

ROMEU FELIPE BACELLAR FILHO

EMERSON GABARDO

DANIEL WUNDER HACHEM

Coordenadores

GLOBALIZAÇÃO, DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIREITO ADMINISTRATIVO

**NOVAS PERSPECTIVAS PARA O
DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIOAMBIENTAL**

JUSTO J. REYNA

Prefácio

DEMOCRACIA, INCLUSÃO DIGITAL E ACESSO À INTERNET	
Carol Proner	251
1 Introdução	251
2 O Brasil na era do acesso: Plano Nacional para Banda Larga	252
3 As concessões: tensão público-privada	255

INCLUSÃO TECNOLÓGICA E DESENVOLVIMENTO DEMOCRÁTICO	
Eneida Desiree Salgado	259
1 Considerações iniciais	259
2 O acesso à informação e aos meios de manifestação de opinião	260
3 Participação política — a promessa da democracia eletrônica	263
4 O espaço de discussão pública e as novas tecnologias	266
5 Por “uma democracia mais democrática”	269

PAINEL VI

SERVIÇOS PÚBLICOS E ATIVIDADE ECONÔMICA COMO MEIOS DE DESENVOLVIMENTO

SERVIÇO PÚBLICO, DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E A NOVA CONTRATUALIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: O DESAFIO NA SATISFAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	
Vivian Lima López Valle	273
1 O serviço público	274
2 O novo modelo contratual da Administração Pública através do contrato de parceria público-privada	279
3 A promoção do desenvolvimento econômico através da materialização dos direitos fundamentais	282
SERVIÇO PÚBLICO COMO DIREITO FUNDAMENTAL: MECANISMO DE DESENVOLVIMENTO SOCIAL	
Adriana da Costa Ricardo Schier	285

PAINEL VII

TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DEMOCRÁTICA

DEMOCRACIA, DERECHOS HUMANOS Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA	
Pablo Angel Gutiérrez Colantuono	299
1 Derechos humanos	299
2 Democracia y derechos humanos	300
3 Administración pública y derechos humanos	301
4 La igualdad como garantía estructural	301
5 El carácter tuitivo de la función administrativa	304
6 Administración pública e igualdad	306

DEMOCRACIA, DERECHOS HUMANOS Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA*

PABLO ANGEL GUTIÉRREZ COLANTUONO

1 Derechos humanos

La protección de los derechos humanos parte de la afirmación de la existencia de ciertos atributos inviolables de la persona humana que no pueden ser legítimamente menoscabados por el ejercicio del poder público. Se trata de esferas individuales que el Estado no puede vulnerar o en las que sólo puede penetrar limitadamente.¹ La administración pública es una de las personas obligadas por los pactos internacionales que regulan los derechos humanos a dar cumplimiento a tal mandato.

En nuestro continente, como es sabido, el sistema americano de derechos humanos cumple la función de garantizar la dignidad esencial del ser humano por medio de sus normas, su aplicación e interpretación por los organismos que las normas internacionales han creado.²

* Ponencia presentada en el I CONGRESSO DA REDE DOCENTE EUROLATINOAMERICANA DE DIREITO ADMINISTRATIVO, en el panel: "Tratados internacionais de direitos humanos e Administração Pública democrática", a las 18h30 del día 24.02.2011, en la Pontificia Universidade Católica do Paraná.

¹ Corte IDH, OC-6/86, *La Expresión "Leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, 9 de mayo de 1986, párrafo 21.

² Corte IDH, *Asunto de Viviana Gallardo y otras*. Resolución del 22 de julio de 1981, párrafos 15-16; OC-5/85, *La Colegiación Obligatoria de Periodistas (artículos 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, 13 de noviembre de 1985, opinión separada del juez Nieto Navia.

Un Estado miembro al rubricar el Pacto de San José de Costa Rica asume, entre otros, el compromiso previsto en el artículo 1.1 de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.³ Pesa sobre la administración pública tal deber.

Dicha noción va más allá del deber de instituir un orden normativo tendiente a la protección de los derechos; requiere —en rigor— el diseño y ejecución de una *conducta gubernamental* permanente que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.

Es por ello que se prevé en el propio Pacto el deber de dictar medidas necesarias para garantizar plenamente la eficacia de los derechos humanos en el orden interno — artículo 2 del Pacto.

2 Democracia y derechos humanos

Los deberes y derechos contemplados en el Pacto de San José de Costa Rica son entendidos en su plenitud a partir del objetivo central de proteger al hombre en el marco de una forma de convivencia concreta: la democracia.

La sujeción del Estado a la ley resulta consustancial con una sociedad democrática y expresa un derecho fundamental del hombre en sociedad tutelado en el sistema internacional, lo cual impide su postergación con base en motivaciones de orden colectivo. Como podemos notar, la ilegalidad afecta un interés primario de cualquier miembro de la comunidad sujeto a las reglas infringidas y dista de contener un simple problema organizacional. En la dinámica del Pacto de San José de Costa Rica la juridicidad cumple esa precisa función de evitar el ejercicio arbitrario del poder público y se constituye, por lo tanto, en una de las garantías más relevantes para la eficacia del sistema jurídico de protección de los derechos humanos.

³ Corte IDH, *Godínez Cruz v. Honduras*. Fondo. 20 de enero de 1989, párrafo 175.

3 Administración pública y derechos humanos

Dentro de la sistemática del Pacto la administración pública es una de las autoridades nacionales a las que se alude como obligadas a la aplicación en el derecho interno de las normas, reglas y principios contenidos en aquél. La actividad administrativa se encuentra alcanzada por la regla general de los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana: estos constituyen la base para la determinación de la responsabilidad internacional del Estado en materia de derechos humanos.

Cabe a la administración pública, como punto de contacto directo entre el Estado y las personas, expresar concretamente esa línea gubernamental de efectividad de los derechos humanos plasmándola día a día en sus actos administrativos, hechos, contratos, reglamentos, servicios públicos, obras y demás modalidades de ejercicio de sus competencias.

Esa condición de sujeto obligado a materializar en su ámbito de actuación los principios, garantías, derechos y deberes del Pacto de San José, obliga sin dudas a nuevos planteamientos de la actividad administrativa en general.

4 La igualdad como garantía estructural

Tradicionalmente se ha abordado al principio de igualdad como el derecho a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se concede a otros en iguales circunstancias.⁴ Los componentes esenciales de la noción son, entonces, la existencia de una básica similitud de circunstancias que activa la necesidad de un trato igualitario (impidiendo que se conceda a unos lo que se niega a otros) y el límite de razonabilidad impuesto al Estado al momento de efectuar distinguos entre aquellas circunstancias con el fin de justificar tratos diferenciales.

Este principio se presenta como un componente esencial e indelegable del ordenamiento jurídico, en tanto se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona. Por lo tanto los Estados sólo pueden establecer distinciones objetivas y razonables y de conformidad con el principio de la aplicación de la norma que mejor proteja a la persona humana.⁵

⁴ Corte Suprema de Justicia Argentina, *Olivar*, 1875, *Fallos*, 16:118; *Asociación Mutual Carlos Mujica*, 2003, *Fallos*, 326:3142; *Cía. Azucarera Bella Vista S.A.*, 2007, C. 623. XLI; por citar algunos.

⁵ Corte IDH, OC-18/03, donde se estableció que la garantía de igualdad integra el *ius cogens* internacional.

Ahora bien, erigir la igualdad como un elemento integrante del *ius cogens* y —por tal— como un derecho expresamente tutelado en el contexto de los tratados de derechos humanos, posee decisivas proyecciones al momento de su traslado a los esquemas domésticos.

Una de las consecuencias de ello es el deber de acatar los parámetros mínimos de tutela que se desprenden del Pacto obligación frente a la cual el reparto interno de atribuciones — sea territorial, sea orgánico — es inoponible.

La imperatividad de esos pisos mínimos de protección de los derechos —pisos que provienen de la esfera supranacional— impide que la diversidad propia de una organización federal del poder derive en una desigual protección o una afectación de esos estándares. Ello se acentúa al notar que los órganos encargados de controlar el respeto de las obligaciones convencionales tienen un solo obligado, el Estado federal, que no puede invocar el federalismo para justificar el incumplimiento de una directiva de los Pactos. De igual modo, un poder constituido no puede invocar la acción u omisión de otro según el reparto interno para excusar un incumplimiento del tratado. En fin, ese sistema imperativo considera irrelevante la distribución interna del poder en el plano territorial y orgánico a efectos de determinar el acatamiento de los Pactos.

A la luz de lo dicho, la variedad de soluciones propia del federalismo o de la independencia entre poderes tiene que ser entendida en el conjunto del sistema. Si bien la pluralidad de regulaciones no es por sí sola violatoria de la igualdad⁶ *sí lo es cuando ella determina un trato distinto en el goce sustancial de derechos fundamentales*. Esa sustancia es el límite a la diversidad. Se debe armonizar la necesidad de *uniformidad* de criterios mínimos de tutela junto a la *diversidad* de un derecho administrativo que por lo general en los sistemas federales se presenta como de competencia local. Y, en ese proceso, las realidades jurídicas tanto federal como provincial y municipal deben transformarse en pos de la efectivización de los principios plasmados en los textos convencionales, no ya a partir de la comprensión dada internamente a esos institutos, sino acatando las pautas interpretativas brindadas por los órganos supranacionales.

Los órganos internacionales han resaltado en varias oportunidades la imposibilidad de un Estado parte de justificar la falta de cumplimiento de una obligación convencional como resultado de su carácter federal, regla que es consecuencia directa del principio contenido en el artículo

⁶ STEDH, *Dudgeon v. Reino Unido*, 22 de octubre de 1981, voto disidente del juez Matscher.

27 de la Convención de Viena. Tiene dicho, así, la Corte Interamericana, que las obligaciones convencionales deben ser cumplidas por los Estados, “independientemente de su estructura federal o unitaria”.⁷ Esto no debe ser pasado por alto: es criterio plasmado en un punto resolutivo de una opinión consultiva que las disposiciones internacionales que conciernen a la protección de los derechos humanos deben ser respetadas por los Estados parte independientemente de su estructura federal o unitaria. De modo que la intención de anteponer elemento alguno propio del federalismo como justificativo para la omisión de efectivización de las obligaciones de respeto, aseguramiento, garantía y adaptación del derecho interno es hoy inadmisible por expresa decisión del órgano judicial interamericano.

Ha de recordarse también que el tribunal de San José de Costa Rica ha tenido la oportunidad de analizar intentos de Argentina, por ejemplo, de escudarse en el federalismo,⁸ desestimándolos de plano al señalar que “el artículo 28 de la Convención prevé la hipótesis de que un Estado federal, en el cual la competencia en materia de derechos humanos corresponde a los Estados miembro, quiera ser parte en ella”⁹ y que “dado que desde el momento de la aprobación y de la ratificación de la Convención *la Argentina se comportó como si dicha competencia en materia de derechos humanos correspondiera al Estado federal*, no puede ahora alegar lo contrario pues ello implicaría violar la regla del *estoppel*”. En cuanto a las “dificultades” invocadas por el Estado Nacional respecto a la implementación de las medidas de cumplimiento ordenadas en ese caso, la Corte Interamericana recordó que “según una jurisprudencia centenaria y que no ha variado hasta ahora, un Estado no puede alegar su estructura federal para dejar de cumplir una obligación internacional”. Fue así que el tribunal impuso la obligación de protección del derecho en juego en el caso —reparación— impidiendo a Argentina “excusarse en su organización federal ni en ninguna otra causal de orden administrativo”.

Ese temperamento ha sido seguido firmemente y se mantiene en diversos pronunciamientos de la Corte Interamericana,¹⁰ para quien,

⁷ Corte IDH, OC-16/99, párrafo 140 y punto resolutivo n° 8.

⁸ Corte IDH, *Asunto de la Cárcel de Urso Branco respecto de Brasil*. Resolución de Medidas Provisionales. 7 de julio de 2004, voto concurrente del juez Cançado Trindade, párrafo 15.

⁹ Tal afirmación no debe ser entendida como limitativa de los alcances de la cláusula federal a la etapa previa a la ratificación de la Convención, pues el artículo 28 habla de Estado *parte*, es decir, el que ya ha ratificado el tratado, regulando —en consecuencia— el modo de cumplimiento del Pacto por un Estado Federal.

¹⁰ Corte IDH, *Caso de las Penitenciarías de Mendoza*. Resolución de Medidas Provisionales. 30 de marzo de 2006. Ese criterio fue seguido por la Corte Federal Argentina en *Lavado*, 2006, *Fallos*, 329:3863.

ante la necesidad de protección el Estado no puede “alegar razones de derecho interno para dejar de tomar medidas firmes, concretas y efectivas en cumplimiento de las medidas ordenadas” ni “alegar la descoordinación entre autoridades federales y provinciales” para evitar la ocurrencia de nuevas violaciones. La unidad del obligado internacional impone relativizar la multiplicidad federal porque “más allá de la estructura unitaria o federal del Estado parte en la Convención, ante la jurisdicción internacional es el Estado como tal el que comparece ante los órganos de supervisión de aquel tratado y es éste el único obligado a adoptar las medidas. La falta de adopción por el Estado de las medidas compromete la responsabilidad internacional del mismo”.

Si el objetivo convencional es asegurar el goce uniforme —evitando tratos diversos— de la *sustancia* de los derechos fundamentales,¹¹ la multiplicidad de regulaciones propia del federalismo encuentra un límite en la necesidad de *nivelar las materias que involucren a esos derechos fundamentales*

5 El carácter tuitivo de la función administrativa

La CIDH al fallar el caso *Baena*¹² afirmó la aplicación directa de las garantías convencionales a la actividad administrativa desplegada por las autoridades públicas de cada Estado parte del tratado. Este estándar debe ser incorporado al sistema interno de cada Estado miembro como una regla explícita proveniente del Pacto de San José de Costa Rica.

En tal precedente la categoría de la tutela administrativa efectiva se suma a la conocida garantía convencional de la tutela judicial efectiva.

Ello es un eslabón más dentro de esa búsqueda de eficacia práctica en los instrumentos estatales de protección de los derechos y encuentra su propia funcionalidad desde dos elementos que le brindan contornos propios: a) el *papel preventivo* que se le asigna a partir de la finalidad de evitar el conflicto que da sustento a la intervención del juez, ello mediante una acción oficiosa de la administración y, b) el *potencial único* de la función administrativa para la obtención de ese propósito, en

¹¹ Com. IDH, Informe nº 3/87, Caso 9647, *Estados Unidos, Pena de muerte a menores de edad*, párrafos 62 y ss; Informe nº 8/91, 22 de febrero de 1991, Caso 10.180, *México, Estado de Nuevo León*, párrafo 40 y ss. Allí se dio el análisis de la Ley Electoral aprobada por el Congreso del Estado de Nuevo León —México— el 27 de mayo de 1987. Los peticionantes planteaban que la misma vulneraba el ejercicio de los derechos políticos reconocidos por el artículo 23 de la Convención Americana.

¹² Corte IDH, Caso *Baena Ricardo y otros Vs. Panamá*. 2 de febrero de 2001.

tanto actividad estatal que presenta los rasgos de inmediatez, practicada y concreción, es decir, de cercanía con la persona.

Es que para ser efectiva la tutela administrativa debe ser preventiva, evitando caer en la alta e innecesaria conflictividad judicial y en la responsabilidad internacional de Estado miembro.

La tutela administrativa pretende evitar por los mecanismos propios de la administración pública la configuración de un conflicto; adquiriendo, de generarse el mismo, plena virtualidad la tutela judicial.

El paradigma de la tutela administrativa efectiva se ubica en un estadio *previo* al nacimiento de la controversia que se somete al juez; busca —por medio de una intervención activa de la administración orientada a tutelar los derechos— prevenir el conflicto judicial. Desde ese ángulo, se procura reforzar la tutela judicial a través de un mandato al administrador para la neutralización directa de la afectación de derechos.

La característica de efectividad de esa tutela administrativa y su finalidad preventiva representan el nuevo contexto dentro del cual se inserta la actividad de la administración pública atravesada por el fenómeno de los derechos fundamentales. Derechos estos que en parte exteriorizan la vinculación del sistema jurídico interno con el internacional —continental americano— de los derechos humanos.

La actividad administrativa de estos tiempos debe ser estudiada desde la permeabilidad que registra la administración pública en tanto sujeto obligado en el marco de los artículos 1 y 2 del Pacto de San José.

El derecho administrativo encara así la difícil tarea quehacer de adecuar sus postulados al principio de subsidiariedad del sistema americano de derechos humanos, sabiendo que deberá brindar la plataforma normativa infraconstitucional necesaria para cumplir espontáneamente con las obligaciones exigibles en el marco de aquél.

El propósito, en definitiva, dista de ser teórico: si el orden jurídico se entronca en el aseguramiento de los derechos fundamentales de la persona debemos analizar las instituciones en su plano cotidiano para verificar si tal aseguramiento se logra. El desafío del derecho administrativo es, por estos tiempos, justamente el de rediseñar sus instituciones con el fin de hacerlas efectivas en términos de preservación de la dignidad del hombre.

En síntesis: la tutela administrativa efectiva debe ser entendida como un principio sustancial del obrar estatal de acuerdo con el cual *es deber (jurídicamente exigible) de la Administración Pública asegurar en todas sus actuaciones la posibilidad real, concreta, y sin excepciones de goce efectivo de los derechos fundamentales de la persona, en forma expedita.*

6 Administración pública e igualdad

El estudio orgánico de la administración pública, su materialización en actos, contratos, reglamentos y su vinculación con el ciudadano han sido diversos aspectos tematizados desde los propios orígenes del derecho administrativo.

Este ha presentado una evolución notable desde su inicio hasta nuestros días: de la mirada de aquella administración pública opaca, introvertida, con poderes exacerbados ha mutado hacia el estudio del vínculo del ciudadano con aquella en búsqueda del equilibrio entre garantías ciudadanas y prerrogativas públicas. El interés público o bien común aparecía como mediador, al menos para algunos observadores.

En la actualidad, los derechos fundamentales han irrumpido en el escenario central de la administración pública tanto desde el plano interno normativo como internacional. El derecho administrativo deja de ser doméstico, para internacionalizarse desde la perspectiva de los derechos humanos.

La administración aparece con un rol significativo: ser tutelar de los derechos y garantías del ciudadano bajo el principio de igualdad. Ello implica un cambio paradigmático de la función administrativa y por ende del objeto del estudio del derecho administrativo. Es que ahora la perspectiva científica debe partir desde los derechos y de cómo las prerrogativas públicas se enderezan en asegurar aquellos. Sumado al deber de garantizar un mínimo igualitario en el disfrute de los mismos a todo ciudadano.

Por otra parte, el derecho administrativo por estos tiempos parece enfrentarse a la necesidad de escapar a su mirada uniforme de las regulaciones administrativas: debe observar detenidamente las diferencias propias de una sociedad culturalmente diversa a fin de nivelar a todos sus integrantes en el disfrute de sus derechos. Por caso no puede ser la misma relación jurídica-administrativa la que une a la administración pública con el ciudadano, de aquella que la conecta con una empresa, una multinacional u otra estructura estatal.

Tampoco puede aparecer la administración con indiferencia frente a la diversidad de las personas que ejercen sus derechos frente a ella. No es la misma regulación jurídica administrativa la que ha de recibir una persona en situación de vulnerabilidad o especial protección constitucional que aquel ciudadano que no se encuentra en tales situaciones jurídicas. En las primeras, la administración deberá desplegar acciones de tipo positivas mientras que frente a los demás quizás bastará con el ejercicio regular de sus potestades.

Similares apreciaciones corresponden a las instituciones tradicionales que estudiara el derecho administrativo. El dominio público y privado y la relación que la administración puede generar con el ciudadano propietario tampoco puede ser estudiada bajo principios uniformes. Por sólo citar el caso de las comunidades indígenas, estas poseen un concepto de dominio y territorio muy distinto al sentido de propiedad individual que fuera gestada en el constitucionalismo liberal. Existe un abordaje cultural colectivo de la tierra¹³ que impone a la administración un comportamiento totalmente diverso al observado en otros tiempos.

En síntesis se necesita una nueva administración para nuevos tiempos donde sus competencias sean enderezadas a lograr la concreción igualitaria de la dignidad del hombre y su libertad tanto en perspectiva individual como social.

No es menor el trabajo que de aquí en mas le espera a nuestro derecho administrativo en su tarea de brindar las herramientas que le permitan a la administración lograr tales objetivos.

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

GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo Angel. Democracia, Derechos Humanos y Administración Pública. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). *Globalização, direitos fundamentais e direito administrativo: novas perspectivas para o desenvolvimento econômico e socioambiental: Anais do I Congresso da Rede Docente Eurolatinoamericana de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 299-307. ISBN 978-85-7700-501-7.

¹³ Ver Corte IDH, Caso *Comunidad Indígena Xákmok Kásex v. Paraguay*, 24 de agosto de 2010.

A Rede Docente Eurolatinoamericana de Direito Administrativo nasce como um compromisso plural. Trata-se de um grupo de professores de universidades públicas e privadas da América e Europa envolvido em um projeto institucional-pessoal, a fim de interagir sinergicamente para desenvolver a docência e a pesquisa em temas de Direito Administrativo que respondam às necessidades locais e globais. O que nos impulsiona é a certeza de que as instituições e os docentes devem assumir suas responsabilidades nesses tempos de ritmos frenéticos, de escala e de transformação social global, que encurralam um majoritário grupo de pessoas sem respeito aos seus direitos fundamentais. Esse é o nosso norte.

Justo J. Reyna

Profesor de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional del Litoral. Miembro fundador e Director Ejecutivo de la Rede Docente Eurolatinoamericana de Direito Administrativo.

www.editoraforum.com.br

CÓDIGO: 10000172

ISBN 978-85-7700-501-7

