PERCEPÇÃO DE VALORES DEVIDOS AOS AFRS – NATUREZA JURÍDICA DE VALORES DEVIDOS A TÍTULO DE “PRÓ LABORE” E PRÊMIO DE PRODUTIVIDADE – MAURÍCIO ZOCKUN • ASSOCIAÇÃO COM EMPRESA PRIVADA SEM LICITAÇÃO PARA CONSTITUÍREM SOCIEDADE DE PROPÓSITOS ESPECÍFICOS QUE DISPUTARÁ LICITAÇÃO DE CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO: INVALIDADE. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 32 E §§ DA LEI 9.074/1995 – CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO • **ESTUDOS E COMENTÁRIOS:** DEVIDO PROCESSO LEGAL SUBSTANTIVO: ENTRE O PASSADO E O FUTURO – ANGELO AUGUSTO COSTA • DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA: CONTROLE DE EXERCÍCIO E CONTROLE DE ATRIBUIÇÃO – RAFAEL MAFFINI • SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS: CABIMENTO NA HIPÓTESE DE RESTRIÇÃO ORÇAMENTÁRIA E NA CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS CONTINUADOS – VIVIANE VIEIRA DA SILVA • DA ESCOLHA DE LEILOEIROS OFICIAIS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PARA A ATUAÇÃO NAS EXECUÇÕES FISCAIS – CAROLINA ZANCANER ZOCKUN • ASSÉDIO MORAL NO SERVIÇO PÚBLICO – RAQUEL DIAS DA SILVEIRA