



REVISTA DE INVESTIGAÇÕES CONSTITUCIONAIS

VOL. 2 | N. 1 | JANEIRO/ABRIL 2015 | ISSN 2359-5639



REVISTA DE INVESTIGAÇÕES CONSTITUCIONAIS

vol. 2 | n. 1 | janeiro/abril 2015 | ISSN 2359-5639 | Periodicidade quadrimestral

Curitiba | Núcleo de Investigações Constitucionais da UFPR | www.ninc.com.br

REVISTA DE INVESTIGAÇÕES CONSTITUCIONAIS

ISSN: 2359-5639



© 2014 NINC – Núcleo de Investigações Constitucionais da UFPR



Os trabalhos estão licenciados com uma Licença **Creative Commons – Atribuição-NãoComercial 4.0 Internacional**. É autorizada a reprodução total ou parcial exclusivamente para fins não comerciais e desde que inserida a fonte e indicada a autoria do texto, no formato indicado na página inicial de cada artigo.

Endereço: Praça Santos Andrade, n. 50, 3º andar –
Centro – CEP 80020-300 – Curitiba-PR – Brasil
Telefone: +55 41 3310-2683
Site: <http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs/index.php/rinc>
E-mail: revista@ninc.com.br

Supervisão editorial: Eliane Peçanha
Revisão: Equipe do NINC-UFPR
Bibliotecária: Paula Carina de Araújo – CRB 9/1562
Capa: Duilio David Scrok
Projeto gráfico: Duilio David Scrok
Diagramação: Duilio Scrok e Editora Íthala
(www.ithala.com.br)

Publicação eletrônica de acesso aberto
Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO

R454

Revista de Investigações Constitucionais / Universidade Federal do Paraná,
Núcleo de Investigações Constitucionais. – v.1, n.1 (jan./abr. 2014) –
Curitiba: UFPR, 2014-

Quadrimestral.

Endereço eletrônico: <http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs/index.php/rinc>

ISSN: 2359-5639

1. Direito. 2. Direito Constitucional. I. Universidade Federal do Paraná.
Núcleo de Investigações Constitucionais.

CDU 342
CDD 341.2

Catálogo na Fonte UFPR – Sistema de Bibliotecas – SiBi

Cobertura temática (classificação do CNPq):

Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Constitucional (6.01.02.05-5).

Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Teoria do Direito (6.01.01.00-8) / Especialidade: Teoria do Estado (6.01.01.03-2).

Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Administrativo (6.01.02.06-3).



Objetivo: A Revista de Investigações Constitucionais, fundada no ano de 2014, consiste em periódico científico eletrônico de acesso aberto e periodicidade quadrimestral promovido pelo NINC – Núcleo de Investigações Constitucionais do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná (www.ninc.com.br), e tem como objetivo principal a publicação de artigos jurídicos de excelência de autores nacionais e estrangeiros na seara constitucional.

Linha editorial: A linha editorial segue o eixo de concentração das atividades de pesquisa do NINC, com enfoque para o estudo crítico do Direito Constitucional e das instituições jurídico-políticas, especialmente em suas interfaces com as Teorias da Justiça, a democracia, os direitos fundamentais e a intervenção estatal, e seus pontos de contato com ramos jurídicos do Direito Público intimamente ligados com o Direito Constitucional, tais como o Direito Administrativo, o Direito Eleitoral e a Teoria do Estado.

Double blind peer review: A publicação dos artigos submete-se ao procedimento *double blind peer review*. Os trabalhos são remetidos sem identificação de autoria a dois pareceristas “*ad hoc*” portadores de título de Doutor, todos eles exógenos à Instituição promotora da revista (Universidade Federal do Paraná) e ao Estado do Paraná. Os pareceristas são, portanto, sempre Professores Doutores vinculados a renomadas instituições de ensino superior nacionais e estrangeiras.

EQUIPE EDITORIAL

Coordenador Editorial

Prof. Dr. Daniel Wunder Hachem

(Universidade Federal do Paraná e Pontifícia Universidade Católica do Paraná – Curitiba-PR, Brasil)

Conselho Editorial

Prof. Dr. Alberto Bianchi (Universidad Católica Argentina – Buenos Aires, Argentina)

Prof. Dr. Allan Brewer-Carías (Universidad Central de Venezuela – Caracas, Venezuela)

Prof. Dr. André Ramos Tavares (Universidade de São Paulo – São Paulo- SP, Brasil)

Prof. Dr. Carlos Bernal Pulido (Macquarie Law School – Sidney, Austrália)

Prof. Dr. Claudio Pereira Souza Neto (Universidade Federal Fluminense – Niterói-RJ, Brasil)

Prof. Dr. Clèmerson Merlin Clève (Universidade Federal do Paraná – Curitiba-PR, Brasil)

Prof. Dr. Christoph Bezemek (Universität Wien – Viena, Áustria)

Prof. Dr. Edilson Pereira Nobre Júnior (Universidade Federal de Pernambuco – Recife-PR, Brasil)

Prof. Dr. Gilberto Bercovici (Universidade de São Paulo – São Paulo-SP, Brasil)

Prof. Dr. Humberto Nogueira Alcalá (Universidad de Talca – Santiago, Chile)

Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – Porto Alegre-RS, Brasil)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Universidade de Fortaleza – Fortaleza-CE, Brasil)

Prof. Dr. Luís Roberto Barroso (Universidade do Estado do Rio de Janeiro – Rio de Janeiro-RJ, Brasil)

Prof^a Dr^a Maria Immordino (Università degli Studi di Palermo – Palermo, Itália)

Prof^a Dr^a Mônia Clarissa Hennig Leal (Universidade de Santa Cruz do Sul – Santa Cruz do Sul-RS, Brasil)

Prof. Dr. Néstor Pedro Sagüés (Universidad de Buenos Aires – Buenos Aires, Argentina)

Prof. Dr. Richard Albert (Boston College Law School – Boston, Estados Unidos da América do Norte)

Secretaria Executiva

Tuany Baron de Vargas

Luzardo Faria

Equipe de Redação e Revisão

Brunna Marin

Carolina Chagas

Érico Prado Klein

Luzardo Faria

Pedro Henrique Gallotti Kenicke

Renan Guedes Sobreira

Tailaine Cristina Costa

Tuany Baron de Vargas



Sumário

Contents

Editorial: Aspectos estruturantes das Constituições no Direito Comparado

Editorial: Structural aspects of the Constitutions in Comparative Law

DOL: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v2i1.44821>

Daniel Wunder Hachem 4

The expressive function of constitutional amendment rules

A relevante função das regras de mudança constitucional

DOL: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v2i1.43100>

Richard Albert.....7

O direito fundamental à água e sua intrincada satisfação no Direito colombiano

The constitutional right to water and its puzzling satisfaction in colombian law

DOL: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v2i1.43101>

Carlos Bernal Pulido65

Uma perspectiva histórica da jurisdição administrativa na América Latina: tradição europeia-continental versus influência norte-americana*

A historical perspective on administrative jurisdiction in Latin America: continental european tradition versus US influence

DOL: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v2i1.43658>

Ricardo Perlingeiro.....89

El derecho constitucional al debido procedimiento administrativo en la ley del procedimiento administrativo general de la República del Perú

The right to an administrative due process in the general administrative procedure act of Peru

DOL: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v2i1.43659>

Ramón A. Huapaya Tapia137

El nuevo constitucionalismo y las bases del orden jurídico

The new constitutionalism and the bases of the legal system

DOL: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v2i1.43660>

Juan Carlos Cassagne167

Los ejes centrales de la división de poderes en el Estado Constitucional de Derecho

The central pillars of the division of powers in the constitutional rule of law

DOL: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v2i1.43661>

Juan Gustavo Corvalán225

Storiografia giuridica e autonomie locali nell'Italia contemporanea

Juridical historiography and local autonomies in the Italy's contemporary age

DOL: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v2i1.43662>

Gianfranco Stanco257

A necessária relação entre democracia e controle social: discutindo os possíveis reflexos de uma democracia “não amadurecida” na efetivação do controle social da Administração Pública

The necessary link between democracy and social control: discussing the possible consequences of a “not mature” democracy in the effectiveness of social control of Public Administration

DOL: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v2i1.43663>

Caroline Müller Bitencourt

Eduarda Simonetti Pase293

Instruções para autores

Instructions for authors

.....313

Editorial

Editorial

Revista de Investigações Constitucionais

ISSN 2359-5639

DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v2i1.44821>



Licenciado sob uma Licença Creative Commons
Licensed under Creative Commons

Aspectos estruturantes das Constituições no Direito Comparado

Structural aspects of the Constitutions in Comparative Law

A Constituição, como fruto dos compromissos morais assumidos por uma determinada comunidade e traduzidos em comandos jurídicos, reflete as decisões mais fundamentais tomadas pelos diversos segmentos sociais no momento da sua elaboração. Condensa, portanto, valores essenciais compartilhados pela sociedade e ligados a opções políticas estruturantes por ela adotadas, com o intuito de que sejam observadas pelos poderes constituídos e pelos cidadãos.

As pesquisas que fazem parte deste número revelam alguns dos aspectos estruturantes das Constituições de países da América Latina, da Europa e dos Estados Unidos. Questões como a função das regras de alteração da Constituição estadunidense, o direito fundamental à água na Colômbia, o controle jurisdicional da Administração Pública nos Estados latino-americanos, o direito ao devido procedimento administrativo no Peru, as bases do ordenamento jurídico-constitucional e os eixos centrais da separação de poderes na Argentina, a autonomia local na Itália e o controle social da Administração no Brasil são enfrentadas pelos estudos ora apresentados, exibindo um interessante panorama de traços fundantes das Constituições desses países.

Esses trabalhos se encontram em 4 idiomas diferentes (inglês, espanhol, italiano e português), tendo sido redigidos por professores vinculados a 7 universidades de 6 países diferentes (Estados Unidos, Austrália, Peru, Itália, Argentina e Brasil). Desses

Como citar este editorial | How to cite this editorial: HACHEM, Daniel Wunder. Editorial: Aspectos estruturantes das Constituições no Direito Comparado. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 2, n. 1, p. 4-6, jan./abr. 2015. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v2i1.44821>.

artigos, 75% são de Professores Doutores, 75% escritos em língua estrangeira, 87% de autores estrangeiros e 100% de autores exógenos ao Estado do Paraná. São eles:

- The expressive function of constitutional amendment rules

Richard Albert

Associate Professor at Boston College Law School (Boston, USA)

- O direito fundamental à água e sua intrincada satisfação no Direito colombiano

Carlos Bernal Pulido

Professor Associado da Macquarie Law School (Sydney, Austrália)

- Uma perspectiva histórica da jurisdição administrativa na América Latina: tradição europeia-continental versus influência norte-americana

Ricardo Perlingeiro

Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense (Niterói – Rio de Janeiro, Brasil)

- El derecho constitucional al debido procedimiento administrativo en la ley del procedimiento administrativo general de la República del Perú

Ramón A. Huapaya Tapia

Profesor Ordinario de Derecho Administrativo de la Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú)

- El nuevo constitucionalismo y las bases del orden jurídico

Juan Carlos Cassagne

Profesor Titular Consulto de Derecho Administrativo de la Universidad de Buenos Aires – UBA (Buenos Aires, Argentina)

- Los ejes centrales de la división de poderes en el Estado Constitucional de Derecho

Juan Gustavo Corvalán

Profesor Adjunto de Elementos de Derecho Administrativo de la Universidad de Buenos Aires (Buenos Aires, Argentina).

- Storiografia giuridica e autonomie locali nell'Italia contemporanea

Gianfranco Stanco

Assistant Professor in History of Medieval and Modern Law at Università LUM "Jean Monnet" (Casamassima, Italy)

- A necessária relação entre democracia e controle social: discutindo os possíveis reflexos de uma democracia "não amadurecida" na efetivação do controle social da Administração Pública

Caroline Müller Bitencourt

Professora do PPGD – Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul (Santa Cruz do Sul-RS, Brasil)

Eduarda Simonetti Pase

Graduanda do Curso de Direito na Universidade de Santa Cruz do Sul (Santa Cruz do Sul-RS, Brasil)

Pretende-se, com a reunião desses estudos, proporcionar ao leitor uma visão diversificada dos temas centrais que vêm sendo debatidos no Direito Constitucional dos diferentes países analisados.

Curitiba, janeiro de 2015.

Prof. Dr. Daniel Wunder Hachem

Coordenador Editorial da Revista de Investigações Constitucionais



The expressive function of constitutional amendment rules*

A relevante função das regras de mudança constitucional

RICHARD ALBERT**

Boston College Law School (United States of America)
richard.albert@bc.edu

Recebido/Received: 24.11.2014 / November 24th, 2014

Aprovado/Approved: 10.12.2014 / December 10th, 2014

Resumo

A presente pesquisa enfoca a questão de como as mudanças constitucionais informais obscureceram a permanente relevância das regras de alteração formal da Constituição. Nesse artigo, retoma-se a atenção para as mudanças formais com o intuito de demonstrar que as regras de alteração formal – não as alterações formais, mas as próprias regras de alteração – desempenham uma função subestimada: expressar valores constitucionais. Delineando o tema a partir de Constituições nacionais, em particular a canadense, a sul-africana, a alemã e a estadunidense, ilustra-se como os constituintes podem implantar regras de alteração formal da Constituição para criar uma hierarquia constitucional formal que reflita

Abstract

The current scholarly focus on informal constitutional amendment has obscured the continuing relevance of formal amendment rules. In this article, I return our attention to formal amendment in order to show that formal amendment rules—not formal amendments but formal amendment rules themselves—perform an underappreciated function: to express constitutional values. Drawing from national constitutions, in particular the Canadian, South African, German, and United States constitutions, I illustrate how constitutional designers may deploy formal amendment rules to create a formal constitutional hierarchy that reflects special political commitments. That formal amendment rules may express constitutional values is both

Como citar esse artigo/How to cite this article: ALBERT, Richard. The expressive function of constitutional amendment rules. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 2, n. 1, p. 7-64, jan./abr. 2015. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v2i1.43100>

* This project was supported by the Boston College Law School Fund. This article first appeared in Volume 59:2 of the *McGill Law Journal*, published in 2013. For helpful comments and conversations, I thank Carlos Bernal-Pulido, Brannon Denning, Rosalind Dixon, Oran Doyle, Tom Ginsburg, Claudia Haupt, Ran Hirschl, Rick Kay, Mark Kende, David Landau, Will Partlett, Vlad Perju, Arie Rosen, Yaniv Roznai, Ozan Varol, Tom Kohler, and John Vile. I am grateful for the useful suggestions and criticisms I received from the three anonymous external reviewers who recommended this submission for publication. I have also benefitted from presenting earlier versions of this article at Indiana University–McKinney School of Law, the University of San Francisco Law School, the 2013 Annual Meeting of the Law & Society Association, and in the 2012–13 AADS works-in-progress lecture series at Boston College. I am also grateful to the editors of the *McGill Law Journal* for their outstanding editorial contributions to this article.

** Associate Professor at Boston College Law School (Boston, USA), where he specializes in constitutional law and comparative constitutional law. Juris Doctor – J.D. (Yale University); Bachelor of Civil Law – B.C.L. (Oxford University); Master of Laws – LL.M. (Harvard University). In 2010, he received the Hessel Yntema Prize, which is given annually to a scholar under the age of 40 to recognize “the most outstanding article” on comparative law. Richard Albert is Book Reviews Editor for the peer-reviewed *American Journal of Comparative Law*, an elected member of the International Academy of Comparative Law, an elected member of the Executive Committee of the American Society of Comparative Law, a member of the Governing Council of the International Society of Public Law, a Distinguished Academic Associate at the Centre for Law and Religion at Cardiff Law School, a Senior Research Fellow at the Council for Canadian Democracy, and a founding editor of I-CONNECT, the new scholarly blog of the International Journal of Constitutional Law (I-CON). E-mail: richard.albert@bc.edu

determinados compromissos políticos. O fato de que regras de alteração formal possam expressar valores constitucionais é uma contribuição simultaneamente elucidativa e complicadora para o seu estudo. Essa tese elucida o estudo das regras de alteração formal ao demonstrar que tais regras podem servir a um propósito que a doutrina ainda não as atribuiu; porém ela complica o estudo ao indicar que o texto constitucional por si só não é capaz de provar se os valores constitucionais expressos em regras de alteração formal representam compromissos políticos autênticos ou inautênticos.

Palavras-chave: regras de mudança constitucional; regras formais de alteração constitucional; valores constitucionais; hierarquia constitucional; entrenchamento formal.

a clarifying and a complicating contribution to their study. This thesis clarifies the study of formal amendment rules by showing that such rules may serve a function that scholars have yet to attribute to them; yet it complicates this study by indicating that the constitutional text alone cannot prove whether the constitutional values expressed in formal amendment rules represent authentic or inauthentic political commitments.

Keywords: constitutional amendment rules; formal amendment rules; constitutional values; constitutional hierarchy; formal entrenchment.

CONTENTS

1. Introduction; 2. The Functions of Constitutional Amendment Rules; 2.1. Why Entrench Formal Amendment Rules? 2.2. Values in the Constitutional Text; 3. Constitutional Values and Formal Amendment Rules; 3.1. Creating a Constitutional Hierarchy; 3.2. Constitutional Values and Constitutional Hierarchy; 3.3. Constitutional Hierarchy in Formal Amendment Rules; 4. The Authenticity of Formal Entrenchment; 4.1. Purpose and Perception; 4.2. Designing Constitutional Values; 4.3. Interpreting Constitutional Values; 5. Conclusion; 6. References.

1. INTRODUCTION

Formal constitutional amendment rules are largely corrective. Recognizing that a deficient constitution risks building error upon error until the only effective repair becomes revolution,¹ constitutional designers entrench formal amendment rules that can be used to peacefully correct the constitution's design.² Fixing defects is therefore an essential function of formal amendment rules. Political actors generally deploy formal amendment rules to "amend" a constitution — from the Latin verb "emendare" — in order to "free [it] from fault" or to "put [it] right."³ Yet formal amendment rules do more than entrench a procedure for perfecting apparent imperfections in the written constitution: they may also serve the underappreciated function of expressing constitutional values.

¹ LOEWENSTEIN, Karl. Reflections on the Value of Constitutions in Our Revolutionary Age. In: ZURCHER, Arnold J (Org.). **Constitutions and Constitutional Trends Since World War II**. New York: New York University Press, 1951. p. 191-215.

² BURGESS, John W. **Political Science and Comparative Constitutional Law I: Sovereignty and Liberty**. Boston: Ginn & Co, 1893. p. 137.

³ GARNER, Bryan A. **Modern American Usage**, 3 ed. New York: Oxford University Press, 2009. p. 41.

Much of the current scholarship on constitutional amendment explores *informal* amendment.⁴ This focus, while important, has obscured the continuing relevance of formal amendment rules. Consider formal and informal amendment practices in the United States. Today it is difficult,⁵ if not virtually inconceivable,⁶ to gather the supermajorities needed to formally amend the United States Constitution pursuant to Article V.⁷ That there have been only twenty-seven textual additions to the Constitution since 1789—and of those, ten were packaged as the Bill of Rights—reveals just how rarely political actors have resorted to the constitution's formal amendment procedures.⁸ Spurred by the difficulty of constitutional change through Article V,⁹ political actors

⁴ An informal amendment occurs "when political norms change, or courts (possibly responding to political pressures) 'interpret' or construct the constitution so as to bring it in line with policy preferences" (GINSBURG, Tom; POSNER, Eric A. *Subsconstitutionalism*. *Stanford Law Review*, California, vol. 62, p.1583-1600, 2010.) There is vast body of scholarship on informal amendment. See e.g. ACKERMAN, Bruce. **We the People 1: Foundations**. Cambridge: Belknap Press, 1991. p. 266; ACKERMAN, Bruce. **We the People 2: Transformations**. Cambridge: Belknap Press, 1998. p.383–420; WEBBER, Jeremy. **Reimagining Canada: Language, Culture, Community, and the Canadian Constitution**. Kingston: McGill-Queen's University Press, 1994. p. 260-305; STRAUSS, David A. **The Living Constitution**. New York: Oxford University Press, 2010. p. 120-39; JEFFERY, Charlie. Dimensions of Constitutional Change: Germany and the United Kingdom Compared. In: GUNLICKS, Arthur B (Org.). **German Public Policy and Federalism: Current Debates on Political, Legal, and Social Issues**. New York: Berghahn Books, 2003. p. 197-203; GRIFFIN, Stephen M. *Constituent Power and Constitutional Change in American Constitutionalism*. In: LOUGHLIN, Martin; WALKER, Neil (Org.). **The Paradox of Constitutionalism: Constituent Power and Constitutional Form**. New York: Oxford University Press, 2007. p. 49, 52-61; see also RAY, S.N. **Modern Comparative Politics: Approaches, Methods and Issues**, 3d. Delhi: Prentice-Hall of India, 2004. p. 117-131. (discussing formal and informal amendment in comparative perspective); DENNING, Brannon P. Means to Amend: Theories of Constitutional Change. **Tennessee Law Review**, Tennessee, vol.65, n.155, 1997. p.180–209. (surveying theories of informal amendment); GERKEN, Heather K. The Hydraulics of Constitutional Reform: A Skeptical Response to **Our Undemocratic Constitution**. **Drake Law Review**, Des Moines, vol. 55, n. 925, 2007. p.929-933. (cataloguing recent scholarship on informal constitutional amendment); see generally LEVINSON, Sanford (Org.). **Responding to Imperfection: The Theory and Practice of Constitutional Amendment**. Princeton: Princeton University Press, 1995. (compiling essays on constitutional change, both formal and informal) [Levinson, *Responding*].

⁵ See FRIEDMAN, Barry; SMITH, Scott B. The Sedimentary Constitution. **University of Pennsylvania Law Review**. Philadelphia, vol.147, p.1-45, 1998; KYVIG, David E. Arranging for Amendment: Unintended Outcomes of Constitutional Design. In: KYVIG, David E. (Org.). **Unintended Consequences of Constitutional Amendment**. Athens: University of Georgia Press, 2000. p.9, 10–11.

⁶ See LEVINSON, Sanford. **Our Undemocratic Constitution: Where the Constitution Goes Wrong (And How We the People Can Correct It)**, 2 ed. New York: Oxford University Press, 2006. p.21

⁷ US Const art V: "The Congress, whenever two-thirds of both Houses shall deem it necessary, shall propose Amendments to this Constitution, or, on the Application of the Legislatures of two thirds of the several States, shall call a Convention for proposing Amendments, which, in either Case, shall be valid to all Intents and Purposes, as part of this Constitution, when ratified by the Legislatures of three fourths of the several States, or by Conventions in three fourths thereof, as the one or the other Mode of Ratification may be proposed by the Congress; Provided that no Amendment which may be made prior to the Year One thousand eight hundred and eight shall in any Manner affect the first and fourth Clauses in the Ninth Section of the first Article; and that no State, without its Consent, shall be deprived of its equal Suffrage in the Senate."

⁸ See FISCH, William B. Constitutional Referendum in the United States of America, **American Journal Comparative Law** (supplement), Ann Arbor, vol. 54, n.4, 2006. p.485, 490-491.

⁹ See e.g. SCHEUERMAN, William E. Constitutionalism in an Age of Speed. **Constitutional Commentary**, Minneapolis, vol. 19, n. 2, p 353, 374–75; LUTZ, Donald S. Toward a Theory of Constitutional Amendment. **American Political Science Review**, Denton, vol. 88, n.2, 1994. p. 355- 364.

have innovated alternative methods to keep current the centuries-old constitution.¹⁰ Today, informal amendment prevails so predominantly over formal amendment that Article V amendments have been described as irrelevant.¹¹ But while Article V amendments may perhaps be irrelevant, Article V itself is not.

Like other formal amendment rules, Article V entrenches special political commitments. We can discern from Article V's equal suffrage clause, as well as its reference to the importation¹² and census-based taxation¹³ clauses, that federalism is an historically important constitutional value in the United States. Germany's formal amendment rules similarly reflect that state's constitutional values—specifically the value of human dignity, which is absolutely entrenched against formal amendment in the German Basic Law.¹⁴ We may also look to the Canadian and South African constitutions for evidence that formal amendment rules express constitutional values. Much like the formal amendment rules in the United States Constitution and the German Basic Law, the design of these rules in the Canadian and South African constitutions is more than simply corrective. As I will show,¹⁵ their formal amendment rules entrench a constitutional hierarchy that reflects a rank-ordering of constitutional values.¹⁶

In this article, I advance the scholarship on constitutional amendment by showing that formal amendment rules—not formal amendments, but the rules pursuant to which formal amendments themselves are made—express constitutional values. My thesis is neither that formal amendment rules *always* express constitutional values nor that designers necessarily intend formal amendment rules to serve this function. It is instead that formal amendment rules are *one* of the sites where constitutional designers may express a polity's constitutional values, both internally to the persons who are nominally or actually bound by its terms, and externally to the larger world. This article generates a research agenda for further inquiry into the use of formal amendment rules to express values.

¹⁰ See SAMAHA, Adam M. Dead Hand Arguments and Constitutional Interpretation. *Columbia Law Review*, New York, vol. 108, n. 1, 2008. p.606-618.

¹¹ See generally STRAUSS, David A. The Irrelevance of Constitutional Amendments. vol. 114, n.5 *Harvard Law Review*, Cambridge, 2001. p.1457-1460.

¹² "The Migration or Importation of such Persons as any of the States now existing shall think proper to admit, shall not be prohibited by the Congress prior to the Year one thousand eight hundred and eight, but a Tax or duty may be imposed on such Importation, not exceeding ten dollars for each Person".

¹³ "No Capitation, or other direct, Tax shall be laid, unless in Proportion to the Census or enumeration herein before directed to be taken"

¹⁴ *Basic Law for the Federal Republic of Germany*, 1949, translated by U.S. Department of State, arts 1(1) ("the dignity of man shall be inviolable"), 79(3) (absolutely entrenching article 1(1) against formal amendment) [*Basic Law*].

¹⁵ See Parts 2 and 3, below.

¹⁶ See *Constitution Act, 1982*, ss 38–49, being Schedule B to the *Canada Act 1982* (UK), 1982, c 11 [*Constitution Act, 1982*]; *Constitution of the Republic of South Africa, 1996*, n° 108 of 1996, s 74 [*Constitution of South Africa*].

This is a useful contribution to the study of formal amendment because it both clarifies and complicates their study. It clarifies it by demonstrating that formal amendment rules serve the underappreciated function of expressing constitutional values; yet it also complicates it by stressing that it is not always clear whether the constitutional values entrenched in formal amendment rules express authentic or inauthentic political commitments. This has important implications for constitutional design.

I begin, in Part II, by identifying and explaining the functions scholars have generally attributed to formal amendment rules; I show that none of these functions fully accounts for the expressive nature of formal amendment rules. In Part III, I draw from a number of national constitutions, including the constitutions of Canada and South Africa, to illustrate how formal amendment rules may entrench and express constitutional values by creating a formal constitutional hierarchy. Part IV confronts an analytical difficulty: the values that constitutional designers choose to entrench in formal amendment rules may reflect either actual or inauthentic political commitments. Using the German Basic Law as a model, I explain how we may discern whether entrenched constitutional values represent authentic political commitments. I suggest that the authenticity of the constitutional values entrenched in Germany's formal amendment rules derives from their validation by the Constitutional Court, their centrality to German political culture, and their entrenchment in the Basic Law. I conclude with additional thoughts for deepening the comparative study of formal amendment rules.

2. THE FUNCTIONS OF CONSTITUTIONAL AMENDMENT RULES

Few tasks in constitutional design are more important than structuring formal amendment rules.¹⁷ Scholars have attributed several functions to formal amendment rules. Scholars generally understand these rules as managing political action and regulating constitutional change: "Amending formulas set up mechanisms that endeavor to tame constitutional actors and encapsulate the relationship between the constitution and the passage of time."¹⁸ More specifically, formal amendment rules are said to distinguish a constitution from ordinary law, to structure the formal amendment process, to "precommit"¹⁹ future political actors, and to facilitate improvements or corrections to

¹⁷ See LEVINSON, Sanford. *Designing an Amendment Process*. In: FEREJOHN, John; RAKOVE, Jack N.; RILEY, Jonathan. (Orgs.) **Constitutional Culture and Democratic Rule**. Cambridge: Cambridge University Press, 2001. p. 271-275.

¹⁸ CONTIADES, Xenophon; FOTIADOU, Alkmene. *Models of Constitutional Change*. In: CONTIADES, Xenophon (Org.) **Engineering Constitutional Change: A Comparative Perspective on Europe, Canada and the USA**. New York: Routledge, 2013. p. 417-431.

¹⁹ See ELSTER, Jon. **Ulysses Unbound: Studies in Rationality, Precommitment, and Constraints**. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.

the constitutional text.²⁰ They also heighten public awareness, check political branches, promote democracy, and pacify constitutional change.²¹ Formal amendment rules do indeed serve each of these functions, as I will explain in this Part. But they should also be understood as one of several sites where constitutional designers may entrench and thereby express constitutional values. None of the functions scholars have attributed to them adequately reflects this expressive role.

2.1. Why Entrench Formal Amendment Rules?

First, as a basic matter, formal amendment rules distinguish constitutional text from ordinary legislation. Whereas laws are ordinarily subject to repeal or amendment by a simple legislative majority, a constitutional text is often subject to a higher threshold for alteration.²² This higher threshold could be approval by a legislative or popular supermajority, and it sometimes requires both.²³ More demanding procedures for formal amendment reflect both the relatively higher significance afforded to constitutions over laws and the view that ordinary law is derivative of constitutional law.²⁴ However, designing formal amendment rules so as to retain a constitution's distinction from ordinary law may be easier said than done, because it requires pinpointing precisely the right level of amendment difficulty.²⁵ The higher the frequency of formal amendment, the more the constitution may seem like an ordinary law.²⁶

²⁰ See Part 2.1, below.

²¹ See Part 2.1, below.

²² See SAJÓ, András. **Limiting Government: An Introduction to Constitutionalism**. New York: Central European University Press, 1999. p. 39-40; SCHMITT, Carl Schmitt, **Constitutional Theory**. ed and translated by Jeffrey Seitzer. Durham: Duke University Press, 2008. p. 71-72; SCHNEIER, Edward. **Crafting Constitutional Democracies: The Politics of Institutional Design**. New York: Rowman & Littlefield, 2006. p. 222. Although constitutions are generally subject to higher thresholds for repeal or formal amendment than are ordinary laws, it is nonetheless possible to make it feasible to repeal constitutions by simple majority vote, just as ordinary laws may themselves be entrenched against repeal by simple majority vote. See ALEXANDER, Larry. **Constitutions, Judicial Review, Moral Rights, and Democracy: Disentangling the Issues**. In: Huscroft, Gran. (Org.). **Expounding the Constitution: Essays in Constitutional Theory**. New York: Cambridge University Press, 2008. p. 119 - 120.

²³ See LANE, Jan-Erik. **Constitutions and Political Theory**, 2 ed. Manchester: Manchester University Press, 2011. p. 41. Formal amendment rules may also be designed to deny popular majorities the power of constitutional amendment by conferring that power exclusively upon political actors. See COLÓN-RÍOS, Joel I. **Weak Constitutionalism: Democratic Legitimacy and the Question of Constituent Power**. London: Routledge, 2012. p. 4. Formal amendment rules may similarly be designed to prevent fleeting majorities from making significant constitutional changes. See WALKER, Geoffrey de Q. **The Rule of Law: Foundation of Constitutional Democracy**. Carlton: Melbourne University Press, 1988. p. 381.

²⁴ See LUTZ, Donald S. **Toward a Theory of Constitutional Amendment**. In: LEVINSON, Sanford (Org.). **Responding to Imperfection: The Theory and Practice of Constitutional Amendment**. Princeton: Princeton University Press, 1995. p. 237-240 [Lutz, "Theory"].

²⁵ See VILE, John R. **Contemporary Questions Surrounding the Constitutional Amending Process**. Westport: Praeger, 1993. p. 2; WOLF-PHILLIPS, Leslie. Introduction. In WOLF-PHILLIPS, Leslie (Org.). **Constitutions of Modern States: Selected Texts and Commentary**. New York: Praeger, 1968. p. 25.

²⁶ See SULLIVAN, Kathleen. **Constitutional Amendmentitis**. *The American Prospect*. Fall, 1995. Available at: < <http://prospect.org> >.

Second, scholars have observed that formal amendment rules structure the process by which political actors change the text and meaning of a constitution. Formal amendment rules provide a legal and transparent framework within which to alter the constitution,²⁷ whereas informal amendment occurs arguably pursuant to extralegal procedures.²⁸ To call informal amendment extralegal is not to make a claim about its legitimacy. As Bruce Ackerman has argued, there exist informal—though nonetheless proper—procedures beyond those expressly detailed in Article V to amend the United States Constitution.²⁹ To describe informal amendment procedures as “extralegal” and formal amendment rules as “legal” is therefore only to highlight that informal amendment procedures are not outlined in a constitutional text, in contrast to formal amendment rules, which are entrenched within it.

Third, formal amendment rules precommit future political actors to the entrenched choices of the constitution’s authors. The strongest “precommitment” device is a subject-matter restriction on formal amendment, which constitutional designers entrench to privilege something in the constitutional design by making it unamendable.³⁰ To borrow from Sanford Levinson, a formally unamendable constitution would reflect constitutional designers’ “inordinate confidence in their own political wisdom coupled perhaps with an equally inordinate lack of confidence in successor generations.”³¹ Constitutional designers may also distrust political actors and consequently create formal

²⁷ See HART, Vivien. Democratic Constitution Making. **United States Institute of Peace Special Report 1 at 4**. 2003. Special report 107. Available at: < <http://www.usip.org/sites/default/files/resources/sr107.pdf>>.

²⁸ See DIXON, Rosalind; HOLDEN, Richard. Constitutional Amendment Rules: The Denominator Problem. In GINSBURG, Tom (Org.). **Comparative Constitutional Design**. New York: Cambridge University Press, 2012. p. 195. Akhil Amar has argued that Article V of the United States Constitution does not provide the only way to formally amend the text. His argument—that a majority of Americans may, by referendum, amend the Constitution—is a novel view on extralegal, yet nonetheless formal, constitutional amendment. See AMAR, Akhil Reed. Philadelphia Revisited: Amending the Constitution Outside Article V. **University of Chicago Law Review**, Chicago, vol. 55, n. 4, 1988. p. 1043-1060.

²⁹ ACKERMAN, Bruce A. Transformative Appointments. **Harvard Law Review**, Cambridge, vol. 101, n. 6, 1988. p.1164- 1179; see also sources catalogued in LEVINSON, Sanford (Org.). **Responding to Imperfection: The Theory and Practice of Constitutional Amendment**. Princeton: Princeton University Press, 1995. (compiling sources on informal amendment in both the United States and elsewhere). For critiques of Ackerman’s theory of informal amendment, see e.g. FLEMING, James E. We the Unconventional American People. **University of Chicago Law Review**, Chicago, vol. 65, n.4 1998. p.1513; KLARMAN, Michael J. Constitutional Fact/Constitutional Fiction: A Critique of Bruce Ackerman’s Theory of Constitutional Moments. **Stanford Law Review**, Stanford, vol. 44, n. 3, 1992, p.759. KRAMER, Larry. What’s a Constitution for Anyway? Of History and Theory, Bruce Ackerman and the New Deal. **Case Western Reserve Law Review**, Cleveland, vol. 46, n.3,1996. p.885; ROSENBERG, Gerald N. The Unconventional Conventionalist. **Green Bag**, Washington, DC, vol 2, n.2, 1999. p.209; SCHAUER, Frederick. Deliberating About Deliberation. **Michigan Law Review**, Ann Arbor, vol. 90, n.6, 1992. p.1187; SHERRY, Suzanna. The Ghost of Liberalism Past. **Harvard Law Review**, Cambridge, vol. 105, n.4, 1992. p. 918; TRIBE, Laurence H. Taking Text and Structure Seriously: Reflections on Free- Form Method in Constitutional Interpretation. **Harvard Law Review**, Cambridge, vol 198, n.6, 1995. p.1221.

³⁰ See ELSTER, Jon. Constitutionalism in Eastern Europe: An Introduction. **University of Chicago Law Review**, Chicago, vol. 52, n.2, 1991.p.447-471.

³¹ LEVINSON, Sanford. The Political Implications of Amending Clauses. **Constitutional Commentary**, Minneapolis, vol. 13, n. 1, 1996.p. 107-112 [Levinson, “Amending Clauses”].

amendment rules to limit their future choices.³² Lawrence Sager makes plain this connection between precommitment and distrust, arguing that constitutional designers make constitutions difficult to amend because “[w]e trust ourselves, perhaps, but not those who will succeed us in stewardship of our political community.”³³ The most important devices to foster precommitment, according to Jon Elster, are supermajorities and delays.³⁴

Fourth, scholars have explained that formal amendment rules offer a way to improve the design of a constitution by correcting the faults that time and experience reveal. Brannon Denning and John Vile have made this point persuasively:

“If the nation is to continue with a written constitution that contains the specificity of some of the provisions of the existing document, there will be times when, absent flagrant disregard for constitutional language, some amendments will be required as defects become apparent, or changes are desired.”³⁵

Amendment procedures allow political actors to respond to the changing political, social, and economic needs of the political community³⁶—needs that the governing constitution may inadequately serve, whether as a result of suboptimal constitutional design or new social circumstances.³⁷ Formal amendment rules therefore operate against the backdrop of human error and exist to redress shortcomings in the design of the constitution itself.³⁸

Formal amendment rules also heighten public awareness and deliberation. They invite political actors to debate and negotiate publicly about what they believe best serves the common interest, and they “ensure that society acts on well-founded and stable expectations about the consequences” of amending a constitution.³⁹ Formal amendment rules, which commonly require some form of supermajority action, “pro-

³² See BOUDREAUX, Donald J; PRITCHARD A C. *Rewriting the Constitution: An Economic Analysis of the Constitutional Amendment Process*. **Fordham Law Review**, New York, vol 62, n. 1, 1993. p. 111, 123-124.

³³ SAGER, Lawrence G. *The Birth Logic of a Democratic Constitution*. In: RAKOVE, Jack N.; RILEY, Jonathan. (Orgs.) **Constitutional Culture and Democratic Rule**. Cambridge: Cambridge University Press, 2001. p.110-124.

³⁴ ELSTER, Jon. **Ulysses Unbound: Studies in Rationality, Precommitment, and Constraints**. Cambridge: Cambridge University Press, 2000. p. 104.

³⁵ DENNING, Brannon P; VILE, John R. *The Relevance of Constitutional Amendments: A Response to David Strauss*. **Tulane Law Review**, New Orleans, vol 77, n.1, 2002. p. 247-275.

³⁶ See NEGRETTO, Gabriel L. *Toward a Theory of Formal Constitutional Change: Mechanisms of Constitutional Adaptation in Latin America*. In: NOLTE, Detlef; SCHILLING-VACAFLOR Almut (Org.). **New Constitutionalism in Latin America: Promises and Practices**. Farnham: Ashgate, 2012. p. 51-52.

³⁷ See KU, Raymond. *Consensus of the Governed: The Legitimacy of Constitutional Change*. **Fordham Law Review**, New York, v. 64, n.2, 1995. p. 535-542.

³⁸ See RASCH, Bjørn Erik; CONGLETON, Roger D. *Amendment Procedures and Constitutional Stability*. In CONGLETON, Roger D; SWEDENBORG, Birgitta (Org.) **Democratic Constitutional Design and Public Policy: Analysis and Evidence**. Cambridge, Mass: MIT Press, 2006. p. 319-326.

³⁹ See RASCH, Bjørn Erik; CONGLETON, Roger D. *Amendment Procedures and Constitutional Stability*. In CONGLETON, Roger D; SWEDENBORG, Birgitta (Org.) **Democratic Constitutional Design and Public Policy: Analysis and Evidence**. Cambridge, Mass: MIT Press, 2006. p.327.

mote careful consideration of the issues ... by forcing those in favor of a particular proposition to persuade a larger segment of the population.”⁴⁰ Therefore, for Donald Lutz, formal amendment rules are means “[t]o arrive at the best possible decisions in pursuit of the common good under a condition of popular sovereignty.”⁴¹ The product of this public deliberation—a formal amendment inscribed in the text of a constitution—in turn makes possible the publication and reinforcement of constitutional norms. Formal amendment, write Denning and Vile, “undeniably changes the Constitution in one significant respect: it adds language to the Constitution.”⁴² As a result, “[t]he publicity accompanying the change may, in fact, increase public expectations that the change will be honored by the other branches [of government], raising the costs of evasion or under-enforcement.”⁴³

Sixth, formal amendment rules also act as a check between branches of government. They give political actors a mechanism to revise the informal constitutional amendments entrenched by courts of last resort in the course of constitutional interpretation.⁴⁴ Rosalind Dixon observes that formal amendment rules allow political actors both to move courts toward new constitutional interpretations and to trump courts’ constitutional judgments.⁴⁵ Interestingly, however, formal amendment rules may also have the opposite effect depending on their rigidity. The more exacting the process of consummating a formal amendment, the more insulated from reversal by amendment the judiciary’s constitutional judgments become; conversely, the less burdensome the formal amendment process, the greater the power held by political actors to shape and reshape constitutional meaning.⁴⁶ The durability of judicial judgments is therefore directly proportional to the rigidity of formal amendment.

Scholars have also pointed to the democracy-promoting function of formal amendment rules. The right to amend a constitution is, above all, a right to democratic choice. Perhaps most prominently on this point, Jed Rubenfeld has argued that “[t]he

⁴⁰ KUJ, Raymond. Consensus of the Governed: The Legitimacy of Constitutional Change. **Fordham Law Review**, New York, v. 64, n.2, 1995. p. 571.

⁴¹ See LUTZ, Donald S. Toward a Theory of Constitutional Amendment. In: LEVINSON, Sanford (Org.). **Responding to Imperfection: The Theory and Practice of Constitutional Amendment**. Princeton: Princeton University Press, 1995. p. 237-240 [Lutz, “Theory”]. p. 239-40.

⁴² DENNING, Brannon P; VILE, John R. The Relevance of Constitutional Amendments: A Response to David Strauss. **Tulane Law Review**, New Orleans, vol 77, n.1, 2002. p. 279.

⁴³ DENNING, Brannon P; VILE, John R. The Relevance of Constitutional Amendments: A Response to David Strauss. **Tulane Law Review**, New Orleans, vol 77, n.1, 2002.

⁴⁴ See LAJOIE, Andr  e; QUILLINAN, Henry. Emerging Constitutional Norms: Continuous Judicial Amendment of the Constitution—The Proportionality Test as a Moving Target. **Law and contemporary problems**, Durham, vol. 55, n.1, 1992. p.285.

⁴⁵ DIXON, Rosalind. Constitutional Amendment Rules: A Comparative Perspective. In: GINSBURG, Tom; DIXON, Rosalind (Org.). **Comparative Constitutional Law**. Cheltenham: Edward Elgar, 2011. p. 96-98.

⁴⁶ LJPHART, Arend. **Patterns of Democracy: Government Forms and Performance in Thirty-Six Countries**. New Haven: Yale University Press, 1999. p. 228-30.

very principle that gives the [US] Constitution legitimate authority—the principle of self-government over time—requires that a nation be able to reject any part of a constitution whose commitments are no longer the people’s own.”⁴⁷ Rubenfeld concludes that “[t]hus written constitutionalism requires a process not only of popular constitution-writing, but also of popular constitution-rewriting.”⁴⁸ In addition to promoting the majoritarian bases of democracy, formal amendment rules may also promote the substantive dimensions of democracy, namely its counter-majoritarian and minority-protecting purposes. As Roger Congleton explains, formal amendment rules “support the rule of law insofar as constitutional stability is increased and/or minority protections are enhanced.”⁴⁹

Finally, scholars also interpret formal amendment rules as making possible sweeping but non-violent political transformations. This pacifying function is perhaps best articulated by Walter Dellinger, who posits that the Article V amendment process in the United States Constitution “represents a domestication of the right to revolution.”⁵⁰ Entrenching the rules of formal amendment in a constitutional text provides a roadmap for effecting constitutional changes that range from modest to major, without having to write an entirely new constitution, resort to irregular methods of constitutional renewal, or take up arms. In the United States at the Federal Convention of 1787, George Mason echoed this very point, recognizing that constitutional amendments would be inevitable but that “it will be better to provide for them, in an easy, regular and Constitutional way than to trust to chance and violence.”⁵¹ This function fosters a higher probability of constitutionally continuous—rather than constitutionally discontinuous⁵²—change under formal amendment rules. As Dixon explains, formal amendment rules “increase the chances that such change will occur (at least more or less) within existing constitutional frameworks, rather than via processes of whole-scale constitutional revision or overthrow.”⁵³

⁴⁷ RUBENFELD, Jed. **Freedom and Time: A Theory of Constitutional Self-Government**. New Haven: Yale University Press, 2001. p. 174.

⁴⁸ RUBENFELD, Jed. **Freedom and Time: A Theory of Constitutional Self-Government**. New Haven: Yale University Press, 2001.

⁴⁹ CONGLETON, Roger D. **Perfecting Parliament: Constitutional Reform, Liberalism, and the Rise of Western Democracy**. New York: Cambridge University Press, 2011. p. 287.

⁵⁰ DELLINGER, Walter. The Legitimacy of Constitutional Change: Rethinking the Amendment Process. **Harvard Law Review**, Cambridge, vol. 97, n.2, 1983. p.386-431.

⁵¹ FARRAND, Max (Org.). **The Records of the Federal Convention of 1787**, revised ed. vol.1. New Haven: Yale University Press, 1966.p.203.

⁵² Constitutional change is continuous where it occurs under the authority of the existing constitution and does not result in a new regime; in contrast, constitutional change is discontinuous where it does not occur under this authority. See SUBER, Peter. **The Paradox of Self-Amendment: A Study of Logic, Law, Omnipotence, and Change**. New York: Peter Lang, 1990. p. 18.

⁵³ DIXON, Rosalind. Constitutional Amendment Rules: A Comparative Perspective. In: GINSBURG, Tom; DIXON, Rosalind (Org.). **Comparative Constitutional Law**. Cheltenham: Edward Elgar, 2011. p. 97.

2.2. Values in the Constitutional Text

Formal amendment rules certainly do serve each of the eight functions that scholars have attributed to them. But they also have an additional function: to express constitutional values. Although some have suggested or recognized this claim, none has yet to fully develop the thesis that formal amendment rules either expressly declare or more subtly signal constitutional values. Samuel Finer, Vernon Bogdanor, and Bernard Rudden make this point most directly when they state in their important comparative study of constitutions that formal amendment rules “may express basic values.”⁵⁴ But these scholars mention this only in passing, without further development, and only in reference to unamendable constitutional provisions. As I will show in the pages to follow, unamendable provisions are not the only formal amendment rules that may express constitutional values.⁵⁵

Stephen Holmes and Cass Sunstein have made a similar observation. In their constitutional design scholarship advising new democracies how to structure their formal amendment rules, they explore both the tension between liberalism and democracy in designing formal amendment rules and the consequences for democracy of adopting stringent formal rules. Holmes and Sunstein argue that the procedures used to formally amend a constitution “[shed] light on the variety of theories underlying different liberal democracies.”⁵⁶ They conclude that formal amendment rules “[help] us identify the broad norms and basic commitments behind the constitutional fine print.”⁵⁷

Others have suggested more indirectly that formal amendment rules may be used to express constitutional values. Levinson, for example, has observed that Article V of the United States Constitution “varies the difficulty of the amendment process with the perceived importance of given issues,” referring specifically to the equal suffrage clause.⁵⁸ For their part, Denning and Vile have developed the notion of “[t]he [p]ublicity [f]unction of [w]ritten [a]mendments.”⁵⁹ But their focus has been on formal amendments themselves, not on the rules for their entrenchment. Dixon has noted that “various countries have established various distinct tracks for constitutional amendment that vary according to the subject-matter of a proposed amendment,” with specific ref-

⁵⁴ FINER, SE; BOGDANOR, Vernon; RUDDEN Bernard. **Comparing Constitutions**. Oxford: Clarendon Press, 1995. p. 13.

⁵⁵ See Part 3.3., below.

⁵⁶ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN Cass R. The Politics of Constitutional Revision in Eastern Europe. In: LEVINSON, Sanford (Org.). **Responding to Imperfection: The Theory and Practice of Constitutional Amendment**. Princeton: Princeton University Press, 1995. p. 275, 278-279.

⁵⁷ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN Cass R. The Politics of Constitutional Revision in Eastern Europe. In: LEVINSON, Sanford (Org.). **Responding to Imperfection: The Theory and Practice of Constitutional Amendment**. Princeton: Princeton University Press, 1995. p. 279.

⁵⁸ DIXON, Rosalind; HOLDEN, Richard. Constitutional Amendment Rules: The Denominator Problem. In GINSBURG, Tom (Org.). **Comparative Constitutional Design**. New York: Cambridge University Press, 2012. p. 122.

⁵⁹ DENNING, Brannon P; VILE, John R. The Relevance of Constitutional Amendments: A Response to David Strauss. **Tulane Law Review**, New Orleans, vol 77, n.1, 2002. p. 279.

erence to India and South Africa.⁶⁰ But these scholars have yet to explain and illustrate *how* formal amendment rules may actually express constitutional values.

Constitutional scholars have long argued, however, that *constitutions* may serve an expressive function. Some constitutions are written to reflect the meta-constitutional norms that bind a constitutional community and distinguish *this* particular community from others. Mark Tushnet explains that constitutions, both in their entrenched institutional arrangements and in the doctrines that emerge from their interpretation, “are ways in which a nation goes about defining itself.”⁶¹ As Tom Ginsburg has observed, “[i]n some polities, constitutions reflect and sometimes even create a shared consciousness, and so overcome regional or ethnic divisions.”⁶² He adds that “[t]he symbolic or expressive function of constitutions emphasizes the particularity of constitution-making. It is We the People that come together, and so the constitution embodies our nation in a distinct and local way different from other polities.”⁶³ Constitutions may therefore express values with the aspirational or functional purposes of self-definition and nation building.⁶⁴

Constitutions may also express values without exerting any immediate or perceptible legal effect. Sunstein has observed that constitutional provisions make statements about a nation’s objectives and aspirations, and that some may attribute significance to such statements even if the consequences of those statements are unclear.⁶⁵ He cites as an example an anti-discrimination norm upon which a society might insist “for expressive reasons even if [that society] does not know whether the law actually helps members of minority groups.” He continues: “The point bears on the cultural role of law, adjudication, and even of Constitutional Court decisions. When the Court makes a decision, it is often taken to be speaking on behalf of the nation’s basic principles and

⁶⁰ DIXON, Rosalind. Constitutional Amendment Rules: A Comparative Perspective. In: GINSBURG, Tom; DIXON, Rosalind (Org.). **Comparative Constitutional Law**. Cheltenham: Edward Elgar, 2011. p. 103.

⁶¹ TUSHNET, Mark. **Weak Courts, Strong Rights**: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law. Princeton: Princeton University Press, 2008. p. 12.

⁶² GINSBURG, Tom. Written Constitutions and the Administrative State: On the Constitutional Character of Administrative Law. In: ROSE-ACKERMAN, Susan; LINDSETH Peter L (Org.). **Comparative Administrative Law**. Cheltenham: Edward Elgar, 2010. p. 117-118.

⁶³ GINSBURG, Tom. Written Constitutions and the Administrative State: On the Constitutional Character of Administrative Law. In: ROSE-ACKERMAN, Susan; LINDSETH Peter L (Org.). **Comparative Administrative Law**. Cheltenham: Edward Elgar, 2010.

⁶⁴ But see LEVINSON, Sanford. The Constitution’ in American Civil Religion. **Supreme Court Review**, Chicago, vol. 123, 1979. (questioning whether the United States Constitution can serve as a source of national unity: “[i]t is ironic that a culture which has experienced a centuries-long ‘melancholy, long-withdrawing roar’ from religious faith can believe so blithely in the continuing reality of a collectivity of citizens organized around a constitutional faith” p. 150-151.

⁶⁵ SUNSTEIN. Cass R. On the Expressive Function of Law. **European Constitutional Law Review**, Cambridge, vol.5, n.1, 1996. p. 66-67.

commitments. This is a matter of importance quite apart from consequences, conventionally understood.”⁶⁶ Expression, then, is distinct from prohibition or authorization.

The values of a constitution reflect what Gary Jacobsohn calls the constitution’s identity.⁶⁷ To discern a constitution’s identity, the first though not the *only* place to look is its text.⁶⁸ The “writtenness”⁶⁹ of a constitution serves in part to codify a society’s fundamental ideals and structures;⁷⁰ but their codification and attendant interpretation need not remain static: they may change over time.⁷¹ This is to be expected since, as Mary Ann Glendon has explained in her comparative study of abortion and divorce, “law, in addition to all the other things it does, tells stories about the culture that helped to shape it and which it in turn helps to shape: stories about who we are, where we came from, and where we are going.”⁷² These stories, which we may broadly understand as representing the values held within a community, “seem to have a powerful influence not only on how legal norms are invented and applied within that system, but on how facts are perceived and translated into the language and concepts of the law.”⁷³ To deconstruct the metaphor, the values expressed by and in law filter throughout the legal system.

3. CONSTITUTIONAL VALUES AND FORMAL AMENDMENT RULES

Constitutional values are the foundation of any constitutional regime. They help us rank the regime’s rules, principles, and institutional arrangements relative to each other in a hierarchical order.⁷⁴ They inform the choices political actors make and how judges interpret the constitution, and they may also reflect how a regime defines itself, both internally and externally. Constitutional values are the equivalent of a trump card in constitutional adjudication: where a constitutional value is set against a non-constitutional value, the constitutional value will prevail in a conflict against the non-constitutional value of efficiency. Constitutional values may moreover be both preser-

⁶⁶ SUNSTEIN. Cass R. On the Expressive Function of Law. **European Constitutional Law Review**, Cambridge, vol.5, n.1, 1996.

⁶⁷ JACOBSON, Gary Jeffrey. **Constitutional Identity**. Cambridge, Mass: Harvard University Press, 2010. p.348.

⁶⁸ See SUNSTEIN. Cass R. On the Expressive Function of Law. **European Constitutional Law Review**, Cambridge, vol.5, n.1, 1996.

⁶⁹ See COAN, Andrew B. The Irrelevance of Writtenness in Constitutional Interpretation. **University of Pennsylvania Law Review**, Philadelphia, vol.158, n.4, 2010.p. 1025.

⁷⁰ See GREY, Thomas C. The Constitution as Scripture. **Stanford Law Review**, California, vol. 37, n.1, 1984.p.1-16.

⁷¹ For a discussion of the evolution of the United States Constitution as a symbol since its adoption, see LERNER, Max. Constitution and Court as Symbols. **The Yale Law Journal**, Danvers, vol.46, n.8, 1937.p. 1290, 1294–1305.

⁷² GLENDON, Mary Ann. **Abortion and Divorce in Western Law**. Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1987. p. 8.

⁷³ GLENDON, Mary Ann. **Abortion and Divorce in Western Law**. Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1987.

⁷⁴ See MURPHY, Walter F. Slaughter-House, Civil Rights, and Limits on Constitutional Change. **The American Journal of Jurisprudence**, South Bend, vol. 32, 1987. p.1-22.

vative and aspirational: they may seek to preserve something about the structure of the state—for instance, federalism or republicanism—just as they may aspire to an ideal that is imperfectly attainable but nonetheless deemed worth pursuing—for example, liberty or equality.⁷⁵

3.1. Creating a Constitutional Hierarchy

Constitutional values are contestable, however, for at least two reasons. First, the content of constitutional values may be contested because they are commonly stated at a high level of generality. This invites competing interpretations of such values as justice, fairness, or the rule of law.⁷⁶ Second, the actual identity of constitutional values may be contested because it is unclear how we are to identify which values do, or should, prevail in a constitutional community where those values are not expressly identified in a constitutional text.⁷⁷ Were it even possible to agree on a set of values, the challenge of mediating among them would remain. Where one value collides with another, the governing one may be difficult to predict without reference to an authoritative predetermined hierarchy of values, whether formally or informally entrenched.

Constitutional theory can help create a hierarchy of constitutional values. Consider the United States Constitution, a document whose text nowhere expressly declares which values hold greater significance than others. Given the Constitution's indeterminate text, how are we to identify the values that have precedence within it? Walter Murphy has developed one theory, among several possibilities, to rank-order the constitutional values in the United States Constitution. He begins by acknowledging the difficulty of ranking its values:⁷⁸ "At the root of the problem is that the American Constitution—like all such charters—tries to foster not one or two but a whole cluster of values."⁷⁹ But Murphy posits that in light of the evolution of the American polity since its founding, there is one value that is "most fundamental" among the Constitution's substantive values: human dignity.⁸⁰ With human dignity identified as the US

⁷⁵ Cass Sunstein borrows from Lawrence Lessig in his discussion of preservative and transformative constitutions. See SUNSTEIN, Cass R. **Designing Democracy: What Constitutions Do**. New York: Oxford University Press, 2001. p. 67-68.

⁷⁶ See PRIMUS, Richard A. When Should Original Meanings Matter? **Michigan Law Review**, Ann Arbor, vol. 107, n.2, 2008. p. 165, 172-173.

⁷⁷ PRIMUS, Richard A. When Should Original Meanings Matter? **Michigan Law Review**, Ann Arbor, vol. 107, n.2, 2008. p. 173-174.

⁷⁸ See MURPHY, Walter F. The Art of Constitutional Interpretation: A Preliminary Showing. In: HARMON, M Judd (Org.). **Essays on the Constitution of the United States**. Port Washington: Kennikat Press, 1978. p. 130-147.

⁷⁹ MURPHY, Walter F. The Art of Constitutional Interpretation: A Preliminary Showing. In: HARMON, M Judd (Org.). **Essays on the Constitution of the United States**. Port Washington: Kennikat Press, 1978.

⁸⁰ MURPHY, Walter F. The Art of Constitutional Interpretation: A Preliminary Showing. In: HARMON, M Judd (Org.). **Essays on the Constitution of the United States**. Port Washington: Kennikat Press, 1978. p. 156.

Constitution's *core* substantive value, we can then proceed to rank order the others by inquiring which are more or less consonant with serving human dignity.⁸¹

In addition to constitutional theory, constitutional interpretation can also help shape a hierarchy of values. Where the constitutional text does not entrench a formal hierarchy, courts may generate an informal one by way of constitutional interpretation, as constitutional interpretation inevitably compels judges to balance or reconcile competing claims. For example, a court could interpret a constitutional provision as being immune from legal challenges alleging a violation of a protected right or liberty, thereby conferring upon that provision a special status, perhaps as a result of historical circumstance (this is what the Supreme Court of Canada has done with respect to section 93 of the *Constitution Act, 1867*).⁸² Alternatively, a court could, through interpretation, create a hierarchy by adjudicating a dispute that requires the court to balance competing rights that collide.⁸³ When two or more rights and interests intersect, courts must determine which prevails over the other given the particular facts of the case. As courts resolve more cases like these, an informal constitutional hierarchy emerges among those rights and interests.

For example, in the absence of a textually explicit hierarchy of values in the United States Constitution, US constitutional law has created an informal hierarchy of values through the Supreme Court's constitutional interpretation. Over the course of American constitutional history, the Supreme Court of the United States has made judgments about which rights, rules, principles, and structures are worthy of greater protection

⁸¹ See MURPHY, Walter F. An Ordering of Constitutional Values. *Southern California Law Review*, Los Angeles, vol. 53, n.2, 1980. p.703-754.

⁸² See *Adler v Ontario*, [1996] 3 SCR 609 at 640–41, 140 DLR (4th) 385 [Adler]. *Adler* concerned the modern application of a founding arrangement requiring Quebec to protect the rights of its Protestant religious minority and Ontario to protect those of its Roman Catholic religious minority. The arrangement, which was entrenched in section 93 of Canada's *Constitution Act, 1867* ((UK), 30 & 31 Vict, c 3, reprinted in RSC 1985, App II, No 5 [*Constitution Act, 1867*]), required Quebec to fund Protestant religious schools and Ontario to fund Roman Catholic religious schools. Three groups of plaintiffs challenged the constitutionality of section 93. They argued that it violated the constitutional freedoms of conscience and religion as well as the right to equality—entrenched in the more recent *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (Part I of the *Constitution Act, 1982*)—insofar as it mandated the funding of religious schools for these religious minorities to the exclusion of mandatory funding for other religious faiths. In reaching its decision, the Supreme Court explained that “[s]ection 93 is the product of an historical compromise which was a crucial step along the road leading to Confederation” and that “[w]ithout this ‘solemn pact’, this ‘cardinal term’ of Union, there would have been no Confederation” (*Adler v Ontario*, [1996] 3 SCR 609 at 640–41, 140 DLR (4th) 385 [Adler], at 640). The Court interpreted section 93 as effectively immune from constitutional challenges based on the freedoms of conscience and religion as well as on the right to equality: “[a]s a child born of historical exigency, s. 93 does not represent a guarantee of fundamental freedoms”. *Adler* therefore exempts section 93 from constitutional challenge. It would be inaccurate to describe section 93 as trumping all other constitutional provisions, however; it is more accurate to regard section 93 having a status equal to the rights entrenched in the *Charter*.

⁸³ All constitutional courts engage in this form of balancing—which is commonly referred to as a proportionality analysis—whether the items to be balanced are rights, liberties, constitutional arrangements or structures, national values, or otherwise. See e.g. BEATTY, David M. *The Ultimate Rule of Law*. New York: Oxford University Press, 2004. (observing and theorizing the ubiquity of proportionality analysis in constitutional courts).

than others. Whether the context has been balancing one right against another, assessing the constitutionality of state action, or simply interpreting the constitutional text, the Supreme Court has effectively rank-ordered US constitutional provisions along a scale of relative importance. The Court's informal constitutional hierarchy is flexible, subject to revision by subsequent interpretation, and not entrenched against amendment; it is the product of dynamic interpretation, not of fixed constitutional design at the time of the Constitution's drafting. But it is nevertheless an authoritative declaration of values. In this way, the difficulty of using Article V to formally amend the US Constitution is mitigated by the Supreme Court's ability to informally order and reorder the hierarchy of constitutional values.

The US Supreme Court's informal hierarchy is reflected in its tripartite sequence of scrutiny applied to evaluating the constitutionality of state action: rational basis, intermediate, and strict scrutiny. As Richard Fallon has observed, these scrutiny tests emerged as a result of "the Supreme Court's solidifying commitment to a jurisprudential distinction between ordinary rights and liberties, which the government could regulate upon the showing of any rational justification, and more fundamental or 'preferred' liberties entitled to more stringent judicial protection."⁸⁴ The Court has traditionally reserved strict scrutiny—the most stringent level of skepticism shown to a government decision—for state action that is alleged to compromise, among others, racial equality,⁸⁵ political rights,⁸⁶ and fundamental freedoms.⁸⁷ The second highest level of scrutiny—intermediate scrutiny—has been applied to a category of rights and statuses that includes gender discrimination,⁸⁸ illegitimacy,⁸⁹ and commercial speech.⁹⁰ The US Supreme Court applies the lowest level of scrutiny—rational basis—to whatever does not fall within either strict or intermediate scrutiny.⁹¹ The Court's scrutiny standards

⁸⁴ FALLON, Richard H. Strict Judicial Scrutiny. *UCLA Law Review*, Los Angeles, vol.54, n.5, 2007. p. 1267-1285.

⁸⁵ See e.g. *Adarand Constructors v Pena*, 515 US 200, 115 S Ct 2097 (1995) (holding that all racial classifications must be subject to strict scrutiny).

⁸⁶ See e.g. *Citizens United v Federal Election Commission*, 558 US 310, 130 S Ct 876(2010) (right to political speech); *Tashjian v Republican Party of Connecticut*, 479 US 208, 107 S Ct 544 (1986) (right to association); *Kramer v Union Free School District No 15*, 395 US 621, 89 S Ct 1886 (1969) (right to vote).

⁸⁷ See e.g. *Saenz v Roe*, 526 US 489, 119 S Ct 1518 (1999) (right to travel); *Church of the Lukumi Babalu Aye v Hialeah (City of)*, 508 US 520, 113 S Ct 2217 (1993) (freedom of religion).

⁸⁸ See *United States v Virginia*, 518 US 515, 116 S Ct 2264 (1996); *Craig v Boren*, 429 US 190, 97 S Ct 451 (1976).

⁸⁹ See *Clark v Jeter*, 486 US 456, 108 S Ct 1910 (1988); *Lalli v Lalli*, 439 US 259, 99 S Ct 518 (1978).

⁹⁰ See *Central Hudson Gas & Electric Corp v Public Service Commission of New York*, 447 US 557, 100 S Ct 2343 (1980); *Virginia State Board of Pharmacy v Virginia Citizens Consumer Council, Inc*, 425 US 748, 96 S Ct 1817 (1976).

⁹¹ See e.g. *New York City Transit Authority v Beazer*, 440 US 568, 99 S Ct 1355 (1979); *Railway Express Agency v New York*, 336 US 106, 69 S Ct 463 (1949). But note that there are effectively two levels of rational basis review, one deferential and the other more rigorous. See YOSHINO, Kenji. The New Equal Protection. *Harvard Law Review*, Cambridge, vol. 124, n.3, 2011 .p. 747, at 759-760.

therefore express the relative standing of constitutional values by creating an informal hierarchy ordering rights and status along an ascending scale of importance.⁹²

In addition to constitutional theory and constitutional law, constitutional design offers another way to establish a hierarchy of values. In contrast to the informal hierarchy that develops through judicial interpretation, constitutional design can create a more formal hierarchy in three principal ways. First, constitutional designers may express values in the constitution's preamble. As Levinson explains, preambles sometimes convey a "commitment to some scheme of universal values."⁹³ Preambles often invoke such lofty ideals as justice,⁹⁴ liberty,⁹⁵ and democracy.⁹⁶ Although these values are often stated at a high level of generality that could render them content-less, recent scholarship shows that rights and principles listed in a constitution's preamble are increasingly interpreted as justiciable.⁹⁷

Second, designers may choose to express values elsewhere in the text of the constitution. For instance, the South African constitution opens, after its preamble, with a declaration that the state is founded on a series of values including human dignity, equality, non-racialism, non-sexism, the rule of law, and multi-party democratic government.⁹⁸ Spain likewise expressly states values in the text of its constitution outside the preamble, entrenching the statement that "Spain is hereby established as a social and democratic State, subject to the rule of law, which advocates freedom, justice, equality and political pluralism as highest values of its legal system."⁹⁹ Kazakhstan also follows this model, stating after the preamble of its constitution that "[t]he Republic of Kazakhstan proclaims itself a democratic, secular, legal and social state whose supreme values are the individual, his life, rights and freedoms."¹⁰⁰

⁹² See MASSEY, Calvin. The New Formalism: Requiem for Tiered Scrutiny? *Pennsylvania Constitutional Law Review*, Philadelphia, vol. 6, n.5, 2004.p. 945, 992-994.

⁹³ LEVINSON, Sanford. Do Constitutions Have a Point?: Reflections on 'Parchment Barriers' and Preambles. *Social Philosophy & Policy*, Cambridge, vol.28, n.1, 2011. p. 150-177.

⁹⁴ See e.g. *Constitution of the Republic of Angola*, 2008, preamble; *Constitution of the Republic of Paraguay*, 1992, No 63 of 1992, translated by Maria de Carmen Gress, preamble; *Constitution of the Bolivarian Republic of Venezuela*, 1999, translated by Ministry of Communication and Information of the Bolivarian Republic of Venezuela, preamble.

⁹⁵ See e.g. *Constitution of the Republic of Cuba*, 1976, translated by Anna I Vellvé Torras, preamble [*Constitution of Cuba*]; *Constitution de la République française*, 1958, JO, 5 October 1958 9151, preamble; *Constitution of Morocco*, 2011, translated by Jefri J Rucht, preamble.

⁹⁶ See e.g. *Constitution fédérale de la Confédération suisse*, 1998, preamble; *Constitution of the Republic of Uzbekistan*, 1992, preamble; *Constitution of the Republic of Zambia*, 1991, No 1 of 1991, as amended by *Constitution of the Republic of Zambia Act*, No 18 of 1996, preamble [*Constitution of Zambia*].

⁹⁷ See ORGAD, Liav. The Preamble in Constitutional Interpretation. *International Journal of Constitutional Law*, New York, vol.8, n.4, 2010.p. 714-738.

⁹⁸ See *Constitution of the Republic of South Africa*, 1996, n. 108 of 1996, s 1.

⁹⁹ *Constitution of Spain*, 1978, as amended to 1992, translated by Comparative Constitutions Project, s 1.

¹⁰⁰ *Constitution of the Republic of Kazakhstan*, 1995, as amended to No 403-IV of 2011, translated by the Constitutional Council of the Republic of Kazakhstan, art 1(1).

3.2. Constitutional Values and Constitutional Hierarchy

Constitutional designers may also entrench and therefore express constitutional values in a third way: in their design of formal amendment rules. When constitutional designers entrench these rules, they may be electing more than a formal amendment procedure; they may be choosing deliberately to identify special political commitments. Formal amendment rules should consequently be seen as a third site where constitutional designers may establish and express a formal hierarchy of values. I use the word *may* to stress that formal amendment rules are only sometimes intended to express values. The point is therefore a modest one. It is not that *all* formal amendment rules *always* convey constitutional values; instead, formal amendment rules are one of many sites within a constitutional order for entrenching values and communicating them both internally (within the constitutional community) and externally (beyond its borders). While all constitutional provisions express some form of both substantive and procedural values, insofar as they are the product of negotiation and often partisan political contests about how to govern a constitutional community, I am focusing on a relatively narrow dimension of constitutional design: the values expressed by the text of formal amendment rules.

With this in mind, consider three provisions—A, B, and C—in a hypothetical written federal constitution currently in draft, prior to its ratification, at a constitutional convention today. Assume that the constitutional designers create three different thresholds for formal amendment and that they make A subject to formal amendment by the lowest of the three formal thresholds: simple majority agreement in both houses of the national legislature and simple majority approval from the sub-national legislatures. The constitutional designers choose to require a higher threshold to formally amend B: supermajority in both houses and supermajority approval from the sub-national legislatures. The designers then subject C to the highest amendment threshold: supermajority agreement in both houses of the national legislature, supermajority approval from the sub-national legislatures, and a national referendum ratified by majority vote.

We can draw four interdependent conclusions about the constitutional designers' choices with respect to A, B, and C in this hypothetical constitutional design. First, we can conclude that the designers understand A, B, and C as qualitatively different from one another in some respect. Second, we can deduce that the designers wish to find a mechanism by which to validate these perceived qualitative differences. Third, we can recognize that the designers wish to convey their validation of these known differences by entrenching them somewhere in the constitutional text. More specifically, fourth, we can conclude that the designers have identified the rules of formal amendment as one place within the constitution in which they can validate, by way of escalating entrenchment, these known differences among A, B, and C.

This deliberate choice to vary the level of difficulty for formally amending A, B, and C could reflect one of three conclusions. These conclusions are not mutually exclusive and are closely related; yet it is important to distinguish them analytically, even though they may overlap. First, the choice to make one constitutional provision subject to a higher formal amendment threshold could represent a political bargain entered into by the constitutional designers for the sake of ratifying an otherwise “unratifiable” constitution. This possibility is illustrated by the equal suffrage clause in the United States Constitution,¹⁰¹ which requires a higher amendment threshold for changing a state’s voting power in the Senate than is required for amending anything else.¹⁰² The clause was a “constitutional essential”¹⁰³ to the adoption of the US Constitution; smaller states worried that without its protection, the larger, more populous states would overrun their interests.¹⁰⁴ Madison explained that the clause “was probably meant as a palladium to the residuary sovereignty of the States, implied and secured by that principle of representation in one branch of the Legislature; and was probably insisted on by the States particularly attached to that equality.”¹⁰⁵ Entrenching this heightened formal amendment protection was therefore a condition precedent to the Union.¹⁰⁶

The different thresholds for formally amending A, B, and C could also reflect the concern that future generations of political actors will be tempted to act in their self-interest by seeking to amend certain power-conferring constitutional provisions. The Honduran constitution illustrates such a concern. That constitution’s designers thought it necessary, given the nation’s history, to entrench presidential term limits against formal amendment;¹⁰⁷ accordingly, the constitutional text designates the presidential term limit provision as unamendable.¹⁰⁸ The durability and legitimacy of this rule were

¹⁰¹ See US Const, art V.

¹⁰² Another example of an absolutely necessary compromise provision in the US Constitution is the temporary entrenchment of the slave trade, as Ozan Varol explains in his study of temporary constitutions. See VAROL, Ozan O. Temporary Constitutions. *California Law Review*, Berkeley, vol. 102, [forthcoming in 2014].p. 40–42.

¹⁰³ SMITH, Douglas G. An Analysis of Two Federal Structures: The Articles of Confederation and the Constitution. *San Diego Law Review*, San Diego, vol.34, n.1, 1997. p. 249–322.

¹⁰⁴ Roger Sherman argued that “each State ought to be able to protect itself: otherwise a few large States will rule the rest” (FARRAND, Max (Org.). *The Records of the Federal Convention of 1787*, revised ed. vol.1. New Haven: Yale University Press, 1966. p.196). Sherman also suggested that “[t]he smaller States would never agree to the plan on any other principle (than an equality of suffrage in this branch[])” (p. 201).

¹⁰⁵ MADISON, James. The Federalist No. 43. In: COOKE, Jacob E (Org.). *The Federalist*. Middletown: Wesleyan University Press, 1961. p. 288–296.

¹⁰⁶ After several debates on the matter, the equal suffrage clause was adopted without opposition. See FARRAND, Max (Org.). *The Records of the Federal Convention of 1787*, revised ed. vol.1. New Haven: Yale University Press, 1966. p. 505–509.

¹⁰⁷ See COLLETT, Teresa Stanton. Judicial Independence and Accountability in an Age of Unconstitutional Constitutional Amendments. *Loyola University Chicago Law Journal*, Chicago, vol.41, n.2, 2010.p.327, 345–346.

¹⁰⁸ See *Constitution of the Republic of Honduras*, 1982, No 131 of 1982, arts 239 (establishing one-term rule), 374 (entrenching article 239 against formal amendment).

recently tested when then-President Manuel Zelaya proposed a national referendum on amending the term limit prohibition.¹⁰⁹

The choice to vary the level of amendment difficulty among A, B, and C could also reflect a third conclusion, which is the one that will occupy the remainder of this article. The different thresholds for formally amending A, B, and C could reflect a considered judgment about their relative importance. On this theory, to require a more demanding formal amendment threshold for C than for B, and likewise for B than for A, is to declare that C is the most important provision among the three, followed by B, and finally by A. What results from this constitutional design, then, is a formal constitutional hierarchy that identifies the principles, rules, rights, or structures that constitutional designers wish to privilege.¹¹⁰

3.3. Constitutional Hierarchy in Formal Amendment Rules

Constitutional values may therefore be ordered in a constitutional hierarchy in the design of formal constitutional amendment rules. In this section, I will demonstrate how constitutional hierarchies may emerge from four different designs of these rules: (1) an escalating structure of formal amendment rules, as exhibited by the Canadian, South African, Ghanaian, Nigerian, and Indian constitutions; (2) subject-matter restrictions, as demonstrated by the Cuban, Afghan, and Brazilian constitutions; (3) an escalating structure of formal amendment rules alongside subject-matter restrictions, with reference to the Ukrainian constitution; and (4) a non-escalating structure of formal amendment rules alongside subject-matter restrictions, as seen in the Cameroonian and Portuguese constitutions. I note at the outset that we should not attribute the intention to express a relative ordering of constitutional importance to all constitutional hierarchies. As I have stressed above, the entrenchment of a formal constitutional hierarchy can reflect one or more motivations, namely political bargaining, a defense against self-dealing, and the expression of values; it often reflects some combination of these three.

Consider first the Canadian *Constitution Act, 1982*. Its text creates five escalating tiers of entrenchment with different procedures to formally amend the constitution, each imposing higher and still higher thresholds for altering certain constitutional

¹⁰⁹ For a discussion and analysis of this episode, see e.g. WALSH, Frank M. The Honduran Constitution is Not a Suicide Pact: The Legality of Honduran President Manuel Zelaya's Removal. *Georgia Journal of International and Comparative Law*, Athens, vol. 38, n.2, 2010. p. 339; CASSEL, Doug. Honduras: *Coup d'Etat* in Constitutional Clothing?—Revision, *American Society of International Law*, Washington, DC, vol.13, n.9, 2009. Available at: <www.asil.org/insights091015.cfm>; RATLIFF, William. "Understanding the Mess in Honduras" *Forbes*, 28 September 2009, Available at: <www.forbes.com/2009/09/28/honduras-zelaya-insulza-opinions-contributors-william-ratliff.html>; MALKIN, Elisabeth, Honduran President Is Ousted In Coup. *New York Times*, 29 June 2009. Available at: <www.nytimes.com>.

¹¹⁰ I am grateful to Tom Ginsburg for the point that measuring amendment difficulty is challenging. For example, it is difficult to assess whether achieving a majority in a national referendum is harder than achieving a supermajority in a bicameral legislature. But when escalating amendment thresholds are cumulative rather than simply dissimilar, one can posit that each increasing threshold will be harder to achieve than the previous threshold.

provisions.¹¹¹ The first is known as the general amendment procedure, under which a formal amendment requires resolutions from both the House of Commons and the Senate as well as resolutions from at least two-thirds of the provinces representing at least half of the total provincial population.¹¹² This procedure is the Canadian constitution's default rule for formal amendment: unless otherwise specified, all formal amendments must be achieved using the general amendment procedure. The constitution also specifies that certain items—namely provincial representation in the Senate, senatorial powers and elections, and the creation of new provinces are amendable only through the general amendment procedure.¹¹³

The second amendment procedure is more stringent than the general procedure, requiring unanimous agreement among both houses of Parliament and each provincial legislature. It applies to five expressly designated matters: (1) the monarchy and its representation in Canada; (2) provincial representation in the House of Commons; (3) the use of English and French, subject to the bilateral/multilateral procedure discussed below; (4) the composition of the Supreme Court of Canada; and (5) the formal amendment procedures themselves. The third bilateral/multilateral procedure, in contrast, is less exacting than the general formula. Under this procedure, resolutions from both houses of Parliament and from the legislature(s) of an affected province are necessary for amendments relating to the alteration of boundaries between provinces, the use of English or French within a province, or any other matter applying to some but not all provinces.¹¹⁴

The fourth and fifth procedures—the federal unilateral procedure and its provincial unilateral equivalent—are even less exacting than the bilateral/multilateral

¹¹¹ See Constitution Act, 1982. Some scholars interpret Canada's formal amendment rules as consisting of seven different procedures. See e.g. HURLEY, James Ross. **Amending Canada's Constitution: History, Processes, Problems and Prospects.** Ottawa: Canada Communication Group, 1996. p. 69; KAHANA, Tsvi. Canada. In: OLIVER, Dawn; FUSARO, Carlo (Org.). **How Constitutions Change: A Comparative Study.** Portland: Hart Publishing, 2011. p. 9-25. But as Hurley concedes, "[o]pinions may vary, however, on the precise number of procedures" (HURLEY, James Ross. **Amending Canada's Constitution: History, Processes, Problems and Prospects.** Ottawa: Canada Communication Group, 1996. p. 69). I agree with Peter Hogg's interpretation that there are five formal amendment procedures. See HOGG, Peter W. Formal Amendment of the Constitution of Canada. **Law and contemporary problems**, Durham, vol. 55, n.1, 1992. p. 253-257.

¹¹² See Constitution Act, 1982. A province may opt out of a constitutional amendment passed using the general procedure in certain circumstances.

¹¹³ An amendment to the Constitution of Canada in relation to the following matters may be made only in accordance with subsection 38(1): (a) the principle of proportionate representation of the provinces in the House of Commons prescribed by the Constitution of Canada; (b) the powers of the Senate and the method of selecting Senators; (c) the number of members by which a province is entitled to be represented in the Senate and the residence qualifications of Senators; (d) subject to paragraph 41(d), the Supreme Court of Canada; (e) the extension of existing provinces into the territories; and (f) notwithstanding any other law or practice, the establishment of new provinces.

¹¹⁴ An amendment to the Constitution of Canada in relation to any provision that applies to one or more, but not all, provinces, including (a) any alteration to boundaries between provinces, and (b) any amendment to any provision that relates to the use of the English or the French language within a province, may be made by proclamation issued by the Governor General under the Great Seal of Canada only where so authorized by resolutions of the Senate and House of Commons and of the legislative assembly of each province to which the amendment applies.

procedure. The federal unilateral procedure authorizes the national Parliament to formally amend the Constitution by passing a law.¹¹⁵ This procedure applies only to matters relating to the executive government or the houses of Parliament, and excludes those matters concerning executive government and the national legislature that are expressly keyed to higher amendment thresholds.¹¹⁶ The provincial unilateral procedure authorizes provincial legislatures to formally amend their own constitutions by passing a law.¹¹⁷ This procedure applies to all provincial matters except those specifically assigned higher amendment thresholds.

It is possible to conceptualize these amendment procedures along an ascending scale of difficulty. Each procedure adds an additional hurdle before political actors may consummate a formal amendment. (For the moment, let us set aside the provincial unilateral amendment procedure because it applies only to amendments of a provincial, not the national, constitution, although we should understand a provincial constitution to incorporate parts of the written and unwritten constitution of Canada, and likewise the written and unwritten constitution of Canada incorporates within it parts or all of each of the provincial constitutions.) The procedures along each threshold are cumulative; each one incorporates the lower threshold in some manner. The lowest level of amendment—the federal unilateral procedure—requires simple majorities in each of the two houses of Parliament. The next highest threshold—the bilateral/multilateral procedure—demands both the requirements of the federal unilateral procedure and a resolution from the affected province(s). The general formula is the third highest threshold; it requires both the agreement of the two houses of Parliament and the consent of seven of the ten provinces representing at least fifty per cent of the provincial population. Finally, the unanimity requirement is the hardest one of all, requiring both houses of Parliament and each of the ten provinces to agree.

These escalating tiers of formal entrenchment may signal constitutional designers' intent to match the level of formal amendment difficulty to the significance of the role the designated provision occupies, either functionally in the constitutional regime or symbolically in the constitutional text.¹¹⁸ For Stephen Scott, the multiple formal amendment procedures should be seen as "standing in a hierarchy, so that the former stands

¹¹⁵ "Subject to sections 41 and 42, Parliament may exclusively make laws amending the Constitution of Canada in relation to the executive government of Canada or the Senate and House of Commons.

¹¹⁶ In a current project related to the recent Senate Reference, I am developing the argument that Canada's escalating design of formal amendment rules are more complicating than clarifying.

¹¹⁷ "Subject to section 41, the legislature of each province may exclusively make laws amending the constitution of the province"

¹¹⁸ I am currently completing a paper in which I explore the origins and evolution of Canada's formal amendment rules. This paper will show that although the design of Canada's escalating amendment rules were intended to express values along a constitutional hierarchy, their design was also constrained by constitutional history in important ways that have yet to be explored.

to the latter as the ‘more difficult’ to the ‘less difficult’—with Scott referring to the more comprehensive and less comprehensive procedures, respectively.¹¹⁹ Peter Hogg observes that the highest level of formal entrenchment in the Canadian constitution—the unanimity procedure—applies to the most important matters, what he calls “specially entrenched” provisions that are have national significance: “The five listed topics are specially entrenched because they are deemed to be matters of national significance which should not be altered over the objection of even one province.”¹²⁰ Walter Dellinger makes a similar observation, noting that Canada’s formal amendment rules provide “special protection to certain very fundamental matters,” distinguishing the highest amendment threshold from the lower ones.¹²¹ Escalating amendment thresholds may therefore be deployed, as they have been in Canada, to make it harder to amend special constitutional provisions, though they may also be the result of a political bargain or a defense against self-interest, as discussed above.

The South African constitution’s escalating tiers of formal amendment are similar to those in Canada’s *Constitution Act, 1982*. The South African constitution entrenches three amendment procedures which, like the formal amendment thresholds in the Canadian constitution, may each be used to amend a limited universe of constitutional provisions. Take the most demanding formal amendment procedure. It requires approval by three-quarters of South Africa’s National Assembly and two-thirds of its National Council of Provinces, and it must be used for any formal amendment to the constitution’s declaration of values and to this amendment formula.¹²² The mid-level formula calls for a lower threshold—two-thirds approval in the National Assembly and two-thirds approval in the National Council of Provinces—and applies to any formal amendment to the Bill of Rights, the National Council of Provinces, and provincial matters. The least demanding formula requires only two-thirds approval in the National Assembly and is to be used for formal amendments to all other constitutional matters. What results from these escalating thresholds of formal amendment is a constitutional hierarchy, with South Africa’s stated constitutional values and the formal amendment procedures at the top, the Bill of Rights and provincial matters in the middle, and all other constitutional provisions below.

¹¹⁹ SCOTT, Stephen A. *Pussycat, Pussycat or Patriation and New Constitutional Amendment Processes*. **Western Journal of Legal Studies**, London, CA, vol.20, 1982. p. 247-304.

¹²⁰ HOGG, Peter W. **Constitutional Law of Canada**. 5. ed. Toronto: Carswell, 2012.p. 4-25.

¹²¹ DELLINGER, Walter. *The Amending Process in Canada and the United States: A Comparative Perspective*. **Law and contemporary problems**, Durham, vol. 45, n.4, 1982. p. 283-300.

¹²² *Constitution of South Africa*, s 74(1). The constitution’s statement of constitutional values proclaims that [t]he Republic of South Africa is one, sovereign, democratic state founded on the following values: (a) Human dignity, the achievement of equality and the advancement of human rights and freedoms. (b) Non-racialism and non-sexism. (c) Supremacy of the constitution and the rule of law. (d) Universal adult suffrage, a national common voters roll, regular elections and a multi-party system of democratic government, to ensure accountability, responsiveness and openness.

A similar hierarchy is observable in other constitutions that entrench escalating thresholds of formal amendment. In the Ghanaian constitution, formally amending certain provisions, for example the constitution's protections for fundamental rights and freedoms,¹²³ requires a very high threshold of agreement: there must be a proposal in Parliament and consultation with the Council of State, followed by a referendum with at least forty per cent popular participation and three-quarters approval, ratification by Parliament, and assent from the President.¹²⁴ In contrast, another group of constitutional provisions, for instance the provision authorizing the President to appoint the Chief of Defense Staff of the Armed Forces, may be amended by a moderately less onerous process requiring a proposal in Parliament, consultation with the Council of State, two successive votes of two-thirds approval in Parliament, and the President's assent.¹²⁵ The Ghanaian constitution thus has a two-tier hierarchy that sets fundamental rights and freedoms apart from other provisions.

Likewise, under the Nigerian constitution, there is a difference in thresholds for formally amending different provisions: the Nigerian constitution has a similar two-tier hierarchy that results from its escalating model of formal amendment. At the higher threshold, a formal amendment requires four-fifths approval in both houses of the national legislature as well as two-thirds approval from all sub-national legislatures. This threshold applies to provisions concerning fundamental rights, the creation of new sub-national units, adjustments to territorial boundaries, and the formal amendment

¹²³ *Constitution of the Republic of Ghana*, 1992, arts 12–33 [*Ghanaian Constitution*].

¹²⁴ art 290. Fundamental rights and freedoms are considered “entrenched” in the *Ghanaian Constitution*. The following procedures govern the formal amendment of “entrenched” provisions:

(2) A bill for the amendment of an entrenched provision shall, before Parliament proceeds to consider it, be referred by the Speaker to the Council of State for its advice and the Council of State shall render advice on the bill after thirty days after receiving it.

(3) The bill shall be published in the *Gazette* but shall not be introduced into Parliament until the expiry of six months after the publication in the *Gazette* under this clause.

(4) After the bill has been read the first time in Parliament it shall not be proceeded with further unless it has been submitted to a referendum held throughout Ghana and at least forty percent of the persons entitled to vote, voted at the referendum and at least seventy-five percent of the persons who voted cast their votes in favour of the passing of the bill.

(5) Where the bill is approved at the referendum, Parliament shall pass it.

(6) Where a bill for the amendment of an entrenched provision has been passed by Parliament in accordance with this article, the President shall assent to it (arts 290(2)–(6)).

¹²⁵ art 291. The following procedures govern the formal amendment of “non-entrenched” provisions:

(1) A bill to amend a provision of this Constitution which is not an entrenched provision shall not be introduced into Parliament unless—

(a) it has been published twice in the *Gazette* with the second publication being made at least three months after the first; and

(b) at least ten days have passed after the second publication.

(2) The Speaker shall, after the first reading of the bill in Parliament, refer it to the Council of State for consideration and advice and the Council of State shall render advice on the bill within thirty days after receiving it.

(3) Where Parliament approves the bill, it may only be presented to the President for his assent if it was approved at the second and third readings of it in Parliament by the votes of at least two thirds of all the members of Parliament.

(4) Where the bill has been passed in accordance with this article, the President shall assent to it (*ibid*).

rules themselves.¹²⁶ Other constitutional provisions may be formally amended with a lower threshold requiring two-thirds approval in both houses of the national legislature and two-thirds approval among sub-national legislatures.¹²⁷

The Indian constitution also entrenches two amendment thresholds. The higher threshold applies exclusively to specifically designated provisions, while the lower threshold applies to all others. The lower threshold requires either house of the national legislature to propose an amendment, each house to pass it by a supermajority, and the President to assent to it.¹²⁸ All constitutional provisions are subject to this rule of formal amendment unless they concern the formal amendment rules themselves, the presidential electoral college, Union courts, federalism, or the relative powers of the national and sub-national governments. Where an amendment relates to these subjects, the Indian constitution requires an additional voting procedure prior to the President's assent: at least half of the sub-national legislatures must ratify the amendment. Just as the Indian constitution suggests through its entrenchment of formal amendment rules that certain provisions may be more highly valued or more politically salient than others, so do the Canadian, South African, and Nigerian constitutions.

We can likewise discern a constitutional hierarchy in subject-matter restrictions on formal amendment rules. When a constitutional text distinguishes one provision from another by expressly designating one of them as impervious to the formal amendment rules that apply to the other, one possible message both conveyed and perceived is that one of the two provisions is more highly valued. The degree to which

¹²⁶ *Constitution of the Federal Republic of Nigeria*, 1999, No 27 of 1999, s 9(3):

An Act of the National Assembly for the purpose of altering the provisions of this section, section 8 or Chapter IV of this Constitution shall not be passed by either House of the National Assembly unless the proposal is approved by the votes of not less than four-fifths majority of all the members of each House, and also approved by resolution of the Houses of Assembly of not less than two-thirds of all the States.

¹²⁷ An Act of the National Assembly for the alteration of this Constitution, not being an Act to which section 8 of this Constitution applies, shall not be passed in either House of the National Assembly unless the proposal is supported by the votes of not less than two-thirds majority of all the members of that House and approved by resolution of the Houses of Assembly of not less than two-thirds of all the States.

¹²⁸ See *Constitution of the Sovereign Democratic Republic of India*, 1950, art 368(2):

An amendment of this Constitution may be initiated only by the introduction of a Bill for the purpose in either House of Parliament, and when the Bill is passed in each House by a majority of the total membership of that House and by a majority of not less than two-thirds of the members of that House present and voting, it shall be presented to the President for his assent and upon such assent being given to the Bill, the Constitution shall stand amended in accordance with the terms of the Bill:

Provided that if such amendment seeks to make any change in—

- (a) Article 54, Article 55, Article 73, Article 162 or Article 241, or
- (b) Chapter IV of Part V, Chapter V of Part VI, or Chapter I of Part XI, or
- (c) any of the Lists in the Seventh Schedule, or
- (d) the representation of States in Parliament, or
- (e) the provisions of this Article,

the amendment shall also require to be ratified by the Legislatures of not less than one-half of the States specified in Parts A and B of the First Schedule by resolutions to that effect passed by those Legislatures before the Bill making provision for such amendment is presented to the President for assent.

a constitutional provision is insulated from formal amendment and from the unpredictability of constitutional politics is in this case a proxy for preference. The stricter its entrenchment, the higher the constitutional worth of a given provision. Absolute entrenchment against formal amendment is thus the strongest statement of a provision's value.¹²⁹

To illustrate the point, consider a few examples of these subject-matter restrictions. The Cuban constitution absolutely entrenches socialism against formal amendment. The text states that socialism "is irrevocable, and Cuba will never go back to capitalism."¹³⁰ For Afghanistan, the similarly situated value is Islam: the Afghan constitution declares that "[t]he principles of adherence to the tenets of the Holy religion of Islam as well as Islamic Republicanism shall not be amended."¹³¹ And in Brazil, federalism occupies the privileged position that socialism and religion occupy in Cuba and Afghanistan, respectively, insofar as its constitutional text states that "[n]o proposed constitutional amendment shall be considered that is aimed at abolishing ... the federalist form of the National Government."¹³² These content restrictions on the operation of formal amendment rules tell us just how much socialism, religion, and federalism matter in Cuba, Afghanistan, and Brazil. Constitutional designers regarded these principles as so important as to disable the formal amendment rules against them altogether.

A constitutional hierarchy can also emerge concurrently from the combination of formal amendment rules and subject-matter restrictions. Consider the Ukrainian constitution, a text that entrenches subject-matter restrictions alongside escalating tiers of formal amendment. The Ukrainian constitution's designers set apart three items from others—human rights and freedoms, national independence, and territorial integrity—by designating them as formally unamendable.¹³³ Visually, we can place these unamendable provisions at the summit of the constitutional hierarchy. At the intermediate level of the hierarchy of importance, we can place the Ukrainian constitution's statement of general principles, its rules for elections and referenda, and the formal amendment rules themselves, for which the constitution requires a proposal by either the President or two-thirds of the national legislature, adoption again by a two-thirds

¹²⁹ See GALSTON, Miriam. Theocracy in America: Should Core First Amendment Values be Permanent? *Hastings Constitutional Law Quarterly*, San Francisco, vol. 37, n. 1, 2009. p. 65-115.

¹³⁰ *Constitution of the Republic of Cuba, 1976, Codification of 2003*, translated by Anna I Vellvé Torras & William S Hein & Co, Inc, s 3.

¹³¹ *Constitution of the Islamic Republic of Afghanistan, 2004*, translated by Comparative Constitutions Project, art 149 [*Constitution of Afghanistan*].

¹³² *Constitution of the Federative Republic of Brazil, 1988*, translated by Comparative Constitutions Project, art 60(4)(1).

¹³³ See *Constitution of Ukraine, 1996* ("[t]he Constitution of Ukraine shall not be amended, if the amendments foresee the abolition or restriction of human and citizens' rights and freedoms, or if they are aimed toward the liquidation of the independence or violation of the territorial indivisibility of Ukraine," art 157).

vote in the national legislature, and ratification via national referendum.¹³⁴ Finally, the remaining constitutional provisions sit at the lowest level of Ukraine's constitutional hierarchy, for which formal amendment is possible by the lower of the two amendment thresholds: proposal by either the President or one-third of the national legislature, adoption by a majority of the national legislature, followed by a subsequent two-thirds vote in the national legislature.¹³⁵

A hierarchy of values likewise emerges when a constitutional text combines a non-escalating structure of formal amendment alongside subject-matter restrictions. For example, the Portuguese constitution entrenches content restrictions alongside a single procedure for formal amendment. The result is a two-tier constitutional hierarchy pursuant to which most provisions are subject to the constitution's single amendment formula, which requires two-thirds approval from the national legislature.¹³⁶ The more valued provisions are designated as unamendable and are therefore immune from this procedure. Consider also the Cameroonian constitution, which entrenches general formal amendment procedures applicable to all of the constitutional provisions *except* four principles expressly designed as formally unamendable:¹³⁷ republicanism, national unity, territorial integrity, and democracy.¹³⁸ Cameroon's hierarchy of constitutional values therefore consists of two tiers: the subject-matter restrictions are on top, and the freely formally amendable provisions are on the bottom.

¹³⁴ art 156: A draft law on introducing amendments to Chapter I—"General Principles," Chapter III—"Elections. Referendum," and Chapter XIII—"Introducing Amendments to the Constitution of Ukraine," is submitted to the Verkhovna Rada of Ukraine by the President of Ukraine, or by no less than two-thirds of the constitutional composition of the Verkhovna Rada of Ukraine, and on the condition that it is adopted by no less than two-thirds of the constitutional composition of the Verkhovna Rada of Ukraine, and is approved by an All-Ukrainian referendum designated by the President of Ukraine.

¹³⁵ art 155: A draft law on introducing amendments to the Constitution of Ukraine, with the exception of Chapter I—"General Principles," Chapter III—"Elections. Referendum," and Chapter XIII—"Introducing Amendments to the Constitution of Ukraine," previously adopted by the majority of the constitutional composition of the Verkhovna Rada of Ukraine is deemed to be adopted, if at the next regular session of the Verkhovna Rada of Ukraine, no less than two-thirds of the constitutional composition of the Verkhovna Rada of Ukraine have voted in favour thereof.

¹³⁶ *Constitution of the Portuguese Republic*, 1976 ("[c]hanges in the Constitution shall be approved by a majority of two-thirds of the members of the Assembly present," art 286(2)).

¹³⁷ art 63:

(1) Amendments to the Constitution may be proposed either by the President of the Republic or by Parliament.
 (2) Any proposed amendment made by a member of Parliament shall be signed by at least one-third of the members of either House.
 (3) Parliament shall meet in congress when called upon to examine a draft or proposed amendment. The amendment shall be adopted by an absolute majority of the members of Parliament. The President of the Republic may request a second reading; in which case the amendment shall be adopted by a two-third majority of the members of Parliament.
 (4) The President of the Republic may decide to submit any bill to amend the Constitution to a referendum; in which case the amendment shall be adopted by a simple majority of the votes cast.

¹³⁸ *Constitution of the United Republic of Cameroon*, 1972 ("[n]o procedure for the amendment of the Constitution affecting the republican form, unity and territorial integrity of the State and the democratic principles which govern the Republic shall be accepted," art 64).

4. THE AUTHENTICITY OF FORMAL ENTRENCHMENT

The values that constitutional designers choose to entrench in formal amendment rules may reflect either actual or inauthentic political commitments. Where constitutional designers entrench values in order to obscure contrary or ignoble political commitments, the disjunction between the constitutional text and political reality becomes problematic, both for the study of constitutional design and more immediately for those to whom the constitution applies. But to the extent that entrenched values accurately represent the intent or aspiration of constitutional designers, perception and reality mutually reinforce each other in the constitutional text's declaration of values. In this Part, I will illustrate how the purpose and perception of constitutions and formal amendment rules may diverge. I will also demonstrate how we can evaluate the authenticity of the constitutional values entrenched in formal amendment rules. As will become evident, the task is not an easy one, as it requires inquiry into text, law, and culture. My subject will be the German Basic Law, though the Canadian constitution could serve just as well.¹³⁹

4.1. Purpose and Perception

Where constitutional designers entrench values in the constitutional text, we may consider these values *authentic* if the designers intended them to guide successor political and judicial actors in legislative and executive action and in judicial interpretation. On the other hand, where designers entrench values but neither have emotional vulnerability to them nor intend those values to influence successor actors,¹⁴⁰ we may presume that those entrenched values are inauthentic. This presumption may be rebutted with evidence that successor political and judicial actors have subsequently adopted these entrenched values as binding or guiding their conduct. The authenticity of entrenched values, however, is neither immediately nor entirely clear from a constitutional text.

¹³⁹ In a current project, I am doing just that. I am deconstructing and evaluating the design of formal amendment rules in Canada. I will build on the work of Canadian scholars who have suggested that Canada's escalating formal amendment rules reflect special political commitments. See HURLEY, James Ross. **Amending Canada's Constitution: History, Processes, Problems and Prospects.** Ottawa: Canada Communication Group, 1996.; MORIN, Jacques-Yvan; WOEHRING, José. **Les constitutions du Canada et du Québec: du régime français à nos jours**, t 1–2, 2. ed. Montreal: Éditions Thémis, 1994; PELLETIER, Benoît. **La modification constitutionnelle au Canada.** Scarborough: Carswell, 1996; PELLETIER, Benoît. Les modalités de la modification de la Constitution du Canada. **Revue Juridique Thémis**, Montréal, vol.33, 1999; OLIVER, Peter. Canada, Quebec, and Constitutional Amendment. **University of Toronto Law Journal**, Toronto, vol. 49, n.4, 1999.p.519; WOEHRING, José. Les aspects juridiques de la redéfinition du statut politique et constitutionnel du Québec. **Revue Québécoise de Droit International**, Quebec, vol.7, n. 1, 1991–1992. p.12.

¹⁴⁰ See SCHEFFLER, Samuel. **Equality and Tradition: Questions of Value in Moral and Political Theory.** New York: Oxford University Press, 2010.p. 29.

That written constitutions sometimes exhibit a disjunction between purpose and perception is a common critique of the study of formal constitutions.¹⁴¹ As David Law and Mila Versteeg have conceded in their own work on formal constitutions, “[s]ome may object that formal constitutions are not worth studying because what is on paper does not necessarily translate into practice.”¹⁴² We need not look further than the Kremlin’s 1936 *Constitution of the Union of Soviet Socialist Republics* to see just how widely political practice may diverge from the constitutional text.¹⁴³ For political theorist Benjamin Barber, the Soviet constitution was merely a smokescreen: although it appeared from its words to be “the world’s most effusively rights-oriented constitution” in an “unprecedented fortress of human liberty,” the truth was plainly the opposite.¹⁴⁴

This disjunction between purpose and perception is what Jan-Erik Lane calls the gulf between the formal written constitution and the real political constitution. Lane acknowledges that no regime successfully fulfills the entirety of its written constitutional commitments, but that some do better than others: “No state lives one hundred per cent in accordance with its written documents.” It is the size of the gulf between the codified constitution and the political constitution that matters in assessing how well or poorly a regime measures up to its formally entrenched commitments. An authoritarian state would likely exhibit much greater dissonance between its written and

¹⁴¹ See e.g. GUINS, George C. Towards an Understanding of Soviet Law. *Soviet Studies*, Glasgow, vol 7, n.1, 1955.p. 14, 18–23 (explaining why one cannot understand Soviet law by reading the Soviet Constitution); HOWARD, AE Dick. The Essence of Constitutionalism. In: THOMPSON, Kenneth W; LUDWIKOWSKI, Rett R (Org.). **Constitutionalism and Human Rights**: America, Poland, and France. London: University Press of America, 1991.p. 3 (describing some constitutions as “worthless scraps of papers” at 4); Counterinsurgency and Constitutional Design (Note) **Harvard Law Review**, Cambridge, vol. 121, n.6, 2008. p.1622: A façade constitution can declare aspirational principles and adopt power structures for government, but such provisions and principles are ineffective and potentially delegitimized because they are not followed in practice. Many African constitutions, for example, were not tailored to their social context and were either ignored or manipulated, thereby undermining constitutionalism and the rule of law (*ibid* at 1632 [footnote omitted]).

See generally KEITH, Linda Camp. Constitutional Provisions for Individual Human Rights (1977–1996): Are They More Than Mere ‘Window Dressing?’ **Political Research Quarterly**, New York, vol. 55, n.1, 2002. p.111 (finding some, though not clearly conclusive, statistical evidence that certain constitutional provisions sometimes matter to the behaviour of states with respect to human rights). The study of formal constitutions is nonetheless important. As Beau Breslin has argued, the constitutional text as a unique collection of words, aspirations, objectives, and fundamental law is worthy of scholarly attention BRESLIN, Beau. **From Words to Worlds**: Exploring Constitutional Functionality. Baltimore: Johns Hopkins University Press, 2009. p. 8–9.

¹⁴² LAW, David S; VERSTEEG, Mila. The Evolution and Ideology of Global Constitutionalism. **California Law Review**, Berkeley, vol.99, n.5, 2011.p. 1163–1169. Law and Versteeg rebut this criticism, conceding that although “[s]ometimes, constitutions neither constrain nor even describe the actual operation of the state,” these are the very reasons we should study them: first, “[t]o recognize that some constitutions are shams merely begs a host of further questions, none of which can be tackled without a systematic understanding of what the world’s constitutions actually say” and, second, “[i]t is one thing to observe that formal or ‘large-C’ constitutions can diverge from actual or ‘small-c’ constitutional practice; it is another thing to know when and in what ways they diverge” (*ibid* [footnote omitted]).

¹⁴³ See *Constitution (Fundamental Law) of the Union of Soviet Socialist Republics*, 1936.

¹⁴⁴ BARBER, Benjamin R. Constitutional Rights—Democratic Instrument or Democratic Obstacle? In: LICHT, Robert A (Org.). **The Framers and Fundamental Rights**. Washington, DC: AEI Press, 1992. p. 23–30.

political constitutions than a democratic one, which is more likely to aspire to harmonize the two. As Lane writes:

[I]n dictatorships and authoritarian states there is typically a tremendous distance between the formal constitution and the real constitution. Often such states enact a constitutional document which has no connection whatsoever to institutional practices in the country. It is only a camouflage constitution.

David Law explains that camouflage constitutions serve a number of ulterior motives, including gaining credibility in the international community or securing foreign investment.¹⁴⁵

The problem, posits William Andrews, is that over the course of the nineteenth and twentieth centuries, written constitutionalism became synonymous with democracy.¹⁴⁶ “Documentary Constitutions,” he writes, “have come to be identified with constitutionalism.” Authoritarian regimes have taken advantage of this positive identification, exploiting what Giovanni Sartori calls the “favorable emotive properties” of the word “constitution.”¹⁴⁷ Sartori describes the phenomenon in greater detail:

[T]he political exploitation and manipulation of language takes advantage of the fact that the emotive properties of a word survive—at times for a surprisingly long time—despite the fact that what the word denotes, i.e., the ‘thing,’ comes to be a completely different thing.

Equating constitutions with constitutionalism was and remains problematic because authoritarian regimes take advantage of that association to hide behind a strategically drafted democracy-embracing constitutional text that appears consistent with constitutionalism but really is only a façade. As Andrews explains, “many regimes in the world today have Constitutions without constitutionalism. Tyrants, whether individual or collective, find that Constitutions are convenient screens behind which they can dissimulate their despotism.”¹⁴⁸

¹⁴⁵ LAW, David S. Constitutions. In: CANE, Peter; KRITZER, Herbert M (Org.). **The Oxford Handbook of Empirical Legal Research**. New York: Oxford University Press, 2010. p.376-380. Qianfan Zhang has discussed the related reasons why China continues to maintain a camouflage constitution. See ZHANG, Qianfan. A Constitution Without Constitutionalism? The Paths of Constitutional Development in China. **International Journal of Constitutional Law**, New York, vol. 8, n.4, 2010. p. 950, 952–956.

¹⁴⁶ ANDREWS, William G. **Constitutions and Constitutionalism**. 2 ed. New York: D Van Nostrand Company, 1963. p. 22.

¹⁴⁷ SARTORI, Giovanni. Constitutionalism: A Preliminary Discussion. *American Political Science Review*, Denton, vol.56, n.4, 1962. p. 853-855.

¹⁴⁸ ANDREWS, William G. **Constitutions and Constitutionalism**. 2 ed. New York: D Van Nostrand Company, 1963. p. 22–23. For a useful, though perhaps controversial, illustration of how authoritarian states behave undemocratically despite purporting to respect democracy, see ROTH, Kenneth. *Depots Masquerading as*

Formal amendment rules in constitutional texts are equally susceptible to authoritarian commandeering. Insofar as formal amendment rules reflect the usually unstated value of sovereignty,¹⁴⁹ the rules are a profitable and inexpensive site where authoritarian regimes may express inauthentic values while securing for themselves the goodwill that may come from their public, even if dishonest, association with democratic ideals. Examples abound of suspicious constitutional entrenchment. When we read the Russian Federation's constitution, which entrenches an escalating scale of formal amendment that makes it comparatively more difficult to amend civil and political rights,¹⁵⁰ we should therefore ask whether this special entrenchment actually expresses an authentic political commitment to protect these rights. This question should also arise when we read the Zambian constitution, which does the same with respect to its own fundamental rights and freedoms.¹⁵¹ Similar questions may be asked of the formal amendment rules in Bangladesh,¹⁵² Belarus,¹⁵³ Ethiopia,¹⁵⁴ or Singapore,¹⁵⁵ among many others.¹⁵⁶ The best answer is to always take a skeptical posture to any special or absolute entrenchment of constitutional values, and to evaluate whether the formally entrenched value aligns in reality with constitutional practice.

One of the weaknesses of entrenching values in formal amendment rules therefore doubles as the biggest weakness of written constitutions: their democratic commitments on parchment sometimes conceal undemocratic practices in reality.¹⁵⁷ Walter Murphy cautions us against supposing that constitutions necessarily bind political actors, because "[t]o think that words can constrain power seems foolish."¹⁵⁸ Constitutional commitments, after all, are but words on paper—and to borrow again from Law and

Democrats. In: Human Rights Watch. **World Report** (2008). Available at: <www.hrw.org/sites/default/files/reports/wr2k8_web.pdf>.

¹⁴⁹ See e.g. KLEIN, Claude; SAJÓ, András. Constitution-Making: Process and Substance. In: ROSENFELD, Michel; SAJÓ, András. (Org.). **The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law**. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 419-438; TROPER, Michel. Sovereignty. In: ROSENFELD, Michel; SAJÓ, András. (Org.). **The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law**. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 350, 363-365.

¹⁵⁰ *Constitution of the Russian Federation*, 1993, translated by Comparative Constitutions Project, arts 134-37.

¹⁵¹ *Constitution of Zambia*, s 79.

¹⁵² See *Constitution of the People's Republic of Bangladesh*, 1972, s 142.

¹⁵³ See *Constitution of the Republic of Belarus*, 1994, ss 146-49.

¹⁵⁴ See *Constitution of the Federal Democratic Republic of Ethiopia*, No 1 of 1995, arts 104-05.

¹⁵⁵ See *Constitution of the Republic of Singapore*, 1963, No 1493 of 1963 (1999 Rev Ed), art 5.

¹⁵⁶ See e.g. *Political Constitution of the Republic of Guatemala*, 1985, as amended by *Legislative Accord* No 18-93 of 1993, translated by Luis Francisco Valle Velasco, arts 277-80; *Iraqi Constitution*, 2005, art 126; *Constitution of the Republic of the Union of Myanmar*, 2008, arts 433-36; *Constitution of the Republic of Rwanda*, No 42 of 2003, art 193; *Constitution of Sierra Leone*, 1991, No 6 of 1991, art 108.

¹⁵⁷ For contemporary illustrations, see LANDAU, David. Abusive Constitutionalism. **UC Davis Law Review**, Davis, vol.47, [forthcoming], 2013.

¹⁵⁸ MURPHY, Walter. Constitutions, Constitutionalism, and Democracy. In: GREENBERG, Douglas [et al] (Org.). **Constitutionalism and Democracy: Transitions in the Contemporary World**. New York: Oxford University Press, 1993. p. 3-7.

Versteeg, “sometimes, constitutions lie.”¹⁵⁹ Law and Versteeg have shown that constitutions often promise more than they deliver, not only for illegitimate reasons associated with authoritarian regimes that find shelter under the cover of constitutionalism, but also for legitimate budgetary limitations that, despite good intentions, make it difficult to honour constitutionally entrenched socio-economic rights. The former, however, are examples of “sham constitutions” because they knowingly and purposely fail to live up to the commitments they have publicly undertaken.

Some sham constitutions proclaim a commitment to human rights in their formal amendment rules, yet political actors do not conform their conduct to those commitments; such commitments therefore reflect an inauthentic expression of values. Although in these states, subject-matter restrictions purport to prohibit formal amendments to the human rights protections inscribed in their constitutions, political practice belies the textual respect for human rights. For instance, Afghanistan, Algeria, the Central African Republic, and Chad all entrench subject-matter restrictions on formal amendment to fundamental rights and freedoms, purporting to express the state’s commitment to these rights.¹⁶⁰ But these four constitutional regimes appear in Law and Versteeg’s “hall of shame”, a list of the twenty-five worst sham constitutions that “combine far-reaching promises with relative little respect for rights in practice.”¹⁶¹ These constitutional regimes benefit from the goodwill of the uninformed, who read the regimes’ respective constitutional texts believing that the texts reflect reality.

¹⁵⁹ LAW, David S; VERSTEEG, Mila. Sham Constitutions. *California Law Review*, Berkeley, vol. 101, n.4, 2013. P.863-865. [Law & Versteeg, “Sham Constitutions”].

¹⁶⁰ See *Constitution of Afghanistan*, art 149: The principles of adherence to the tenets of the Holy religion of Islam as well as Islamic Republicanism shall not be amended. Amending fundamental rights of the people shall be permitted only to improve them. Amending other Articles of this Constitution, with due respect to new experiences and requirements of the time, as well as provisions of Articles 67 and 1 Hundred 46 of this Constitution, shall become effective with the proposal of the President and approval of the majority of National Assembly members; *Constitution of Algeria*, 1996, No 96-438, art 178:

No constitutional revision may infringe on:

1. the Republican character of the State.
2. the democratic order based on plural parties.
3. Islam, as the religion of the State.
4. Arabic, as the national and official language.
5. the fundamental freedoms, on the rights of man and the citizen.
6. the integrity and unity of the national territory.

See also *Constitution of the Central African Republic*, 2004, translated by Jefri J Ruchti (“[e]xpressly excluded from revision are: the republican and secular form of the State; the number and duration of presidential mandates; the conditions for eligibility; the incompatibilities to the functions of Head of State; the fundamental rights of the citizen,” art 108); *Constitution of the Republic of Chad*, 1996, as amended to 2005, translated by Jefri J Ruchti (“[n]o procedure of revision may be engaged or pursued when it infringes: the integrity of the territory, the independence, or the national unity; the republican form of the State, the principle of the separation of powers and secularity; the freedoms and fundamental rights of citizens; the policy [of] pluralism,” art 223).

¹⁶¹ LAW, David S; VERSTEEG, Mila. Sham Constitutions. *California Law Review*, Berkeley, vol. 101, n.4, 2013. p. 899.

Another more recent example of an inauthentic expression of constitutional values is evident in the constitution of the Democratic Republic of the Congo.¹⁶² Drafted by members of the current president's then-transitional government,¹⁶³ the constitution's formal amendment rules designate several matters—including republicanism, universal suffrage, and representative government—as formally unamendable,¹⁶⁴ and they prohibit formal amendments that have the effect of diminishing human rights and liberties. We can suspect, however, that the Congo's governing political class is not truly committed to these values,¹⁶⁵ given the state's low ranking as an authoritarian regime in the Economist's *Democracy Index*.¹⁶⁶ That the governing class in the Democratic Republic of the Congo does not appear to conform its conduct to the values entrenched in the constitution's formal amendment rules suggests that it exploits the entrenchment of these values largely for public relations purposes.

Truly democratic and sham constitutions fall on the extremes of the constitutional spectrum. Both are relatively easy to recognize, particularly when compared to the vast number of middle-range regimes whose combination of constitutional text, institutional structures, political practices, and civil society make it difficult to categorize their constitutions as clearly democratic or clearly sham. For these regimes, the inquiry into the authenticity of the values expressed in their formal amendment rules requires an analysis of the constitutional text, an evaluation of its interpretation by political actors, and an assessment of whether the entrenched constitutional values align with the political culture. This inquiry cannot yield a quick answer, but it is likely to produce the correct one.

4.2. Designing Constitutional Values

Few would contend that a constitutional text can on its own transform a political culture indisposed to the rules the text enshrines and averse to the values it

¹⁶² *Constitution of the Democratic Republic of Congo*, 2006, as consolidated to No 11/002 of 2011, translated by Jefri J Ruchti [*Constitution of DRC*].

¹⁶³ DR Congo Backs New Constitution. 12 January 2006. *BBC News Service*. Available at: <news.bbc.co.uk>.

¹⁶⁴ *Constitution of the Democratic Republic of Congo*, 2006, as consolidated to No 11/002 of 2011, translated by Jefri J Ruchti [*Constitution of DRC*], art. 220.

¹⁶⁵ The current president warned at the time of the referendum held to ratify the new constitution that rejecting it would have “catastrophic” consequences for peace in the country. See A Ray of Hope in the Heart of Africa. 19 December 2005. *The Economist* Available at: <www.economist.com>. It appears that the constitution was ratified by an overwhelming supermajority because of citizens’ wish to make peace, to rebuild, and to combat their own “war wariness” rather than their broad popular involvement in the process of constitution-making. See GATHII, James Thuo. Popular Authorship and Constitution Making: Comparing and Contrasting the DRC and Kenya. *William & Mary Law Review*, Williamsburg, vol. 49, n.4, 2008, p.1109, 1123–1124.

¹⁶⁶ See The Economist Intelligence Unit. **Democracy Index 2012: Democracy at a Standstill** (2013) at 8 The Economist Available at: <www.eiu.com/Handlers/WhitepaperHandlerashx?fi=Democracy-Index-2012.pdf&mode=wp&campaignid=DemocracyIndex12>. The Democratic Republic of the Congo ranks 159 out of the world's 167 countries on such democratic measures as electoral process and pluralism, the functioning of government, and civil liberties.

proclaims. Despite the problematic divergence between constitutional entrenchment and political commitment, the expressive function of written constitutions—and of formal amendment rules more specifically—may nevertheless hold promise for helping to align constitutional text with political practice. As James Madison suggested, although “[i]t may be thought that all paper barriers against the power of the community are too weak to be worthy of attention,” the rules and values entrenched in a written constitution may “have a tendency to impress some degree of respect for them, to establish the public opinion in their favor, and rouse the attention of the whole community.”¹⁶⁷ Perhaps the strength of this tendency may be measured only retrospectively, since the future success of a constitution cannot reliably be known at its drafting. The best hypothesis is that constitutions and the values entrenched within their formal amendment rules are only as strong as their commitment to culturally specific and socially relevant values.¹⁶⁸

The expressive function of constitutional amendment rules has important implications for constitutional interpretation. The task of interpreting entrenched values need not commit us to a particular technique of interpretation, be it originalism, living constitutionalism, or another method. As I have written elsewhere, formal amendment rules may be both preservative and transformational: they may seek “to preserve something thought to be distinctive about, or fundamentally constitutive of, the state and its people,”¹⁶⁹ or they may “repudiate the past by setting the state on a new course.” We may therefore interpret an entrenched value from an originalist perspective consistent with preservative entrenchment, which “aims to freeze a distinctly historical conception of the state,” or we may alternatively rely on the theory of living constitutionalism to construe the entrenched value as being consistent with transformative entrenchment, which reflects “more of an aspiration than a concretized reality” and a “forward-looking project” that is open to evolving social and political norms.

The interpretation of constitutional values is therefore not necessarily time-bound: it may be a time-specific inquiry that compels the interpreter to take the perspective of the authoring generation, but it may also be free of temporal constraints. The inquiry may create what Gadamer describes as a hermeneutical circle, which entails an interpretation that is “neither subjective nor objective, but describes understanding as the interplay of the movement of tradition and the movement of the interpreter.”¹⁷⁰

¹⁶⁷ US, *Annals of Cong*, vol 1, at 455 (8 June 1799).

¹⁶⁸ OGENDO, HWO Okoth. Constitutions Without Constitutionalism: Reflections on an African Political Paradox. In: GREENBERG, Douglas [et al] (Org.). **Constitutionalism and Democracy**: Transitions in the Contemporary World. New York: Oxford University Press, 1993.

¹⁶⁹ ALBERT, Richard. Constitutional Handcuffs. *Arizona State Law Journal*, Tempe, vol42, n. 3, 2010. p. 663- 678.

¹⁷⁰ GADAMER, Hans-Georg. **Truth and Method**, ed and translated by Garrett Barden & John Cumming. New York: Crossroad, 1988.p. 261.

This interpretation “proceeds from the communality that binds us to the tradition,” tradition being “not simply a precondition into which we come, but we produce it ourselves, inasmuch as we understand, participate in the evolution of tradition and hence further determine it ourselves.” As I suggest below, the German Constitutional Court’s interpretation of the formal amendment rules in the Basic Law exhibits elements of both historicism and hermeneutics, of originalism and living constitutionalism. It is thus a feature, not a limitation, of my account of the expressive function of formal amendment rules that there are continuities between the contestability of constitutional interpretation in general and of the values entrenched in formal amendment rules more specifically.

The modern constitutional experience in Germany shows how political culture aligns with the values entrenched in formal amendment rules. The Basic Law’s formal amendment rules entrench and express the constitutional value of human dignity: the text states in the first section of Article 1 that “the dignity of man shall be inviolable,” and adds that “[t]o respect and protect it shall be the duty of all state authority.”¹⁷¹ The rest of the article stresses the importance of human dignity: “The German people therefore acknowledges inviolable and inalienable human rights as the basis of every community, of peace and of justice in the world,” and “[t]he following basic rights shall be binding as directly valid law on legislation, administration and judiciary.” Article 1 is entrenched as a subject-matter restriction on formal amendment, meaning that it is expressly shielded from the Basic Law’s formal amendment procedures: “An amendment to this Basic Law by which the organization of the Federation into Laender, the basic co-operation of the Laender in legislation or the basic principles laid down in Articles 1 and 20 are affected, shall be inadmissible.”

In contrast to the inauthentic political commitments entrenched and expressed only for show in sham constitutions, the Basic Law’s commitment to human dignity is authentic. This authenticity derives from two principal sources: the Basic Law’s design and its interpretation. First, as I discuss below, the Basic Law’s drafters intended to make human dignity its primary constitutional value. The entrenchment of human dignity as a subject-matter restriction was meant to be an actual constraint on governmental conduct and was designed to convey its importance both internally to the persons bound by the Basic Law and externally to the wider world. Second, as I also describe below, the Federal Constitutional Court has interpreted Article 1’s human dignity provision as reflecting the Basic Law’s most important constitutional value.

The Basic Law can be understood only in its historical context. As Christian Walter has observed, “[e]ach constitutional document reflects the preoccupations of the time of its adoption.”¹⁷² The Basic Law is no different. Under the leadership of Konrad

¹⁷¹ *Basic Law for the Federal Republic of Germany*, 1949, translated by U.S. Department of State, art 1(1).

¹⁷² WALTER, Christian. Human Dignity in German Constitutional Law. In: European Commission for Democracy Through Law, *The Principle of Respect for Human Dignity* (1998), available at: <www.venice.coe.int/webforms/

Adenauer, the Parliamentary Council made it a point to pass the Basic Law on May 8, 1949, both to mark the collapse of the Third Reich four years earlier on May 8, 1945, and to signal the beginning of a new constitutional regime.¹⁷³ Adenauer's statement at the signing and proclamation of the Basic Law echoes this theme of a new beginning: "To-day a new chapter is being opened in the ever-changing history of the German people. ... Those who have witnessed the years since 1933 and the total breakdown in 1945 ... are with some emotion conscious of the fact that today ... a new Germany is being created."¹⁷⁴ The Basic Law showed how different Germany might become.

Rights protections formed the core of the new constitutional regime. The Basic Law, writes Werner Heun, "was intended to avoid a repetition of these experiences especially by emphasizing fundamental rights and assigning extended powers to a Constitutional Court."¹⁷⁵ The Parliamentary Council inserted the unamendable provisions into the Basic Law to help guard against the failures of the Weimar constitution, which had failed to curb abuses of power and constrain government conduct.¹⁷⁶ As Gregory Fox and Georg Nolte have written, the Basic Law's framers

*reasoned that if such a clause had been present in the Weimar constitution, Hitler would have been forced to violate the constitution openly before assuming virtually dictatorial power. They concluded that given the traditional orderly and legalistic sentiment of the German people, this might have made a difference.*¹⁷⁷

The Basic Law thus became the first German constitution to entrench rights for citizens and also to require the state to defend those rights against violation.¹⁷⁸ It is

documents/CDL-STD(1998)026-e.aspx>.

¹⁷³ BENDA, Ernst. The Protection of Human Dignity (Article 1 of the Basic Law). *SMU Law Review*, Dallas, vol.53, n.2, 2000, p. 443-445.

¹⁷⁴ Document 7: The Signing and Proclamation of the Basic Law (Grundgesetz), 23 May 1949. In: SCHWEITZER, Carl-Christoph [et al] (Org.). *Politics and Government in Germany, 1944–1994: Basic Documents*. Providence: Berghahn Books, 1995. p. 17.

¹⁷⁵ HEUN, Werner. *The Constitution of Germany: A Contextual Analysis*. Portland: Hart Publishing, 2011, p. 23.

¹⁷⁶ RÖSLER, Hannes. Harmonizing the German Civil Code of the Nineteenth Century with a Modern Constitution—The Lüth Revolution 50 Years Ago in Comparative Perspective. *Tulane European & Civil Law Forum*, New Orleans, vol. 23, n.1m 2008. ("[t]he Germans realized that the rise to power of the Nazis could be blamed to a certain degree—among many destabilizing social, political, and economic reasons—on the construction of the Weimar Constitution of August 11, 1919" at 4 [footnotes omitted]). Though the Parliamentary Council may have attributed part of the blame to the Weimar Constitution, the structure of Weimar Constitution was not unsound. See SARTORI, Giovanni. *Comparative Constitutional Engineering: An Inquiry into Structures, Incentives and Outcomes*. New York: New York University Press, 1994, p. 129. The rise of National Socialism was something that perhaps no constitutional structure could have withstood. See O'KANE, Rosemary HT. *Paths to Democracy: Revolution and Totalitarianism*. London: Routledge, 2004. p. 89-112, 131-149.

¹⁷⁷ FOX, Gregory H; NOLTE, Georg. Intolerant Democracies. *Harvard International Law Journal*, Cambridge, vol.36, n.1, 1995, p.1-19 [footnote omitted].

¹⁷⁸ See BARK, Dennis L; GRESS, David R. *A History of West Germany: From Shadow to Substance 1945–1963*. Cambridge: Basil Blackwell, 1989, p. 225.

founded on rights and rooted “in the experience and in the memory of the holocaust, the war, and the liberation from unprecedented dictatorship, ending inhumanity and tyranny by the notion of freedom and self-determination.”¹⁷⁹ The Parliamentary Council was clear: fundamental rights would be central, not peripheral, to the Basic Law, and human dignity would permeate all fundamental rights.¹⁸⁰

The origin of the Basic Law’s absolute entrenchment of human dignity therefore lies in the intent to break from Germany’s recent past.¹⁸¹ The framers of the Basic Law entrenched human dignity as unalterable and thereby identified it as the most fundamental constitutional rights protection in response to Germany’s prior regime, under which human dignity “had been utterly trampled by the Nazis.”¹⁸² The Nazi regime had emphasized the primacy of the state, subordinated the individual, and attributed no intrinsic worth to the individual outside of her interaction with the state or other individuals. “The state did not exist for the citizens’ sake,”¹⁸³ according to Craig Smith and Thomas Fetzter; “to the contrary, the citizens existed for the sake of the state. This exaltation of the people collectively, in the form of the state, combined with the denial of individual worth to justify Nazi tyranny ideologically.” But the Basic Law’s entrenchment of human dignity “signaled an unequivocal break with Nazi ideology by strongly countering the core Nazi presumption of the individual’s lack of independent worth.” Making human dignity unamendable conveyed the message that the individual is “unequivocally superior to the state; the Federal Republic exists for the sake of its citizens rather than vice versa.” Absolute entrenchment expressed a special commitment to respecting individual worth.¹⁸⁴

¹⁷⁹ GOERLICH, Helmut. Fundamental Constitutional Rights: Content, Meaning and General Doctrines. In: KARPEN, Ulrich (Org.). **The Constitution of the Federal Republic of Germany: Essays on the Basic Rights and Principles of the Basic Law with a Translation of the Basic Law**. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1988. p.45-46.

¹⁸⁰ See STARCK, Christian. Constitutional Definition and Protection of Rights and Freedoms. In: STARCK, Christian (Org.). **Rights, Institutions and Impact of International Law According to the German Basic Law: The Contributions of the Federal Republic of Germany to the Second World Congress of the International Association of Constitutional Law**. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1987. p. 19-22.

¹⁸¹ Yet there is an uncomfortable irony in the origin of the Basic Law’s absolute entrenchment of human dignity: its intellectual inspiration came from German constitutional theorist and Nazi Party member, Carl Schmitt. See PREUSS, Ulrich K. The Implications of ‘Eternity Clauses: The German Experience. **Israel Law Review**, Cambridge, vol. 44, n. 3, 2011. p. 429-439. For Schmitt’s explanation and defense of this exception to the rule of majoritarian democracy, see SCHMITT, Carl. **Legality and Legitimacy**. ed and translated by Jeffrey Seitzer. Durham: Duke University Press, 2004. p. 39-48.

¹⁸² CURRIE, David P. **The Constitution of the Federal Republic of Germany**. Chicago: University of Chicago Press, 1994. p. 11.

¹⁸³ SMITH, Craig T; FETZER, Thomas. The Uncertain Limits of the European Court of Justice’s Authority: Economic Freedom Versus Human Dignity. **Columbia Journal of European Law**, New York, vol.10, n.3, 2004.p.445-449.

¹⁸⁴ On this point, it is important to note the difference in entrenchment between the Basic Law and the Draft Basic Law from 1948. The Draft Basic Law not absolutely entrench human dignity. Article 1(1) stated that “the dignity of man is under the protection of the state,” but there was no corresponding immunization of this clause from formal amendment. The closest parallel appears in Article 20(b): “As far as a fundamental right may be restricted in accordance with the provisions of this Basic Law, its substance may not be touched.” This may be interpreted as a special

The absolute entrenchment of human dignity has consequently created absolute boundaries to circumscribe state power. Human dignity today stands at the top of Germany's constitutional hierarchy. As Donald Kommers explains, human dignity is "the highest value of the Basic Law, the ultimate basis of the constitutional order, and the foundation of guaranteed rights."¹⁸⁵ It is, in the words of Edward Eberle, the "architectonic principle of the German legal system."¹⁸⁶ In the leading English study of the Basic Law, Kommers and Russell Miller write that the Basic Law "has placed human dignity at the core of its value system,"¹⁸⁷ and note that the Basic Law's human dignity clause "expresses the highest value of the Basic Law, informing the substance and spirit of the entire document." The Basic Law has expressed the state's commitment to human dignity as its most important value both through the symbolism of its entrenchment and likewise by the effect of its entrenchment,¹⁸⁸ which is enforced by courts endowed by the Basic Law with the power to review governmental conduct.¹⁸⁹

4.3. Interpreting Constitutional Values

The consequence of entrenching human dignity absolutely against amendment was predictable: entrenchment granted the judiciary the power to interpret the meaning of this value. As Melissa Schwartzberg has argued, "when constitutional provisions are made unamendable and constitutional courts have final authority over the interpretation of such provisions, entrenchment does not actually inhibit alterations,"¹⁹⁰ but rather "shifts the locus of change—and the power to determine the legitimate scope of mutability—away from legislatures and toward the court." The German Constitutional Court has used this power to interpret the human dignity provision as the Basic Law's supreme

protection for fundamental rights but it is not as strong as what appears in the adopted Basic Law. The Draft Basic Law did, however, include special formal amendment rules for federalism. The basic formal amendment formula required two-thirds approval from both the Bundestag and the Bundesrat in Article 106(2). This was supplemented in Article 106(3) by a rule that permitted a one-quarter of the Bundestag and one-quarter of the Bundesrat to demand the amendment be ratified in a referendum by two-thirds of all voters and by a majority of voters in a majority of the Länder. The federalism exception appeared in Article 107: "A law by which the federal structure is essentially changed requires, in addition to the requirements of Article 106, a three-quarters majority in the Bundesrat." See Civil Administration Division, Office of Military Government for Germany (US), **Draft Basic Law: Passed in First Reading** in Nov/Dec 1948.15 January 1949, p. 6, 25, 90–91.

¹⁸⁵ KOMMERS, Donald P. German Constitutionalism: A Prolegomenon. *Emory Law Journal*, Atlanta, vol.40, n.3, 1991. p. 837-855.

¹⁸⁶ EBERLE, Edward J. The German Idea of Freedom. *American University International Law Review*, Washington, D.C., vol. 10, n. 1, 2008, p.1-5.

¹⁸⁷ KOMMERS, Donald P; MILLER, Russell A. **The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany**. 3 ed. Durham: Duke University Press, 2012. p. 44.

¹⁸⁸ See RESS, Georg. The Constitution and the Requirements of Democracy in Germany. In: STARCK, Christian (Org.). **New Challenges to the German Basic Law: The German Contributions to the Third World Congress of the International Association of Constitutional Law**. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1991. p. 111, 117–18.

¹⁸⁹ *Basic Law for the Federal Republic of Germany*, 1949, translated by U.S. Department of State, art 19 (4).

¹⁹⁰ SCHWARTZBERG, Melissa. **Democracy and Legal Change**. Cambridge: Cambridge University Press, 2007. p.184.

value,¹⁹¹ calling it “the highest constitutional principle” in the Basic Law.¹⁹² Insofar as this interpretation conforms to the constitutional design of the Basic Law, it is unproblematic for the Court to make such pronouncements. Nonetheless, scholars and even judges themselves acknowledge the vast discretionary power that the absolute entrenchment of an open-textured provision like human dignity has conferred upon the Constitutional Court.¹⁹³

Theoretically, its absolute entrenchment exempts human dignity from the balancing to which other rights are subject when they clash with competing rights. But in practice, the Constitutional Court has interpreted human dignity as permitting government action that justifiably violates this value and as prohibiting governmental action that unjustifiably violates it.¹⁹⁴ The distinction therefore turns on the extent to which the Court is persuaded to accept the justification. The Constitutional Court has generally read the human dignity protection alongside the Basic Law’s protections for liberty and equality, enshrined in Articles 2¹⁹⁵ and 3,¹⁹⁶ respectively.¹⁹⁷ As Kommers and Miller write, “the relationships among Articles 1, 2, and 3 are symbiotic.” They continue:

¹⁹¹ BOGNETTI, Giovanni. The Concept of Human Dignity in European and US Constitutionalism. In: NOLTE, Georg (Org.). **European and US Constitutionalism**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.p. 85-93.

¹⁹² *Eppler Case* (1980), 54 BVerfGE 148, in KOMMERS, Donald P; MILLER, Russell A. **The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany**. 3 ed. Durham: Duke University Press, 2012. p. 216 at 406–07.

¹⁹³ See e.g. KOMMERS, Donald P. The Constitutional Law of Abortion in Germany: Should Americans Pay Attention? **Journal of Contemporary Health Law and Policy**. Washington, D.C, vol.10, 1994. (“[t]he German Court has also declared that these objective values arrange themselves in a hierarchy. This can only mean that the Court itself does the arranging” p. 9); KOMMERS, Donald P; MILLER, Russell A. **The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany**. 3 ed. Durham: Duke University Press, 2012. (“[J]ustice Wolfgang Zeidler, a former president of the Federal Constitutional Court, [states]. Whoever controls the [meaning of the] order of values, ... controls the constitution” at 373 [footnotes omitted]). See MCALLISTER, Marc Chase. Human Dignity and Individual Liberty in Germany and the United States as Examined Through Each Country’s Leading Abortion Cases **Tulsa Journal of Comparative and International Law**, Tulsa, vol.11, n.2, 2004. p. 491 (“[w]ith strong powers of judicial review, the Supreme Court of the United States and Germany’s Federal Constitutional Court have a great deal of control over the meaning of their respective constitutions, and individual liberty in America and human dignity in Germany are their primary interpretative tools” p. 492 [footnotes omitted])

¹⁹⁴ See MÖLLERS, Christoph. Democracy and Human Dignity: Limits of Moralized Conception of Rights in German Constitutional Law. **The Israel Law Review**, Cambridge, vol.42, n.2, 2009. p. 416, 423-424.

¹⁹⁵ *Basic Law*, *supra* note 14, art 2:

(1) Everyone shall have the right to free development of his personality, insofar as he does not infringe the rights of others or offend against the constitutional order or the moral code.
(2) Everyone shall have the right to life and physical inviolability. The freedom of the individual shall be inviolable. These rights may be interfered with only on the basis of a law.

¹⁹⁶ art 3:

(1) All men shall be equal before the law.
(2) Men and women shall have equal rights.
(3) No one may be prejudiced or privileged because of his sex, descent, race, language, homeland and origin, faith or his religious and political opinions.

¹⁹⁷ KOMMERS, Donald P; MILLER, Russell A. **The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany**. 3 ed. Durham: Duke University Press, 2012. p. 216-355.

Their provisions nourish and reinforce once another [and] the human dignity, liberty, and equality clauses inform the meaning of other constitutional values just as these other values infuse the meaning and limit the reach of the rights guaranteed by these three fundamental articles.

Several Constitutional Court cases exhibit the significance of human dignity in German constitutional law.

In the early *Microcensus Case*, the Constitutional Court was asked to rule whether the compulsory disclosure of private vacations and recreational trips in a federal census violated the Basic Law's human dignity protection. The Court concluded that they did not. Balancing the privacy of the individual under Article 2 with the state's responsibility to govern responsibly, the Court recognized that the pressure of general public compliance could conceivably inhibit an individual's private personal sphere. But the balance here favoured the state's census inquiries, both because the inquiries preserved the respondents' anonymity and did not compel persons to disclose intimate personal details, and because individuals have a social responsibility to respond to such inquiries, which are necessary for government planning and operations.

In the course of upholding the government's census inquiries, the Court discussed the human dignity provision. The Court asserted that "[h]uman dignity is at the very top of the value order of the Basic Law." Human dignity means that "every human being is entitled to social recognition and respect in the community"; the state must treat persons as something more than "mere objects".¹⁹⁸ An individual cannot be required "to record and register all aspects of his or her personality, even though such an effort is carried out anonymously in the form of a statistical survey; [the state] may not treat a person as an object subject to an inventory of any kind." Within an individual's private personal sphere, she is "her own master."

The *Lifetime Imprisonment Case* is another prominent human dignity case in which a drug dealer killed an addict who had threatened to expose the dealer's criminal acts.¹⁹⁹ The trial court ruled that the German Penal Code, which set out a mandatory penalty of life imprisonment for killing another to conceal criminal activity, ran counter to Article 1's human dignity protection.²⁰⁰ This court held that punishing a person with a life sentence with no possibility of returning to society would amount to treating that

¹⁹⁸ The Constitutional Court is very serious about not treating persons as objects. In a later case implicating the human dignity protection, the Court ruled unconstitutional the use of a polygraph in a criminal matter. As Kommers and Miller write, "[t]o elicit the truth by attaching persons to a machine, said the Court, is to regard them as objects and not as human beings capable of telling the truth through ordinary questioning" (KOMMERS, Donald P; MILLER, Russell A. **The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany**. 3 ed. Durham: Duke University Press, 2012. p. 363).

¹⁹⁹ (translating the *Life Imprisonment Case* (1977), 45 BVerfGE 187).

²⁰⁰ Capital punishment was not an option; it is prohibited in the *Basic Law* (*supra* note 14, art 102).

person as mere object, and would therefore violate the state's responsibility to respect every person's human dignity—a responsibility that extends even to a criminal.²⁰¹ The Constitutional Court was then asked to review the trial court's judgment.

The Court ruled that life imprisonment violates human dignity where the evidence suggests that a prisoner can be rehabilitated. The Court began with Article 2(2) of the Basic Law, which authorizes Parliament to limit an individual's right to personal freedom. The Court wrote, however, that this parliamentary power is itself limited, most notably by the inviolability of human dignity, which the Court again called “the highest value of the constitutional order.” The Court stressed that “[t]his means that the state must regard every individual within society with equal worth” and reiterated that “[i]t is contrary to human dignity to make persons the mere tools of the state.” The Court connected the risk of treating a person as an object with the punishment of lifetime imprisonment: “[T]he state cannot turn the offender into an object of crime prevention to the detriment of his or her constitutionally protected right to social worth and respect” because “it would be intolerable for the state forcefully to deprive [persons of their] freedom without at least providing them with the chance to someday regain their freedom.”

The meaning of the Basic Law's human dignity provision becomes clearer with this case. The state is not forbidden from sentencing a convicted criminal to life imprisonment, but if the state imposes this penalty, it assumes the responsibility to work toward rehabilitating the prisoner and helping him re-enter society:

Regarding those prisoners under life sentences, prisons also have the duty to strive toward their resocialization, to preserve their ability to cope with life and to counteract the negative effects of incarceration and the destructive changes in personality that accompany imprisonment.

This responsibility flows from the Basic Law's human dignity protection: “This task finds its justification in the constitution itself; it can be inferred from the guarantee of the inviolability of human dignity within the meaning of Article 1(1) of the Basic Law.” The Court understood this duty to rehabilitate as interconnected with Article 1 insofar as “rehabilitation is constitutionally required in any community that establishes human dignity as its centerpiece and commits itself to the principle of social justice.” What appears to underpin the inviolability of human dignity is the rejection of persons as objects.

Perhaps the most useful case to demonstrate the Basic Law's hierarchy of constitutional values is the 1975 *Abortion I Case*. The subject of the case was section 218a of the *Abortion Reform Act* of 1974, which removed criminal prohibitions on abortion provided that the procedure was performed by a licensed physician on a consenting

²⁰¹ KOMMERS, Donald P; MILLER, Russell A. **The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany**. 3 ed. Durham: Duke University Press, 2012. p. 363.

woman during the first twelve weeks of pregnancy. Criminal penalties continued to apply for other abortions procured after the third month of pregnancy, with the exception of those pregnancies resulting from rape or incest or those terminated on medical advice. The new law also required a woman to consult with a physician or a counseling agency about assistance available to pregnant women, mothers, and children. Several members of the German Bundestag (the national lower house) as well as a number of German states petitioned the Constitutional Court to review whether the new law violated Article 1's human dignity provision and Article 2's right to life provision, among other constitutional rights.²⁰² This compelled the Court to weigh the competing rights of the mother and the fetus, whose developing life the Court noted is protected by Article 2(2) of the Basic Law.

Relying on the Basic Law's ordering of values to reach its decision, the Constitutional Court found the new abortion law incompatible with the fetus's human dignity and right to life. It stated, before reaching the merits of the case, that its deliberation "demands a total view of the constitutional norms and the hierarchy of values contained therein." Recognizing the importance of the case, the Court added that "[t]he gravity and seriousness of the constitutional questions posed become clear if it is considered that what is involved here is the protection of human life, one of the central values of every legal order." The Court stressed that its task was not to judge the new abortion law against the values established under another country's constitution but rather against the values entrenched in the German Basic Law. The Court ultimately held that the law "is void insofar as it exempts termination of pregnancy from punishment in cases where no reasons exist which—within the meaning of the [present] decisional grounds—have priority over the value order contained in the Basic Law."

Constitutional history played a significant part in the Court's judgment. The Court explained that the Basic Law's entrenchment of the right to life was the result of the destruction of life that Germany had seen in its past:

[T]he categorical inclusion of the inherently self-evident right to life in the Basic Law may be explained principally as a reaction to the 'destruction of life unworthy to live,' the 'final solution,' and the 'liquidations' that the National Socialist regime carried out as governmental measures.

Under the Basic Law, the right to life affirms

the fundamental value of human life and of a state concept that is emphatically opposed to the views of a political regime for which the individual life had little significance

²⁰² The Basic Law's right to life provision holds that "[e]veryone shall have the right to life and physical inviolability" (*Basic Law for the Federal Republic of Germany*, 1949, translated by U.S. Department of State, art 2(2)(1)).

and that therefore practiced unlimited abuse in the name of the arrogated right over life and death of the citizen.

The Court therefore contrasted the Weimar constitution and the regime that followed it with the Basic Law and the new regime that it sought to create.

Noting that the Basic Law is clear in its language that *everyone* shall have the right to life—with no “delimitation of the various developmental stages of human life”—the Court affirmed that the right extends to the unborn, or what the Court called developing life. The Court then tied the right to life to human dignity, explaining that the obligation to protect the right to life follows from Article 1: “Wherever human life exists, it merits human dignity; whether the subject of this dignity is conscious of it and knows how to safeguard it is not important. The potential capabilities inherent in human existence from its inception are adequate to merit human dignity.” Yet the Court also acknowledged that the state has an obligation to protect the life of the mother and that the mother’s pregnancy exists within her private personal sphere: “The obligation of the state to take the developing life under its protection also exists in principle with regard to the mother. ... Pregnancy belongs to the intimate sphere of the woman that is constitutionally protected by Article 2 (1) in conjunction with Article 1 (1) of the Basic Law.” It is at this point that the Court invoked the hierarchy of constitutional values to resolve the collision between the rights of the developing life and the rights of the mother.

The Constitutional Court saw the conflict of rights as inhospitable to any compromise: “No compromise is possible that would both guarantee the protection of the unborn life and concede to the pregnant woman the freedom of terminating the pregnancy because termination of pregnancy always means destruction of the prenatal life.” In choosing which of these two rights to privilege, the Court felt itself bound to use the human dignity provision as its guide: “In the ensuing balancing process, ‘both constitutional values must be perceived in their relation to human dignity as the center of the constitution’s value system.’” As a result, the Court elevated the right of the fetus over the right of the mother. In the Court’s view, whereas prohibiting abortion only impairs a woman’s right to self-determination, abortion destroys life: “When using Article 1 (1) as a guidepost, the decision must come down in favor of the preeminence of protecting the fetus’s life over the right of self-determination of the pregnant woman.” Although the Court conceded that “[p]regnancy, birth, and child-rearing may impair the woman’s right of self-determination and the right to many personal developmental potentialities,” it held as determinative that “[t]he termination of pregnancy, however, destroys prenatal life.” The difference between the impairment of human dignity and its destruction was therefore great enough to tilt the Court toward protecting the right of the fetus.

As a final illustration of how the Constitutional Court has interpreted the Basic Law's inviolable human dignity provision, consider the more recent *Aviation Security Act Case*. The case arose out of the *Aviation Security Act*, which Germany adopted in the aftermath of the terrorist attacks of September 11, 2001 in the United States. The law authorized the German Minister of Defence, with the consent of the Minister of the Interior, to order the armed forces to shoot down a commercial aircraft thought to be hijacked in order to be used as a weapon against civilian targets. The Constitutional Court found the law unconstitutional on several grounds, notably because it would "deprive passengers and crew of their right to self-determination and thus make them 'mere objects of the state's rescue operation for the protection of others.'"

The Constitutional Court's refusal to authorize the state to treat a plane's passengers as objects recalled its earlier decisions in the *Microsensus Case* and the *Life Imprisonment Case*. As Kommers and Miller explain, the Court stated that "killing may not be employed as a means to save others, for human lives may not be disposed of 'unilaterally by the state' in this way, even on the basis of a statutory authorization." The Court ultimately held that "an aircraft may not be shot down—and there is no constitutional state duty to shoot it down—simply because it may be used as a weapon to extinguish life on the ground, particularly since the ensuing loss of life would not bring an end to the body politic or the constitutional system." The Court again referred to the pre-eminence of human dignity as a constitutional value: "Human life is intrinsically connected to human dignity as a paramount principle of the constitution and the highest constitutional value."

These four leading cases on Germany's inviolable human dignity provision illustrate the authenticity of the political commitments entrenched in the Basic Law's formal amendment rules, insofar as the entrenched value aligns with its interpretation and enforcement by political actors. Yet the constitutional design of the Basic Law and its interpretation by the Constitutional Court cannot, on their own, fully explain the alignment between German political culture and the entrenched constitutional value of human dignity. The Basic Law's design and its interpretation have certainly contributed to the process of "sowing and growing" the constitutional value of human dignity;²⁰³ yet the legislature's deference to the Court has also helped, particularly where the Court has invalidated legislation on the basis of the human dignity provision and the legislature has responded by re-passing the law into conformity with the Court's recommendations.²⁰⁴ Germans themselves have also accepted as worthy and legitimate the absolute entrenchment of human dignity, as I discuss below.

²⁰³ KLEIN, Eckart. Human Dignity in German Law. In: KRETZMER, David; KLEIN, Eckart (Org.). **The Concept of Human Dignity in Human Rights Discourse**. The Hague: Kluwer Law International, 2002. p. 145-159.

²⁰⁴ One of the most prominent examples is the 1976 *Abortion Reform Act*, passed in the aftermath of the *Abortion I Case*. See KOMMERS, Donald P; MILLER, Russell A. **The Constitutional Jurisprudence of the Federal**

The German Basic Law recently marked its sixtieth anniversary. On that occasion, German constitutional theorist Matthias Mahlmann offered his reflections, calling the Basic Law “a resilient constitution” and “a remarkable success” and noting proudly that “[s]ome aspects of the Basic Law have even become a kind of attractive export article not accounted for in Germany’s foreign trade balance, but nevertheless of considerable importance.”²⁰⁵ Mahlmann’s analysis underscored the importance of the Basic Law’s human dignity protection, which, in his view, has come to define the Basic Law in the public perception:

*The norm, however, that most characterizes the Basic Law in the public perception and in scholarly reflection is the guarantee of human dignity. This particular role is, to a large degree, a consequence of the German past. Nazism still legitimizes the guarantee of human dignity today by the abominable, vivid barbarism of its negation. The guarantee of human dignity formulates, however, not only the desire to refrain from fathoming yet another time a moral abyss, but a promise as well: the perspective to create a legal order that embodies principles of human dignity not only through the absence of misdeeds, but also through legally institutionalized structures of a republican culture of respect.*²⁰⁶

The concept of human dignity has risen in public esteem as it has been applied across more spheres of German life. George Fletcher states the point: “When the German Basic Law of 1949 declares human dignity to be the foundational value of the constitution, the implications run through all relationships that may come into being.”²⁰⁷ Not only does human dignity prescribe or proscribe state action, it also influences private action. The Constitutional Court has emphasized this point when explaining that the Basic Law entrenches an “objective order of values.”²⁰⁸ For the Court, the Basic Law “is not a value-neutral document.” It is a value-laden text whose purpose is to protect rights in all spheres: “This value system, which centers upon dignity of the human personality developing freely within the social community, must be looked upon as a fundamental constitutional decision affecting all spheres of law, both public and private.” The Basic Law’s constitutional hierarchy thus creates a value system extending beyond the public sphere: “Every provision of private law must be compatible with this system

Republic of Germany. 3 ed. Durham: Duke University Press, 2012. p. 384–85.

²⁰⁵ MAHLMANN, Matthias. The Basic Law at 60—Human Dignity and the Culture of Republicanism. **German Law Journal**, Lexington, vol. 11, n.1, 2010. p.9.

²⁰⁶ [footnotes omitted].

²⁰⁷ FLETCHER, George P. **Our Secret Constitution**: How Lincoln Redefined American Democracy. New York: Oxford University Press, 2001. p. 216.

²⁰⁸ KOMMERS, Donald P; MILLER, Russell A. **The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany**. 3 ed. Durham: Duke University Press, 2012. p. 444.

of values, and every such provision must be interpreted in its spirit,” declared the Court in the pivotal 1958 *Luth Case*.

The application of the Basic Law’s constitutional provisions to the private sphere has been called the *third party effect* doctrine.²⁰⁹ Under this doctrine, the Constitutional Court interprets and applies the values of the Basic Law in such a way that vindicates those values, whether the matter is constitutional or civil.²¹⁰ Frank Michelman calls this the “double aspect” of the Basic Law’s rights protections:

As specifically worded guarantees (‘subjective rights’), they obligate only the state and its officials. These clauses also, however, speak—as a ‘fundamental constitutional decision’ of the German people—for a set of underlying values and principles, an ‘objective value system’ for the whole of German civic life.²¹¹

Michelman adds that “the Basic Law’s value-orderings must, accordingly, ‘influence the civil law’ throughout, obligating ordinary judges to construe and apply the background-law provisions of the Civil Code always ‘in its spirit’ and never ‘in contradiction with’ it.” This language tracks the Court’s own; the Court has stated that “[t]his system infuses specific constitutional content into private law, which from that point on determines its interpretation.”²¹² It is important to note, however, that this doctrine does not contemplate the application of the Basic Law’s rights protections directly to private individuals, but only indirectly, through the Basic Law’s application to private law.²¹³

The constitutional value of human dignity therefore derives its force from its entrenchment in the Basic Law, its interpretation by the Constitutional Court, and its centrality to German political culture. The late German political theorist observed that modern Germany has become, “not only by the rules of its constitution but also in the reality of its constitutional life ...[,] a state which has taken seriously its obligations to create favorable external conditions for its citizens to achieve a life in conformity with

²⁰⁹ See e.g. EBERLE, Edward J. Equality in Germany and the United States. *San Diego International Law Journal*, San Diego, vol.10, n.1, 2008. p. 63-97; GARDBAUM, Stephen. The Myth and the Reality of American Constitutional Exceptionalism. *Michigan Law Review*, Ann Arbor, vol. 107, n.3, 2008. p.391-433; STARCK, Christian. Human Rights and Private Law in German Constitutional Development and in the Jurisdiction of the Federal Constitutional Court. In: FRIEDMANN, Daniel; BARAK-EREZ, Daphne (Org.). *Human Rights in Private Law*. Portland: Hart Publishing, 2001.p.97.

²¹⁰ See EBERLE, Edward J. Public Discourse in Contemporary Germany. *Case Western Reserve Law Review*, Cleveland, vol 47, n. 3, 1997. p.797, 813-816.

²¹¹ MICHELMAN, Frank I. The Interplay of Constitutional and Ordinary Jurisdiction. In: GINSBURG, Tom; DIXON, Rosalind (Org.). *Comparative Constitutional Law*. Cheltenham: Edward Elgar, 2011. p. 278 at 289.

²¹² KOMMERS, Donald P; MILLER, Russell A. *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*. 3 ed. Durham: Duke University Press, 2012. p. 444.

²¹³ See TAYLOR, Greg. The Horizontal Effect of Human Rights Provisions, the German Model and Its Applicability to Common-Law Jurisdictions. *King’s College Law Journal*, London, vol.13, n.2, 2002. p.187-200.

human dignity.”²¹⁴ That Germany’s highest constitutional value is ordered objectively means that it is legally binding upon the entire constitutional community.²¹⁵ As Stéphanie Hennette-Vauchez writes, “[t]his objective nature is crucial to securing the success of the principle of human dignity. In fact, such objectivity reinforces considerably its actual normative strength.” This transformation of the Basic Law’s normative aspirations from subjective to objective values is critical to understanding how the values entrenched in the Basic Law’s formal amendment rules have become and have since remained authentic political commitments.

5. CONCLUSION

Formal amendment rules do more than serve a corrective purpose. Constitutional designers may entrench formal amendment rules not only to serve the conventional functions scholars attribute to these rules—to distinguish the constitution from ordinary law, to structure the formal amendment process, to precommit political actors, to make improvements or corrections, to heighten public awareness, to check political branches, to promote democracy, and to pacify constitutional change—but also to express constitutional values. Constitutional designers may entrench and thereby express special political commitments in the rules that govern how the constitutional text is formally amended, for example through the creation of escalating or non-escalating amendment procedures or subject-matter restrictions.

That formal amendment rules may express constitutional values is both a clarifying and a complicating contribution to the study of such rules. It is clarifying insofar as it illuminates a function of the rules that scholars have yet to fully explain and illustrate, but it is complicating since we cannot know from text alone whether the values entrenched in formal amendment rules reflect authentic or inauthentic political commitments. We must therefore take a skeptical posture to any special or absolute entrenchment of constitutional values and inquire whether these formally entrenched values align in reality with a state’s political culture. We have seen with respect to the values entrenched in the Basic Law’s formal amendment rules, for example, that German constitutional entrenchment aligns strongly with Germany’s political culture. This alignment appears attributable largely to the Basic Law’s constitutional design and its interpretation, as well as to the popular legitimacy of the Basic Law’s absolute entrenchment of human dignity.

²¹⁴ SONTHEIMER, Kurt, Principles of Human Dignity in the Federal Republic. In: KIRCHHOF, Paul; KOMMERS, Donald P (Org.). Germany and its Basic Law: Past, Present, and Future—A German–American Symposium. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993. p. 213-216.

²¹⁵ See HENNETTE-VAUCHEZ, Stéphanie. A Human *Dignitas*? Remnants of the Ancient Legal Concept in Contemporary Dignity Jurisprudence. *International Journal of Constitutional Law*, New York, vol.9, n.1, 2011. p. 32- 44.

There remains much to study about the expressive function of formal amendment rules. The field of comparative constitutional law could benefit from jurisdiction-specific case studies on the concordance between the values entrenched and expressed in formal amendment rules and those recognized by political actors and citizens. There are also important questions about the strategic, historical, and local reasons why constitutional designers choose to entrench certain constitutional values instead of others. It may additionally be useful to inquire into the degree to which the values entrenched in formal amendment rules are actually vindicated in the judgments of national courts of last resort, to the extent that those values are even justiciable. These and other inquiries into the study of formal amendment rules hold promise for enriching the study of comparative constitutional law and constitutional design.

6. REFERENCES

- ACKERMAN, Bruce. **We the People 1: Foundations**. Cambridge: Belknap Press, 1998.
- ACKERMAN, Bruce. **We the People 2: Transformations**. Cambridge: Belknap Press, 1998.
- ACKERMAN, Bruce A. Transformative Appointments. **Harvard Law Review**, Cambridge, vol. 101, n. 6, 1988.
- ALBERT, Richard. Constitutional Handcuffs. **Arizona State Law Journal**, Tempe, vol.42, n. 3, 2010.
- ALEXANDER, Larry. Constitutions, Judicial Review, Moral Rights, and Democracy: Disentangling the Issues. In: HUSCROFT, Gran. (Org.). **Expounding the Constitution: Essays in Constitutional Theory**. New York: Cambridge University Press, 2008.
- AMAR, Akhil Reed. Philadelphia Revisited: Amending the Constitution Outside Article V. **University of Chicago Law Review**, Chicago, vol. 55, n. 4, 1988.
- ANDREWS, William G. **Constitutions and Constitutionalism**. 2 ed. New York: D Van Nostrand Company, 1963.
- BARBER, Benjamin R. Constitutional Rights—Democratic Instrument or Democratic Obstacle? In: LICHT, Robert A (Org.). **The Framers and Fundamental Rights**. Washington, DC: AEI Press, 1992.
- BARK, Dennis L; GRESS, David R. **A History of West Germany: From Shadow to Substance 1945–1963**. Cambridge: Basil Blackwell, 1989.
- BEATTY, David M. **The Ultimate Rule of Law**. New York: Oxford University Press, 2004.
- BENDA, Ernst. The Protection of Human Dignity (Article 1 of the Basic Law). **SMU Law Review**, Dallas, vol.53, n.2, 2000.
- BOUDREAUX, Donald J; PRITCHARD A C. Rewriting the Constitution: An Economic Analysis of the Constitutional Amendment Process. **Fordham Law Review**, New York, vol.62, n. 1, 1993.

BOGNETTI, Giovanni. The Concept of Human Dignity in European and US Constitutionalism. In: NOLTE, Georg (Org.). **European and US Constitutionalism**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

BRESLIN, Beau. **From Words to Worlds: Exploring Constitutional Functionality**. Baltimore: Johns Hopkins University Press, 2009.

BURGESS, John W. **Political Science and Comparative Constitutional Law I: Sovereignty and Liberty**. Boston: Ginn & Co, 1893.

CASSEL, Doug. Honduras: *Coup d'Etat* in Constitutional Clothing?—Revision, **American Society of International Law**, Washington, DC, vol.13, n.9, 2009.

Civil Administration Division, Office of Military Government for Germany (US), **Draft Basic Law: Passed in First Reading in Nov/Dec 1948**. 15 January 1949.

COAN, Andrew B. The Irrelevance of Writtenness in Constitutional Interpretation. **University of Pennsylvania Law Review**, Philadelphia, vol.158, n.4, 2010.

COLLETT, Teresa Stanton. Judicial Independence and Accountability in an Age of Unconstitutional Constitutional Amendments. **Loyola University Chicago Law Journal**, Chicago, vol.41, n.2, 2010

COLÓN-RÍOS, Joel I. **Weak Constitutionalism: Democratic Legitimacy and the Question of Constituent Power**. London: Routledge, 2012.

CONGLETON, Roger D. **Perfecting Parliament: Constitutional Reform, Liberalism, and the Rise of Western Democracy**. New York: Cambridge University Press, 2011.

CONTIADES, Xenophon (Org.). **Engineering Constitutional Change: A Comparative Perspective on Europe, Canada and the USA**. New York: Routledge, 2013.

Counterinsurgency and Constitutional Design (Note) **Havard Law Review**, Cambridge, vol. 121, n.6, 2008.

CURRIE, David P. **The Constitution of the Federal Republic of Germany**. Chicago: University of Chicago Press, 1994.

DELLINGER, Walter. The Legitimacy of Constitutional Change: Rethinking the Amendment Process. **Havard Law Review**, Cambridge, vol. 97, n.2, 1983.

DELLINGER, Walter. The Amending Process in Canada and the United States: A Comparative Perspective. **Law and contemporary problems**, Durham, vol. 45, n.4, 1982.

DENNING, Brannon P. Means to Amend: Theories of Constitutional Change. **Tennessee Law Review**, Tennessee, vol.65, n.155, p.180–209, 1997.

DENNING, Brannon P; VILE, John R. The Relevance of Constitutional Amendments: A Response to David Strauss. **Tulane Law Review**, New Orleans, vol 77, n.1, 2002.

DIXON, Rosalind; HOLDEN, Richard. Constitutional Amendment Rules: The Denominator Problem. In GINSBURG, Tom (Org.). **Comparative Constitutional Design**. New York: Cambridge University Press, 2012.

DIXON, Rosalind. Constitutional Amendment Rules: A Comparative Perspective. In: GINSBURG, Tom. DIXON, Rosalind (Org.). **Comparative Constitutional Law**. Cheltenham: Edward Elgar, 2011.

Document 7: The Signing and Proclamation of the Basic Law (Grundgesetz), 23 May 1949. In: SCHWEITZER, Carl-Christoph [et al] (Org.). **Politics and Government in Germany, 1944–1994: Basic Documents**. Providence: Berghahn Books, 1995.

DR Congo Backs New Constitution. 12 January 2006. **BBC News Service**. Available at: <news.bbc.co.uk>.

EBERLE, Edward J. Equality in Germany and the United States. **San Diego International Law Journal**, San Diego, vol.10, n.1, 2008.

EBERLE, Edward J. The German Idea of Freedom. **American University International Law Review**, Washington, D.C., vol. 10, n. 1, 2008.

EBERLE, Edward J. Public Discourse in Contemporary Germany. **Case Western Reserve Law Review**, Cleveland, vol 47, n. 3, 1997.

ELSTER, Jon. **Ulysses Unbound: Studies in Rationality, Precommitment, and Constraints**. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.

ELSTER, Jon. Constitutionalism in Eastern Europe: An Introduction. **University of Chicago Law Review**, Chicago, vol. 52, n.2, 1991

FALLON, Richard H. Strict Judicial Scrutiny. **UCLA Law Review**, Los Angeles, vol.54, n.5, 2007

FARRAND, Max (Org.). **The Records of the Federal Convention of 1787**, revised ed. vol.1. New Haven: Yale University Press, 1966

FINER, SE; BOGDANOR, Vernon; RUDDEN Bernard. **Comparing Constitutions**. Oxford: Clarendon Press, 1995.

FISCH, William B. Constitutional Referendum in the United States of America, **American Journal Comparative Law** (supplement), Ann Arbor, vol. 54, n.4 p.485, 490-491, 2006.

FLEMING, James E. We the Unconventional American People. **University of Chicago Law Review**, Chicago, vol. 65, n.4 1998.

FLETCHER, George P. **Our Secret Constitution: How Lincoln Redefined American Democracy**. New York: Oxford University Press, 2001.

FOX, Gregory H; NOLTE, Georg. Intolerant Democracies. **Harvard International Law Journal**, Cambridge, vol.36, n.1, 1995.

FRIEDMAN, Barry; SMITH, Scott B. The Sedimentary Constitution. **University of Pennsylvania Law Review**. Philadelphia, vol.147, p.1-45, 1998

GADAMER, Hans-Georg. **Truth and Method**, ed and translated by Garrett Barden & John Cumming. New York: Crossroad, 1988.

GALSTON, Miriam. Theocracy in America: Should Core First Amendment Values be Permanent? **Hastings Constitutional Law Quarterly**, San Francisco, vol. 37, n. 1, 2009.

GARDBAUM, Stephen. The Myth and the Reality of American Constitutional Exceptionalism. **Michigan Law Review**, Ann Arbor, vol. 107, n.3, 2008.

GARNER, Bryan A. **Modern American Usage**, 3 ed. New York: Oxford University Press, 2009.

GATHII, James Thuo. Popular Authorship and Constitution Making: Comparing and Contrasting the DRC and Kenya. **William & Mary Law Review**, Williamsburg, vol. 49, n.4, 2008.

GERKEN, Heather K. The Hydraulics of Constitutional Reform: A Skeptical Response to **Our Undemocratic Constitution**. **Drake Law Review**, Des Moines, vol. 55, n. 925, p.929-33, 2007.

GINSBURG, Tom; POSNER, Eric A. Subconstitutionalism. **Stanford Law Review**, California, vol. 62, p.1583-1600, 2010.

GINSBURG, Tom. Written Constitutions and the Administrative State: On the Constitutional Character of Administrative Law. In: ROSE-ACKERMAN, Susan; LINDSETH Peter L (Org.). **Comparative Administrative Law**. Cheltenham: Edward Elgar, 2010.

GLENDON, Mary Ann. **Abortion and Divorce in Western Law**. Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1987.

GOERLICH, Helmut. Fundamental Constitutional Rights: Content, Meaning and General Doctrines. In: KARPEN, Ulrich (Org.). **The Constitution of the Federal Republic of Germany: Essays on the Basic Rights and Principles of the Basic Law with a Translation of the Basic Law**. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1988.

GREY, Thomas C. The Constitution as Scripture. **Stanford Law Review**, California, vol. 37, n.1, 1984.

GRIFFIN, Stephen M. Constituent Power and Constitutional Change in American Constitutionalism. In: LOUGHLIN, Martin; WALKER, Neil (Org.). **The Paradox of Constitutionalism: Constituent Power and Constitutional Form**. New York: Oxford University Press, 2007.

GRIFFIN, Stephen M. The Nominee is ... Article V. **Constitutional Commentary**, Minneapolis, vol. 12, n.2, p.171-172, 1995.

GUINS, George C. Towards an Understanding of Soviet Law. **Soviet Studies**, Glasgow, vol 7, n.1, 1955

HART, Vivien. Democratic Constitution Making. **United States Institute of Peace Special Report 1 at 4**. 2003. Special report 107. Available at: < <http://www.usip.org/sites/default/files/resources/sr107.pdf>>.

HENNETTE-VAUCHEZ, Stéphanie. A Human *Dignitas*? Remnants of the Ancient Legal Concept in Contemporary Dignity Jurisprudence. **International Journal of Constitutional Law**, New York, vol.9, n.1, 2011.

HEUN, Werner. **The Constitution of Germany: A Contextual Analysis**. Portland: Hart Publishing, 2011.

HOGG, Peter W. Formal Amendment of the Constitution of Canada. **Law and contemporary problems**, Durham, vol. 55, n.1, 1992.

HOGG, Peter W. **Constitutional Law of Canada**. 5. ed. Toronto: Carswell, 2012

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN Cass R. The Politics of Constitutional Revision in Eastern Europe. In: LEVINSON, Sanford (Org.). **Responding to Imperfection: The Theory and Practice of Constitutional Amendment**. Princeton: Princeton University Press, 1995.

HOWARD, AE Dick. The Essence of Constitutionalism. In: THOMPSON, Kenneth W; LUDWIKOWSKI, Rett R (Org.). **Constitutionalism and Human Rights: America, Poland, and France**. London: University Press of America, 1991

HURLEY, James Ross. **Amending Canada's Constitution: History, Processes, Problems and Prospects**. Ottawa: Canada Communication Group, 1996.

JACOBSON, Gary Jeffrey. **Constitutional Identity**. Cambridge, Mass: Harvard University Press, 2010.

JEFFERY, Charlie. Dimensions of Constitutional Change: Germany and the United Kingdom Compared. In: in GUNLICKS, Arthur B (Org.). **German Public Policy and Federalism: Current Debates on Political, Legal, and Social Issues**. New York: Berghahn Books, 2003

KAHANA, Tsvi. Canada. In: OLIVER, Dawn; FUSARO, Carlo (Org.). **How Constitutions Change: A Comparative Study**. Portland: Hart Publishing, 2011.

KEITH, Linda Camp. Constitutional Provisions for Individual Human Rights (1977–1996): Are They More Than Mere ‘Window Dressing?’ **Political Research Quarterly**, New York, vol. 55, n.1, 2002.

KLARMAN, Michael J. Constitutional Fact/Constitutional Fiction: A Critique of Bruce Ackerman's Theory of Constitutional Moments. **Stanford Law Review**, Stanford, vol. 44, n. 3, 1992.

KLEIN, Claude; SAJÓ, András. Constitution-Making: Process and Substance. In: ROSENFELD, Michel; SAJÓ, András. (Org.). **The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law**. Oxford: Oxford University Press, 2012.

KLEIN, Eckart. Human Dignity in German Law. In: KRETZMER, David; KLEIN, Eckart (Org.). **The Concept of Human Dignity in Human Rights Discourse**. The Hague: Kluwer Law International, 2002.

KOMMERS, Donald P. German Constitutionalism: A Prolegomenon. **Emory Law Journal**, Atlanta, vol.40, n.3, 1991.

KOMMERS, Donald P. The Constitutional Law of Abortion in Germany: Should Americans Pay Attention? **Journal of Contemporary Health Law and Policy**, Washington, D.C, vol.10, 1994.

KOMMERS, Donald P; MILLER, Russell A. **The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany**. 3 ed. Durham: Duke University Press, 2012.

KRAMER, Larry. What's a Constitution for Anyway? Of History and Theory, Bruce Ackerman and the New Deal. **Case Western Reserve Law Review**, Cleveland, vol. 46, n.3, 1996.

KU, Raymond. Consensus of the Governed: The Legitimacy of Constitutional Change. **Fordham Law Review**, New York, vo. 64, n.2, 1995.

KYVIG, David E. Arranging for Amendment: Unintended Outcomes of Constitutional Design. In: KYVIG, David E. (Org.). **Unintended Consequences of Constitutional Amendment**. Athens: Univeristy of Georgia Press, 2000

LAJOIE, Andrée; QUILLINAN, Henry. Emerging Constitutional Norms: Continuous Judicial Amendment of the Constitution—The Proportionality Test as a Moving Target. **Law and contemporary problems**, Durham, vol. 55, n.1, 1992.

LANDAU, David. Abusive Constitutionalism. **UC Davis Law Review**, Davis, vol.47, [forthcoming], 2013.

LANE, Jan-Erik. **Constitutions and Political Theory**, 2 ed. Manchester: Manchester University Press, 2011.

LAW, David S. Constitutions. In: CANE, Peter; KRITZER, Herbert M (Org.). **The Oxford Handbook of Empirical Legal Research**. New York: Oxford University Press, 2010.

LAW, David S; VERSTEEG, Mila. The Evolution and Ideology of Global Constitutionalism. **California Law Review**, Berkeley, vol.99, n.5, 2011.

LAW, David S; VERSTEEG, Mila. Sham Constitutions. **California Law Review**, Berkeley, vol. 101, n.4, 2013.

LERNER, Max. Constitution and Court as Symbols. **The Yale Law Journal**, Danvers, vol.46, n.8, 1937.

LEVINSON, Sanford. Designing an Amendment Process. In: FEREJOHN, John; RAKOVE, Jack N.; RILEY, Jonathan. (Orgs.) **Constitutional Culture and Democratic Rule**. Cambridge: Cambridge University Press, 2001.

LEVINSON, Sanford. Do Constitutions Have a Point?: Reflections on 'Parchment Barriers' and Preambles. **Social Philosophy & Policy**, Cambridge, vol.28, n.1, 2011.

LEVINSON, Sanford (Org.). **Responding to Imperfection: The Theory and Practice of Constitutional Amendment**. Princeton: Princeton University Press, 1995.

LEVINSON, Sanford. **Our Undemocratic Constitution: Where the Constitution Goes Wrong (And How We the People Can Correct It)**, 2 ed. New York: Oxford University Press, 2006.

LEVINSON, Sanford. The Political Implications of Amending Clauses. **Constitutional Commentary**, Minneapolis, vol. 13, n. 1, 1996.

LEVINSON, Sanford. The Constitution' in American Civil Religion. **Supreme Court Review**, Chicago, vol. 123, 1979.

LIJPHART, Arend. **Patterns of Democracy**: Government Forms and Performance in Thirty-Six Countries. New Haven: Yale University Press, 1999.

LOEWENSTEIN, Karl. Reflections on the Value of Constitutions in Our Revolutionary Age. In: ZURCHER, Arnold J (Org.). **Constitutions and Constitutional Trends Since World War II**. New York: New York University Press, 1951.

LUTZ, Donald S. Toward a Theory of Constitutional Amendment. **American Political Science Review**, Denton, vol. 88, n.2, p. 355- 364, 1994.

LUTZ, Donald S. Toward a Theory of Constitutional Amendment. In: LEVINSON, Sanford (Org.). **Responding to Imperfection: The Theory and Practice of Constitutional Amendment**. Princeton: Princeton University Press, 1995.

MADISON, James. The Federalist No. 43. In: COOKE, Jacob E (Org.). **The Federalist**. Middletown: Wesleyan University Press, 1961.

MAHLMANN, Matthias. The Basic Law at 60—Human Dignity and the Culture of Republicanism. **German Law Journal**, Lexington, vol. 11, n.1, 2010.

MALKIN, Elisabeth, Honduran President Is Ousted In Coup. **New York Times**, 29 June 2009. Available at: <www.nytimes.com>.

MASSEY, Calvin. The New Formalism: Requiem for Tiered Scrutiny? **Pennsylvania Constitutional Law Review**, Philadelphia, vol. 6, n.5, 2004.

MCALLISTER, Marc Chase. Human Dignity and Individual Liberty in Germany and the United States as Examined Through Each Country's Leading Abortion Cases **Tulsa Journal of Comparative and International Law**, Tulsa, vol.11, n.2, 2004.

MICHELMAN, Frank I. The Interplay of Constitutional and Ordinary Jurisdiction. In: GINSBURG, Tom. DIXON, Rosalind (Org.). **Comparative Constitutional Law**. Cheltenham: Edward Elgar, 2011.

MÖLLERS, Christoph. Democracy and Human Dignity: Limits of Moralized Conception of Rights in German Constitutional Law. **The Israel Law Review**, Cambridge, vol.42, n.2, 2009.

MORIN, Jacques-Yvan; WOEHLING, José. **Les constitutions du Canada et du Québec**: du régime français à nos jours, t 1–2, 2. ed. Montreal: Éditions Thémis, 1994.

MURPHY, Walter F. An Ordering of Constitutional Values. **Southern California Law Review**, Los Angeles, vol. 53, n.2, 1980.

MURPHY, Walter. Constitutions, Constitutionalism, and Democracy. In: GREENBERG, Douglas [et al] (Org.). **Constitutionalism and Democracy: Transitions in the Contemporary World**. New York: Oxford University Press, 1993.

MURPHY, Walter F. **Slaughter-House, Civil Rights**, and Limits on Constitutional Change. **The American Journal of Jurisprudence**, South Bend, vol. 32, 1987.

MURPHY, Walter F. The Art of Constitutional Interpretation: A Preliminary Showing. In: HARMON, M Judd (Org.). **Essays on the Constitution of the United States**. Port Washington: Kennikat Press, 1978

NEGRETTO, Gabriel L. Toward a Theory of Formal Constitutional Change: Mechanisms of Constitutional Adaptation in Latin America. In: NOLTE, Detlef; SCHILLING-VACAFLOR Almut (Org.). **New Constitutionalism in Latin America: Promises and Practices**. Farnham: Ashgate, 2012.

O'KANE, Rosemary HT. **Paths to Democracy: Revolution and Totalitarianism**. London: Routledge, 2004.

OGENDO, HWO Okoth. Constitutions Without Constitutionalism: Reflections on an African Political Paradox. GREENBERG, Douglas [et al] (Org.). **Constitutionalism and Democracy: Transitions in the Contemporary World**. New York: Oxford University Press, 1993.

OLIVER, Peter. Canada, Quebec, and Constitutional Amendment. **University of Toronto Law Journal**, Toronto, vol. 49, n.4, 1999.

ORGAD, Liav. The Preamble in Constitutional Interpretation. **International Journal of Constitutional Law**, New York, vol.8, n.4, 2010.

PELLETIER, Benoît. **La modification constitutionnelle au Canada**. Scarborough: Carswell, 1996.

PELLETIER, Benoît. Les modalités de la modification de la Constitution du Canada. **Revue Juridique Thémis**, Montréal, vol.33, 1999.

PREUSS, Ulrich K. The Implications of 'Eternity Clauses: The German Experience. **Israel Law Review**, Cambridge, vol. 44, n. 3, 2011.

PRIMUS, Richard A. When Should Original Meanings Matter? **Michigan Law Review**, Ann Arbor vol. 107, n.2, 2008.

RASCH, Bjørn Erik; CONGLETON, Roger D. Amendment Procedures and Constitutional Stability. In CONGLETON, Roger D; SWEDENBORG, Birgitta (Org.) **Democratic Constitutional Design and Public Policy: Analysis and Evidence**. Cambridge, Mass: MIT Press, 2006.

RATLIFF, William. "Understanding the Mess in Honduras" **Forbes**, 28 September 2009, Available at: <www.forbes.com/2009/09/28/honduras-zelaya-insulza-opinions-contributors-william-ratliff.html>

RAY, S.N. **Modern Comparative Politics: Approaches, Methods and Issues**, 3d. Delhi: Prentice-Hall of India, 2004.

RESS, Georg. The Constitution and the Requirements of Democracy in Germany. In: STARCK, Christian (Org.). **New Challenges to the German Basic Law: The German Contributions to**

the Third World Congress of the International Association of Constitutional Law. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1991.

RÖSLER, Hannes. Harmonizing the German Civil Code of the Nineteenth Century with a Modern Constitution—The Lüth Revolution 50 Years Ago in Comparative Perspective. **Tulane European & Civil Law Forum**, New Orleans, vol. 23, n.1, 2008

ROSENBERG, Gerald N. The Unconventional Conventionalist. **Green Bag**, Washington, DC, vol 2, n.2, 1999.

ROTH, Kenneth. Depots Masquerading as Democrats. In: Human Rights Watch. **World Report** (2008). Available at: <www.hrw.org/sites/default/files/reports/wr2k8_web.pdf>.

RUBENFELD, Jed. **Freedom and Time: A Theory of Constitutional Self-Government**. New Haven: Yale University Press, 2001.

SAGER, Lawrence G. The Birth Logic of a Democratic Constitution. In: RAKOVE, Jack N.; RILEY, Jonathan. (Orgs.) **Constitutional Culture and Democratic Rule**. Cambridge: Cambridge University Press, 2001.

SAJÓ, András. **Limiting Government: An Introduction to Constitutionalism**. New York: Central European University Press, 1999.

SAMAH, Adam M. Dead Hand Arguments and Constitutional Interpretation. **Columbia Law Review**, New York, vol. 108, n. 1, p.606-618, 2008.

SARTORI, Giovanni. Constitutionalism: A Preliminary Discussion. **American Political Science Review, Denton**, vol.56, n.4, 1962.

SARTORI, Giovanni. **Comparative Constitutional Engineering: An Inquiry into Structures, Incentives and Outcomes**. New York: New York University Press, 1994

SCHAUER, Frederick. Deliberating About Deliberation. **Michigan Law Review**, Ann Arbor, vol. 90, n.6, 1992.

SCHEFFLER, Samuel. **Equality and Tradition: Questions of Value in Moral and Political Theory**. New York: Oxford University Press, 2010.

SCHEUERMAN, William E. Constitutionalism in an Age of Speed. **Constitutional Commentary**, Minneapolis, vol. 19, n. 2, 2002.

SCHMITT, Carl Schmitt, **Constitutional Theory**. ed and translated by Jeffrey Seitzer. Durham: Duke University Press, 2008.

SCHMITT, Carl. **Legality and Legitimacy**. ed and translated by Jeffrey Seitzer. Durham: Duke University Press, 2004.

SCHNEIER, Edward. **Crafting Constitutional Democracies: The Politics of Institutional Design**. New York: Rowman & Littlefield, 2006.

SCHWARTZBERG, Melissa. **Democracy and Legal Change**. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

SCOTT, Stephen A. Pussycat, Pussycat or Patriation and New Constitutional Amendment Processes. **Western Journal of Legal Studies**, London, CA, vol.20, 1982.

SHERRY, Suzanna. The Ghost of Liberalism Past. **Harvard Law Review**, Cambridge, vol. 105, n.4, 1992.

SMITH, Douglas G. An Analysis of Two Federal Structures: The Articles of Confederation and the Constitution. **San Diego Law Review**, San Diego, vol.34, n.1, 1997.

SMITH, Craig T; FETZER, Thomas. The Uncertain Limits of the European Court of Justice's Authority: Economic Freedom Versus Human Dignity. **Columbia Journal of European Law**, New York, vol.10, n.3, 2004.

SONTHEIMER, Kurt. Principles of Human Dignity in the Federal Republic. In: KIRCHHOF; Paul; KOMMERS, Donald P (Org.). **Germany and its Basic Law: Past, Present, and Future—A German–American Symposium**. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993.

STARCK, Christian. Constitutional Definition and Protection of Rights and Freedoms. In: STARCK, Christian (Org.). **Rights, Institutions and Impact of International Law According to the German Basic Law: The Contributions of the Federal Republic of Germany to the Second World Congress of the International Association of Constitutional Law**. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1987.

STARCK, Christian. Human Rights and Private Law in German Constitutional Development and in the Jurisdiction of the Federal Constitutional Court. In: FRIEDMANN, Daniel; BARAK-EREZ, Daphne (Org.). **Human Rights in Private Law**. Portland: Hart Publishing, 2001.

STRAUSS, David A. **The Living Constitution**. New York: Oxford University Press, 2010.

STRAUSS, David A. The Irrelevance of Constitutional Amendments. vol. 114, n.5 **Harvard Law Review**, Cambridge, p.1457-1460, 2001.

SUBER, Peter. **The Paradox of Self-Amendment: A Study of Logic, Law, Omnipotence, and Change**. New York: Peter Lang, 1990.

SULLIVAN, Kathleen. Constitutional Amendmentitis. **The American Prospect**. Fall, 1995. Available at: < <http://prospect.org> >

SUNSTEIN, Cass R. **Designing Democracy: What Constitutions Do**. New York: Oxford University Press, 2001.

SUNSTEIN, Cass R. On the Expressive Function of Law. **European Constitutional Law Review**, Cambridge, vol.5, n.1, 1996.

TAYLOR, Greg. The Horizontal Effect of Human Rights Provisions, the German Model and Its Applicability to Common-Law Jurisdictions. **King's College Law Journal**, London, vol.13, n.2, 2002.

The Economist Intelligence Unit. **Democracy Index 2012: Democracy at a Standstill** (2013) at 8 The Economist Available at: <www.eiu.com/Handlers/WhitepaperHandlerashx?fi=Democracy-Index-2012.pdf&mode=wp&campaignid=DemocracyIndex12>.

TRIBE, Laurence H. Taking Text and Structure Seriously: Reflections on Free-Form Method in Constitutional Interpretation. **Havard Law Review**, Cambridge, vol 198, n.6, 1995.

TROPER, Michel. Sovereignty. In: ROSENFELD, Michel; SAJÓ, András. (Org.). **The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law**. Oxford: Oxford University Press, 2012

TUSHNET, Mark. **Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law**. Princeton: Princeton University Press, 2008.

VAROL, Ozan O. Temporary Constitutions. **California Law Review**, Berkeley, vol. 102, [forthcoming in 2014]

VILE, John R. **Contemporary Questions Surrounding the Constitutional Amending Process**. Westport: Praeger, 1993.

ZHANG, Qianfan. A Constitution Without Constitutionalism? The Paths of Constitutional Development in China. **International Journal of Constitutional Law**, New York, vol. 8, n.4, 2010.

WALKER, Geoffrey de Q. **The Rule of Law: Foundation of Constitutional Democracy**. Carlton: Melbourne University Press, 1988.

WALSH, Frank M. The Honduran Constitution is Not a Suicide Pact: The Legality of Honduran President Manuel Zelaya's Removal. **Georgia Journal of International and Comparative Law**, Athens, vol. 38, n.2, 2010.

WALTER, Christian. Human Dignity in German Constitutional Law. In: European Commission for Democracy Through Law, **The Principle of Respect for Human Dignity** (1998), available at: <[www.venice.coe.int/webforms/documents/CDL-STD\(1998\)026-e.aspx](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/CDL-STD(1998)026-e.aspx)>

WEBBER, Jeremy. **Reimagining Canada: Language, Culture, Community, and the Canadian Constitution**. Kingston: McGill-Queen's University Press, 1994.

WOERHLING, José. Les aspects juridiques de la redéfinition du statut politique et constitutionnel du Québec. **Revue Québécoise de Droit International**, Quebec, vol.7, n. 1, 1991–1992.

WOLF-PHILLIPS, Leslie. Introduction. In WOLF-PHILLIPS, Leslie (Org.). **Constitutions of Modern States: Selected Texts and Commentary**. New York: Praeger, 1968.

YOSHINO, Kenji. The New Equal Protection. **Havard Law Review**, Cambridge, vol. 124, n.3, 2011.



O direito fundamental à água e sua intrincada satisfação no Direito colombiano*

The constitutional right to water and its puzzling satisfaction in colombian law

CARLOS BERNAL PULIDO**

Macquarie Law School (Australia)

carlos.bernal-pulido@mq.edu.au

Recebido/Received: 13.10.2014 / October 13th, 2014

Aprovado/Approved: 29.12.2014 / December 29th, 2014

Resumo

O objetivo deste artigo é determinar se a jurisprudência da Corte Constitucional colombiana acerca do caráter fundamental do direito à água e do dever de satisfazê-lo atribuído aos prestadores desse serviço é plausível. A estratégia para alcançar esse objetivo é uma análise da Sentença T-740 de 2011. Esta Sentença desafia a tendência presente no Direito Comparado que diminui a proteção dos direitos sociais, em razão do esforço dos juízes em levar a cabo uma harmonização entre os direitos sociais protegidos pela Constituição e os princípios reitores da globalização neoliberal. A jurisprudência constitucional colombiana não somente afirma o caráter fundamental

Abstract

The aim of this paper is to determine whether the case law of the Colombian Constitutional Court about the constitutional nature of the right to water and on the duty to satisfy it that it allocates to service providers is sound. The strategy for achieving this objective is an analysis of the Judgment T-740 of 2011. This judgment defies a trend in comparative law diminishing the protection of social rights, as a consequence of the attempt by the judges to harmonize the social rights protected by the Constitution and the guiding principles of neo-liberal globalization. The Colombian constitutional jurisprudence not only affirms the constitutional nature of the right to water, but it also allocates to public

Como citar esse artigo/How to cite this article: BERNAL PULIDO, Carlos. O direito fundamental à água e sua intrincada satisfação no direito colombiano. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 2, n. 1, p. 65-87, jan./abr. 2015. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v2i1.43101>

* O título do artigo publicado originalmente em espanhol na Revista Letras Jurídicas, Vol. 17 (1), 2012, p. 23-48, Medellín – Colômbia, era “El derecho fundamental al agua y su intrincada satisfacción”. Nesta tradução, com a concordância do autor, optou-se por acrescentar a referência expressa ao direito colombiano, a fim de explicitar o foco da análise realizada. O mesmo autor, sem embargo, possui outro artigo sobre o direito fundamental à água em perspectiva internacional e comparada, publicado na mesma revista (Letras Jurídicas, Vol. 18, N. 2, 2013, p. 19-57) e que também será traduzido ao português para publicação no Brasil. O autor agradece a María José Viana, por seu valioso aporte na preparação dos materiais jurisprudenciais utilizados nesta investigação, e a ela e a Hubed Bedoya pelos agudos comentários formulados ao rascunho deste texto. Tradução de Graça Maria Borges de Freitas, Juíza do Trabalho em Minas Gerais-Brasil, Mestre em Direito Constitucional pela UFMG, Master em Argumentação Jurídica pela Universidad de Alicante-Espanha, Doutoranda em Direito pela Universidad Externado de Colombia, em cotutela com a UFMG. E-mail: gmariabrfreitas@gmail.com; graca.borges@est.uexternado.edu.co

** Professor associado da Macquarie Law School (Sydney, Austrália). Doutor em Filosofia pela University of Florida (Gainesville, Estados Unidos). Doutor em Direito pela Universidad de Salamanca (Salamanca, Espanha). Mestre em Filosofia pela University of Florida (Gainesville, Estados Unidos). E-mail: carlos.bernal-pulido@mq.edu.au

do direito à água, como também atribui aos prestadores desse serviço, e não ao Estado, o dever de satisfazê-lo. Essa atribuição implica o fortalecimento dos direitos sociais frente às liberdades econômicas dos agentes do mercado que prestam o serviço de água.

Palavras-chave: direito à água; direitos sociais; proporcionalidade; liberdades econômicas; direito fundamental.

and private providers, and not the State, the duty to satisfy it. This allocation implies strengthening social rights against the economic freedoms of water companies.

Keywords: right to water; socio-economic rights; proportionality; economic freedoms; constitutional right.

SUMÁRIO

1. Introdução; **2.** Uma reconstrução da sentença T-740 de 2011; **2.1.** A lide; **3.** O caráter fundamental do direito à água; **3.1.** O caráter fundamental do direito à água e seu efeito de irradiação; **3.2.** A justificação do caráter fundamental do direito à água; **4.** O conteúdo do direito fundamental à água; **5.** A decisão da corte constitucional no caso concreto; **6.** O fundamento da decisão da corte constitucional; **6.1.** A colisão entre o direito à água e os direitos das empresas de serviços públicos domiciliários; **6.2.** As tensões existentes ao interior do regime constitucional dos serviços públicos domiciliários; **7.** Devem as empresas de serviços públicos domiciliários subsidiar a água mínima que os sujeitos de especial proteção constitucional têm direito a receber?; **8.** Referências.

1. INTRODUÇÃO

Em um artigo publicado recentemente em uma das revistas jurídicas mais influentes do mundo anglo-saxão, a *Modern Law Review*, editada pela reputada *London School of Economics*, Paul O'Connell preconiza a morte dos direitos sociais.¹ Este autor sustenta que, durante a última década, as cortes constitucionais e supremas dos países nos quais estes direitos mais se haviam desenvolvido (entre os quais se encontram Canadá, Índia, África do Sul e alguns países da América Latina) proferiram sentenças que conduzem a um declive na proteção dos direitos sociais. A juízo de O'Connell, este giro jurisprudencial deve ser entendido como o resultado de um esforço dos juízes para levar a cabo uma harmonização *de fato*, quer dizer, sem necessidade de reformas constitucionais, entre os direitos sociais protegidos pela Constituição e os princípios reitores da globalização neoliberal. Neste sentido, as altas Cortes haviam começado a interpretar os direitos fundamentais sociais de uma forma que não resulta oposta às garantias próprias do livre mercado. Se for observado com atenção, sem embargo, esta tendência, na realidade, leva consigo a claudicação a respeito do ideal de satisfazer estes direitos com plenitude. Os direitos sociais ficam para trás, em última análise, frente à garantia das liberdades econômicas dos atores do mercado.

A jurisprudência constitucional colombiana sobre o direito à água, e, em particular, a recente Sentença T-740 de 2011², parece apartar-se da tendência assinalada por

¹ O'CONNELL, Paul. The Death of Socio-Economic Right. *Modern Law Review*, vol. 74, núm. 4, 2011, p. 532-554.

² Corte Constitucional. Sentença T-740 de 2011. Magistrado Relator Humberto Antonio Sierra Porto.

O'Connell. Nessa sentença, a Corte Constitucional não só afirma o caráter fundamental do direito à água – que, com toda nitidez, é, ademais, um direito social –, senão, ainda, em certa medida, atribui aos prestadores dos serviços públicos, e não ao Estado, o dever de satisfazê-lo. Esta atribuição implica tudo ao contrário do que a tese de O'Connell supõe: não a morte, senão o fortalecimento dos direitos sociais, e não a prevalência, senão a inferioridade das liberdades econômicas dos agentes do mercado que prestam o serviço público de água, frente a tais direitos.

O objetivo deste artigo é determinar se a posição da Corte Constitucional acerca do caráter fundamental do direito à água e, em particular, se a atribuição, em certa medida, do dever de satisfazê-lo aos prestadores de serviços públicos é plausível. A estratégia para lograr este objetivo é uma análise da citada Sentença T-740 de 2011. A primeira parte oferece uma reconstrução detalhada dessa providência judicial. A segunda parte contém uma avaliação da plausibilidade da doutrina sobre o direito fundamental à água e sua satisfação que a Corte Constitucional ali desenvolve.

2. UMA RECONSTRUÇÃO DA SENTENÇA T-740 DE 2011

2.1. A Lide

Mediante a Sentença T-740 de 2011, a Corte Constitucional colombiana resolveu uma ação de tutela³, por meio da qual uma petionária solicitava a proteção de seu direito ao acesso aos serviços públicos, em concreto, de seu direito ao acesso à água. A petionária partia da premissa de que o direito à água é um direito fundamental, conexo ao direito à vida. Segundo aduzia, este direito lhe havia sido vulnerado por parte do Concelho de Administração da empresa prestadora do serviço de água. A suposta vulneração teria sido causada pela suspensão, por falta de pagamento, do serviço de água. A petionária afirmava que suas precárias condições familiares e econômicas, derivadas de sua impossibilidade de trabalhar em razão de sua idade e de diversos problemas de saúde, lhe impediam de pagar para receber esse serviço público. De seus argumentos se segue que, nessas circunstâncias, a falta de pagamento não era uma razão que justificasse a decisão de suspender o serviço, adotada pelo Concelho de Administração da empresa que abastecia sua casa de água. Dita suspensão implicava a vulneração do direito fundamental ao acesso à água, um direito revestido de um nível superior ao contrato de prestação de serviços públicos e a qualquer normativa que autorizasse ao prestador suspender o serviço por falta de pagamento das contas.

A parte contrária no processo de tutela, quer dizer, a entidade prestadora do serviço público de água, sustentou que os argumentos da acionante desconheciam o

³ NT. Ação de Tutela é uma ação específica do direito colombiano, própria para garantir a efetividade de um direito fundamental.

estabelecido pelo contrato de serviços públicos que a peticionária havia subscrito com tal entidade. Tal contrato estabelecia a obrigação de pagamento da conta e previa a suspensão do serviço em caso de mora. Além disso, a entidade demandada assinalou que, em razão das condições econômicas e familiares da peticionária, a havia convidado a subscrever acordos alternativos de pagamento e, inclusive, lhe havia outorgado um subsídio de 70%. A entidade prestadora do serviço público estava disposta a assumir a carga financeira correspondente a esse subsídio. Afirmou que, apesar de tais benefícios, a peticionária não havia cumprido com suas obrigações contratuais e que esse descumprimento justificava a suspensão do serviço.

3. O CARÁTER FUNDAMENTAL DO DIREITO À ÁGUA

3.1. O Caráter Fundamental do Direito a Água e seu Efeito de Irradiação

De uma maneira muito plausível, a Corte Constitucional enfocou o começo de suas reflexões em direção ao problema de se o direito à água é um direito fundamental. É bem sabido que os direitos fundamentais estão revestidos de uma “força de irradiação” – como a denominou o Tribunal Constitucional Federal Alemão na sentença do conhecido caso Lüth⁴ – que se desdobra para todos os âmbitos do direito, incluídos os contratos. Em razão dessa força de irradiação, se uma obrigação contratual contradiz o conteúdo de um direito fundamental, perde toda validade; já não será devida pelo devedor, nem poderá ser exigida pelo credor. Como assinalara a Corte Constitucional, na Sentença T-632 de 2007,⁵ em virtude de dita força de irradiação, “ao direito privado que até então determinava em solitário a configuração das relações jurídicas e a decisão dos conflitos jurídicos, se lhe sobrepõe outra ordem jurídica [a dos direitos fundamentais]; esta tem inclusive primazia sobre aquele”.

A isso se soma o fato de que no direito constitucional colombiano também se acolheu a conhecida doutrina do efeito horizontal ou efeito entre particulares dos direitos fundamentais, uma doutrina que também é de origem alemã (a chamada *Drittwirkung der Grundrechte*). Como bem explicara a Corte Constitucional na mesma

⁴ A referência desta Sentença de 15 de janeiro de 1958 é: BVerfGE 7, 198, 205. Este conhecidíssimo caso versava sobre um pleito entre o diretor de cinema Veit Harlan e Lüth, o Presidente do escritório de imprensa de Hamburgo. Em diversas oportunidades, este havia atacado publicamente a Harlan, quem anteriormente havia dirigido “Judeu doce”, um filme de propaganda anti-semita, e que agora apresentava ao público “Amantes imortais”. Lüth também havia convidado o público e as empresas cinematográficas a boicotar o novo filme. Os tribunais de primeira e segunda instância consideraram que a conduta do jornalista vulnerava os bons costumes do § 826 do Código Civil. Pelo contrário, a Corte Constitucional Federal concedeu a tutela interposta por este último, ao considerar que sua conduta era um exercício legítimo da liberdade de expressão e que esta liberdade também se aplicava no âmbito do direito civil. A partir do caso Lüth começou a se consolidar a convicção de que nenhum âmbito jurídico escapa à força de irradiação que os direitos fundamentais projetam.

⁵ Cfr. Corte Constitucional, Sentença T-632 de 2007, Magistrado Relator Humberto Sierra Porto.

Sentença T-632 de 2007, “é uma constante no constitucionalismo contemporâneo reconhecer a eficácia dos direitos fundamentais no tráfico jurídico privado”. Não cabe dúvida de que o Artigo 86 da Constituição Política acolheu expressamente esta constante, ao estabelecer que os particulares podem ser sujeitos passivos da ação de tutela. Como consequência dessa doutrina, se se prova que o direito à água é um direito fundamental e que uma entidade prestadora desse serviço público o vulnera, ainda quando o faça em exercício de um direito contratual, o juiz de tutela deve ordenar que cesse a vulneração e que prevaleça o direito fundamental frente a qualquer outra consideração jurídica.

3.2. A Justificação do Caráter Fundamental do Direito à Água

A pergunta relevante é, então, se o direito à água é um direito fundamental. Na Sentença T-740 de 2011, a Corte Constitucional desenvolveu quatro argumentos para justificar a tese de que o direito à água tem este caráter. Dos quatro argumentos, dois são de conexidade e dois são de autoridade. De acordo com os argumentos de conexidade, o direito à água é fundamental por sua conexão com o direito à vida e com a dignidade humana.⁶ Como a Alta Corte sustentou em cada vez mais prolongada jurisprudência, a água, e, portanto, o acesso à mesma, é indispensável para a existência do ser humano⁷ e para que este tenha uma vida digna.⁸

Por sua vez, os argumentos de autoridade sustentam que o direito à água é fundamental porque assim o reconhece o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e

⁶ A tese segundo a qual o direito à água tem um caráter fundamental por sua conexidade com outros direitos, havia sido proclamada previamente pela Corte Constitucional. A este respeito, é de particular importância a Sentença T-616 de 2010 (Magistrado Relator Luis Ernesto Vargas Silva). Em dita Sentença a Corte assinalou que o direito à água é um direito fundamental que pretende garantir “a possibilidade de obter a quantidade suficiente para o consumo, a higiene pessoal e doméstica e a preparação de alimentos. Toda vez que a carência de água para estes usos põe em grave perigo a realização da dignidade, a vida e a saúde dos acionantes, sua proteção é urgente e a via mais idônea para fazê-lo é a ação de tutela”. Outrossim, a Corte sustentou que a natureza fundamental do direito à água deriva da conexidade existente entre este direito e outros direitos de nível constitucional ou fundamental. O direito à água é um pressuposto essencial para o gozo de direitos como o da educação, dada sua inegável necessidade à hora de autorizar o funcionamento de um estabelecimento educativo; o direito ao ambiente saudável; dadas as propriedades sanitárias e de salubridade que a água traz consigo; e os direitos à proteção da diversidade étnica e cultural, se se tem em conta que algumas comunidades indígenas e afrocolombianas consideram a água como um elemento de especial significado cosmogônico.

⁷ Cfr. Corte Constitucional, Sentenças T-578 de 1992 (Magistrado Relator Alejandro Martínez Caballero), T- 140 de 1994 (Magistrado Relator Vladimiro Naranjo Mesa) e T- 207 de 1995 (Magistrado Relator Alejandro Martínez Caballero), e a própria T-740 de 2011 (Magistrado Relator Humberto Antonio Sierra Porto).

⁸ Cfr. Corte Constitucional, Sentenças T-1104 de 2005 (Magistrado Relator Jaime Araújo Rentería), T-539 de 1993 (Magistrado Relator Carlos Gaviria Díaz), T-244 de 1994 (Magistrado Relator Hernando Herrera Vergara), T-523 de 1994 (Magistrado Relator Alejandro Martínez Caballero), T-092 de 1995 (Magistrado Relator Hernando Herrera Vergara), T-379 de 1995 (Magistrado Relator Antonio Barrera Carbonell), T-413 de 1995 (Magistrado Relator Alejandro Martínez Caballero), T-410 de 2003 (Magistrado Relator Jaime Córdoba Triviño), T-1104 de 2005 (Magistrado Relator Jaime Araújo Rentería), T-270 de 2007 (Magistrado Relator Jaime Araújo Rentería), T-022 de 2008 (Magistrado Relator Nilson Pinilla Pinilla), T-888 de 2008 (Magistrado Relator Marco Gerardo Monroy Cabra) e T- 381 de 2009 (Magistrado Relator Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

Culturais da ONU e um consistente corpo normativo de direito internacional que, como estabelece a Constituição Política em seu Artigo 93, não só representa uma fonte de direitos fundamentais, senão também um conjunto de pautas para a interpretação de tais direitos. Dentro desse amplo corpo normativo, destacam, para os concretos propósitos deste estudo, o relatório da Organização Mundial da Saúde, que estabelece a quantidade mínima de água domiciliária que uma pessoa necessita para a satisfação das necessidades básicas, e as Sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos, nos casos das comunidades indígenas Yakye Axa (de 2005) e Sawhoyamaya (de 2006) contra Paraguai. Em ditas sentenças se ordenou o subministro imediato e periódico de água potável suficiente para os membros dessas comunidades.

Ademais, a Corte Constitucional assinalou que a proteção do direito à água, proteção que em muitos casos caminha de mãos dadas com a atribuição a esse direito de um caráter fundamental, é uma constante no direito constitucional comparado. Nesse sentido, à diferença de outros tribunais no mundo – assinaladamente, a Corte Suprema Federal dos Estados Unidos- a Corte Constitucional colombiana não oculta sua - quicá louvável - abertura a envolver-se em processos transnacionais de desenvolvimento dos direitos fundamentais. Disposições e sentenças constitucionais da Bélgica, França, Itália, África do Sul, Costa Rica, Argentina, Bolívia, Equador e Peru teriam criado esse processo transnacional de reconhecimento do caráter fundamental do direito à água, ao que a Corte colombiana se soma. Capital para o caso concreto é a referência ao caso *Mazibuko (Lindiwe Mazibuko contra Johannesburgo)* de 2009, no qual a Corte Constitucional da África do Sul debateu acerca da existência do direito fundamental ao acesso a uma quantidade mínima de água por dia.⁹

⁹ CCT 39/09 *Lindiwe Mazibuko e outros vs. Cidade de Johannesburgo e outros*. Neste caso a Corte Constitucional da África do Sul se pronunciou sobre o conteúdo do direito à água consagrado na seção 27 da Constituição sul-africana, que estabelece o direito de todo cidadão a ter acesso a “água suficiente”. Em concreto, estudou a constitucionalidade da implementação de um projeto dirigido a melhorar o subministro de água e a reduzir as perdas de água mediante a instalação de medidores pré-pagos para a cobrança do serviço aos usuários. O propósito desses medidores era a cobrança do consumo de água que excedesse os 6 quilolitros por usuário, que é a quantidade básica que na África do Sul se subministra de maneira gratuita. A Corte Suprema de South Gauteng concedeu a petição da senhora Mazibuko e de outros quatro residentes, consistente em proibir a instalação dos medidores, por considerar que era contrária o direito fundamental. A Corte decidiu que a Cidade devia prover 50 litros grátis de água para consumo básico diário aos demandantes e demais residentes de Phiri em Soweto. A decisão foi apelada perante a Corte Suprema de Apelações que sustentou que 42 litros de água por dia poderia ser considerado como a quantidade “suficiente de água” de acordo com a intenção do constituinte. Portanto, ordenou à Cidade reformular sua política de subministro de água, sobre a base de que a instalação de medidores pré-pagos para o subministro de água era uma medida contrária ao direito. A Corte de Apelações não teve em conta que a implementação deste novo sistema havia sido objeto de discussão e de posterior aprovação por parte das autoridades estatais correspondentes. A Corte Constitucional sustentou que da obrigação derivada da seção 27 da Constituição de subministro “suficiente de água” não se pode deduzir uma quantidade específica. Por esta razão, sustentou que não corresponde a nenhuma Corte determinar esta quantidade senão que é um assunto de política pública que deve ser deixado nas mãos do governo. O governo havia decidido que 25 litros de água diários por pessoa é um “subministro suficiente”, assim como a quantidade mensal de 6 quilolitros por família. Não considera a Corte que possa ser taxada dita política de irrazoável, quando mais de 100.000 lares em Johannesburgo ainda careciam do acesso ao serviço básico de

4. O CONTEÚDO DO DIREITO FUNDAMENTAL À ÁGUA

Mas, qual é o conteúdo do direito fundamental à água?

Como expliquei em outro lugar,¹⁰ os direitos fundamentais são relações jurídicas entre os indivíduos ou entre os indivíduos e o Estado. Em sua forma mais comum,¹¹ essas relações apresentam uma estrutura triádica, composta por um sujeito ativo, um sujeito passivo e um objeto. O objeto dos direitos fundamentais é sempre uma conduta de ação ou de omissão, prescrita por uma norma jurídica, que o sujeito passivo deve desenvolver a favor do sujeito ativo, e sobre cuja execução o sujeito ativo tem um poder jurídico, suscetível de ser exercido sobre o sujeito passivo. No caso dos direitos fundamentais sociais, em geral, o sujeito ativo é o indivíduo, o sujeito passivo é o Estado e o objeto é uma conduta positiva do Estado.¹² Desse modo, o sujeito ativo tem um poder jurídico fundamental a que o Estado leve a cabo uma ação. Como o direito do indivíduo é correlativo ao dever do Estado, então, o conteúdo do direito pode ser definido, seja mediante a delimitação do direito específico do indivíduo, seja do dever específico do Estado.

No caso do direito fundamental à água, a Corte Constitucional invoca de novo o argumento de autoridade para assinalar que, de acordo com o estabelecido pelo Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU, o Estado tem o dever de “respeitar”, “proteger” e “cumprir” ou “fazer efetivo” o direito à água. Esta última função consiste em: “facilitar, proporcionar e promover”.¹³ O dever de respeitar o direito à água não implica, em sentido estrito, que o Estado leve a cabo ações positivas. Ao contrário, se concretiza no dever de abster-se de “interferir, prejudicar, ou impedir” o acesso ou o exercício do direito à água.¹⁴ Em particular, esse dever se concretiza nos deveres específicos, a cargo do Estado, de abster-se de (i) levar a cabo práticas que “denegue[m] ou restrinja[m] o acesso à água potável em condições de igualdade”; “(ii) imiscuir-se arbitrariamente nos sistemas consuetudinários ou tradicionais de distribuição da água”; “(iii) reduzir ou contaminar ilicitamente a água como, por exemplo, com resíduos procedentes de instalações pertencentes ao Estado ou lixões municipais que contaminem fontes hídricas ou mediante

água. A Corte concluiu que a instalação de medidores não é nem injusta nem discriminatória, pois esta política de subministro obedece a um plano progressivo de aumento da cobertura na prestação.

¹⁰ BERNAL, Carlos. **El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales**. 3 ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

¹¹ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. 2 ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008. p. 186 e ss.

¹² Cfr. Sobre esta estrutura dos direitos sociais: ALEXY, Robert. La institucionalización de los derechos humanos en el Estado Constitucional Democrático. **Derechos y libertades**, núm. 8, 2000. p. 12 – ss.

¹³ Corte Constitucional. Sentença T-740 de 2011. Magistrado Relator Humberto Antonio Sierra Porto.

¹⁴ Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais: Comentário Geral 12, Comentário Geral No. 14, entre outros.

o emprego e os ensaios de armas de qualquer tipo”, e “(iv) limitar o acesso aos serviços e infraestruturas de subministro de água ou destruí-los como medida punitiva”.¹⁵

Os deveres do Estado que implicam ações positivas são os de proteger e cumprir ou fazer efetivo o direito à água. O dever de proteger implica “adotar as medidas que sejam necessárias e que, de acordo a (sic) as circunstâncias, resultem razoáveis para assegurar o exercício [...] do direito à água] e impedir a interferência de terceiros”.¹⁶ A Corte Constitucional interpreta este dever como um dever normativo, quer dizer, como o “dever do Estado de regular o comportamento de terceiros, sejam indivíduos, grupos, empresas e outras entidades, com o objetivo de impedir que estes interfiram ou comprometam de qualquer modo o desfrute do direito”. Como é óbvio, esse dever normativo só pode ser cumprido mediante a expedição de medidas legislativas e administrativas que: (i) “impeçam que terceiros deneguem o acesso à água potável em condições de igualdade e contaminem ou explorem de forma não equitativa os recursos de água”; (ii) “impeçam que terceiros prejudiquem o acesso físico em condições de igualdade e a um custo razoável a recursos de água suficientes, salubres e aceitáveis, quando estes controlem os serviços de subministro de água”; e (iii) façam funcionar de forma eficaz o sistema judicial “com o fim de resguardar o gozo do direito à água potável frente a afetações provenientes de terceiros”.¹⁷

Finalmente, o dever de cumprir ou fazer efetivo o direito à água implica a adoção de políticas e medidas tendentes à satisfação desse direito. Em concreto, esse dever implica os deveres específicos de facilitar, promover e proporcionar. Facilitar supõe “iniciar atividades com o fim de fortalecer o acesso ao direito [à água] ou seu desfrute”.¹⁸ Promover consiste em levar a cabo “ações tendentes a difundir, educar, ou capacitar a população” no que concerne ao exercício do direito à água. Por último, proporcionar quer dizer assegurar que o titular do direito à água tenha acesso a esse bem, em especial, quando, em princípio, por circunstâncias alheias a seu controle, não pode desfrutar do mesmo.

Esses deveres do Estado são correspondentes a certos direitos específicos do indivíduo. No Comentário Geral número 15, o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais estabelece que o indivíduo tem direito a dispor e ter acesso, cada dia, a determinada quantidade de água que cumpra com certas especificações mínimas de qualidade. O direito à água, então, se concretiza em poderes jurídicos específicos atinentes à disponibilidade, acessibilidade e qualidade da água. A disponibilidade denota a quantidade mínima de água para os usos pessoais e domésticos (bebida, cozimento

¹⁵ Corte Constitucional. Sentença T-740 de 2011. Magistrado Relator Humberto Antonio Sierra Porto.

¹⁶ Corte Constitucional. Sentença T-740 de 2011. Magistrado Relator Humberto Antonio Sierra Porto.

¹⁷ Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais: Comentário Geral 15.

¹⁸ Corte Constitucional. Sentença T-740 de 2011. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

de alimentos, limpeza e saneamento) que uma pessoa necessita.¹⁹ De acordo com a Organização Mundial da Saúde, a quantidade necessária para esse fim é de “50 litros por pessoa ao dia”.²⁰ A disponibilidade também tem que ver com que “a periodicidade do subministro de água seja suficiente para os usos pessoais e domésticos”.²¹ Essa propriedade do direito à água leva consigo cinco deveres correlativos a cargo do Estado, um de abstenção (abster-se de interromper ou desconectar de maneira arbitrária ou injustificada os serviços ou instalações de água) e quatro de prestação: regular e controlar eficazmente os serviços de subministro de água; garantir que os estabelecimentos penitenciários e os serviços de saúde contem com água limpa e potável e com condições sanitárias adequadas; assegurar a prestação eficiente do serviço público de água a todos os habitantes do território do Estado; e garantir a sustentabilidade dos recursos hídricos.

Em relação à acessibilidade, a Corte Constitucional interpreta o ordenamento internacional no sentido de que o Estado tem três deveres, um de abstenção e dois de prestação. O Estado deve abster-se de privar uma pessoa do mínimo indispensável de água. Ao mesmo tempo, deve facilitar água e garantir o subministro necessário de água a quem não disponha de meios suficientes; e garantir que todos os beneficiários do direito a uma casa adequada tenham acesso permanente a água potável, a instalações sanitárias e de asseio, de eliminação de resíduos e de drenagem. Nesse sentido, “a água e as instalações e serviços de água devem ser acessíveis para todos, sem discriminação alguma, dentro da jurisdição do Estado.”²² A acessibilidade tem quatro dimensões: acessibilidade física (a água e as instalações de água devem estar ao alcance físico de todos os setores da população); acessibilidade econômica (a água e os serviços e instalações devem estar ao alcance econômico de todos os indivíduos); a não discriminação (consiste em que a água e os serviços e instalações de água devem ser acessíveis a todos os indivíduos, inclusive aos setores mais vulneráveis e marginalizados da população sem discriminação alguma por qualquer dos motivos proibidos internacionalmente); e o acesso à informação (que compreende o direito de solicitar, receber e difundir informação sobre assuntos relacionados com a água).

Particularmente relevante para o objeto da Sentença T-740 de 2011 resulta a acessibilidade econômica. Com base nas observações do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, a Corte Constitucional atribui ao Estado os deveres concretos

¹⁹ Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, Comentário Geral No. 15.

²⁰ Organização Mundial da Saúde (OMS). Relatório sobre la cantidad de agua domiciliaria, el nivel del servicio y la salud y ONU/WWAP (Nações Unidas/Programa Mundial de Avaliação dos Recursos Hídricos), 2003. **1er Informe de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo de los Recursos Hídricos en el Mundo: Agua para todos, agua para la vida.** París, Nueva York e Oxford. UNESCO (Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura) e Berghahn Books.

²¹ Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, Comentário Geral No. 15.

²² Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, Comentário Geral No. 15.

de: abster-se de efetuar aumentos desproporcionados ou discriminatórios do preço da água; abster-se de toda prática ou atividade que denegue ou restrinja o acesso à água potável em condições de igualdade; impedir que terceiros prejudiquem o acesso físico, em condições de igualdade e a um custo razoável, a recursos de água suficientes, salubres e aceitáveis; estabelecer um sistema normativo para garantir o acesso físico à água em condições de igualdade e a um custo razoável, que preveja uma supervisão independente, uma autêntica participação pública e a imposição de multas por descumprimento; velar para que a água seja acessível para todos; adotar as medidas necessárias para que a água seja acessível (o que inclui a utilização de um conjunto de técnicas e tecnologias econômicas apropriadas, a expedição de políticas adequadas em matéria de preços, como o subministro de água a título gratuito ou a baixo custo, ou o uso de suplementos de ingressos); e garantir que todos os pagamentos por subministro de água se baseiem no princípio de equidade, a fim de assegurar que esses serviços, sejam públicos ou privados, estejam ao alcance de todos, incluídos os grupos socialmente desfavorecidos.

Finalmente, o atributo da qualidade implica que a água necessária para cada uso pessoal ou doméstico deve ser salubre. Isto quer dizer, que não pode conter micro-organismos ou substâncias químicas ou radiativas que possam constituir uma ameaça para a saúde das pessoas. Outrossim, a água deve ter uma cor, um odor e um sabor aceitáveis para cada uso pessoal ou doméstico. Este atributo também faz com que o direito fundamental à água seja correspondente a vários deveres concretos a cargo do Estado. Os mais importantes consistem em que o Estado: se abstenha de reduzir ou contaminar ilicitamente a água; adote medidas para impedir que terceiros contaminem ou explorem em forma indevida os recursos hídricos; proteja os sistemas de distribuição de água da ingerência indevida, o dano e a destruição; adote medidas para prevenir, tratar e controlar as enfermidades associadas à água; e vele pelo subministro adequado de água limpa potável e pela criação de condições sanitárias básicas como componente da higiene ambiental e industrial.

5. A DECISÃO DA CORTE CONSTITUCIONAL NO CASO CONCRETO

Mas, como deve ser concretizado em medidas específicas este conteúdo constitucional abstrato do direito fundamental à água e do correspondente dever de satisfazê-lo que se atribui ao Estado em casos específicos? E, em especial, como deve ser feita esta concreção no marco de um regime de serviços públicos como o colombiano, no qual não é o próprio Estado o que presta o serviço público de aqueduto senão que concedeu sua prestação a empresas de naturezas diversas, às que, em todo caso, se lhes reconhece um legítimo direito de lucrar pelo desenvolvimento de dita atividade econômica?

A efeitos de responder esta pergunta, resulta pertinente analisar a forma em que a Corte Constitucional resolveu o caso *sub examine* mediante a Sentencia T-740 de 2011 e a maneira em que fundamentou sua decisão.

Apesar de que o demandado em dito processo não era o Estado, senão o Concelho administrador de um aqueduto, a Corte Constitucional adotou as seguintes decisões: conceder a ação de tutela e ordenar ao dito Concelho restabelecer o fluxo de água potável na casa da acionante; e revisar os acordos de pagamento subscritos entre o Concelho e a acionante a fim de implementar uma fórmula mediante a qual esta, de acordo com sua capacidade econômica, pudesse ficar em dia com suas obrigações. Em todo caso, a Corte ordena que, se a acionante prova que não conta com os recursos econômicos para sufragar a dívida, o Concelho deve prover-lhe pelo menos 50 litros de água ao dia, por pessoa que habite em sua casa. Isto pode fazê-lo por dois meios alternativos: seja mediante a utilização do aqueduto em uso e a instalação no mesmo de um redutor de fluxo que garanta pelo menos dita quantidade de água, ou por meio da provisão à acionante de uma fonte pública do recurso hídrico que lhe assegure o subministro da quantidade mínima de água.

Junto ao anterior, a Corte Constitucional concedeu uma ordem a uma autoridade estatal. Ordenou ao município no qual habitava a acionante “assignar da partida de água e saneamento básico transferida a este pelo Governo Nacional, os valores necessários para garantir a cobertura de 50% do custo da água” que for proporcionada à acionante e a seu grupo familiar como garantia mínima do subministro deste recurso hídrico.

6. O FUNDAMENTO DA DECISÃO DA CORTE CONSTITUCIONAL

Como chegou a Corte Constitucional a esta decisão? Como a fundamentou, a partir da doutrina, antes exposta, concernente ao caráter fundamental e ao conteúdo do direito à água?

A Corte Constitucional reconhece, de forma plausível, que o acesso à água, ademais de fazer parte do conteúdo de um direito fundamental, é o resultado da prestação de um serviço público domiciliário. Por esta razão, em princípio, deve reger-se pela regulação legal deste serviço. Como é bem sabido, esta regulação estabelece que as empresas de serviços públicos têm competência para prestar este serviço “em troca de um preço” (Art. 128 da Lei 142 de 1994) e, portanto, para cobrar uma tarifa. A Corte Constitucional admite que esta característica do subministro de água não é caprichosa, senão que cumpre várias funções:

- (i) permite assegurar o equilíbrio econômico e financeiro das empresas prestadoras de serviços públicos domiciliários; (ii) contribui ao fortalecimento de tais empresas; (iii)*

incentiva a participação dos particulares no mercado dos serviços públicos, o qual contribui à ampliação da cobertura na sua prestação, e (iv) permite que o Estado possa estabelecer políticas de ordem social que permitam assegurar a prestação dos serviços domiciliários às pessoas de escassos recursos [em virtude do princípio constitucional de solidariedade].

Estas razões levam a deduzir que, junto ao direito fundamental à água, existem outros direitos e bens jurídicos que são relevantes em situações como a do caso que se comenta, e que jogariam a favor de exigir o pagamento pela prestação desse serviço. Entre eles se destacam os direitos das empresas prestadoras do serviço público à livre empresa, ao patrimônio, assim como às expectativas legítimas e à segurança jurídica, que são princípios constitucionais implícitos e explícitos, respectivamente. A estes direitos se somam os bens coletivos que têm que ver com a estabilidade financeira do sistema de serviços públicos domiciliários e com a possibilidade de que exista solidariedade entre os usuários.

Tais direitos e bens fundamentam não já unicamente a competência, senão a obrigação a cargo das empresas de serviços públicos de cobrar a fatura de água e de suspender o serviço quando um usuário haja deixado de pagar três faturas. O Artigo 18 da Lei 689 de 2001, que modificou o Artigo 130 da Lei 142 de 1994, estabelece dita obrigação. Na Sentença C- 150 de 2003,²³ a Corte Constitucional estabeleceu que dita obrigação se ajusta à Constituição. Não obstante, nessa mesma sentença sustentou que a suspensão da água tem duas limitações: uma processual e uma substancial. A limitação processual consiste em que a empresa de serviços públicos deve levar a cabo um devido processo com o usuário para tentar arrecadar o pagamento. Este processo deve incluir a possibilidade de subscrição de acordos de pagamento que tenham em conta a capacidade econômica de cada usuário. Por sua parte, a limitação substancial se traduz na proibição de suspender a água a estabelecimentos e sujeitos de especial proteção constitucional.²⁴ Entre os primeiros se contam os centros penitenciários,²⁵ as instituições educativas,²⁶ e os hospitais²⁷.

Na sentença *sub examine*, a limitação relevante é a substancial no que concerne aos sujeitos de especial proteção constitucional. Segundo a Corte, esta limitação substancial deriva da proteção do direito fundamental à água e de outros direitos fundamentais destes sujeitos. A Corte também sugere que estes direitos devem prevalecer

²³ Corte Constitucional, Sentença C-150 de 2003. Magistrado Relator Manuel José Cepeda Espinosa.

²⁴ Corte Constitucional, Sentença C-150 de 2003. Magistrado Relator Manuel José Cepeda Espinosa.

²⁵ Corte Constitucional, Sentenças T-235 de 1994 (Magistrado Relator Antonio Barrera Carbonell) e T-881 de 2001 (Magistrado Relator Marco Gerardo Monroy Cabra).

²⁶ Corte Constitucional, Sentenças T-380 de 1994 (Magistrado Relator Hernando Herrera Vergara) e T-018 de 1998 (Magistrado Relator Carlos Gaviria Díaz).

²⁷ Corte Constitucional, Sentença T-1205 de 2004. Magistrado Relator Marco Gerardo Monroy Cabra.

sobre os direitos das empresas de serviços públicos domiciliários. O alto tribunal anuncia que na sentença que se comenta fará uma ponderação entre estes dois tipos de direitos e que dita ponderação mostra que a suspensão do serviço aos sujeitos de especial proteção constitucional resulta “especialmente desproporcionada”:

ainda que esta persiga um fim constitucionalmente legítimo [acrescenta], que é a garantia da prestação eficiente, contínua e ininterrupta dos serviços públicos a todos os usuários e é idônea para alcançar o objetivo perseguido, os benefícios obtidos com sua aplicação são menores que os sacrifícios a que são expostos os titulares do direito fundamental à água.

O certo é que a Corte não leva a cabo a ponderação anunciada. Não fundamenta explicitamente porque os benefícios da suspensão do serviço público de água são menores que os sacrifícios que dela derivam para os sujeitos de especial proteção constitucional. Contudo, a Corte assume a prevalência do direito à água destes sujeitos e determina que se um destes sujeitos não pode cumprir os acordos de pagamento que a empresa de serviços públicos lhe ofereceu, e manifesta e prova que não conta com a capacidade econômica para pagar pelo serviço, “a empresa prestadora deverá instalar, a conta desta, um redutor no fluxo de água que garanta pelo menos 50 litros de água por pessoa ao dia ou prover uma fonte pública do recurso hídrico que assegure o subministro de igual quantidade de água.”

A partir desse momento, se a empresa de serviços públicos levou a cabo o devido processo, ofereceu acordos de pagamento ao usuário e instalou o redutor, pode utilizar as ações judiciais correspondentes contra o usuário para arrecadar a dívida não paga e pode aspirar a que o Estado pague um subsídio de até 50% do preço da água de consumo mínimo que subministre ao usuário. Da sentença parece desprender-se que este subsídio é um caso especial daquele que as entidades territoriais podem conceder aos usuários de serviços públicos, de acordo com o Artigo 99 da Lei 142 de 1994. Como dito artigo estabelece, em nenhum caso este subsídio poderá ser superior a 15% do custo médio do subministro do serviço público para o estrato 3²⁸, a 40% do custo médio do subministro para o estrato 2, nem superior a 50% deste para o estrato 1. No entanto, se, pelo contrário, a empresa omitiu este devido processo, deverá assumir por

²⁸ NT. A estratificação é a classificação socio-econômica dos imóveis residenciais que devem receber serviços públicos na Colômbia. É realizada com a finalidade principal de cobrar de maneira diferenciada (precisamente, por estratos) tais serviços, permitindo conceder subsídios aos grupos mais carentes. Há seis estratos sócio-econômicos. O estrato 1 é o mais baixo e o 6 o mais alto. A ideia geral é a de que os estratos mais altos (5 y 6) paguem mais do que lhe corresponde pelos serviços recebidos para subsidiar e fazer possível às pessoas dos estratos mais baixos (1, 2 y 3), especialmente do 1, desfrutar dos serviços públicos. A estratificação é prevista na Ley 142 de 1994, que regulamenta os princípios de solidariedade e redistribuição de renda que devem reger os serviços públicos domiciliários, conforme previsto no art. 367 da constituição colombiana.

inteiro o custo do serviço até que se modifique a situação econômica do beneficiário do serviço. Não poderia, em consequência, aspirar ao pagamento do subsídio estatal.

A Corte Constitucional utiliza todas estas premissas jurídicas para solucionar o caso concreto. No último passo de seu raciocínio só constata que a empresa fornecedora dos serviços de água que serve à peticionária não recebeu os subsídios estatais. Também considera reconhecido que a peticionária é um sujeito de especial proteção por ser mãe cabeça de família de dois filhos menores e por estar enferma. A conclusão é que a suspensão do serviço de água vulnera seus direitos fundamentais e que, apesar de não haver pago as faturas, ela e seus filhos têm direito a receber até 50 litros de água diários cada um.

6.1. A Colisão entre o Direito a Água e os Direitos das Empresas de Serviços Públicos Domiciliários

Após esta reconstrução da Sentença T-740 de 2011, resulta pertinente avaliar a plausibilidade das teses sustentadas pela Corte Constitucional. A sentença acerta ao reconhecer que no caso *sub examine* existe uma colisão entre vários direitos fundamentais e princípios constitucionais. O direito fundamental à água da peticionária joga a favor de que o serviço de água não lhe seja suspenso e a que se subministre a ela e a sua família a quantidade mínima de água, quer dizer, 50 litros ao dia por pessoa. Contra tanto de um como do outro jogam as liberdades econômicas das empresas de serviços públicos e o princípio de legalidade que estabelece que as normas legais e contratuais que prescrevem o pagamento da tarifa devem ser cumpridas, sob pena de desconexão do serviço. Uma vez que tanto tais direitos como este princípio têm natureza constitucional, uma fundamentação adequada de qualquer solução para o caso concreto passa por levar a cabo uma ponderação entre eles.²⁹

Como antes foi assinalado, a Corte Constitucional não faz explícita uma ponderação entre estes direitos e princípios. Sem embargo, disso não se segue que uma ponderação semelhante não seja possível, nem que esta deixe de lançar exatamente os resultados que a Corte Constitucional proclama. À continuação deverá ser explorado se isso é assim.

6.2. As Tensões Existentes ao Interior do Regime Constitucional dos Serviços Públicos Domiciliários

Para começar, deve ser compreendido porque entram em colisão e qual é o marco constitucional no qual dita colisão deve ser resolvida.

A Constituição Política fundamenta pelo menos duas concepções dos serviços públicos domiciliários: uma concepção fundada no Estado Social e outra baseada na

²⁹ Cfr. Sobre a ponderação como o método apropriado para resolver este tipo de colisões: BERNAL, Carlos. **El derecho de los derechos**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005.

liberalização dos serviços públicos. Tais concepções se baseiam em dois pilares que, considerados de maneira conjunta e absoluta, quer dizer, com a aspiração de pleno cumprimento, seriam irreconciliáveis. A primeira se funda na teoria do Estado Social de Direito. Esta teoria reconhece que a satisfação das necessidades básicas da população é um dos fins do Estado. Outrossim, costuma estar associada com uma confiança na gestão pública para o alcance deste fim e, em geral, para a proteção dos interesses gerais. Esta teoria encontra respaldo nos artigos 1º e 2º da Constituição, entre outros. A segunda concepção descansa sobre a teoria do Estado Liberal. Esta teoria costuma ser associada com a liberalização da economia, a exclusão da intervenção estatal, a desconfiança na gestão levada a cabo por parte do aparato do Estado, o correspondente patrocínio à prestação dos serviços públicos por parte de agentes particulares e a proteção dos direitos econômicos de tais agentes. Esta teoria se reflete nos artigos 58, 60, 64, 332, 333 e 334 da Constituição.

Estas duas tendências dão lugar a uma tensão que se projeta ao interior do regime dos serviços públicos domiciliários. A concepção liberal privilegia a proteção dos direitos subjetivos das empresas de serviços públicos, a garantia de seu livre exercício e o respaldo jurídico à obtenção de lucro pelas atividades econômicas desenvolvidas neste campo da economia. A concepção do Estado Social atribui caráter prioritário à prestação ótima destes serviços e à plena satisfação do interesse geral e das necessidades básicas dos indivíduos. A tensão entre estas duas concepções se apresenta pela dificuldade de conciliar, desde o ponto de vista econômico, o lucro e o robustecimento financeiro das empresas de serviços públicos, por uma parte, e a plena satisfação do interesse geral e as necessidades básicas dos indivíduos, por outra. Quanto maior seja tal lucro e robustecimento financeiro de tais empresas, tanto menor será o grau de satisfação das necessidades básicas que os serviços públicos satisfazem e, vice-versa, quanto maior seja o grau desta satisfação, tanto menores serão as possibilidades de lucro e de robustecimento financeiro das mencionadas empresas.

A tensão entre estas duas concepções se apresentam também em outros países cujas constituições, como a da Alemanha e Espanha, contêm uma cláusula atinente ao Estado Social. Para alguns autores de ditas latitudes, a prevalência de uma das posturas sobre a outra é patente. Gaspar Ariño, por exemplo, considera que a existência na Constituição de um direito geral de liberdade implica a prevalência do direito à liberdade de empresa sobre o princípio social de intervenção estatal.³⁰ Sem embargo, para outros, como Hurtado Orts,³¹ é possível aceitar a coexistência a um mesmo nível das duas concepções, sem que deva ser construída uma hierarquia entre elas.

³⁰ ORTIZ, G. Ariño. **Principios de Derecho Público Económico**. Granada: Comares, 1999.

³¹ ORTS, F. Hurtado. **La iniciativa pública local en la actividad económica**. Madrid: Civitas, 1994. p. 144 – ss.

Talvez seja esta última a postura assumida pela primeira jurisprudência constitucional, em expressões tais como: “A liberdade econômica reconhecida aos particulares, lhes permite perseguir seu benefício particular e a utilização dos recursos do país, dentro dos limites do bem comum”³², ou como: “...a Constituição consagra uma economia social de mercado dirigida, posto que reconhece genericamente que a iniciativa privada e a atividade econômica são livres (C.P. art. 332) porém estabelece, também de maneira global, que “a direção geral da economia estará a cargo do Estado (C.P. art. 333)”³³. Sem embargo, em uma segunda fase, a Corte Constitucional pareceu haver-se distanciado desta postura, para reconhecer a prevalência do princípio do Estado Social sobre o princípio de liberalização dos serviços públicos. Durante os primeiros anos deste século, a Corte pareceu defender a existência de uma prevalência do interesse geral, a satisfação plena dos direitos sociais e o bem comum sobre os direitos de conteúdo econômico das empresas de serviços públicos.

Como o apontei em outro lugar,³⁴ dita postura está sujeita a algumas objeções. Não parece plausível atribuir a nenhuma destas concepções dos serviços públicos uma prevalência absoluta. As duas concepções estão fundadas em disposições constitucionais que ostentam uma mesma hierarquia e entre as quais não existem relações de prioridade. Tampouco é possível que tais concepções coexistam pacificamente. Ditas concepções darão sempre lugar a conflitos que deverão ser resolvidos com fundamento no princípio de proporcionalidade, à luz das particularidades de cada caso concreto.

Felizmente, na Sentença T-740 de 2011 a Corte Constitucional reconhece inequivocamente a tese da igualdade hierárquica dos princípios que fundam estas duas concepções e da necessidade de resolver suas colisões mediante uma ponderação. Não obstante, a decisão que adota a Corte parece ser o resultado de uma ponderação que, não só é implícita, senão também inadequada, tal como à continuação se mostrará.

7. DEVEM AS EMPRESAS DE SERVIÇOS PÚBLICOS DOMICILIÁRIOS SUBSIDIAR A ÁGUA MÍNIMA QUE OS SUJEITOS DE ESPECIAL PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL TÊM DIREITO A RECEBER?

O aspecto mais discutível da Sentença T-740 de 2011 é o seguinte. A Sentença impõe às empresas de serviços públicos domiciliários uma proibição de suspender o serviço de água a pessoas que são sujeitos de especial proteção constitucional. Outrossim, ordena a ditas empresas oferecer a estes sujeitos acordos de pagamento e, em todo caso,

³² Corte Constitucional, Sentença T-251 de 1993. Magistrado Relator Eduardo Cifuentes Muñoz.

³³ Corte Constitucional, Sentença C-265 de 1994. Magistrado Relator Alejandro Martínez Caballero.

³⁴ BERNAL, Carlos. El concepto de servicio público en el orden jurídico colombiano. *Letras Jurídicas*, vol. 10, n. 1, 2005. p. 105 – 141.

em definitiva, subministrar uma quantidade mínima de água diária de 50 litros por pessoa, para o que as empresas deverão, por sua conta, instalar um redutor. Sem que a Lei de Serviços Públicos se refira explicitamente ao direito à água dos sujeitos de especial proteção constitucional, a Sentença aplica neste âmbito o Artigo 99 da Lei 142 de 1994, que regula os subsídios que as entidades territoriais podem conceder aos usuários de serviços públicos. A aplicação desta disposição, e, em concreto, da norma, segundo a qual, as pessoas de estrato 1 podem receber um subsídio equivalente até 50% do preço da água que consomem, conduzem a Corte Constitucional a estabelecer que a empresa de serviços públicos domiciliários, que é sujeito passivo da ação de tutela, só pode cobrar até 50% da água mínima que subministre aos sujeitos de especial proteção constitucional. Adiante farei referência a esta regra com a expressão: a regra do 50%.

Aqui defenderei a tese, segundo a qual, a regra do 50% é produto de uma ponderação inapropriada dos direitos e deveres que entram em colisão em situações como aquela que dá lugar a esta sentença. Isto pode ser mostrado se se intenta levar a cabo tal ponderação.

No caso concreto há vários direitos e deveres em jogo. Em primeiro lugar, resulta pertinente estudar os alcances da sentença em relação ao direito fundamental à água dos sujeitos de especial proteção constitucional. Deve ser aclarado que, a diferença do que a sentença da Corte parece pressupor, esta categoria de indivíduos não é idêntica à categoria de indivíduos de extrato 1. Como a jurisprudência constitucional indica, os sujeitos de especial proteção constitucional são aqueles que estão em circunstâncias de especial “vulnerabilidade”, “debilidade” ou “marginalidade”.³⁵ Exemplos deste tipo de sujeitos são: as crianças, as mulheres chefes de família, os descapacitados, os anciãos, os membros de grupos minoritários ou as pessoas em situação de pobreza extrema.³⁶ A esta categoria também se somaram os desalojados³⁷ e os recicladores informais.³⁸ Deste conceito e desta enumeração (que, com segurança, não é taxativa) pode ser deduzido que não todos os indivíduos de estrato 1 são sujeitos de especial proteção constitucional e que não todos os sujeitos de especial proteção constitucional o são em relação ao direito fundamental à água. Por exemplo, um cidadão da terceira idade que tenha suficientes recursos para sufragar o pagamento da fatura da água não poderia aduzir que é um sujeito de especial proteção constitucional para efeitos de impedir a suspensão do serviço. O grupo que no concernente ao direito à água resulta mais relevante é o das pessoas em condições de extrema pobreza.

³⁵ Corte Constitucional, Sentença T- 525 de 2009. M. P. Nilson Pinilla.

³⁶ Corte Constitucional, Sentença T-789 de 2003. Magistrado Relator Manuel José Cepeda Espinosa.

³⁷ Cfr. Por todas a T-025 de 2004 (Magistrado Relator Manuel José Cepeda Espinosa), T- 192 de 2010 (Magistrado Relator Jorge Ivan Palacio Palacio) e T-287 de 2010 (Magistrado Relator Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

³⁸ Corte Constitucional. Sentença C-793 de 2009 (Magistrado Relator Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

O certo é que, em todo caso, de acordo com a análise do conteúdo do direito à água, os sujeitos de proteção constitucional têm um direito fundamental ao acesso a uma quantidade de água mínima de 50 litros por pessoa. Sem embargo, o destinatário deste direito não é a empresa de serviços públicos domiciliários, senão o Estado. No marco do regime constitucional de um Estado Social de Direito, a comunidade política, representada pelo Estado, é aquela que, em estrito sentido, têm a função de satisfazer as necessidades básicas do indivíduo quando este ou sua família não tenham capacidade para fazê-lo. Esta não é uma função própria das empresas de serviços públicos. Se isto é assim, então não se entende porque a empresa de serviços públicos domiciliários só pode recuperar 50% do valor da água mínima que deve prover aos sujeitos de especial proteção constitucional, ademais de instalar a seu cargo os redutores correspondentes. Estas empresas não são destinatárias do direito fundamental à água. O destinatário deste direito é o Estado que, por conseguinte, deveria restituir a estas empresas 100% da água mínima que elas subministrem aos sujeitos de especial proteção constitucional. Permitam-me referir-me a esta regra com a expressão: a regra do 100%.

Contra a regra do 100% caberiam dois argumentos. O primeiro assinala que, em todo caso, a empresa de serviços públicos pode utilizar as ações judiciais correspondentes para tentar recuperar do usuário o 50% do preço da água gratuita que o Estado não cobre. Este argumento, sem embargo, dá lugar a um dilema irresolúvel. Por uma parte, não pode esperar-se demasiado do uso destas ações judiciais. Se se trata de indivíduos em circunstâncias de pobreza absoluta, será muito pouco provável que as empresas de serviços públicos domiciliários logrem recuperar o 50% que o Estado não cobre. Neste sentido, este 50% se converte em um subsídio que estas empresas terminam outorgando de maneira forçada aos usuários. Este subsídio não encontra nenhum acordo jurídico. Não é função destas empresas, senão do Estado, subsidiar aos usuários que o necessitem. Contudo, por outra parte, se, para fins de discussão, se admitisse que as empresas logram recuperar do usuário, mediante ações judiciais, o 50% que o Estado não cobre, a situação definitiva resultaria calamitosa e desproporcionada para o sujeito de especial proteção constitucional. Pode supor-se que, por exemplo, em situações como a da acionante da tutela *sub examine*, o sujeito de especial proteção constitucional é o proprietário do imóvel no qual se subministra a água. Pense-se que, após um devido processo judicial, a empresa de serviços públicos consegue arrematar o imóvel para recuperar o 50% do importe da água mínima não coberto pelo Estado. A consequência seria inaceitável: o sujeito de especial proteção constitucional terminaria perdendo sua casa. Portanto, a regra do 50% conduz a um dilema sem saída: ou a empresa de serviços públicos termina outorgando um subsídio que não está chamada a outorgar, ou o sujeito de especial proteção constitucional resulta desproporcionalmente exposto a um risco de ruína e de expropriação.

O segundo argumento contrário à regra do 100% sustentaria que ela se aparta da lei porque o Artigo 99 da Lei 142 de 1994 estabeleceu no máximo de 50% o subsídio que as entidades territoriais podem outorgar aos usuários de serviços públicos domiciliários. Não obstante, a debilidade deste argumento também é manifesta. Não pode ser desconhecido que existem razões de peso para que dito artigo da Lei 142 de 1994 haja limitado o montante dos subsídios que o Estado possa outorgar, inclusive às pessoas de mais baixos recursos. O Estado Social de Direito se baseia em uma concepção da autonomia individual segundo a qual, o sujeito é quem, em princípio, tem a competência de velar por si mesmo. Estado Social de Direito não é sinônimo de paternalismo irrestrito e injustificado, senão de autonomia com solidariedade. Inclusive os indivíduos de estrato 1 estão chamados a cobrir, em princípio, suas necessidades básicas por meio de seu esforço, seu trabalho e o desenvolvimento de alguma atividade econômica dentro do mercado. Apesar disso, isto não pode ser esperado dos sujeitos de especial proteção constitucional, se esta categoria se toma em sério. A vulnerabilidade, debilidade e marginalidade das pessoas que a ela se adscvem faz que não possa ser esperado delas, pelo menos de forma temporal, nem sequer que possam velar por si mesmos para cobrir uma porcentagem do preço da água mínima a que têm direito. Isto justifica que a comunidade política, representada pelo Estado, lhes deva garantir este mínimo com plenitude, quer dizer, em um 100%.

A isto deve somar-se que não existe nenhuma razão conceitual para identificar, como o faz a Corte Constitucional, o subsídio legal de até 50% que as entidades territoriais podem outorgar aos indivíduos de estrato 1, com o montante que o Estado deve empregar para satisfazer o direito fundamental ao acesso a uma quantidade mínima de água, de que são titulares os sujeitos de especial proteção constitucional. Esta satisfação deve ser de 100%. Isto é o que se segue das fontes (sobretudo internacionais) dos direitos fundamentais que a própria Corte Constitucional expõe na Sentença T-740 de 2011. O Artigo 99 da Lei 142 de 1994 não regula este suposto; e, como, se mostrou, sua aplicação resulta inconveniente e contrária à plena satisfação do direito fundamental à água que a Constituição garante.

Ora, a regra do 50% também desconhece as exigências que derivam da liberdade de empresa e os demais direitos constitucionais e legais das empresas de serviços públicos domiciliários. Estes direitos fazem legítimo que não sejam estas empresas aquelas que devam suportar financeiramente a satisfação do direito fundamental à água. A imposição a estas empresas da obrigação de prestar o serviço público de água sem que possam recuperar o 100% da tarifa, implica um desconhecimento dos reconhecimento ou assignações a estas empresas previstas na lei. Por conseguinte, resulta contrário à segurança jurídica e dificulta que tais empresas possam cumprir com as obrigações que têm com os demais usuários. Toda imposição financeira não prevista nas condições iniciais do negócio desajusta o sistema de prestação do serviço público.

A empresa assume suas obrigações sob o entendimento de que receberá uma remuneração pela prestação do mesmo (o custo razoável), e que esta remuneração lhe permitirá dispor dos meios necessários para prestar o serviço em condições apropriadas, ampliar a cobertura e melhorar a qualidade.

Como é bem sabido, estas condições financeiras estão reguladas pelo Artigo 128 da Lei 142 de 1994, segundo o qual o contrato de serviços públicos é aquele “em virtude do qual uma empresa de serviços públicos os presta a um usuário em troca de um preço em dinheiro, de acordo a (sic) estipulações que foram definidas por ela para oferecê-las a muitos usuários não determinados”. Ao exigir à empresa que continue a prestação em condições de não pagamento do serviço, a sentença desconhece o princípio de onerosidade do contrato de serviços públicos. Como reconheceu a Corte, o caráter oneroso do contrato de condições uniformes consiste no pagamento que deve fazer todo usuário ou subscritor como contraprestação aos serviços recebidos.³⁹

Deve ser agregado que a imposição às empresas de serviços públicos de cargas que correspondem ao Estado leva consigo uma vulneração do princípio da boa fé que está tipificado pelo Artigo 83 da Constituição e que deve regular, não só a atuação dos particulares, senão também a do Estado em sua relação com estes e com outras entidades, tanto de natureza pública como privada. As empresas prestadoras de serviços públicos entram no mercado confiantes de que a boa fé do Estado (legislador, administração pública e ramo judicial) o levará a respeitar as condições pactuadas nos contratos de concessão e a manter ditas condições durante o termo de execução de dita atividade comercial. Um câmbio súbito de ditas condições também lesiona o princípio de segurança jurídica que o artigo 2 da Constituição estabelece e que faz parte do princípio do Estado de Direito. Segundo este princípio, as empresas prestadoras de serviços públicos devem poder ter a certeza de que as condições financeiras nas que previram sua operação no mercado não serão modificadas arbitrariamente nem em prejuízo de seus interesses. As empresas partem do suposto de que poderão exercer sua atividade comercial em condições de estabilidade jurídica e financeira.

Outrossim, como a própria Corte Constitucional estabelece na Sentença T-740 de 2011, existe “uma obrigação do Estado de adotar políticas e medidas [...] destinadas a satisfazer a prestação do serviço de água”. Desta maneira, ao resolver os casos particulares de pedidos de reinstalação do serviço de água, deve corresponder ao juiz determinar que tipo de políticas públicas estabeleceu o Estado para levar a cabo tal garantia. Se o juiz encontra que no caso particular não existe nenhum tipo de política pública, deverá exortar ou, inclusive, cominar ao legislador ou à administração pública, segundo seja seu âmbito de competência, que exerçam esta função mediante a criação de normas, a expedição

³⁹ Corte Constitucional. Sentença T-740 de 2011. Magistrado Relator Humberto Antonio Sierra Porto. Corte Constitucional, Sentença C-150 de 2003. Magistrado Relator Manuel José Cepeda Espinosa.

de atos administrativos e disposições orçamentárias, ou mediante as ações positivas que sejam pertinentes. A imposição desta carga às empresas prestadoras do serviço público carece de fundamento jurídico, não só pela falta de competência destas para levar a cabo tais tarefas, senão também pela inexistência do dever jurídico de fazê-lo.

Não parece apropriado que a jurisprudência constitucional traslade, sem justificação alguma, às empresas de serviços públicos, cargas e deveres que são próprias do Estado. Como estabelece o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, é dever do Estado “garantir que todos os pagamentos por subministro de água se baseiem no princípio de equidade, a fim de assegurar que esses serviços, sejam públicos ou privados, estejam ao alcance de todos”⁴⁰. Deve ser reconhecido que a Sentença T-740 de 2011 não representa a primeira oportunidade na qual a jurisprudência traslada deveres deste tipo às empresas de serviços públicos domiciliários. Na Sentença T-1104 de 2005, por exemplo, em virtude do princípio de disponibilidade que deve caracterizar o serviço de água, a Corte Constitucional impôs às Empresas Públicas de Medellín a obrigação de conectar à casa de um usuário o serviço de água potável, ainda que em ausência das redes de aqueduto necessárias. A sentença ordenou a estas Empresas a realização das obras e de todos os estudos técnicos pertinentes sem ter em conta as implicações orçamentárias de dita decisão. Em dito caso, a Corte se apartou do bem fundamentado precedente, contido na Sentença T-244 de 1994, no qual havia ordenado à Administração Pública, e não a uma empresa de serviços públicos, levar a cabo os estudos, a elaboração e a execução de um projeto que era necessário para a construção de um aqueduto em uma zona rural.

Não pode ser negado que, uma vez que a prestação do serviço de água está, faticamente, em mãos das empresas de serviços públicos, é razoável que, em princípio, elas devam atuar de forma temporal para garantir a satisfação deste direito por parte dos usuários, sobretudo quando se trata de sujeitos de especial proteção constitucional. Contudo, esta intervenção deve ser sempre temporal, isto é, enquanto o Estado desenvolve a atuação que os direitos fundamentais lhe exigem. A designação de deveres do Estado a tais empresas não deverá ser estendida mais além do tempo que necessite o legislador ou a administração pública para resolver o problema de fundo, por exemplo, para apropriar as partidas orçamentárias pertinentes, outorgar o auxílio econômico ou levar a cabo as ações positivas necessárias para satisfazer as necessidades básicas dos usuários. Em todo caso, em definitivo, estas atividades tendentes à satisfação do direito à água devem ser sufragadas por completo pelo Estado. A regra do 100% tem validade constitucional como concreção do direito fundamental à água.

⁴⁰ Corte Constitucional. Sentença T-740 de 2011. Magistrado Relator Humberto Antonio Sierra Porto. Corte Constitucional, Sentença C-150 de 2003. Magistrado Relator Manuel José Cepeda Espinosa.

Finalmente, deve ser reconhecido que, de não ser assim, com o tempo, e a causa do princípio de igualdade e da força de precedente que têm as decisões da Corte Constitucional, a regra do 50% poderia ter repercussões de considerável magnitude na estabilidade financeira das empresas de serviços públicos domiciliários e, em geral, do sistema de prestação destes serviços. Sentenças de tutela como a do caso *sub examine* têm efeitos *inter pares*. Isto implica que sua *ratio decidendi* e a decisão que se segue dela (e que inclui a regra do 50%) deverá ser aplicada em todos os casos idênticos e análogos. Este efeito faz ainda mais conveniente que o Estado assuma em todos estes casos a responsabilidade que lhe corresponde e proteja com plenitude os direitos fundamentais dos sujeitos de especial proteção constitucional.

Estas considerações fundamentam as seguintes conclusões: (1) Que resulta proporcional que os sujeitos de especial proteção constitucional recebam uma quantidade mínima de água diária.⁴¹ O Estado é o destinatário deste direito fundamental e, portanto, o competente para sufragar o custo desta quantidade de água. A proporcionalidade desta medida deriva da constatação de que, enquanto a carência de água mínima representa uma afetação severa dos direitos fundamentais dos sujeitos de especial proteção constitucional, o subministro deste subsídio por parte do Estado só pode supor uma intervenção media ou leve nas finanças públicas. De fato, em razão das circunstâncias de extrema pobreza dos sujeitos de especial proteção constitucional, o outorgamento deste subsídio reveste uma prioridade constitucional frente ao pagamento dos subsídios gerais que o Estado pode outorgar a pessoas de estratos 1 a 3, de acordo com a Lei de Serviços Públicos Domiciliários. Os sujeitos de especial proteção constitucional necessitam uma proteção com mais premência que as pessoas de estratos 1 a 3 que não se encontram em comparáveis condições de precariedade. (2) Que, por razões técnicas e logísticas, é proporcional que as empresas de serviços públicos domiciliários não suspendam o serviço de água, ante a falta de pagamento da fatura por parte de um sujeito de especial proteção constitucional e que continuem o subministro da quantidade mínima de água diária. (3) Sem embargo, a regra do 50% resulta desproporcional e, por conseguinte, deve ser substituída pela regra do 100%. A regra do 50% aliena do Estado social sua responsabilidade e a traslada às empresas de serviços públicos. Desta forma, esta regra afeta desproporcionalmente os direitos constitucionais destas empresas, em especial, a liberdade de empresa, as demais liberdades econômicas fundamentais e o direito à estabilidade e ao respeito dos direitos adquiridos, que está ligado com os princípios de legalidade, boa fé e confiança legítima. Além disso, esta regra incorre em desproporção com o usuário que é sujeito de especial proteção constitucional porque o põe em risco de expropriação total,

⁴¹ Problema diferente, que aqui não abordarei, é se a quantidade mínima de água diária é necessariamente 50 litros por pessoa ou se, como o estabeleceu a Corte Constitucional da África do Sul, no caso *Mazibuko*, antes citado, esta quantidade pode ser menor e deve ser estabelecida pelo Legislador.

ao ter que responder com seus bens frente às empresas de serviços públicos pelo 50% do valor da água mínima que o Estado não cobre.

Para terminar, deve ser reconhecido que, desde logo, o mais apropriado desde os pontos de vista jurídico, técnico e financeiro é que seja o Legislador quem regule a forma em que o Estado deve satisfazer e garantir o direito fundamental ao acesso à água dos sujeitos de especial proteção constitucional, e que seja a administração pública a encarregada de distribuir com diligência os subsídios necessários para assegurar dita satisfação, no marco de um sistema de serviços públicos de livre mercado, sob supervisão do Estado. Neste sentido, os avanços da jurisprudência só podem ser consolidados com a expedição de boas políticas públicas que outorguem aos direitos sociais o alcance pleno que lhes corresponde no entorno constitucional colombiano.

8. REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. La institucionalización de los derechos humanos en el Estado Constitucional Democrático. **Derechos y libertades**, núm. 8, 2000.

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. 2 ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.

BERNAL, Carlos. El concepto de servicio público en el orden jurídico colombiano. **Letras Jurídicas**, vol. 10, n. 1, 2005.

BERNAL, Carlos. **El derecho de los derechos**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005.

BERNAL, Carlos. **El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales**. 3 ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

ORTIZ, G. Ariño. **Principios de Derecho Público Económico**. Granada: Comares, 1999.

ORTS, F. Hurtado. **La iniciativa pública local en la actividad económica**. Madrid: Civitas, 1994.





Uma perspectiva histórica da jurisdição administrativa na América Latina: tradição europeia-continental versus influência norte-americana*

A historical perspective on administrative jurisdiction in Latin America: continental european tradition versus US influence

RICARDO PERLINGEIRO**

Universidade Federal Fluminense (Brasil)
r.perlingeiro@terra.com.br

Recebido/Received: 26.11.2014 / November 26th, 2014
Aprovado/Approved: 19.12.2014 / December 19th, 2014

Resumo

Do ponto de vista da influência norte-americana, o texto analisa a história da jurisdição administrativa, a partir do século XIX, dos 19 países latino-americanos de origem ibérica (Argentina, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Costa Rica, Cuba, Equador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, República Dominicana, Uruguai e Venezuela). Examina-se o seu sistema judicial único e o due process of law procedimental e prévio às decisões da Administração, campo fértil da primary jurisdiction, em choque com a cultura europeia-continental arraigada no direito administrativo da América Latina. Ao expor as contradições da jurisdição administrativa nos países latino-americanos, ocasionadas pela importação de regras sem a devida contextualização, o texto busca identificar tendências e

Abstract

From the perspective of US influence, this text analyses the history of administrative jurisdiction, starting from the 19th Century, in the 19 Latin American countries of Iberian origin (Argentina, Bolivia, Brazil, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, Mexico, Nicaragua, Panama, Paraguay, Peru, Dominican Republic, Uruguay and Venezuela). The analysis includes the US unified judicial system (generalized courts) and procedural due process of law to decisions by the administrative authorities, the fertile field of primary jurisdiction, which is in conflict with the Continental European tradition firmly established in Latin American administrative law. While setting out the contradictions of administrative jurisdiction in Latin American countries that result from importing rules without putting them in the proper context, the text seeks

Como citar esse artigo/How to cite this article: PERLINGEIRO, Ricardo. Uma perspectiva histórica da jurisdição administrativa na América Latina: tradição europeia-continental versus influência norte-americana. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 2, n. 1, p. 89-136, jan./abr. 2015. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v2i1.43658>

*Versão em português do capítulo que integra obra coletiva a ser publicada na Alemanha: SOMMERMAN, Karl-Peter; SCHAFFARZIK, Bert. **Handbuch der Geschichte der Verwaltungsgewaltbarkeit in Deutschland und Europa**. Heidelberg: Springer, 2016.

** Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense (Niterói – Rio de Janeiro, Brasil). Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Gama Filho (Rio de Janeiro – Rio de Janeiro, Brasil). Pesquisador convidado do Deutsches Forschungsinstitut für öffentliche Verwaltung Speyer – FÖV (Speyer, Alemanha) (2006-2007). Desembargador Federal do Tribunal Regional Federal da 2ª Região (Rio de Janeiro, Brasil). E-mail: r.perlingeiro@terra.com.br

despertar a perspectiva quanto à construção de um modelo próprio de justiça administrativa na América Latina, aproveitando-se das experiências norte-americana e europeia-continental.

Palavras-chave: História da justiça administrativa; América Latina; Devido processo legal; Processo administrativo; Procedimento administrativo.

to identify trends and create perspective to build a model of administrative justice specific to Latin America, drawing on the accumulated experience of the United States and Continental Europe.

Keywords: History of administrative justice; Latin America; Due process of law; Administrative proceedings; Administrative procedure.

SUMÁRIO

1. Introdução; **2.** Jurisdição administrativa: modelo judicial, extrajudicial e híbrido; **2.1.** Constituição de Cádiz de 1812. Junta Grande de 1811 (Argentina). Constituição Belga de 1831. *Reglamento para el Arreglo de la Autoridad Ejecutiva Provisoria de Chile* (1811). Loi des 16 et 24 août 1790. Ley de Santamaría Paredes. Tribunal Administrativo do Land de Baden de 1863; **2.2.** Falta de independência do contencioso administrativo francês e o sistema judicial único na América Latina no século XIX. A justice déléguée de 1872; **2.3.** O sistema judicial único na América Latina do século XIX e as questões governativas; **2.4.** A especialização da jurisdição na Europa e o surgimento do direito administrativo; **2.5.** A evolução do sistema judicial único nos EUA: Interstate Commerce Commission (ICC) de 1887; **2.6.** Modelos de jurisdição administrativa na América Latina nos séculos XIX e XX; **2.6.1.** Jurisdição administrativa híbrida (judicial e extrajudicial): Honduras, Brasil; **2.6.2.** Jurisdição administrativa extrajudicial: Bolívia, Panamá, República Dominicana, Colômbia, Guatemala, Equador, Uruguai, México; **2.6.3.** Jurisdição judicial dualista: Colômbia, Nicarágua, Panamá, Equador, Guatemala, República Dominicana; **2.6.4.** Jurisdição judicial monista (período ininterrupto): Chile, Argentina, Venezuela, Paraguai, México, Costa Rica, Peru, El Salvador, Cuba, Brasil; **2.6.5.** Jurisdição judicial monista (período limitado): Colômbia, Guatemala, República Dominicana; **2.6.6.** Jurisdição judicial monista (períodos intercalados): Nicarágua, Honduras, Equador, Panamá, Bolívia; **2.6.7.** Jurisdição judicial monista (atualmente em vigor e com órgãos especializados): Chile, Argentina, Venezuela, Paraguai, México, Costa Rica, Peru, El Salvador, Cuba, Bolívia, Brasil, Panamá, Nicarágua, Honduras e Equador; **2.7.** Quadro evolutivo e comparativo da jurisdição administrativa independente nas Constituições latino-americanas; **3.** Decisões administrativas precedidas do devido processo legal; **3.1.** Sinais do devido processo legal norte-americano na América Latina: Emendas Constitucionais V (1791) e XIV (1868); **3.2.** Origem do due process of law: Magna Carta de 1215, Liberty of Subject Act (28 Edward 3) de 1354, Observance of Due Process of Law Act (42 Edward 3) de 1368; **3.3.** Right to a fair trial no cenário internacional: Declaração de Direitos Humanos de 1789, Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, Convenção Europeia de Direitos Humanos de 1950, Pacto Internacional relativo aos Direitos Civis e Políticos de 1966, Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos de 1981, Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia de 2000, Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969; **3.4.** Devido processo legal administrativo nas Constituições e leis latino-americanas; **3.5.** Jurisprudência das Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos: independência e imparcialidade nos processos administrativos não judiciais, e o devido processo legal prévio; **3.6.** Distinção entre processo administrativo judicial, processo administrativo não judicial e procedimento administrativo; **3.7.** O devido processo legal administrativo e prévio às decisões da Administração na América Latina; **4.** Considerações finais; **5.** Referências.

1. INTRODUÇÃO

A explosão de conflitos de direito público nos tribunais do Brasil¹ tem sido associada a uma falta de identidade do seu modelo de justiça administrativa², o qual detém traços do sistema normativo norte-americano apesar do descompasso deste com a cultura brasileira de direito administrativo, ainda em muitos pontos vinculada às matrizes francesa e alemã.³ A propósito, Rivero alertava que “mesmo nos aspectos em que a influência anglo-saxônica atinge ponto máximo no direito administrativo latino-americano, ela não parece estender-se à técnica jurídica: as fontes, as categorias e os métodos de raciocínio permanecem os mesmos do direito continental, com poucas exceções”.⁴

Na Europa do início do século XIX, muitos consideravam a jurisdição administrativa como uma atribuição do próprio Poder Executivo, inerente ao seu poder de autotutela. Mais tarde, ela passa a ser compartilhada entre Administração e tribunais independentes, de modo que o *recurso judicial* consistia na segunda instância de uma jurisdição administrativa originada na Administração. Entretanto, desde os fins do século XIX, prefere-se, na Europa continental, a solução dos conflitos administrativos confiada unicamente a tribunais independentes que se inclinam à especialização e a poderes

¹ “Do total de 83,4 milhões de feitos em tramitação nos tribunais brasileiros em 2009, atingiu-se a marca de 92,2 milhões em 2012; desse total, 28,2 milhões (31%) eram casos novos e 64 milhões (69%) encontravam-se pendentes de anos anteriores. Ainda em 2012, todo magistrado brasileiro sentenciou, em média, 1.450 processos, 1,4% a mais que em 2011. Embora os magistrados tenham julgado mais processos a cada ano, o aumento do total de sentenças (1 milhão – 4,7%) foi inferior ao aumento de casos novos (2,2 milhões – 8,4%), o que resultou no julgamento em 2012 de 12% de processos a menos que o total ingressado. Não há como precisar o percentual das causas que envolvem autoridades públicas, porém estima-se que seja a maioria, acima de 50% do total geral. Há quatro dados que levam a essa conclusão: (i) em 2012, do total de 64 milhões de processos pendentes de anos anteriores, 39,9% eram de execuções fiscais, ao passo que, em 2013, dos 66,7 milhões pendentes, 41,4% consistiam em execuções fiscais; (ii) nos últimos 20 anos, dos 90% do total dos processos judiciais em curso no Supremo Tribunal Federal / STF (Corte Constitucional), consta a presença de autoridades públicas como uma das partes; (iii) dos 693 processos com repercussão geral no STF, 498 deles, isto é, 71%, versavam sobre direito público (direito administrativo, tributário e previdenciário); (iv) dos 721 recursos de efeito repetitivo no Superior Tribunal de Justiça / STJ (Corte suprema), 360 dizem respeito a direito público, o que corresponde, portanto, a 50% do total.” (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA [CNJ]. **Justiça em números: 2014** [ano base 2013]. Brasília: CNJ, 2014. p. 32 e seguintes apud PERLINGEIRO, Ricardo. O devido processo legal administrativo e a tutela judicial efetiva: um novo olhar? **Revista de Processo**, v. 239, p. 293-331, 2015).

² Necessário assinalar o alcance e o contexto da terminologia utilizada no presente texto. A expressão “contencioso administrativo” se relaciona com as reclamações ou impugnações de um interessado contra comportamentos de uma autoridade administrativa. A expressão “jurisdição administrativa” serve para designar a prestação jurisdicional destinada à solução de um contencioso administrativo, e “justiça administrativa” se refere aos órgãos estatais responsáveis por essa atuação jurisdicional (UNIVERSIDADE FEDERAL FLUMINENSE. Núcleo de Ciências do Poder Judiciário. **Projeto Acadêmico do Programa de Pós-Graduação Justiça Administrativa – PPGJA/UFF**. Niterói, 2008. Disponível em: <<http://bit.ly/1A1xFy4>>).

³ Ver PERLINGEIRO, Ricardo. O devido processo legal administrativo e a tutela judicial efetiva: um novo olhar? **Revista de Processo**, v. 239, p. 293-331, 2015.

⁴ RIVERO, Jean. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: RT, 2004. p. 221.

amplos de revisão, em compensação a um sistema de direito administrativo, em que as autoridades carecem de independência efetiva para decidir.⁵

Nos EUA, ao contrário, com a evolução do seu tradicional sistema judicial monista, a tendência é compartilhar o exercício da atividade jurisdicional administrativa entre o Executivo e o Judiciário, não como nos primórdios da justiça administrativa europeia,⁶ porém num modelo em que decisões administrativas são proferidas por autoridades que detêm certa dose de independência (*quasi-judicial bodies, administrative tribunals*), em um processo extrajudicial com garantias próximas ao *due process of law*, que são modificadas pelo Judiciário – não especializado – somente quando contrárias à razoabilidade, dificilmente adentrando-se no seu suporte fático (revisão judicial limitada).⁷

Esse choque cultural, portanto, sem uma prévia contextualização, é fator de risco para impulsionar o modelo de justiça administrativa a um de dois extremos: de um lado, a uma duplicidade de jurisdições, com autoridades públicas e tribunais judiciais que possuem, de modo semelhante, independência, especialização e poder amplo de revisão, o que representa aumento de gastos, insegurança e demora na solução dos conflitos; de outro lado, a uma ausência de jurisdição, na medida em que autoridades administrativas sem independência, logo, sem aptidão para assegurar um justo processo administrativo extrajudicial, convivam com tribunais judiciais não especializados, que optem por respeitar a capacidade técnica e o poder normativo das autoridades ou, com igual efeito prático dessa *administrative deference*, que optem por decidir mesmo sem a adequada capacidade cognitiva sobre a matéria *sub judice*.

Num ou noutro caso, as autoridades administrativas e os tribunais judiciais podem enfraquecer-se como órgãos jurisdicionais, especialmente do ponto de vista da confiabilidade entre eles, reciprocamente considerados, e também em face dos interessados.

O modelo brasileiro se inclina a uma ausência de jurisdição: com o advento da República, em 1891, sob declarada influência do constitucionalismo norte-americano, instala-se um sistema judicial único para a jurisdição administrativa e para a jurisdição comum, o qual até hoje vigora; ademais, com a Constituição de 1988, eleva-se o devido processo legal administrativo (extrajudicial) à categoria de direito fundamental,

⁵ Ver NAPOLITANO, Giulio. I grandi sistema del diritto amministrativo. In: CASSESE, Sabino. **Corso di diritto amministrativo**. v. 4. Diritto amministrativo comparato. Milano: Giuffrè, 2007. p. 45.

⁶ García de Enterría tem entendimento oposto, o de que o *judicial review* atual é um retrocesso ao “arcaico contencioso europeu do século XIX” (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **Democracia, jueces y control de la Administración**. Madrid: Civitas, 1995. p. 172 e seguintes).

⁷ Sobre a diferença entre o “sistema judicialista” ibero-americano e o modelo norte-americano, ver CASSAGNE, J.C.. **El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa**. Madrid: Marcial Pons, 2009. p. 71 e seguintes. Ver, em geral, ASIMOW, Michael. Five Models of Administrative Adjudication. **American Journal of Comparative Law**, 2015. Disponível em: <<http://bit.ly/1yp8y4i>>. Sobre a independência e imparcialidade nos *administrative tribunals* no direito inglês, ver CANE, Peter. **Administrative law**. 5. ed. New York: Press, 2011. p. 96.

passando a ser uma condição prévia às decisões administrativas restritivas de direitos individuais.

Entretanto, diante de uma Administração Pública sem prerrogativas para decidir conflitos com independência efetiva, reclama-se progressivamente do Judiciário maior intensidade de sua jurisdição no controle da atuação administrativa. Dessa forma, generaliza-se a frustração, ora perante tribunais judiciais que se omitem em favor das autoridades (o que seria próprio do modelo norte-americano com os *quasi-judicial bodies*), ora em face de tribunais judiciais, não raro criticados pelas autoridades por avançarem na intensidade do controle (o que seria típico do modelo europeu-continental com uma jurisdição dualista e especializada).

No Brasil, é enigmático o exemplo da necessidade de intervenção judicial para ser executada uma decisão administrativa de natureza tributária. São aproximadamente 25 milhões de execuções fiscais em curso, o que representa 40% dos processos judiciais em trâmite no país.⁸ Com efeito, prevalece, na comunidade jurídica brasileira, a sensação de que a Administração não está habilitada a promover, por conta própria, atos executórios de suas decisões ou mesmo a conduzir processos justos que resultem em decisões restritivas, em especial nos estados e municípios do interior, onde, além da falta de independência, os funcionários públicos nem sempre detêm conhecimento jurídico.

No entanto, paradoxalmente, teme-se que “desjudicializar” a execução fiscal aumente os conflitos judiciais, tamanha a possibilidade de erros administrativos; então, melhor que a execução *ab initio* ocorra no Judiciário e os eventuais erros – judiciários, em menor extensão – sejam ali mesmo corrigidos.⁹ Como se denota, anula-se praticamente o papel das autoridades em matéria de direito tributário, entregando-se ao Judiciário o poder para conduzir a execução de decisões administrativas, como fosse ele um *longa manus* das autoridades, eis que a execução é típica função administrativa (atributo da autoexecutoriedade das decisões administrativas), e, simultaneamente, concentra-se perante o mesmo juiz – não especializado – o poder para decidir sobre os conflitos resultantes da execução.

Na Alemanha, as decisões tributárias são executadas pelas próprias autoridades.¹⁰ O alto grau de credibilidade da Administração alemã, herdada do profissio-

⁸ Em 2012, encontravam-se pendentes 25 milhões de execuções fiscais nas cortes brasileiras, o que corresponde a 39,9% de todos os processos judiciais em tramitação (Ver CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA / CNJ. *Justiça em números*: 2013 [ano base 2012]. Brasília: CNJ, 2013. p. 293-303. Disponível em: <<http://bit.ly/1DsN7mk>>).

⁹ VASCONCELLOS, M. de. Ministros do STJ são contra execução fiscal sem juiz. **Revista Consultor Jurídico**, jun. 2012. Disponível em: <<http://bit.ly/1DsMY2u>>. Ver também DUARTE, Fernanda. A execução é uma questão de justiça? **Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, v. 13 p. 45-58, 2005. Ver ainda ERDELYI, M. F. Proposta de execução fiscal da Fazenda é alvo de críticas. **Revista Consultor Jurídico**, nov. 2007. Disponível em: <<http://bit.ly/1zjO61Y>>.

¹⁰ §§ 249 e seguintes do Código Fiscal (*Abgabenordnung* / AO).

lismo prussiano,¹¹ traz uma sensação de imparcialidade mesmo que não haja previsão de prerrogativas para uma independência efetiva, de modo que, na prática, os juízes especializados, a despeito dos seus poderes amplos, não são frequentemente instados a exercê-lo. Essa realidade do modelo alemão de justiça administrativa é uma demonstração de que o sistema europeu-continental não é sinônimo de excesso de judicialização; pelo contrário, essa judicialização exacerbada será, em qualquer dos casos, o sintoma de uma Administração debilitada que, de fato, pode agravar-se quando os modelos de justiça administrativa forem adotados sem os ajustes necessários à realidade cultural de cada país.

O texto tenta demonstrar que a influência acidental do constitucionalismo norte-americano na América Latina após os seus respectivos movimentos de independência republicana, a exemplo do que se sucedeu no Brasil, levou a maioria dos novos países, no século XIX, a um sistema de jurisdição unificada no Judiciário (sistema monista), rompendo com suas origens na Europa continental, a qual seguiu um modelo judicial dualista, em que a jurisdição administrativa é estruturada em separado da jurisdição sobre direito privado.

Ademais, da mesma forma que o Brasil poderia ser criticado por ignorar a nova versão do Conselho de Estado francês no final do século XIX (*justice déléguée*), é possível que, no futuro, não seja compreensível a razão pela qual países latino-americanos tenham prosseguido com o sistema judicial de jurisdição única sem considerar a evolução do direito administrativo norte-americano a esse respeito.

Nesse contexto, a partir de tópicos inerentes à estrutura básica de um modelo de justiça administrativa,¹² o presente estudo objetiva analisar, no período dos séculos XIX a XXI, a evolução dos sistemas de justiça administrativa nos Estados latino-americanos,¹³ comparar suas experiências, alterações recentes, oscilações e tendências consolidadas em busca de uma nova direção: reconciliar-se com o modelo europeu-continental, aproximar-se da evolução do modelo norte-americano ou iniciar a construção da identidade de um modelo próprio?¹⁴

¹¹ ZILLER, Jacques. **Administrations comparées**: les systèmes politico-administratifs de l'Europe des Douze. Paris: Montchrestien, 1993. p. 381

¹² Critérios inspirados parcialmente no esquema elaborado por Michael Asimow (ASIMOV, Michael. Five Models of Administrative Adjudication. **American Journal of Comparative Law**. 2015. p. 5-7. Prelo. Disponível em: <<http://bit.ly/1yp8y4i>>).

¹³ São 19 os países latino-americanos de origem ibérica: Argentina, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Costa Rica, Cuba, Equador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, República Dominicana, Uruguai e Venezuela.

¹⁴ Segundo Rivero, no atual estado da arte, é temerário concluir pela existência de um verdadeiro sistema latino-americano de direito administrativo (RIVERO, Jean. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: RT, 2004. p. 222.).

2. JURISDIÇÃO ADMINISTRATIVA: MODELO JUDICIAL, EXTRAJUDICIAL E HÍBRIDO

2.1. Constituição de Cádiz de 1812. Junta Grande de 1811 (Argentina). Constituição Belga de 1831. Reglamento para el Arreglo de la Autoridad Ejecutiva Provisoria de Chile (1811). Loi des 16 et 24 août 1790. Ley de Santamaría Paredes. Tribunal Administrativo do Land de Baden de 1863

Segundo Cassagne, há um erro de interpretação sobre o alcance das fontes constitucionais e suas bases históricas que associa ao modelo norte-americano o sistema judicial de jurisdição única na América Latina; o *judicialismo puro* dos sistemas latino-americanos de justiça administrativa originar-se-ia na Constituição de Cádiz de 1812, cujo art. 243 impunha um limite absoluto ao exercício de funções jurisdicionais por parte de entes ou tribunais pertencentes à estrutura do Poder Executivo.¹⁵

No entanto, é bastante provável que a origem dos ideais liberais da *La Pepa* esteja nas colônias norte-americanas e na Inglaterra, de onde, aliás, mais tarde, teria sido extraído o sistema judicial monista. De acordo com Congleton, a lista de funções do Legislativo contida no art. 131 de Cádiz não encontrava correspondência na Europa continental de 1812, mas sim no Parlamento norte-americano e, implicitamente, no inglês. ¹⁶A verdade é que algumas Constituições hispano-americanas já haviam sido aprovadas antes de 1812, como é o caso da Argentina, Chile e Venezuela em 1811. ¹⁷

A propósito, a *Junta Grande el 22 de octubre de 1811*, considerada a primeira Constituição argentina, adotando “*orgánicamente la forma tripartita de gobierno*”,¹⁸ dispôs no seu art. 8, Seção Segunda do Poder Executivo, *in verbis*:

El poder ejecutivo no podrá conocer de negocio alguno judicial, abocar causas pendientes, ejecutadas, ni mandar abrir nuevamente los juicios, no podrá alterar el sistema de la administración de justicia, ni conocer de las causas de los magistrados superiores, ni inferiores, ni demás jueces subalternos, y funcionarios públicos quedando

¹⁵ Ver CASSAGNE, J.C.. **El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa**. Madrid: Marcial Pons, 2009. p. 67, 71.

¹⁶ CONGLETON, Roger D.. **Early Spanish Liberalism and Constitutional Political Economy**: The Cádiz Constitution of 1812. 2010. p. 18-19. Disponível em: <<http://bit.ly/1AoA4Qi>>.

¹⁷ Ver, em geral, BLAUSTEIN, Albert P. The U.S. Constitution: Americas most important export. U.S. Department of State, **IIP Digital**, abr. 2004. Disponível em: <<http://1.usa.gov/1M23Wbm>>.

¹⁸ LÓPEZ ROSAS, José Rafael. **Historia constitucional argentina**. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 1970, p. 143; ÁVILA RICCI, Francisco Miguel. **Nueva Constitución nacional desde la historiografía institucional argentina**. Salta: Cobas, 1997, p. 122; LONGHI, Luis R.. **Génesis e historia del derecho constitucional argentino y comparado**. Buenos Aires: Bibliográfica Argentina, 1945. t. I. nota 4, p. 258 apud SAGÜÉS, Néstor Pedro. **Constituciones iberoamericanas**: Argentina. México D.F.: UNAM, 2006. nota 10, p. 6.

reservada al Tribunal de la Real Audiencia o la Comisión que en su caso nombrara la Junta Conservadora.

Por sua vez, vale assinalar as raízes da *Junta Grande* el 22 de octubre de 1811 nos Estados Unidos, como observa Valadés:

[...] El Secretario de la Junta de Gobierno, Mariano Moreno, elaboró una traducción de la Constitución norteamericana de 1787, a la cual introdujo algunas modificaciones en la numeración y contenido. Ciertos autores (Durnhoffer), ven en ese estudio una suerte de proyecto constitucional [...] El 18 de diciembre de 1810, la Primera Junta interpreta el Reglamento del 25 de mayo y resuelve que deben incorporarse a ella los diputados del interior del Virreinato. Cuando se amplía el número de sus integrantes, que llega a ser veintidós, pasa a llamarse, en 1811, Junta Conservadora (de los derechos de Fernando VII) y, vulgarmente, Segunda Junta o Junta Grande. [...].¹⁹

A prevalecer essa tese, o trabalho de Moreno teria sido a primeira iniciativa constitucional orgânica da República Argentina.²⁰

Com efeito, o referido art. 243 da Constituição de Cádiz (nem as Cortes nem o Rei poderão exercer, em nenhum caso, as funções judiciais, avocar causas pendentes nem mandar abrir os *juicios fenecidos*) e o seu art. 242 (o poder de aplicar as leis nas causas civis e criminais pertence exclusivamente aos tribunais) mantêm conexão com o disposto em Constituições latino-americanas do século XIX, como as do Chile²¹, Equador²², Argentina²³, Peru²⁴ e Bolívia²⁵.

Contudo, a utilização da expressão *tribunais civis e criminais* no art. 242 de Cádiz deixa claro que a regra não tinha por foco impedir a solução de um conflito administrativo pelo próprio Executivo, mas sim determinar que este não interferisse nas funções judiciárias que, à época, afora o direito penal, eram mais associadas a uma jurisdição sobre causas de direito privado (ainda que envolvessem a Administração) do que propriamente a uma jurisdição administrativa.

¹⁹ VALADÉS, Diego. Introducción histórica: proceso constitucional argentino. In: SAGÜÉS, Néstor Pedro. **Constituciones iberoamericanas**: Argentina. México D.F.: UNAM, 2006. p. 4. Disponível em: <<http://bit.ly/1B088oB>>.

²⁰ VALADÉS, Diego. Introducción histórica: proceso constitucional argentino. In: SAGÜÉS, Néstor Pedro. **Constituciones iberoamericanas**: Argentina. México D.F.: UNAM, 2006. p. 5.

²¹ Constituições do Chile de 1828, art. 85.3; e de 1833, art. 108.

²² Constituição do Equador de 1869, art. 73.

²³ Constituições da Argentina de 1811, art. 7; de 1813, art. 153; de 1815, Capítulo II, art. 1; de 1816, Seção 3, Capítulo 2, art. 3; de 1817, Seção 3, Capítulo 2, art. 4; de 1856, art. 92; e de 1860, art. 95.

²⁴ Constituições do Peru de 1823, arts. 81.3 e 127; de 1828, art. 91; de 1834, arts. 86.4 e 136.3; de 1837, arts. 88.6 e 141, 2; e de 1860, art. 43.

²⁵ Constituições da Bolívia de 1826, art. 115; de 1831, art. 118; e de 1834, art. 120.

Ao interpretar a expressão *direitos civis* contida no art. 92 da Constituição belga de 1831 (referente ao sistema judicial monista),²⁶ Rivero esclarece: “por direitos civis devemos entender todos os direitos subjetivos pertencentes aos cidadãos, mesmo contra o Estado, reserva feita somente aos interesses”.²⁷ Em outros termos, direitos civis se contrapunham aos direitos políticos, estes identificados com os interesses legítimos, que também seriam alvo de um controle pelo juiz, nos moldes do art. 93 da Constituição belga de 1831.

A respeito, a noção de “direitos e obrigações de caráter civil”, como expresso no art. 6º da Convenção Europeia, sempre foi alvo de controvérsias na Corte Europeia de Direitos Humanos. Chegou-se a propor um projeto de protocolo dando nova redação ao referido artigo, alargando o seu alcance a qualquer questão de direito público, porém não houve consenso. Essa restrição, entretanto, deve-se dizer, não consta da Convenção Americana de Direitos Humanos, cujo art. 8º dispõe que as garantias ao devido processo legal se aplicam a “direitos ou obrigações de natureza civil, de trabalho, fiscal ou de qualquer outra natureza”.²⁸

Nesse aspecto, é bastante esclarecedor o disposto no art. 9º do *Reglamento para el Arreglo de la Autoridad Ejecutiva Provisoria de Chile*, de 14 de agosto de 1811, considerada a primeira Constituição chilena:²⁹ “A autoridade executiva não conhecerá causas de justiça entre as partes, *senão as de puro governo (acte du gouvernement), hacienda e guerra*”, isto é, as questões *governativas* eram admitidas como questões inerentes ao Executivo e a ele competia exclusivamente decidir. Com uma redação distinta, porém com o mesmo efeito prático, a Constituição do Paraguai, no final do século XIX, em 1870,³⁰ proibia o Executivo de decidir sobre o *contencioso administrativo (contentieux administratif)*; expressão esta bastante fluida e restrita à época, não raro se furtando a conflitos originados - em que hoje se consideram atuações administrativas.

O que se considerava questão de governo ou questão administrativa está próximo do que seria hoje uma *atuação administrativa* ou *interesse legítimo*. No que concerne à doutrina da época e do ponto de vista da *jurisdição administrativa*, é possível o seguinte paralelo: *interesse e direito*; poder gracioso e poder contencioso; questão governativa e questão judicial; questão não justiciável e questão justiciável.³¹ Contudo, Otto

²⁶ Constituição Belga de 1831: “Art. 92. *Les contestations qui ont pour objet des droits civils sont exclusivement du ressort des tribunaux.* Art. 93. *Les contestations qui ont pour objet des droits politiques sont du ressort des tribunaux, sauf les exceptions établies par la loi.*” (Disponível em: <<http://bit.ly/1AXbpVC>>).

²⁷ RIVERO, Jean. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: RT, 2004. p. 169.

²⁸ Ver BARRETO, Ireneu Cabral. **A Convenção Europeia dos Direitos do Homem anotada**. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 150.

²⁹ CHILE. **Reglamento para el Arreglo de la Autoridad Ejecutiva Provisoria de Chile**, de 14 de agosto de 1811. Disponível em: <<http://bit.ly/14dJtPa>>.

³⁰ Art. 114 da Constituição do Paraguai de 1870.

³¹ LARES, Teodosio. **Lecciones de derecho administrativo**. México: Imprenta de Ignacio Cumplido, 1852. p. 16, 60, 365 e seguintes

Mayer, em sua obra nos fins do século XIX, jamais aceitou a categoria de atos governativos; segundo ele, a atuação estatal pode ser legislativa, judiciária ou administrativa, nunca governativa, o que servia apenas para justificar uma imunidade.³²

Portanto, desse ponto de vista, a Constituição espanhola de 1812 não era contrária à *loi des 16 et 24 août 1790* (as funções judiciárias são distintas e permanecerão sempre separadas das funções administrativas. Os juízes não podem, sob pena de prevaricação, perturbar de alguma forma as operações dos corpos administrativos nem convocar perante eles os administradores em razão das suas funções) ou à Constituição francesa de 1791, Capítulo V, art. 3º ([...] os tribunais não podem intervir nas funções administrativas nem convocar perante eles os administradores em razão das suas funções).

Se, de um lado, a Constituição de Cádiz proibia funções judiciárias pelo Executivo, de outro, a transcendência de Cádiz foi ao encontro da criação de uma jurisdição administrativa na Espanha de 1888 (*Ley de Santamaría Paredes*), uma vez que à época não se cogitava de entregar ao Judiciário determinadas questões de direito administrativo, isto é, aos juízes não cabia julgar questões *governativas* ou outras exclusivas da Administração.³³ Isso não deixou de ser um desdobramento da difusão da *justice déléguée* do Conselho de Estado francês de 1872.³⁴

Nesse contexto, as novas funções jurisdicionais do Estado espanhol, agora especializadas, e a jurisdição administrativa na esfera judicial em geral, como a do *Land de Baden*, alguns anos antes, em 1863,³⁵ mantinham um ponto de interseção com a Constituição belga de 1831.³⁶ Esta foi capaz de traduzir o modelo judicial único do *common law* para uma versão *continentalizada*, conciliando o Judiciário com uma jurisdição administrativa, expressão até então privativa do regime francês da *justice retenue*: todas elas tendiam a uma jurisdição independente em relação à Administração.

A propósito, na opinião de Rivero, que reconhece a origem do sistema judicial de jurisdição única no direito anglo-saxônico, a fonte de inspiração dos países latino-americanos que consagraram e conservaram uma unidade judiciária teria sido a

³² MAYER, Otto. **Derecho administrativo alemán**. t. 1. Buenos Aires: Depalma, 1982. p. 3-5. Tradução a partir da versão francesa, por Horacio H. Heredia et al. (HEREDIA, Horacio H. et al. **Le droit administratif allemand**. Paris: Brière, 1904). Sobre as controvérsias acerca do conflito entre atribuições *governativas* e as atividades administrativas contenciosas à época, ver FERNÁNDEZ TORRES, Juan R. La pugna entre la Administración y los tribunales ordinarios como rasgo sobresaliente del primer constitucionalismo español. In: _____. **Historia legal de la jurisdicción contencioso-administrativa: 1845-1998**. Madrid: Lustel, 2007. p. 31-79.

³³ FONTESTAD PORTALÉS, Leticia. La jurisdicción contencioso-administrativa en España. **Revista CEJ**, Brasília, n. 34, p. 62-72, jul./set. 2006.

³⁴ *Loi du 24 mai 1872 portant réorganisation du Conseil d'Etat*. Ver CAPITANT, David. O Ministério Público diante das jurisdições administrativas na França. **Revista CEJ**, Brasília, n. 34, p. 56-61, jul./set. 2006.

³⁵ *Gesetz betreffend die Organisation der inneren Verwaltung*, vom 5, oktober 1863.

³⁶ Constituição de 1831: "Art. 92. *Les contestations qui ont pour objet des droits civils sont exclusivement du ressort des tribunaux*. Art. 93. *Les contestations qui ont pour objet des droits politiques sont du ressort des tribunaux, sauf les exceptions établies par la loi*." (Disponível em: <<http://bit.ly/1AXbpVC>>).

Constituição belga de 1831. De fato, o direito belga e sua Constituição não passaram despercebidos dos autores latino-americanos da época;³⁷ no entanto, eram realmente os sistemas inglês e norte-americano os que eles, com frequência, invocavam, considerando-os mais adequados ao liberalismo, em contraponto ao modelo francês de justiça administrativa que permitia à Administração julgar a si própria.³⁸

2.2. Falta de independência do contencioso administrativo francês e o sistema judicial único na América Latina no século XIX. A *justice déléguée* de 1872

Com efeito, na primeira metade do século XIX, nos países de origem hispânica, e no Brasil, com o advento da sua República em 1889, o debate que se travou na América Latina foi sobre a falta de independência do contencioso administrativo francês.³⁹ Como o Judiciário era concebido, na ocasião, como a única estrutura estatal independente, somente a ele caberia solucionar os conflitos administrativos, de modo que foram os anseios por uma independência na jurisdição administrativa o fator determinante para a proliferação de um sistema judicial de jurisdição única na América Latina.

Margáin Manautou, por exemplo, lembra que

*los antecedentes históricos de lo contencioso administrativo en México, se remontan a la Ley para el Arreglo de lo Contencioso Administrativo del 25 de mayo de 1853, la cual fue influenciada por la legislación francesa de la época - en especial la figura del Consejo de Estado -, y que causara un gran alboroto entre la comunidad jurídica mexicana, por lo que al poco tiempo fue declarada inconstitucional por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al considerarse violatoria del principio de División de poderes.*⁴⁰

Ocorre que, na segunda metade do século XIX, na França e na Alemanha, esse debate estava superado pelo reconhecimento de que a jurisdição administrativa poderia ser exercida mediante independência da Administração, ainda que não situada em um Judiciário, a exemplo da *justice déléguée* de 1872. Conforme Sommermann, a discussão que persistia na Europa continental era quanto ao modelo de jurisdição

³⁷ Vale-se do direito belga da época a seguinte obra: CASTRO, Augusto Olympio Viveiros de. **Tratado de ciencia da Administração e direito administrativo**. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1914. p. 655-688.

³⁸ Sobre a influência dos liberais, na incorporação do sistema judicial único, ver RIVERO, 2004, p. 153.

³⁹ No México: CASTILLO VELASCO, José María del. **Ensayo sobre el derecho administrativo mexicano**. v. 2. México: Castillo Velasco e Hijos, 1875. p. 275; LARES, Teodosio. **Lecciones de derecho administrativo**. México: Imprenta de Ignacio Cumplido, 1852. No Brasil: CASTRO, Augusto Olympio Viveiros de. **Tratado de ciencia da Administração e direito administrativo**. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1914.; CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Instituições de direito administrativo brasileiro**. v. 2. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1938. p. 748-759.

⁴⁰ MARGÁIN MANAUTOU, Emilio. **De lo contencioso administrativo**: de anulación o de ilegitimidad. 12. ed. México: Editorial Porrúa, 2004. p. 67-70.

administrativa a ser adotado, o monista, típico dos países de *common law*, ou o dualista, originariamente francês, que acabou vingando devido às vantagens da especialização e também ao fim do seu principal inconveniente - a falta de independência. Assim, prevaleceu, na Europa, uma jurisdição especializada em direito administrativo e independente da Administração.⁴¹

Tomando-se o exemplo brasileiro, o acolhimento do sistema judicial único pela Constituição republicana de 1891 é associado a uma opção meramente política em favor do constitucionalismo liberal norte-americano, como oposição às instituições brasileiras monárquicas de então, das quais foram marcantes o Conselho de Estado do Império e o contencioso administrativo sob o regime da *justice retenue* que, por motivos óbvios, não acompanharam a evolução do direito administrativo europeu (*justice déléguée*):⁴² uma jurisdição administrativa independente seria contrária aos princípios fundamentais da Constituição imperial de 1824 que vigorou até 1889.⁴³

Os administrativistas da segunda metade do século XIX continuavam ao lado da versão originária do Conselho de Estado francês, ao propiciarem respaldo à Constituição brasileira de 1824, considerando o Judiciário como um Poder destinado ao direito privado e o Executivo como um Poder destinado ao direito público.⁴⁴ Portanto, era compreensível a reação oposta do constituinte republicano de 1891, ao buscar o sistema judicial único.

2.3. O sistema judicial único na América Latina do século XIX e as questões governativas

No final do século XIX, em verdade, não havia mais razões para a América Latina se distanciar do modelo europeu de justiça administrativa; àquele período, parecia claro que a proibição do Executivo de exercer jurisdição, como consagrada na Constituição de Cádiz, não impedia que os regimes latino-americanos acompanhassem a

⁴¹ SOMMERMAN, K.-P. O desenvolvimento da jurisdição administrativa alemã no contexto europeu, In: PERLINGEIRO, R. et al., **Código de jurisdição administrativa: o modelo alemão - Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO)**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 13.

⁴² CASTRO, 1914; CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Instituições de direito administrativo brasileiro**. v. 2. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1938. p. 748-759. A influência dos EUA no Brasil à época pode ser medida pelo art. 386 do Decreto nº 848 de 1890, que estabelecia o direito norte-americano e os precedentes do *common law* como fonte subsidiária à jurisprudência brasileira (BRASIL. Decreto nº 848/1890. Disponível em: <<http://bit.ly/1yI9AIW>>).

⁴³ Na opinião de Ribas, claramente contrária a uma jurisdição administrativa independente, "A criação de magistrados e tribunais, exclusivamente destinados a conhecer destes recursos, traria quase os mesmos inconvenientes, se não forem de livre nomeação e demissão do governo; caso contrário, serão novas e dispendiosas molas no já assaz complicado e dispendioso mecanismo administrativo" (RIBAS, Antônio Joaquim. **Direito administrativo brasileiro**. Rio de Janeiro: F. L. Pinto Livres, 1866. p. 164).

⁴⁴ Ver URUGUAI, Visconde do. **Ensaio do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1862. p. 29-36; RIBAS, Antônio Joaquim. **Direito administrativo brasileiro**. Rio de Janeiro: F. L. Pinto Livres, 1866. p. 143-165.

evolução do modelo francês a uma jurisdição administrativa independente. Prova disso é o que ocorreu na totalidade da Europa, em especial Espanha e Portugal, e na própria Bélgica, que retrocedeu ao sistema judicial monista e onde, hoje, o Conselho de Estado exerce jurisdição administrativa em instância única.⁴⁵

De fato, denota-se, na América Latina do início do século XIX, o surgimento de uma jurisdição basicamente judicial que, entretanto, desde então, vem aos poucos se especializando, em maior ou menor grau, como sinal de reaproximação com suas origens europeias: a partir do início do século XX, algumas Constituições latino-americanas reconhecem o modelo judicial dualista de jurisdição, com uma jurisdição especializada em direito administrativo, e outras com uma jurisdição administrativa extrajudicial.

Na verdade, o sistema judicial que vingou na América Latina durante o século XIX, após os movimentos de independência entre 1810 e 1831, veio desacompanhado de uma jurisdição administrativa evasiva: tendia e restringia-se ao exame de causas *contenciosas* - mais próximas do direito privado - em um modelo judicialista mais identificado com o dos EUA do que com o da Europa continental.

A América Latina do século XIX praticamente não conheceu uma jurisdição administrativa na esfera judicial como a do direito belga (1831) e alemão (1863); tampouco uma jurisdição administrativa na esfera do Executivo como a do direito francês (1872) e espanhol (1874). Dos 19 países latino-americanos de origem ibérica, foram quatro os que excepcionaram o sistema judicial no século XIX, optando por tribunais autônomos alheios à estrutura judiciária, embora já tenham retrocedido em sua decisão: Bolívia (1861-1868, 1871-1878), Panamá (1863-1904), República Dominicana (1874-1880) e Colômbia (1886-1914).

O sistema judicial de jurisdição única na América Latina oferecia não mais do que o contencioso administrativo francês do início do século XIX, isso porque eram decididas pelo próprio Executivo as constantes controvérsias sobre quais questões - não poucas - seriam de exclusividade da Administração e imunes ao Judiciário (questões *governativas*), pelo que se observa das Constituições do Chile de 1833 e do Equador de 1843.⁴⁶ Era um sistema judicial que, na maioria dos países latino-americanos, apresentava um campo de atuação restrito, como ocorria no direito anglo-saxônico, o qual, nesse ponto, não muito evoluiu nos EUA nem nos países latino-americanos que dele ainda se servem.

⁴⁵ Atualmente, há Conselhos de Estado com funções de jurisdição administrativa: França, Países Baixos, Bélgica, Itália, e Grécia; vê-se sistema judicial de jurisdição administrativa com corte suprema específica nos seguintes países: Alemanha, Áustria Portugal, Luxemburgo, Suécia, Finlândia, República Checa, Polônia, Lituânia; tem-se sistema judicial de jurisdição administrativa dotado de corte suprema com competência comum, administrativa e civil na Espanha, Suíça, Eslovênia, Hungria, Romênia e Estônia; há sistema judicial de jurisdição única (sistema judicial monista) no Reino Unido, na Irlanda, em Malte e em Chipre. Ver FROMONT, Michel. **Droit administratif des États européens**. Paris: PUF, 2006. p. 120 e seguintes. Ver também ZILLER, Jacques. **Administrations comparées: les systèmes politico-administratifs de l'Europe des Douze**. Paris: Montchrestien, 1993. p. 438-445.

⁴⁶ Ver Constituição do Chile de 1833, art. 104.5, e Constituição do Equador de 1843, art. 52.11.

2.4. A especialização da jurisdição na Europa e o surgimento do direito administrativo

O fato é que o chamado *sistema judicial de jurisdição única* era corolário lógico da ausência da consolidação de um direito administrativo;⁴⁷ a jurisdição *administrativa* que soluciona conflitos administrativos - antes mais facilmente escondidos entre os poderes de autotutela da Administração (negócios governativos) - é uma atividade nova entregue a órgãos estatais pretensamente independentes, a qual coincide com o surgimento do que se compreende como direito administrativo.

Portanto, a origem do sistema judicial de jurisdição única ou, segundo Fromont, do sistema de jurisdição civil,⁴⁸ é usualmente identificada com o direito anglo-saxônico: o *common law* somente assumiu um direito administrativo no final do século XIX. Ademais, o que se denota das Constituições latino-americanas do século XIX é um modelo de controle judicial da Administração que prevaleceu na Europa antes da Revolução Francesa e, sob essa perspectiva, não divergia da Constituição de Cádiz.

Sucede que o modelo de jurisdição única europeu-continental foi evoluindo à medida que o direito administrativo foi se firmando; especializou-se o Judiciário, conceberam-se órgãos extrajudiciais dotados de independência, como o *Conseil d'État* de 1872, atribuindo-lhes poderes específicos para decidir causas de interesse público o que, na prática, contribuiu para controlar a margem de atuação administrativa então considerada não justiciável.

Nesse contexto, a lacuna deixada pelo sistema judicial monista, com uma quase *imunidade jurisdicional* da Administração, tornou-se mais evidente com o desenvolvimento do direito administrativo.⁴⁹ Essa lacuna, porém, é compensada, mais tarde, nos países de *common law*, com o nascimento de “organismos administrativos investidos de atribuições jurisdicionais”, segundo Rivero,⁵⁰ ou de uma jurisdição administrativa primária (*primary jurisdiction*).⁵¹

⁴⁷ Segundo Rivero “a unidade da regra e a unidade do juiz eram para Dicey as peças características do rule of law, e o sistema do direito administrativo e os princípios em que esta disciplina repousa são incontestavelmente estranhos ao espírito e às tradições das instituições britânicas”. RIVERO, Jean. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: RT, 2004. p. 126-127.

⁴⁸ FROMONT, Michel. **Droit administratif des États européens**. Paris: PUF, 2006. p. 135 e seguintes.

⁴⁹ Rivero adverte sobre a ideologia do Polizeistaat não confessada, que atravessou o século XX, no Reino Unido, sob o rótulo de prerrogativas da Coroa; nos EUA, com a soberania do Estado; e, na França, com a teoria dos atos de governo RIVERO, Jean. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: RT, 2004. p. 126-127. p. 159-160.

⁵⁰ RIVERO, Jean. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: RT, 2004. p. 129. Rivero associa claramente o enfraquecimento do sistema judicial monista ao surgimento da “jurisdição primária” dentro do Executivo, que, no Reino Unido, em 1948, chegava ao número de 207 espécies de jurisdições especializadas (RIVERO, Jean. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: RT, 2004. p. 136).

⁵¹ Ver MAIRAL, Héctor A. **Control judicial de la Administración Pública**. v. 2. Buenos Aires: Depalma, 1984. p. 714. Ver também CASSAGNE, J.C. **El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa**. Madrid: Marcial Pons, 2009. p. 76.

2.5. A evolução do sistema judicial único nos EUA: Interstate Commerce Commission (ICC) de 1887.

Em 1887, nos EUA, com o *Interstate Commerce Commission (ICC)*, marca-se a origem dos *administrative tribunals*, uma combinação do modelo judicial único com o contraditório no âmbito da Administração Pública.⁵² Entretanto, essa vertente do sistema norte-americano, apenas afirmada no século XX, jamais foi considerada pela América Latina do século XIX, por motivo óbvio.

Encerra uma ironia da história a evolução do *common law* para um *judicial review* que leva para o seio do Poder Executivo uma jurisdição administrativa,⁵³ ao criar tribunais administrativos, cujos juízes, funcionários da Administração, detêm certa independência para solucionar conflitos, e suas decisões sujeitam-se a um controle parcial (de *delibazione*) do Judiciário.⁵⁴ Na Europa continental, o direito administrativo seguiu direção oposta: é exceção a jurisdição administrativa exercida pelo Executivo,⁵⁵ em que a elaboração de decisões administrativas com a participação do interessado mais se assemelha a um *procedimento* do que a um *processo*, haja vista a ausência de uma contemplação clara das garantias de um devido processo legal extrajudicial.⁵⁶

2.6. Modelos de jurisdição administrativa na América Latina nos séculos XIX e XX

2.6.1 Jurisdição administrativa híbrida (judicial e extrajudicial): Honduras, Brasil

Na América Latina, o caso único de um modelo de jurisdição administrativa híbrido, como nos países de *common law*, foi o previsto na Constituição de Honduras de 1965,⁵⁷ com a especialização de uma sala de contencioso administrativo na corte suprema,⁵⁸ e também a criação do Tribunal do Contencioso Administrativo, que, pelo dis-

⁵² Ver PIERCE, Richard J. et al. **Administrative law and process**. 4. ed. New York: Press, 2004. p. 214; ver também MAIRAL, Héctor A. **Control judicial de la Administración Pública**. v. 2. Buenos Aires: Depalma, 1984. p. 713.

⁵³ Em tom irônico, Rivero conclui pela dualidade de jurisdição do sistema judicial inglês (op. cit. p. 137).

⁵⁴ Ver ASIMOW, Michael. Five Models of Administrative Adjudication. **American Journal of Comparative Law**. p. 5-11. Prelo. Disponível em: <<http://bit.ly/1yp8y4i>>. MAIRAL, Héctor A. **Control judicial de la Administración Pública**. v. 2. Buenos Aires: Depalma, 1984. p. 714. GONZÁLEZ GARCÍA, Julio V. **El alcance del control judicial de las Administraciones Públicas en los Estados Unidos de América**. Madrid: McGraw-Hill, 1996. p. 37.

⁵⁵ Conselho de Estado na França, Países Baixos, Bélgica, Itália, e Grécia (FROMONT, 2006, p. 120 e seguintes).

⁵⁶ No direito inglês, as autoridades estão mais vinculadas ao direito do que à lei; ao contrário, no direito francês, mais à lei do que ao direito (GARCIA, Maria da Glória Ferreira Pinto Dias. **Da justiça administrativa em Portugal: sua origem e evolução**. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1994. p. 333-334. Ver também ASIMOW, op. cit. p. 5-11).

⁵⁷ Art. 210 "c" da Constituição de Honduras de 1965. Essa Constituição foi revogada pela Constituição de 1982, que restabeleceu o sistema judicial de jurisdição única, como era da tradição do direito constitucional hondurenho (Constituições de Honduras de 1825, 1831, 1839, 1848, 1865, 1873, 1880, 1894, 1904, 1924, 1936 e 1957).

⁵⁸ Art. 229 da Constituição de Honduras de 1965.

posto no referido art. 210, não integrava o Judiciário: o tribunal extrajudicial exercia jurisdição administrativa, sujeitando-se à revisão via cassação ante uma corte suprema.⁵⁹

A Emenda Constitucional nº 7 de 1977 à Constituição Brasileira de 1969 cogitou a possibilidade do legislador instituir um contencioso administrativo extrajudicial que se sujeitasse a um posterior controle judicial, semelhante ao atual *judicial review* norte-americano, o qual, contudo, nunca prosperou.⁶⁰

2.6.2 Jurisdição administrativa extrajudicial: Bolívia, Panamá, República Dominicana, Colômbia, Guatemala, Equador, Uruguai, México

No século XIX, como antes mencionado, Bolívia (1861-1868, 1871-1878), Panamá (1863-1904), República Dominicana (1874-1880) e Colômbia (1886-1914) experimentaram um tribunal administrativo autônomo em relação ao Judiciário, e, no século XX, foi a vez da Guatemala (1927-1945), do Equador (1929-1979) e, novamente, do Panamá (1945-1956).

O direito administrativo boliviano conheceu um Conselho de Estado, concebido como órgão estranho ao Judiciário, acompanhado de um Tribunal Supremo do Contencioso Administrativo, os quais exerciam jurisdição administrativa (justiça delegada), na breve vigência da Constituição de 1861,⁶¹ interrompida pela Constituição de 1868, para, logo depois, retornarem na Constituição de 1871,⁶² até a vigência da Constituição de 1878, quando passa a ser de competência da Corte Suprema a jurisdição contencioso administrativa.⁶³

No Panamá, foi instituída a Corte do Estado pela Constituição de 1863⁶⁴, a qual foi mantida pelas Constituições de 1865⁶⁵, 1868⁶⁶, 1870⁶⁷, 1873⁶⁸, e a Corte Superior do Estado, com a Constituição de 1875⁶⁹, até o advento da Constituição de 1904. Mais

⁵⁹ Arts. 210 e 229 da Constituição de Honduras de 1965.

⁶⁰ Ver DIAS, Francisco Mauro. Contencioso administrativo nos estados para questão de pessoal. **Congresso Nacional de Procuradores do Estado**. Rio de Janeiro: Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, 1979. Anais. A propósito da Emenda 7/77, devo penitenciar-me, retificando uma anotação exarada em artigo anterior (PERLINGEIRO, Ricardo. O devido processo legal administrativo e a tutela judicial efetiva: um novo olhar? **Revista de Processo**, v. 239, p. 293-331, 2015), em que mencionava tratar a Emenda Constitucional 7/77 de um contencioso que desafiava o Judiciário; em verdade, previa-se justamente o contrário: um contencioso submetido ao Judiciário (PERLINGEIRO, Ricardo. **Execução contra a Fazenda Pública**. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 47). Ver GRINOVER, Ada Pellegrini. O contencioso administrativo na Emenda 7/77. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, v. 10, p. 247 e seguintes..

⁶¹ Arts. 41.6 e 42 da Constituição da Bolívia de 1861.

⁶² Arts. 59.8, 59.9 e 79 da Constituição da Bolívia de 1871.

⁶³ Art. 111.5 da Constituição da Bolívia de 1878.

⁶⁴ Arts. 71 e 72 da Constituição do Panamá de 1863.

⁶⁵ Arts. 83 a 87 da Constituição do Panamá de 1865.

⁶⁶ Arts. 94 a 99 da Constituição do Panamá de 1868.

⁶⁷ Arts. 93 a 98 da Constituição do Panamá de 1870.

⁶⁸ Arts. 97 a 102 da Constituição do Panamá de 1873.

⁶⁹ Arts. 82 a 87 da Constituição do Panamá de 1875.

tarde, em 1945, criou-se um tribunal administrativo independente do Executivo e do Judiciário,⁷⁰ o qual subsistiu até a Reforma Constitucional de 1956.

A República Dominicana constituiu um órgão de jurisdição administrativa extrajudicial, junto ao Legislativo, na vigência das Constituições de 1874⁷¹, 1878⁷² e 1879⁷³. A Constituição colombiana de 1886 incluiu, entre as atribuições do Conselho de Estado, então órgão estranho ao Judiciário, a competência para decidir sobre o contencioso administrativo, em instância única ou em grau de apelação, de acordo com a lei, e também previu a possibilidade do legislador criar tribunais com jurisdição contenciosa administrativa para decidir questões específicas que envolviam os *Departamentos*.⁷⁴

A partir das reformas constitucionais na Guatemala de 1927⁷⁵ e de 1935⁷⁶, estabeleceu-se uma distinção entre as causas de que a Administração faz parte, mantendo-se a competência dos juízes ordinários, e as causas *unicamente administrativas*, que seriam de competência do Tribunal Contencioso Administrativo - órgão estranho à estrutura do Judiciário - em um procedimento de instância única.

A Constituição equatoriana de 1929 instituiu a competência do Conselho de Estado - órgão extrajudicial - para prestar jurisdição contenciosa administrativa em instância única⁷⁷; a Constituição de 1945 previu que o Tribunal de Garantias Constitucionais, também alheio ao Judiciário, exercesse jurisdição contenciosa administrativa em instância única⁷⁸; e, finalmente, na dicção da Constituição de 1967, refere-se à jurisdição judicial e à jurisdição dos tribunais de contencioso fiscal e administrativo com sede em Quito, transparecendo a ideia de que se trata de uma jurisdição administrativa extrajudicial em instância única.⁷⁹

Na América Latina atual, há somente dois exemplos de jurisdição administrativa extrajudicial: o Uruguai, com o *Tribunal de lo Contencioso Administrativo*, desde 1934, e

⁷⁰ Art. 8º do Decreto Legislativo 4, de 1945. HOYOS, Arturo. *El derecho contencioso-administrativo en Panamá (1903-2005): una introducción histórica de derecho comparado y jurisprudencial*. Sistemas Jurídicos, 2005. p. 16.

⁷¹ Art. 71.7 da Constituição da República Dominicana de 1874.

⁷² Art. 22.8 da Constituição da República Dominicana de 1878.

⁷³ Art. 22.8 da Constituição da República Dominicana de 1879.

⁷⁴ Arts. 141.3 e 164 da Constituição da Colômbia de 1886.

⁷⁵ Art. 41.3 da Reforma constitucional da Guatemala de 1927, que deu nova redação ao art. 85 da Constituição reformada.

⁷⁶ Art. 6 da Reforma constitucional da Guatemala de 1935, que deu nova redação ao art. 17 da Constituição, e art. 23, que alterou o texto do art. 85 da Constituição reformada.

⁷⁷ Art. 117.2 e 10 da Constituição do Equador de 1929.

⁷⁸ Art. 160.8 da Constituição do Equador de 1945.

⁷⁹ Arts. 28.15, dos Capítulos 1 e 2, e 213 da Constituição do Equador de 1967.

o México, com o *Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa*, criado em 1937, os quais são inspirados no *Conseil d'État* de 1872.⁸⁰

Com a Constituição uruguaia de 1934,⁸¹ cria-se o Tribunal do Contencioso Administrativo, órgão autônomo em relação ao Poder Judiciário, com a função de exercer jurisdição administrativa em instância única. Passa a ser tradição do direito constitucional uruguaio, ainda, a disposição sobre regras processuais do contencioso administrativo,⁸² dentre elas o alcance das pretensões individuais e a competência da justiça ordinária para tratar das pretensões de perdas e danos⁸³. Mantém essa mesma disposição as Constituições de 1942⁸⁴, de 1952⁸⁵ e de 1967⁸⁶.

A atual Constituição mexicana de 1917, após sucessivas reformas (última em 4 de dezembro de 2006), dispõe, no art. 73 XXIX, que o Legislativo tem autorização “para expedir leyes que instituyan tribunales de lo contencioso-administrativo, dotados de plena autonomía para dictar sus fallos, y que tengan a su cargo dirimir las controversias que se susciten entre la administración pública federal y los particulares, así como para imponer sanciones a los servidores públicos por responsabilidad administrativa que determine la ley, estableciendo las normas para su organización, su funcionamiento, los procedimientos y los recursos contra sus resoluciones”.

O Tribunal Federal Fiscal Administrativo mexicano foi criado pela Lei de 27 de agosto de 1936 e está em atuação até a presente data, e a Constituição de 1917 autoriza a criação de tribunais semelhantes pelos estados e o Distrito Federal⁸⁷. Portanto, desde 1937, o direito administrativo mexicano convive com tribunais administrativos extra-judiciais e dotados de independência. A despeito da natureza jurídica, são os tribunais administrativos estranhos à estrutura do Judiciário, considerados pela Constituição de 1917 órgãos autônomos (art. 94) e, contra suas decisões, está prevista a possibilidade de recurso de amparo em face de um tribunal judicial (art. 107 IV e V b).⁸⁸ Na verdade, o sistema judicial de jurisdição única nunca deixou de existir no México; contudo, não é

⁸⁰ FIX-ZAMUDO, Héctor. **Tres instituciones francesas revolucionarias y el derecho constitucional mexicano**. México DF: UNAM. p. 82.

⁸¹ Art. 271 da Constituição do Uruguai de 1934. Ver DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. **Contencioso administrativo**. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2007. p. 15, 21 e seguintes.

⁸² Arts. 273, 274 e 275 da Constituição do Uruguai de 1934.

⁸³ Art. 275.2 da Constituição do Uruguai de 1934.

⁸⁴ Arts. 268 a 274 da Constituição do Uruguai de 1942.

⁸⁵ Arts. 221 e 307 a 321 da Constituição do Uruguai de 1952.

⁸⁶ Arts. 307 a 321 da Constituição do Uruguai de 1967.

⁸⁷ Arts. 116 V e 122 *Base Quinta* da Constituição do México de 1917.

⁸⁸ Arts. 94 e 107 IV e V b da Constituição do México de 1917. Sobre a natureza do Tribunal Federal Fiscal Administrativo, ver MARGAÍN MANAUTOU, Emilio. **De lo contencioso administrativo**: de anulación o de ilegitimidade. México: Porrúa, 2009. p. 2 e seguintes.

acionado sempre que a lei institui um tribunal administrativo extrajudicial, *autônomo* na dicção da Constituição.⁸⁹

Em 1984, a Presidência da República Federativa do Brasil enviou uma mensagem ao Congresso Nacional, propondo a criação de um contencioso administrativo que, na realidade, implicava uma jurisdição administrativa unicamente extrajudicial, sem possibilidade de controle judicial posterior. A proposta, porém, não foi aprovada, a par das severas críticas apresentadas pela comunidade jurídica.⁹⁰

2.6.3 Jurisdição judicial dualista: Colômbia, Nicarágua, Panamá, Equador, Guatemala, República Dominicana

O sistema judicial de jurisdição dualista com uma corte suprema específica, como hoje ocorre na Alemanha e Portugal, foi incorporado no território latino-americano apenas pela Colômbia, onde vigora desde 1914. A despeito da nomenclatura *Consejo de Estado* e das suas funções jurisdicionais se situarem ao lado das consultivas, a corte suprema da jurisdição administrativa colombiana é um órgão do Poder Judiciário.

O Ato Legislativo nº 3 (Reforma Constitucional) de 1910 alterou o Título XV da Constituição colombiana de 1886, sobre a administração da justiça⁹¹, e determinou a instituição de uma jurisdição contenciosa administrativa; o Ato Reformatório (Reforma Constitucional) de 1914⁹² atribuiu ao Conselho de Estado a função de corte suprema do contencioso administrativo. Finalmente, na Constituição de 1991, conserva-se o Conselho de Estado como órgão da *Rama Judicial* e, dentre as suas funções, foi prevista a de corte suprema da jurisdição contenciosa administrativa.⁹³

Um sistema de jurisdição judicial dualista, com uma corte suprema única, foi previsto constitucionalmente nos seguintes países da América Latina: Nicarágua, nos períodos de 1939 a 1948, com os tribunais e juizes do contencioso-administrativo,⁹⁴ e de 1974 a 1979, com o Tribunal do Contencioso Administrativo⁹⁵, os quais, entretanto, nunca foram implementados pelo legislador;⁹⁶ Panamá, de 1941 a 1945, com os *juicios de lo contencioso-administrativo*;⁹⁷ Equador, de 1979 a 1992, com o Tribunal do Contem-

⁸⁹ Sobre o controle judicial da Administração em geral, ver FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge. Panorama general del derecho administrativo mexicano. In: GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago. **El derecho administrativo iberoamericano**. Granada: INAP, 2005. p. 462-463.

⁹⁰ PERLINGEIRO, Ricardo. **Execução contra a Fazenda Pública**. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 48.

⁹¹ Ato Legislativo 3 (Reforma Constitucional) de 1910, que altera o Título XV da Constituição colombiana de 1886 (art. 42).

⁹² Art. 6.3 do Ato Reformatório (Reforma Constitucional) de 1914.

⁹³ Art. 231 da Constituição da Colômbia de 1991.

⁹⁴ Art. 243 da Constituição da Nicarágua de 1939.

⁹⁵ Arts. 280, 290 e 303 da Constituição da Nicarágua de 1974

⁹⁶ Ver REPUBLICA DE NICARAGUA. Sala de lo Contencioso Administrativo. Antecedentes y Creación de la Sala de lo Contencioso Administrativo. Disponível em: < <http://bit.ly/15XqPMX> >.

⁹⁷ Arts. 190, 191 e 192 da Constituição de 1941.

cioso Administrativo, em instância única⁹⁸; Guatemala, a partir de 1945, com o Tribunal do Contencioso Administrativo;⁹⁹ e República Dominicana, a partir de 2010¹⁰⁰.

2.6.4 Jurisdição judicial monista (período ininterrupto): Chile, Argentina, Venezuela, Paraguai, México, Costa Rica, Peru, El Salvador, Cuba, Brasil

O sistema judicial monista foi o único que a totalidade dos países latino-americanos, em certo momento da sua história constitucional, tiveram a oportunidade de experimentar. Alguns deles assim o fizeram ininterruptamente desde o início de vigência da sua Constituição republicana, como ocorre no Chile, Argentina e Venezuela desde 1811; no Paraguai desde 1813, México, 1818; Costa Rica, 1821; Peru, 1823; El Salvador, 1824; Cuba, 1869; e Brasil, 1891.

A história do Judiciário chileno é marcada por um sistema judicial de jurisdição única nas Constituições de 1811, 1818, 1822, 1823, 1828, 1833, 1925 e 1980.¹⁰¹ Na Argentina, a falta de referência explícita a um tribunal especializado nas suas Constituições leva à conclusão de que o direito argentino consagrou um sistema judicial monista; é o que se nota nas Constituições de 1811, 1813, 1815, 1816, 1817, 1819, 1826, 1856, 1860, 1942 e 1994. O direito venezuelano adota o sistema judicial de jurisdição única nas Constituições de 1811, 1819, 1821, 1830, 1858, 1874, 1901, 1909, 1931, 1945, 1947, 1953, 1961 e 1999.¹⁰²

O Paraguai adota o sistema judicial monista.¹⁰³ Apesar de as Cartas de 1813 e 1844 nada terem disposto a respeito, a partir da Constituição de 1870,¹⁰⁴ a jurisdição para o contencioso foi explicitada como sendo de atribuição exclusiva do Judiciário, excluindo-a do Executivo. A mesma regra foi incorporada pelas Constituições posteriores, que também autorizaram o Congresso a legislar sobre o contencioso-administrativo: Constituição de 1940;¹⁰⁵ Constituição de 1967;¹⁰⁶ Constituição de 1992.¹⁰⁷

No México, o sistema judicial de jurisdição única é uma marca até a presente data: consagraram-no, implicitamente, as Constituições de 1818, 1824, 1836, 1857 e

⁹⁸ Art. 98, "e", da Constituição do Equador de 1979.

⁹⁹ Constituições da Guatemala de 1945 (art. 164), 1956 (arts. 193 e 194), 1965 (art. 255) e 1985 (art. 221).

¹⁰⁰ Arts. 164 e 165 da Constituição da República Dominicana de 2010.

¹⁰¹ Ver VERGARA BLANCO, Alejandro. Panorama general del derecho administrativo chileno. In: GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago. **El derecho administrativo iberoamericano**. Granada: INAP, 2005. p. 159-161.

¹⁰² Ver BREWER-CARRÍAS, Allan R. **Instituciones políticas y constitucionales**. v. 7. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 1997. p. 21 e seguintes.

¹⁰³ Ver CHASE PLATE, Luis Enrique. La justicia constitucional y la justicia administrativa. In: HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor. **Derecho administrativo iberoamericano**. v. 2. Caracas: Ediciones Paredes, 2007. p. 1212-1213.

¹⁰⁴ Art. 114 da Constituição do Paraguai de 1870.

¹⁰⁵ Arts. 76.12 e 87 da Constituição do Paraguai de 1940.

¹⁰⁶ Arts. 149 e 199 da Constituição do Paraguai de 1967.

¹⁰⁷ Art. 248 da Constituição do Paraguai de 1992.

1917.¹⁰⁸ No direito constitucional costarriquenho, não se abriu exceção ao sistema judicial de jurisdição única ao longo da vigência das suas 14 Constituições: 1821, 1823 (Constituições de 17 de março de 1823 e de 16 de maio de 1823), 1824, 1825 (com a reforma de 1835), 1844, 1847, 1848, 1859, 1869, 1871, 1917, e 1949.

O direito constitucional peruano assenta o sistema judicial de jurisdição única desde sua primeira Constituição, a de 1823, o que foi mantido pelas Constituições de 1828, 1834, 1837, 1839, 1856, 1860, 1867, 1920, 1933, 1979 e 1993, destacando-se o fato de que a Constituição de 1867 indicava a criação por lei dos *Tribunales contencioso-administrativos*.¹⁰⁹

As Constituições de El Salvador de 1824, 1841, 1864, 1871, 1872, 1883 e 1886 foram omissas quanto a um contencioso administrativo, o que leva a um sistema judicial de jurisdição única; a partir da Constituição de 1939¹¹⁰, os constituintes autorizaram ao legislador organizar uma jurisdição vinculada ao Judiciário que incluisse qualquer assunto administrativo: Constituições de 1944¹¹¹, 1950¹¹², 1962¹¹³ e 1983¹¹⁴.

Em Cuba, apenas duas das suas Constituições fez referência expressa à jurisdição contencioso-administrativa como função dos tribunais ordinários (Constituições de 1934¹¹⁵ e de 1935¹¹⁶); as demais foram omissas acerca do órgão que seria competente para decidir esses conflitos, do que se considera terem consagrado, também, o sistema judicial de jurisdição única: Constituições de 1869, 1878, 1895, 1897, 1901, 1940, 1952, 1959, 1976 (com as reformas de 1992 e 2002). No Brasil, as Constituições que se sucederam após a proclamação da República, as de 1891, 1934, 1937, 1945, 1967, 1969 e 1988, todas elas, adotaram o sistema judicial de jurisdição única.

2.6.5 Jurisdição judicial monista (período limitado): Colômbia, Guatemala, República Dominicana

A Colômbia (1821-1886), a Guatemala (1824-1927) e a República Dominicana (1854-1874, 1880-2010) tiveram uma convivência limitada com o sistema judicial único.

As Constituições colombianas de 1821, 1830, 1832, 1843, 1853, 1858 e 1863 não se referiram a um contencioso administrativo, do que se conclui que o Judiciário,

¹⁰⁸ Ver FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge. Panorama general del derecho administrativo mexicano. In: GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago. *El derecho administrativo iberoamericano*. Granada: INAP, 2005. p. 462-463.

¹⁰⁹ HUAPAYA TAPIA, Ramón A. *Tratado del proceso contencioso administrativo*. Lima: Jurista Editores, 2006. p. 335.

¹¹⁰ Art. 77.17 da Constituição de El Salvador de 1939.

¹¹¹ Art. 75.17 da Constituição de El Salvador de 1944.

¹¹² Art. 46.13 da Constituição de El Salvador de 1950.

¹¹³ Art. 47.13 da Constituição de El Salvador de 1962.

¹¹⁴ Art. 131.31 da Constituição de El Salvador de 1983.

¹¹⁵ Art. 80 da Constituição de Cuba de 1934.

¹¹⁶ Art. 86 da Constituição de Cuba de 1935.

naquele período, exercia uma jurisdição única, incluindo, na sua competência, a jurisdição sobre os conflitos de interesse da Administração. Na Constituição de 1830¹¹⁷, em especial, havia disposição sobre a competência da Alta Corte de Justiça para conhecer qualquer controvérsia envolvendo contratos ou negócios com o Executivo, o que ratifica a existência de um sistema judicial de jurisdição única que se inclina a decidir sobre questões de direito privado acerca da Administração, excluindo da apreciação judicial os assuntos de direito administrativo que seriam da alçada exclusiva do Executivo. A regra foi mantida, com pequenas alterações, pelas Constituições de 1832¹¹⁸, 1858¹¹⁹ e 1863¹²⁰.

Na Guatemala, as Constituições de 1824, 1825, 1879 e 1921 nada dispuseram sobre qual órgão seria competente para decidir conflitos envolvendo a Administração, presumindo-se o sistema judicial de jurisdição única; a Constituição de 1839 fez referência a *assuntos contenciosos* como sendo uma das matérias de competência dos juizados¹²¹.

Na República Dominicana, o sistema judicial de jurisdição única prevaleceu em grande parte da sua história constitucional, sendo ele concentrado geralmente na corte suprema (Constituições de 27 de fevereiro de 1854¹²², de 10 de dezembro de 1854¹²³, de 1858, 1865¹²⁴, 1866¹²⁵, 1872¹²⁶, 1877, 1880¹²⁷, 1881¹²⁸, 1887¹²⁹, 1884¹³⁰, 1896¹³¹, 1906¹³², 1908, 1924, 1934, 1942, 1955, 1960, 1961, 1963, 1966, 1994 e 2002); a única exceção foi no período de vigência das Constituições de 1874¹³³, 1878¹³⁴ e 1879¹³⁵, com

¹¹⁷ Art. 110.1 da Constituição da Colômbia de 1830.

¹¹⁸ Art. 131.3 da Constituição da Colômbia de 1832.

¹¹⁹ Art. 49.11 da Constituição da Colômbia de 1858.

¹²⁰ Art. 71.8 da Constituição da Colômbia de 1863.

¹²¹ Art. 32.1 da Constituição da Guatemala de 1839.

¹²² Art. 100.6 da Constituição da República Dominicana de 27 de fevereiro de 1854.

¹²³ Art. 45.6 da Constituição da República Dominicana de 10 de dezembro de 1854.

¹²⁴ Art. 87.5 da Constituição da República Dominicana de 1865.

¹²⁵ Art. 70.7 da Constituição da República Dominicana de 1866.

¹²⁶ Art. 45.6 da Constituição da República Dominicana de 1872.

¹²⁷ Art. 67.11 da Constituição da República Dominicana de 1880.

¹²⁸ Art. 70.11 da Constituição da República Dominicana de 1881.

¹²⁹ Art. 69.10 da Constituição da República Dominicana de 1887.

¹³⁰ Art. 134.8 da Constituição da República Dominicana de 1884.

¹³¹ Art. 69.10 da Constituição da República Dominicana de 1896.

¹³² Art. 66.10 da Constituição da República Dominicana de 1906.

¹³³ Art. 71.7 da Constituição da República Dominicana de 1874.

¹³⁴ Art. 22.8 da Constituição da República Dominicana de 1878.

¹³⁵ Art. 22.8 da Constituição da República Dominicana de 1879.

uma jurisdição administrativa extrajudicial, e após a Constituição de 2010¹³⁶, com um sistema judicial de jurisdição dualista.

2.6.6 Jurisdição judicial monista (períodos intercalados):

Nicarágua, Honduras, Equador, Panamá, Bolívia

Outro grupo de países iniciou a República com o sistema judicial monista e depois buscou um modelo de jurisdição administrativa diverso, retornando, posteriormente, ao sistema originário: Nicarágua (1884-1939, 1948-1974, 1979-), Honduras (1825-1965, 1982-), Equador (1830-1929, 1992-), Panamá (1841-1863, 1904-) e Bolívia (1826-1861, 1878-)¹³⁷.

Na Nicarágua, o sistema judicial monista esteve em vigor nas Constituições dos anos de 1884¹³⁸, 1826, 1838, 1842, 1848, 1854, 1858, 1893 (até o advento da Constituição de 1898), 1905, 1911, 1912, 1913 (até o advento da Constituição de 1939), 1948, 1950 (até o advento da Constituição de 1974), 1979, 1987, 1995 (Reforma constitucional, prevendo uma especialização em contencioso administrativo na corte suprema)¹³⁹ e 2014 (Reforma constitucional, com a criação da jurisdição de contencioso administrativo, como competência da corte suprema)¹⁴⁰.

O sistema judicial de jurisdição única foi o vigente nas Constituições de Honduras de 1825, 1831, 1839, 1848, 1865, 1873, 1880, 1894, 1904, 1924, 1936, 1957 e 1982, as quais nunca se manifestaram sobre um contencioso administrativo; a exceção ficou com a Constituição de 1965, que instituiu um tribunal autônomo ao Judiciário.¹⁴¹

No Equador, as Constituições de 1830, 1835, 1843, 1851, 1852, 1861, 1869, 1878, 1884, 1897 e 1906 dispuseram genericamente sobre o Judiciário, sem que houvesse qualquer registro acerca dos órgãos estatais responsáveis pela solução de conflitos administrativos. Não restam dúvidas de que da referida omissão resultava o desejo do constituinte na implantação do sistema judicial de jurisdição única para a solução das questões envolvendo a Administração, o que vigorou até o advento da Constituição de 1929.

A Emenda Constitucional de 1992 previu que o contencioso administrativo fosse solucionado perante um órgão judicial a ser definido em lei, e que a corte suprema

¹³⁶ Arts. 164 a 167 da Constituição da República Dominicana de 2010.

¹³⁷ Ver SERRATE PAZ, José Mario. Análisis y evaluación del proyecto de ley del proceso contencioso administrativo en Bolivia. In: HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor. *Derecho administrativo iberoamericano*. v. 2. Caracas: Ediciones Paredes, 2007. p. 1233.

¹³⁸ Constituição em que se mencionava que o procedimento das causas contra o Executivo seria de acordo com a lei (art. 191 da Constituição da Nicarágua de 1884).

¹³⁹ Art. 163 da Reforma de 1995 da Constituição da Nicarágua.

¹⁴⁰ Art. 163 Reforma de 2014 da Constituição da Nicarágua. Ver, em geral, REPUBLICA DE NICARAGUA. Sala de lo Contencioso Administrativo. Antecedentes y Creación de la Sala de lo Contencioso Administrativo. Disponível em: < <http://bit.ly/15XqPMX> >.

¹⁴¹ Art. 210, "c" da Constituição de Honduras de 1965.

alcançasse decisões de quaisquer tribunais, o que vem a ser mantido pela Constituição de 1998¹⁴²; restabelecido, no Equador, à luz da Constituição, o sistema judicial monista. Com a mesma orientação, a Constituição de 2008 dispõe que atos do poder público podem ser impugnados em sede administrativa e judicial, e prevê serem vedadas ao Executivo e ao Legislativo funções jurisdicionais.¹⁴³

No Panamá, o sistema judicial de jurisdição única prevaleceu no período de 1841 a 1863 (Constituições de 1841¹⁴⁴, 1853 e 1855), de 1904 a 1941 (Constituição de 1904, até o advento da Constituição de 1941); a partir da Reforma Constitucional de 1956,¹⁴⁵ a jurisdição do contencioso administrativa foi indicada como uma das funções da corte suprema (Constituição de 1972¹⁴⁶ e as Reformas de 1983¹⁴⁷ e 2004¹⁴⁸).

Na Bolívia, a jurisdição administrativa se sujeitou a um sistema judicial único na maior parte da sua história constitucional. Isso se deu na vigência das Constituições de 1826, 1831, 1834, 1839, 1843, 1851, 1868, 1878, 1880, 1938, 1945, 1947, 1967, 1994, 2004, 2008 e 2009. Apenas sob as Constituições de 1868 e 1871 o regime foi o da jurisdição administrativa extrajudicial. Na Constituição de 2004, é expressamente citada a unidade judicial do sistema e a função de contencioso e de contencioso-administrativo é atribuída aos tribunais, juízes e corte suprema.¹⁴⁹

2.6.7 Jurisdição judicial monista (atualmente em vigor e com órgãos especializados): Chile, Argentina, Venezuela, Paraguai, México, Costa Rica, Peru, El Salvador, Cuba, Bolívia, Brasil, Panamá, Nicarágua, Honduras e Equador

Em geral, nos países que mantiveram o sistema judicial monista (Chile, Argentina, Venezuela, Paraguai, México, Costa Rica, Peru, El Salvador, Cuba, Bolívia, Brasil, Panamá, Nicarágua, Honduras e Equador), ele evoluiu com certo nível de especialização, ora nas instâncias de julgamento - primeira e segunda instâncias - ora perante a corte suprema. É o exemplo do Chile, cuja Constituição de 1925¹⁵⁰ indicou a criação por lei de tribunais administrativos no âmbito do Poder Judiciário, e cuja Constituição de 1980¹⁵¹

¹⁴² Arts. 196 e 197 da Constituição do Equador de 1998.

¹⁴³ Arts. 188.3 e 173 da Constituição do Equador de 2008.

¹⁴⁴ Art. 109.5 da Constituição do Panamá de 1841.

¹⁴⁵ Acto Legislativo 2, de 24.10.56. Ver HOYOS, Arturo. **El derecho contencioso-administrativo en Panamá (1903-2005): una introducción histórica de derecho comparado y jurisprudencial.** [s.l.]: Sistemas Jurídicos, 2005. p. 18.

¹⁴⁶ Art. 188.2 da Constituição do Panamá de 1972.

¹⁴⁷ Art. 203.2 da Constituição do Panamá de 1972 (com a Reforma Constitucional de 1983).

¹⁴⁸ Art. 206.2 da Constituição do Panamá de 1972 (com a Reforma Constitucional de 2004)

¹⁴⁹ Arts. 116.3 e 118.4 e 7 da Constituição da Bolívia de 2004.

¹⁵⁰ Art. 87 da Constituição do Chile de 1925.

¹⁵¹ Art. 38.2 da Constituição do Chile de 1980.

direcionou a tribunais instituídos por lei a apreciação de demandas individuais contra a Administração, a despeito de que, em ambos os casos, não tenha passado de uma intenção (não concretizada) da norma constitucional¹⁵².

Cite-se também a Argentina, com a justiça administrativa da Província de Buenos Aires, especializada na primeira e segunda instâncias¹⁵³, e o Brasil, atualmente com a Justiça Federal, competente para decidir causas de interesse da União Federal, os juízos de primeira instância na justiça estadual (Juízos de Fazenda Pública e de Dívida Ativa) e as salas especializadas em direito público na corte suprema (Superior Tribunal de Justiça).¹⁵⁴

São, ainda, exemplos: a Venezuela, com as Constituições de 1961 e de 1999, prevendo que a jurisdição administrativa seja da competência de tribunais definidos em lei;¹⁵⁵ a Nicarágua, nos períodos de 1898 a 1905, com os tribunais federais,¹⁵⁶ de 1948 a 1979, com os tribunais e juízes da República¹⁵⁷, e na Constituição de 1987, com a Reformas de 1995 e de 2014 (Reforma constitucional estabelecendo a especialização do contencioso administrativo na corte suprema)¹⁵⁸; e a Costa Rica, com tribunais administrativos, conforme a Constituição de 1949¹⁵⁹.

2.7. Quadro evolutivo e comparativo da jurisdição administrativa independente nas Constituições latino-americanas

A partir dos quatro modelos de jurisdição administrativa identificados, o desenho evolutivo na América Latina nos séculos XIX e XX pode ser assim visualizado.

¹⁵² Ver VERGARA BLANCO, Alejandro. Panorama general del derecho administrativo chileno. In: GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago. **El derecho administrativo iberoamericano**. Granada: INAP, 2005. p. 159-161.

¹⁵³ Ver MAIRAL, Héctor A. **Control judicial de la Administración Pública**. v. 1. Buenos Aires: Depalma, 1984. p. 124-126.

¹⁵⁴ Art. 109 I da Constituição do Brasil de 1988; art. 9, § 1º do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça; arts. 2º, III, § 4º, e 13, III do Regimento Interno do Tribunal Regional Federal da 2ª Região; e arts. 44 e 45, III da Lei de Organização e Divisão Judiciárias do Estado do Rio de Janeiro (Lei estadual 6.956/2015).

¹⁵⁵ Art. 206 da Constituição da Venezuela de 1979, e art. 259 da Constituição de 1999. Ver BREWER-CARRÍAS, Allan R. **Instituciones políticas y constitucionales**. v. 7. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 1997. p. 12-14, 19.

¹⁵⁶ Art. 128 da Constituição da Nicarágua de 1898. Os Tribunais Federais da Constituição de 1898, os quais vão reaparecer mais tarde, com a denominação de Tribunais da República (de 1948 a 1979), não consistem em uma jurisdição especializada, mas em órgãos judiciais competentes para decidir causas de interesse federal, a exemplo do que sempre ocorreu no direito constitucional brasileiro a partir de 1891.

¹⁵⁷ Art. 217 da Constituição da Nicarágua de 1948, art. 233 da Constituição de 1950, e art. 311 da Constituição de 1974.

¹⁵⁸ Art. 163 da Constituição da Nicarágua de 1987 (com a Reforma Constitucional de 1995), e art. 163 da Reforma de 2014.

¹⁵⁹ Art. 173.2 da Constituição da Costa Rica de 1949. Ver ROJAS FRANCO, Enrique. **Comentarios al código procesal contencioso administrativo**. São José: Editorama, 2008. p. 18.

EVOLUÇÃO DA JURISDIÇÃO ADMINISTRATIVA INDEPENDENTE NAS CONSTITUIÇÕES LATINO-AMERICANAS

I - JURISDIÇÃO JUDICIAL

i. Jurisdição única / monista (órgão ou tribunal em uma estrutura judiciária não especializada, com fundamento constitucional)

1811- : Chile
1811- : Argentina
1811- : Venezuela
1813- : Paraguai
1818- : México*
1821-1886: Colômbia
1821- : Costa Rica
1823- : Peru
1824- : El Salvador
1824-1927: Guatemala
1825-1965: Honduras
1826-1861: Bolívia
1830-1929: Equador
1830-1934: Uruguai
1841-1863: Panamá
1854-1874: República Dominicana
1868-1871: Bolívia
1869- : Cuba
1878- : Bolívia
1880-2010: República Dominicana
1884-1939: Nicarágua
1891- : Brasil
1948-1974: Nicarágua
1956- : Panamá
1979- : Nicarágua
1982- : Honduras
1992- : Equador

ii. Jurisdição dualista (órgão ou tribunal em uma estrutura judiciária especializada com fundamento constitucional)

ii.1 Corte suprema única (órgão ou tribunal em estrutura especializada sujeitos a uma corte suprema de outra estrutura)

1939-1948: Nicarágua
1941-1945: Panamá
1979-1992: Equador
1945- : Guatemala

1974-1979: Nicarágua
2010- : República Dominicana

ii.2. Corte suprema administrativa (órgão ou tribunal e uma corte suprema em uma estrutura especializada)

1914- : Colômbia

II - JURISDIÇÃO EXTRAJUDICIAL

i. Autônoma (órgão ou tribunal em uma estrutura não judiciária, com fundamento constitucional e autônoma em relação à autoridade impugnada)

1861-1868: Bolívia
1863-1904: Panamá
1871-1878: Bolívia
1874-1880: República Dominicana
1886-1914: Colômbia
1927-1945: Guatemala
1929-1979: Equador
1934- : Uruguai
1937- : México*
1945-1956: Panamá

ii. Vinculada (órgão ou tribunal em uma estrutura não judiciária, com fundamento constitucional, pertencente à autoridade impugnada)

III - JURISDIÇÃO HÍBRIDA (EXTRAJUDICIAL E JUDICIAL)

i. Autônoma (órgão ou tribunal em uma estrutura não judiciária, com fundamento constitucional e autônoma em relação à autoridade impugnada, sujeito a órgão ou tribunal judicial)

1965-1982: Honduras

ii. Vinculada (órgão ou tribunal em uma estrutura não judiciária, com fundamento constitucional, pertencente à autoridade impugnada, sujeito a órgão ou tribunal judicial)

3. DECISÕES ADMINISTRATIVAS PRECEDIDAS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

3.1. Sinais do devido processo legal norte-americano na América Latina: Emendas Constitucionais V (1791) e XIV (1868)

A predominância do sistema judicial monista não é a única marca da influência norte-americana na justiça administrativa dos países latino-americanos: a expressão *devido processo legal*, oriundo da Emenda de 1791 à Constituição dos Estados Unidos da América, passou a ter previsão em diversas Constituições e leis latino-americanas a partir da segunda metade do século XX. É o caso da Argentina, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Equador, Guatemala, México, Nicarágua, Peru, República Dominicana, Uruguai e Venezuela.

Contudo, o devido processo legal, que nos países de *common law* tem sido invocado como medida prévia e constitutiva de decisões administrativas restritivas de direitos individuais,¹⁶⁰ tomou uma feição bastante diferenciada na América Latina.

A Emenda V de 1791 da Constituição dos Estados Unidos encontrava-se assim disposta¹⁶¹:

*no person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a Grand Jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the Militia, when in actual service in time of War or public danger; nor shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation". (grifo nosso)*¹⁶²

Com análoga orientação, a Emenda XIV de 1868, Seção 1: "[...] No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without

¹⁶⁰ Ver *US Supreme Court: Murray's Lessee v. Hoboken Land & Improvement Co.* 59 U.S. 272 (1856); *Goldberg v. Kelly*, 397 U.S. 254 (1970). Ver também *APA / Administrative Procedure Act* (5 U.S.C. Subchapter II). Disponível em: <<http://1.usa.gov/1xXldYG>>.

¹⁶¹ Constitution of The United States. Constitution Amendment V. *The U.S. National Archives and Records Administration*. Disponível em: <<http://1.usa.gov/1bA2RpE>>.

¹⁶² Antes da Constituição de 1787, leis locais já previam regra semelhante: *acts of Connecticut (Revision of 1784, p. 198), of Pennsylvania, 1782 (2 Laws of Penn. 13); of South Carolina, 1788 (5 Stats. of S.C. 55); New York, 1788 (1 Jones & Varick's Laws, 34);* ver também 1 *Henning's Stats. of Virginia*, 319, 343; 12 *ibid.* 562; *Laws of Vermont* (1797, 1800), 340.

due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws.¹⁶³ (grifo nosso)

3.2. Origem do *due process of law*: Magna Carta de 1215, Liberty of Subject Act (28 Edward 3) de 1354, Observance of Due Process of Law Act (42 Edward 3) de 1368

Elas têm raízes no art. 39 da Carta Magna de 1215 *cujo maior legado é a regra do julgamento preceder a execução*:

No free man shall be seized or imprisoned, or stripped of *his rights or possessions*, or outlawed or exiled, or deprived of his standing in any way, nor will we proceed with force against him, or send others to do so, except by the lawful *judgment* of his equals or by the law of the land.(grifo nosso)¹⁶⁴.

A expressão *due process of law* surge pela primeira vez no *Liberty of Subject Act* (28 Edward 3), de 1354, *in verbis*: “No man of what estate or condition that he be, shall be put out of land or tenement, nor taken, nor imprisoned, nor disinherited, nor put to death, without being brought in answer by *due process of the law*”.¹⁶⁵ Mais tarde, em 1368, volta a aparecer no *Observance of Due Process of Law Act* (42 Edward 3):

At the request of the Commons by their petitions put forth in this Parliament, to eschew the mischiefs and damages done to divers of his Commons by false accusers, which often times have made their accusations more for revenge and singular benefit than for the profit of the King, or of his people, which accused persons, some have been taken and caused to come before the King’s council by writ, and otherwise upon grievous pain against the law, it is assented and accorded, for the good governance of the Commons, that no man be put to answer without presentment before justices or matter of record or by *due process* and writ original, according to the old law of the land; and if any thing from henceforth be done to the contrary, it shall be void in the law, and holden for error.¹⁶⁶

¹⁶³ *Constitution of The United States. Constitution Amendment XIV. The U.S. National Archives and Records Administration*. Disponível em: <<http://1.usa.gov/JIDkJF>>.

¹⁶⁴ Tradução disponível na *The British Library Board*. Disponível em: <<http://bit.ly/1zrb39q>>. Texto original em latim: “Nullus liber homo capiatur vel imprisonetur, aut disseisiatur, aut utlagetur, aut exuletur, aut aliquo modo destruat, nec super eum ibimus, nec super eum mittemus, nisi per legale iudicium parium suorum vel per legem terrae”. Ver MCKECHNIE, William Sharp. **Magna Carta**: A Commentary on the Great Charter of King John, with an Historical Introduction. Glasgow: Maclehose, 1914. p. 377. Sobre a origem da Emenda 5 de 1791 na Carta Magna, ver Murray’s Lessee v. Hoboken Land & Improvement Co. 59 U.S. 272 (1856).

¹⁶⁵ *Liberty of Subject Act* (28 Edward 3). *The National Archives*. Disponível em: <<http://bit.ly/1D64lnh>>. Sobre o assunto, ver STIMSON, Frederic Jesup. **The law of the federal and state constitutions of the United States**: with an historical study of their principles, a chronological table of English social legislation, and a comparative digest of the constitutions of the forty-six states. Boston: Boston Book Co., 1908. p. 32. Disponível em: <<http://bit.ly/1EtENh>>.

¹⁶⁶ *Observance of due Process of Law* (1368). *The National Archives*. Disponível em: <<http://bit.ly/1C1jCsy>>.

3.3. Right to a fair trial no cenário internacional: Declaração de Direitos Humanos de 1789, Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, Convenção Europeia de Direitos Humanos de 1950, Pacto Internacional relativo aos Direitos Civis e Políticos de 1966, Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos de 1981, Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia de 2000, Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969

Com efeito, o *due process of law*, do ponto de vista procedimental (*procedural*), na sua genuína concepção do *common law*, nunca encontrou uma correspondência exata no direito europeu continental, tampouco na ordem jurídica internacional e regional. É confundido, inclusive, com a tutela judicial efetiva ou o *right to a fair trial*.¹⁶⁷

A Declaração de Direitos Humanos de 1789 teve enorme transcendência sobre o direito público europeu continental; contudo, não obstante sua origem possa estar associada às Declarações das colônias norte-americanas,¹⁶⁸ o fato é que ela não consagrou o devido processo legal prévio e limitou-se, no seu art. 7º, a dispor sobre a *reserva da lei* como condição prévia a prisões,¹⁶⁹ ao contrário do conteúdo do art. 12 da Declaração de Massachusetts de 1780, que se estendia à proibição da *restrição de bens* sem que houvesse um julgamento prévio.¹⁷⁰

Na mesma direção da Declaração francesa de 1789, na Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), o julgamento prévio como condição clara aos efeitos de uma atuação estatal restritiva de direitos individuais passa a ter previsão apenas no que diz respeito a *acusações criminais*. Sobre outros assuntos, a Declaração de 1948 refere-se a

¹⁶⁷ Ver GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. El debido proceso constitucional: reglas para el control de los poderes desde la magistratura constitucional. **Revista Mexicana de Derecho Constitucional**, n. 7, 2002. Disponível em: <<http://bit.ly/1AGM25f>>. Ver também GARCIA PINO, Gonzalo; CONTRERAS VASQUEZ, Pablo. El derecho a la tutela judicial y al debido proceso en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Chileno. **Estudios constitucionales** [online], v.11, n.2, p. 229-282, 2013. Disponível em: <<http://bit.ly/1ylnJN7>>. Ver, ainda, MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Direitos fundamentais processuais. In: SARLET, Ingo Wolfgang et. al. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: RT, 2012. p 615.

¹⁶⁸ JELLINEK, Georg. **The Declaration of the Rights of Man and of Citizens: A Contribution to Modern Constitutional History**. New York: Henry Holt and Co., 1901. p. 2-7, 13-21. Disponível em: <<http://oll.libertyfund.org/titles/1176>>.

¹⁶⁹ “Nul ne peut être homme accusé, arrêté, ni détenu que dans les cas déterminés par la loi et selon les formes qu'elle en prescrit. Ceux sollicitent qui, expediente, exécutent ou font exécuter des ordres arbitraires, doivent être Purus; Mais tout citoyen appelé ou saisi en vertu de la loi doit obéir à l'instant; il se rend coupable par sa résistance.”

¹⁷⁰ “No subject shall be held to answer for any crimes or no offence until the same is fully and plainly, substantially and formally, described to him; or be compelled to accuse, or furnish evidence against himself; and every subject shall have a right to produce all proofs that may be favorable to him; to meet the witnesses against him face to face, and to be fully heard in his defence by himself, or his counsel at his election. And no subject shall be arrested, imprisoned, despoiled, or deprived of his property, immunities, or privileges, put out of the protection of the law, exiled or deprived of his life, liberty, or estate, but by the judgment of his peers, or the law of the land.”

uma justa defesa para a *determinação dos direitos e deveres* dos indivíduos, o que equivale a dizer direito a uma proteção judicial visando à solução de um conflito.¹⁷¹

É essa a perspectiva que prevalece nas convenções internacionais subsequentes sobre o que, no *common law*, originariamente se considerava *procedural due process of law*. Se, na literalidade da Constituição norte-americana, considerava-se a jurisdição (julgamento justo) uma medida necessariamente prévia a decisões estatais restritivas de direitos individuais de qualquer natureza (acusação penal, limitação de propriedade etc.), no âmbito das normas internacionais, com uma discreta mas significativa alteração na redação, somente as *acusações penais* sujeitam-se a uma jurisdição prévia.¹⁷²

O fato de as normas internacionais se referirem à “*determinação* (apreciação) de *causas* de outra natureza submetidas a um *tribunal independente e imparcial*” não implica a imposição de uma jurisdição necessariamente prévia a decisões administrativas restritivas de direitos individuais.

Na Convenção Europeia de Direitos Humanos (1950), está previsto que “qualquer pessoa tem o direito que a sua *causa* seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável, por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá quer sobre a *determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil*, quer sobre o fundamento de qualquer *acusação* em matéria penal dirigida contra ela”.¹⁷³ (grifo nosso)

No Pacto Internacional relativo aos Direitos Civis e Políticos (1966), “toda pessoa terá o direito de ser ouvida publicamente e com as devidas garantias por um tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido por lei, na apuração de qualquer *acusação de carácter penal* formulada contra ela ou na *determinação de seus direitos e obrigações de carácter civil*.”¹⁷⁴

¹⁷¹ Art. 10 da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (*Everyone is entitled in full equality to a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal, in the determination of his rights and obligations and of any criminal charge against him*).

¹⁷² O princípio *audi et alteram partem* é considerado um princípio do *common law* – de justiça natural e fundamental no direito penal, o qual foi posteriormente estendido às sanções administrativas disciplinares na Europa continental, que o conheceu com as Decisões Téry (*Conseil d’État*, 20.6.1913, S. Téry. Disponível em: <<http://bit.ly/1Kw6kWd>>), e com o Tribunal Administrativo da Saxônia (*SächsOVG, Entscheidung Vom*, 24.10.1908, *Jahrb. Bd. 13 S. 97*). Contudo, no Reino Unido, desde o século XVIII, o direito de defesa na fase administrativa se dava por meio de um “processo quase judicial”, ao contrário dos procedimentos administrativos na Europa continental, menos eficazes do que um processo judicial (ver SANDULLI, Aldo. et al. Il procedimento. In: CASSESE, Sabino. *Corso di diritto amministrativo*. v. 4. Diritto amministrativo comparato. Milano: Giuffrè, 2007. p. 111, 113, 132).

¹⁷³ Art. 6.1 da Convenção Europeia de Direitos Humanos de 1950: “*In the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law*.”

¹⁷⁴ Art. 14: “*All persons shall be equal before the courts and tribunals. In the determination of any criminal charge against him, or of his rights and obligations in a suit at law, everyone shall be entitled to a fair and public hearing by a competent, independent and impartial tribunal established by law. The press and the public may be excluded from all or part of a trial for reasons of morals, public order (ordre public) or national security in a democratic society, or when the interest of the private lives of the parties so requires, or to the extent strictly necessary in the opinion of the*

A Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos (1981) mantém a orientação de que “toda pessoa tem o direito a que sua *causa* seja apreciada”.

A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (2000) prevê que “toda a pessoa cujos direitos e liberdades garantidos pelo direito da União tenham sido violados tem direito a uma ação perante um tribunal”, e que “toda a pessoa tem direito a que a sua *causa* seja julgada de forma equitativa, publicamente e num prazo razoável, por um tribunal independente e imparcial, previamente estabelecido por lei. Toda a pessoa tem a possibilidade de se fazer aconselhar, defender e representar em juízo.”¹⁷⁵

Finalmente, a Convenção Americana de Direitos Humanos (1969), no art. 8º, sobre as *Garantias judiciais*, dispõe que “toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer *acusação penal* formulada contra ela, ou *na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza*”¹⁷⁶.

Com efeito, a redação do art. 8.1 da Convenção Americana acompanha a tendência internacional e distancia-se da concepção originária do *common law* acerca do *due process of law* como uma medida necessariamente prévia a qualquer atuação pública restritiva de direitos individuais, limitando-se, ainda, a acusações penais.

3.4. Devido processo legal administrativo nas Constituições e leis latino-americanas

Nos últimos anos, diversas normas constitucionais latino-americanas passaram a fazer referência genérica ao devido processo legal, as quais, na maior parte das vezes, concebe-o como inerente não apenas a atuações judiciais mas também a atuações administrativas, aparentemente indo ao encontro do espírito das Emendas norte-americanas de 1791 e 1868.

O art. 29 da Constituição da Colômbia de 1991 prescreve que “*el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas*”; no art. 50 da Constituição do Brasil de 1988, lê-se que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (inciso LIV), e “aos litigantes, em processo judicial ou *administrativo*, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (inciso LV).

O art. 49 da Constituição da Venezuela de 1999 prevê que “*el debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas* [...]”; na República

court in special circumstances where publicity would prejudice the interests of justice; but any judgement rendered in a criminal case or in a suit at law shall be made public except where the interest of juvenile persons otherwise requires or the proceedings concern matrimonial disputes or the guardianship of children.”

¹⁷⁵ Art. 47 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Disponível em: <<http://bit.ly/1J7m67z>>.

¹⁷⁶ Art. 8.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos. Disponível em <<http://bit.ly/QpuP0v>>.

Dominicana, o art. 69 da Constituição de 2010 versa sobre a “tutela judicial efectiva y debido proceso [...]” e o inciso 10 determina que “*las normas del debido proceso se aplicarán a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas*”.

No art. 34 da Constituição da Nicarágua de 1995, determina-se que “toda persona en un proceso tiene derecho, en igualdad de condiciones al *debido proceso* y a la tutela judicial efectiva y, como parte de ellas, a las siguientes garantías mínimas... Las garantías mínimas establecidas en el debido proceso y en la tutela judicial efectiva en este artículo son aplicables a los *procesos administrativos y judiciales*”. (grifo nosso)

No Equador, o art. 23.27 da Constituição de 1998 dispõe que “*las garantías mínimas establecidas en el debido proceso y en la tutela judicial efectiva en este artículo son aplicables a los procesos administrativos y judiciales*”; na Constituição de 2008, no art. 169, prescreve-se que

El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, intermediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades.

O art. 76 da Constituição de 2008, por sua vez, dispõe que

En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:
1. *Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes.* (grifo nosso)

A seguir, trataremos de países que preveem genericamente o devido processo legal. O México, no art. 18 da Constituição de 1917, impõe “*en todos los procedimientos seguidos a los adolescentes se observará la garantía del debido proceso legal*”; a Bolívia, com a Constituição de 2008, art. 115 II, determina que “*el Estado garantiza el derecho al debido proceso, a la defensa y a una justicia plural, pronta, oportuna, gratuita, transparente y sin dilaciones*”; o Chile, com o art. 19 da Constituição de 1980, prevê que “toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un *proceso previo* legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos”.

O art. 139 da Constituição de 1993 do Peru versa sobre a “*la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional [...]*”; e, finalmente, na Guatemala, o art. 53 da Constituição de 1965 inclui a previsão genérica de que ninguém pode ser privado dos seus bens sem o *devido proceso legal*; e, no art. 12 da atual Constituição de 1985, dispõe-se sobre o devido processo legal da seguinte forma: “direito de defesa: a defesa da pessoa e dos seus direitos são invioláveis. Ninguém poderá ser condenado, nem privado dos

seus direitos, sem haver sido citado, ouvido ou condenado em *processo legal* ante o juiz ou tribunal competente e preestabelecido". (grifo nosso)

No plano legislativo, merece citação a Argentina, com a Lei 19.549/72 (*Ley de procedimientos administrativos*), que dispõe, no art. 1º "f", ser direito do interessado o devido processo adjetivo nos procedimentos administrativos; e o Uruguai, com o art. 5º da *Ley de procedimientos administrativos*, segundo o qual os interessados no procedimento administrativo gozarão de todos os direitos e garantias inerentes ao devido processo.

3.5. Jurisprudência das Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos: independência e imparcialidade nos processos administrativos não judiciais, e o devido processo legal prévio

De fato, existem muitos pontos em comum entre o *procedural due process of law*, na forma em que evoluiu nos EUA, e o *right to a fair trial* da Convenção Europeia de Direitos Humanos, em especial o fato de ambos servirem a causas administrativas, como originariamente previsto pelo direito constitucional americano.

A propósito, a despeito da controvérsia sobre o alcance da expressão *direitos e obrigações de caráter civil* em relação aos conflitos de direito administrativo, contida no art. 6.1 da Convenção de Direitos Humanos, a Corte Europeia interpreta essa cláusula como obrigatória não somente a tribunais judiciais:

*nada prohíbe a calificar como 'tribunal' a un órgano nacional concreto, que no depende del poder judicial nacional, tal como recoge en el test del asunto Vilho Eskelinen. El órgano administrativo o parlamentario puede ser considerado un 'tribunal' en el sentido sustantivo del término, lo que permite aplicar el artículo 6 aplicable a los litigios de los funcionarios públicos que examina. La conclusión relativa a la aplicabilidad del artículo 6 lo es, sin embargo, sin perjuicio de la cuestión de cómo se cumplieron en dicho procedimiento las garantías procesales.*¹⁷⁷

A Corte Interamericana segue a mesma orientação da Corte Europeia, ao interpretar que a expressão *Garantias judiciais*, contida no Título do art. 8 da Convenção Americana, não é impeditiva de que outros órgãos estatais desvinculados do Judiciário

¹⁷⁷ Corte Europeia de Direitos Humanos. *Sentença Olekasandr Volkov v. Ukraine*. Estrasburgo: 30 maio 2013. Disponível em: <<http://bit.ly/1J2UjHc>>. No mesmo sentido (como paradigma): *Sentença Vilho Eskelinen v. Finlandia*. Estrasburgo: 19 abr. 2007. Disponível em: <<http://bit.ly/1CwgckK>>. Ver CHAPUS, René. **Droit du contentieux administratif**. 12.ed. Paris: Montchrestien, 2006. p. 136-138. Ver também: BARTOLE, Sergio; DE SENA, Pasquale; ZAGREBELSKY, Vladimiro. **Commentario breve alla Convenzione Europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali**. Milano: CEDAM, 2012. p. 176; BARRETO, Ireneu Cabral. **A Convenção Europeia dos Direitos do Homem anotada**. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 150.

exercçam atos materialmente jurisdicionais e que, nessa tarefa, observem as garantias do devido processo legal.¹⁷⁸

Ao examinar uma decisão do Tribunal do Contencioso Administrativo do Uruguai, a Corte Interamericana assinalou que

*ha sido muy específica y puntual al establecer que ciertos componentes de las garantías necesarias para asegurar un debido proceso son aplicables también al ámbito no judicial en un contexto en el que pudieran estar en discusión aspectos relevantes para los derechos de las personas. Así, la Corte ha entendido en su jurisprudencia previa que las características de imparcialidad e independencia [...] deben regir a todo órgano encargado de determinar derechos y obligaciones de las personas. En este sentido, [...] no solo deben corresponder a los órganos estrictamente jurisdiccionales, sino que las disposiciones del artículo 8.1 de la Convención se aplican también a las decisiones de órganos administrativos.*¹⁷⁹ (grifo nosso)

Entretanto, há uma característica do devido processo legal, concebido em 1792, inconciliável com o *direito a um processo efetivo*, tal como interpretado pela Corte Europeia, e que é de grande importância para a compreensão do atual estágio da justiça administrativa na América Latina: o caráter prévio do *procedural due process of law*. Não integra a tradição do direito europeu continental, tampouco do direito administrativo latino-americano, a existência de um processo a cargo de autoridades administrativas independentes ou *quase judiciais* e que seja regulamentado prévio ao início da eficácia das decisões administrativas.¹⁸⁰

Dessa forma, é mister um debate, no atual estágio do direito europeu-continental, a fim de que se discuta se o devido processo legal deve ser considerado parte integrante das atuações administrativas que restringem direitos individuais (decisões administrativas iniciais) ou se deve integrar apenas as decisões (judiciais ou extrajudiciais) que solucionam conflitos sobre atuações restritivas concretizadas ou em vias de assim o serem.

Segundo a jurisprudência da Corte Europeia, se houver previsão (na legislação interna) dos meios de impugnação a uma decisão administrativa, devem eles sujeitar-se às regras do art. 6.1 da Convenção; portanto, ausentes esses meios, aplica-se a Convenção apenas na fase recursal, o que é uma demonstração de que o processo prévio não é uma condição *sine qua non* ao surgimento das decisões administrativas e, outrossim,

¹⁷⁸ Caso *Tribunal Constitucional vs. Perú*, Sentencia de 31 de janeiro de 2001. 01. Serie C No. 142. Disponível em: <<http://bit.ly/1DRxvXe>>.

¹⁷⁹ Caso *Vélez Loor Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010 Serie C No. 218, párr. 108*. Disponível em: <<http://bit.ly/1D9AWKS>>.

¹⁸⁰ Ver ASIMOW, Michael. Five Models of Administrative Adjudication. *American Journal of Comparative Law*. Prelo. p. 9-10. Disponível em: <<http://bit.ly/1yp8y4i>>.

se o recurso for perante o Judiciário, torna-se, inclusive, dispensável a independência da autoridade administrativa decisória.

Nesse contexto, o direito a um processo justo implica meio de impugnação e não um elemento constitutivo da decisão administrativa. A diferença prática não é pouca: enquanto sob o regime do *right to a fair trial* a decisão administrativa impugnada somente deixa de surtir efeitos *ab initio* no caso de *periculum in mora* e *fumus boni iuris* (cuja demonstração é ônus do interessado) nas medidas cautelares, sob o regime do *due process of law* apenas após a conclusão do processo prévio se iniciam os efeitos da decisão administrativa, e a exceção a essa regra depende de *periculum in mora* e *fumus boni iuris* ao inverso, isto é, tanto um quanto o outro devem ser apontados pela autoridade administrativa¹⁸¹.

3.6. Distinção entre processo administrativo judicial, processo administrativo não judicial e procedimento administrativo

Não passa de uma retórica a doutrina latino-americana que considera o *debido procedimiento administrativo* prévio uma condição *sine qua non* à formação das decisões administrativas restritivas de direitos individuais.¹⁸² Isso porque, desde o uso da expressão *procedimiento administrativo* até a pretensa imparcialidade *sem independência* das autoridades, tais medidas quase nunca correspondem à realidade¹⁸³.

Na medida em que, ainda no final do século XIX, a jurisdição administrativa era confundida com o poder de autotutela administrativo, vale dizer, os conflitos administrativos eram julgados pela própria Administração,¹⁸⁴ a expressão *processo administrativo* não poderia ser utilizada fora do âmbito do Executivo; talvez sequer no Executivo,

¹⁸¹ Ver *North American Cold Storage Co. v. Chicago*, 211 U.S. 306 (1908). Disponível em: <<http://bit.ly/1zKKSyl>>.

¹⁸² Sobre o consenso da doutrina latino-americana acerca da aplicação do devido processo, ver GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo*. t. 2. México: Porrúa, 2004. p. 284; BREWER-CARÍAS, Allan R. *Principios del procedimiento administrativo en América Latina*. Bogotá: Legis, 2003. p. 262; JINESTA, Ernesto. Debido proceso en la sede administrativa. In: *Derecho Administrativo en el Siglo XXI*. v. 1. Lima: Aduis Editores, 2013, p. 581-611. Disponível em: <<http://www.ernestojinesta.com>>; VARGAS LIMA, Alan E. *Desarrollo jurisprudencial de la Ley de Procedimiento Administrativo en Bolivia*. La Paz, 2014. Disponível em: <<http://bit.ly/150Bmf7>>. O Código Modelo de Processos Administrativos – Judicial e Extrajudicial – para Ibero-América dispõe sobre o devido processo legal para os processos judiciais [art. 37] e implicitamente para os processos extrajudiciais [arts. 6 e 7]; considera-se processo administrativo, submetido às garantias do contraditório e da ampla defesa, todo e qualquer procedimento destinado a preparar decisões administrativas que possam incidir sobre interesses ou direitos dos interessados, assim como todo e qualquer procedimento em que se configure uma controvérsia entre a Administração e o interessado, ou entre pessoas físicas ou pessoas jurídicas de Direito Público ou Privado, cuja solução possa advir da Administração [art. 3] (GRINOVER, Ada Pellegrini; PERLINGEIRO, Ricardo et al. Código Modelo de Processos Administrativos - Judicial e Extrajudicial - para Ibero-América. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. X, Rio de Janeiro, p. 360-383, 2012. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2250818>>).

¹⁸³ Sobre a falta de independência e a consequente falta de imparcialidade das autoridades no *processo sancionador*: FERRAZ, S.; DALLARI, A. *Processo administrativo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 138.

¹⁸⁴ Ver item 1.2, em especial nota 45, e item 1.3 deste texto.

caso este não fosse capaz de instituir órgãos dotados de independência para solucionar os conflitos.

O *processo* é inerente à *jurisdição*, e ambos não prescindem de uma condução independente em relação às partes interessadas no conflito.¹⁸⁵ Remonta ao art. 39 da Magna Carta de 1215 a preocupação de os juízes não manterem independência do monarca; não se concebem juízes que julguem a si mesmos.

A independência não só foi o estopim para o surgimento da justiça administrativa no século XIX e para a evolução do próprio direito administrativo, mas hoje é também considerada elemento indissociável da função jurisdicional e consta expressamente de diversas normas nacionais e internacionais, tal como a Convenção Europeia de Direitos Humanos (art. 6.1) e a Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 8.1).

Portanto, é possível deduzir que, no período em que não se concebia uma jurisdição administrativa independente da Administração, a expressão *processo administrativo* era inexistente. Seria mais apropriado rotular de *procedimento administrativo* a manifestação de vontade da Administração que envolvesse o cidadão - denominação, entretanto, que mais se acomodaria a comportamentos administrativos *interna corporis* ou que não pusessem em risco direitos ou interesses individuais.

Ao ganhar independência em face da Administração, a jurisdição administrativa tende a deslocar-se do Executivo, e, da mesma forma, o processo (administrativo) a ela correspondente. Tratando-se de uma jurisdição administrativa perante o Judiciário, à expressão *processo administrativo* deve ser acrescido o termo *judicial*: processo administrativo judicial.

Entretanto, nem sempre a jurisdição se encontra no Judiciário, como, por exemplo, no sistema de jurisdição administrativa extrajudicial (*justice déléguée*) atualmente existente no Uruguai e México. Conforme Monroy, "*el dilema de la jurisdicción no es quién la ejerce o personifica, sino fundamentalmente qué es*".¹⁸⁶ De fato, para assegurar a independência da jurisdição, basta que ela se desprenda da autoridade envolvida no conflito e não, necessariamente, do Executivo, como nos EUA, mediante a *administrative agency* e os seus *administrative judges*, onde se busca um *procedural due process of law* perante o Executivo.¹⁸⁷

¹⁸⁵ Ver BÜLOW, Oskar von. **Die Lehre von den Processeinreden und den Processvoraussetzungen**. Giesen: Emil Roth, 1868. p. 1-12. Disponível em: <<http://bit.ly/1yENZRx>>.

¹⁸⁶ MONROY GÁLVEZ, Juan F. **Teoría general del proceso**. Lima: Communitas, 2009. p. 419.

¹⁸⁷ Esse modelo *adversarial hearing/combined function/limited judicial review*, em que as autoridades administrativas decisórias pertencem ao Executivo (ASIMOW, Michael. Five Models of Administrative Adjudication. **American Journal of Comparative Law**. Prelo. p. 10. Disponível em: <<http://bit.ly/1yp8y4i>>), não encontrou ressonância na América Latina, que chegou a conhecer um sistema de jurisdição híbrida, em Honduras, no período de 1965 a 1982, onde, porém, o tribunal administrativo era autônomo em relação ao Judiciário e também ao Executivo.

De qualquer modo, nesse caso, será correta a expressão *processo administrativo* relacionada a uma jurisdição administrativa extrajudicial e, para diferenciá-la de um *processo*, também efetivo, dirigido por autoridades judiciárias, reconhece-se a denominação *processo administrativo não judicial* (ou extrajudicial).

Entretanto, não raro a ordem jurídica associa *processo administrativo* a situações em que não há uma jurisdição independente, ou melhor, quando estão ausentes as garantias de um devido processo legal (*fair trial*); e vice-versa: denominam-se procedimento administrativo situações em que há uma jurisdição independente.¹⁸⁸

Na legislação brasileira,¹⁸⁹ a expressão *processo administrativo* é utilizada para caracterizar *procedimentos*, na medida em que os *processos*, na prática, são, em regra, conduzidos por organismos ou autoridades administrativas sem prerrogativas para uma atuação com independência efetiva;¹⁹⁰ as Constituições e leis latino-americanas que preveem o *devido proceso legal* o fazem inserindo-o, igualmente, em um declarado *procedimiento administrativo*.

Na Europa continental, utiliza-se a expressão *processo administrativo* para referir-se aos tribunais judiciais ou a um processo que corra perante uma autoridade independente estranha ao Judiciário: entende-se como procedimento administrativo aquele que se desenvolve perante uma instância desacompanhada de uma jurisdição independente.

3.7. O devido processo legal administrativo e prévio às decisões da Administração na América Latina

A tradição europeia tem mais peso do que o espírito das normas sobre o devido processo legal no direito administrativo da América Latina, onde prevalece um sistema de jurisdição única e é comum os seus tribunais sanarem a ausência do devido processo legal prévio mediante uma revisão judicial ampla em que haja observância àquelas mesmas garantias.¹⁹¹ Na prática, esvazia-se a lógica do devido processo legal no âmbito administrativo.

¹⁸⁸ Segundo Manuel María Díez, “*algunos autores usan los términos proceso y procedimiento como sinónimos. Esta posición es insostenible, ya que no se pueden identificar ambas instituciones ignorando el problema que presentan*” (apud ABERASTURY, Pedro; CILURZO, Maria Rosa. **Curso de procedimiento administrativo**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998. p.17).

¹⁸⁹ Lei nº 9.784/98 (Lei de processo administrativo federal). Disponível em: <<http://bit.ly/1A1BFyK>>.

¹⁹⁰ Sobre alguns obstáculos constitucionais no Brasil para criar agências administrativas verdadeiramente independentes, ver BUENO, Vera Scarpinella. Devido processo legal e a Administração Pública no direito administrativo norte-americano: uma breve comparação com o caso brasileiro. In: FIGUEIREDO, Lucia Valle (Org.). **Devido processo legal na Administração Pública**. São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 75.

¹⁹¹ Ver TRF2, AC 2003.51.03.002508-3, Rel. Des. Fed. Aluisio Mendes: “[...] não obstante a sentença e, agora, a decisão ora agravada tenham reconhecido a ocorrência de irregularidade no ato administrativo que desdobrou a pensão em favor da companheira, no que toca à falta da notificação da viúva, tal irregularidade restou plenamente superada ao passar pelo crivo do Poder Judiciário, inexistindo óbice, portanto, para a convalidação do referido ato.” (Disponível em: <<http://bit.ly/1q7mSOy>>).

Ademais, a realidade das Administrações latino-americanas não é condizente com uma perspectiva de autoridades independentes ou quase-independentes. Os poucos exemplos situam-se na área do acesso à informação oficial, mediante respaldo da *Model Inter-American law on access to Public Information*,¹⁹² como no México, com o Instituto Federal de Acesso à Informação e Proteção de Dados;¹⁹³ no Chile, com o Conselho de Transparência;¹⁹⁴ em Honduras, com o Instituto de Comissários;¹⁹⁵ e em El Salvador, com o Instituto de Acesso à Informação Pública.¹⁹⁶

A fronteira clássica entre as funções administrativas e as funções jurisdicionais, segundo Monroy,

*está dada por el efecto primario y el secundario que producen respectivamente en el ámbito de las relaciones sociales. La actividad administrativa es primaria en tanto está prevista para ser cumplida de manera inmediata y directa respecto de los ciudadanos; en cambio, la actividad jurisdiccional es secundaria, es decir, sólo se presenta cuando las normas jurídicas, previstas para ser cumplidas espontáneamente – entre ellas, las normas administrativas – son rechazadas e su actuación por los ciudadanos y es necesario un mecanismo que asegure voluntaria o forzosamente su eficacia o cumplimiento.*¹⁹⁷

Daí a resistência em admitir a *primary jurisdiction*, isto é, uma jurisdição prévia à decisão administrativa e, especialmente, como parte integrante desta.

Não altera esse quadro a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos que, a exemplo da Corte Europeia, impõe às causas administrativas no seio da Administração um processo efetivo com *tribunal independiente*.¹⁹⁸ Isso porque a jurisdição a que se refere nos seus precedentes, apesar da sua natureza extrajudicial, não integra necessariamente o conteúdo da decisão administrativa inicial e serve principalmente a eventuais conflitos que dela decorrem, ou seja, a jurisprudência das Cortes Europeia e Interamericana diz respeito a órgãos não judiciais, como o Conselho de Estado

¹⁹² ORGANIZACIÓN DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Sessão plenária 4, AG/RES. 2607 (XL-0/10) *Model Inter-American law on access to Public Information*. Washington, 8 junho de 2010. Disponível em: <<http://bit.ly/1y-loGVK>>.

¹⁹³ Art. 33 da *Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental de 2002*. Disponível em: <<http://bit.ly/1urvPE8>>.

¹⁹⁴ Art. 31 da *Ley n.º 20.285/2008 (Ley sobre el Acceso a la Información Pública)*. Disponível em: <<http://bit.ly/1z-buZ0o>>.

¹⁹⁵ Art. 8 do *Decreto Legislativo n.º 170/2006 (Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública)*. Disponível em: <<http://bit.ly/1yWI09H>>.

¹⁹⁶ Arts. 51 a 60 do *Decreto n.º 534/2011 (Ley de Acceso a la Información Pública)*. Disponível em: <<http://bit.ly/1KCHYbF>>.

¹⁹⁷ MONROY GÁLVEZ, Juan F. *Teoría general del proceso*. Lima: Communitas, 2009. p. 418.

¹⁹⁸ Ver precedentes constantes da nota 180.

francês ou o Tribunal do Contencioso Administrativo uruguaio - que não se assemelham a uma Administração com atuações primárias.¹⁹⁹

Na verdade, no que concerne ao procedimento prévio às decisões administrativas restritivas, a Corte Interamericana decidiu que

las garantías contempladas en el artículo 8.1 de la Convención son también aplicables al supuesto en que alguna autoridad pública adopte decisiones que determinen tales derechos²⁰⁰, tomando en cuenta que no le son exigibles aquellas propias de un órgano jurisdiccional, pero sí debe cumplir con aquellas garantías destinadas a asegurar que la decisión no sea arbitraria²⁰¹. (grifo nosso)

Na literatura hispânico-americana, tem-se preferido a expressão *debido procedimiento legal* para diferenciá-lo do devido processo legal, este inerente apenas a um processo judicial ou a um processo perante uma instância independente. Entretanto, além de se confundir com o *procedural due process of law* (em contraponto com o *substantive due process of law*), não enfrenta a essência da questão: é ou não uma jurisdição (independente) inerente a uma decisão administrativa inicial?

Não há dúvidas de que a jurisdição independente não é uma função exclusiva do Judiciário; pode ser exercida pelo Executivo. Seria mera suposição imaginar que o debate aqui proposto retorna ao passado, quando se admitia um Judiciário para questões de direito privado e um Executivo para direito público (decidindo também os conflitos) - à época, não se cogitava um órgão decisório administrativo *independente*.

Portanto, é o momento de enfrentar o tema central do presente capítulo: o caráter prévio que se impõe à observância do devido processo legal nos comportamentos da Administração, como expresso no direito constitucional e administrativo norte-americano,²⁰² e nas leis e constituições latino-americanas, apesar da ausência de correspondência na Convenção Interamericana de Direitos Humanos e na Convenção Europeia de Direitos Humanos.

¹⁹⁹ A Corte Europeia tem considerado compatível com a Convenção os Conselhos de Estado que, não pertencendo ao Judiciário, exerçam função jurisdicional administrativa, bastando que as funções consultivas não se concentrem nos magistrados do contencioso (*Procola c. Luxembourg* rendu par la Cour le 28 septembre 1995; *Kleyn et autres c. Pays-Bas* rendu par la Cour le 6 mai 2003. Disponível em: <<http://bit.ly/1DVyklu>>. Ver BARTOLE, Sergio et al., 2012. p. 176).

²⁰⁰ Ver *Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones e Costas. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71, parágrafo 71, disponível em: <<http://bit.ly/1DrxvXe>>; *Caso Yatama Vs. Nicaragua*, parágrafo 149. Disponível em: <<http://bit.ly/1iW2yHU>>; e *Caso Claude Reyes e otros Vs. Chile*, parágrafo 119. Disponível em: <<http://bit.ly/1Kw8J39>>.

²⁰¹ Ver *Caso Claude Reyes e otros Vs. Chile*, supra nota 208, parágrafo 119. Disponível em: <<http://bit.ly/1Kw8J39>>.

²⁰² Ver PIERCE, Richard J. et al. **Administrative law and process**. 4 ed. New York: Press, 2004. p. 231. Sobre o caráter essencialmente jurisdicional do processo administrativo preparatório de decisões administrativas nos EUA, ver MEDAUAR, Odete. **A processualidade no direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 83.

É o devido processo legal, mediante jurisdição, elemento necessário à formação de uma decisão administrativa restritiva de direito individual no direito latino-americano?

Realmente, pela literalidade de grande parte da legislação vigente na América Latina, o que se impõe é que a decisão administrativa nasça do fruto de um processo efetivo, ou seja, que os efeitos de uma decisão administrativa estejam condicionados à observância prévia das garantias do devido processo legal. É essa a *mens legis*.

Nesse contexto, se o Estado previr e não propiciar a jurisdição prévia mediante um processo administrativo extrajudicial, com observância às garantias de um *fair trial*, o corolário lógico será um processo judicial ocupar essa função e servir de instrumento prévio ao início dos efeitos de uma decisão administrativa restritiva de direitos individuais, o que, por sua vez, leva a resultados indesejáveis, como consta da introdução deste estudo: uma judicialização exacerbada, agravada por um sistema judicial monista em que o juiz não detém especialização (ainda que haja órgãos especializados pontualmente no sistema monista, o juiz não é estruturado em uma carreira especializada).

Não procede o argumento de que, na falta de um processo administrativo extrajudicial prévio, a cláusula do *due process of law* seria atendida se ao interessado prejudicado fosse assegurado um meio judicial de *impugnação*, *exceto se esse meio judicial de impugnação implicasse automaticamente (sem condicionamento) a suspensão dos efeitos da decisão administrativa questionada, e também implicasse um juízo de valor de cognição exauriente*; somente desse modo, ter-se-ia o equivalente a um processo judicial prévio a decisão administrativa restritiva.²⁰³

Em outra perspectiva, sobre as decisões administrativas proferidas em virtude de uma solicitação do interessado, hoje tem sido considerada uma faculdade dele esgotar os recursos na via administrativa extrajudicial ou valer-se diretamente do processo judicial.²⁰⁴ Com efeito, essa faculdade não corresponde a uma adequada organização estatal: ou o recurso administrativo extrajudicial é intransponível, ou deve ser descartado.

Por outro lado, com uma perspectiva mais rígida, afirmar ser necessário o recurso administrativo prévio, sob o fundamento de que é exclusividade das autoridades a oportunidade de rever suas decisões,²⁰⁵ é confundir o poder de autotutela na con-

²⁰³ Sobre o efeito suspensivo automático das decisões administrativas, mediante a interposição de uma ação judicial, ver o art. 47 do Código Modelo Euro-Americano de Jurisdição Administrativa (PERLINGEIRO, Ricardo; SOMMERMAN, Karl-Peter. **Euro-American Model Code of Administrative Jurisdiction**: English, French, German, Italian, Portuguese and Spanish Versions. Niterói: Editora da UFF, 2014. 130p. Disponível em: SSRN: <<http://ssrn.com/abstract=2441582>>).

²⁰⁴ Art. 32 do Código modelo euro-americano de jurisdição administrativa (Ibid).

²⁰⁵ Ver PERLINGEIRO, Ricardo; CAPITANT, David et al. *Principes fondamentaux et règles générales de la juridiction administrative*. **Revista de Processo**, v. 163, Rio de Janeiro, 2008. Disponível em SSRN: <<http://ssrn.com/abstract=2252882>>.

cepção do século XIX com a solução de causas administrativas na concepção atual. A indispensabilidade do processo prévio (recurso administrativo extrajudicial) deve ser proporcional à sua efetividade e, consequentemente, aos limites cognitivos de uma eventual e posterior revisão judicial.²⁰⁶

Portanto, de duas uma: ou o processo se instaura por iniciativa do interessado contra uma decisão denegatória de um pedido, encerrando um processo efetivo e conduzido por autoridades independentes, ou ele se torna uma figura meramente decorativa e deve ser descartado. Contudo, como na situação anterior (instauração de ofício), se de um recurso administrativo extrajudicial em fase de recurso resultar nova decisão desfavorável, deve ser repensado o alcance – intensidade – do controle judicial cabível, sob pena de ensejar uma duplicidade de jurisdições.

Induz a uma indesejável duplicidade de jurisdições adotar um devido processo legal prévio à decisão administrativa e, ao mesmo tempo, manter um sistema judicial de jurisdição administrativa (monista ou dualista) ou uma jurisdição extrajudicial com amplos poderes de cognição (cognição exauriente) e *a posteriori* à decisão administrativa.²⁰⁷ A alternativa parece inclinar-se para o modelo do *judicial review* norte-americano: um sistema de jurisdição administrativa híbrida.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A evolução histórica da jurisdição administrativa na Europa a partir do século XIX demonstra ser a independência o fator preponderante da sua existência, relegando-se a um segundo plano a localização na estrutura estatal em que ela está situada: no Judiciário, no Executivo, compartilhada entre ambos, ou perante entes autônomos em relação ao Judiciário e ao Executivo.

A jurisdição administrativa é atualmente concebida como inerente a um processo justo, e não se confunde com comportamentos primários da Administração, os meramente executivos, muitas vezes decorrentes de procedimentos administrativos.

Partindo dessas premissas, a conjugação entre a organização estatal da jurisdição administrativa (extrajudicial, judicial ou híbrida; monista ou dualista) e a natureza dos meios de elaboração das decisões administrativas restritivas de direitos e interesses

²⁰⁶ Sobre o alcance da jurisdição administrativa judicial, como resultado proporcional da efetividade das decisões administrativas prévia, ver, em geral, PERLINGEIRO, Ricardo. O devido processo legal administrativo e a tutela judicial efetiva: um novo olhar? **Revista de Processo**, v. 239, p. 293-331, 2015; e ASIMOW, Michael. Five Models of Administrative Adjudication. **American Journal of Comparative Law**. Prelo. Disponível em: <<http://bit.ly/1yp8y4i>>.

²⁰⁷ ASIMOW, Michael. Five Models of Administrative Adjudication. **American Journal of Comparative Law**. Prelo. p. 41 e seguintes. Disponível em: <<http://bit.ly/1yp8y4i>>. MAIRAL, Héctor A. **Control judicial de la Administración Pública**. v. 2. Buenos Aires: Depalma, 1984. p. 714. GONZÁLEZ GARCÍA, Julio V. **El alcance del control judicial de las Administraciones Públicas en los Estados Unidos de América**. Madrid: McGraw-Hill, 1996. p. 37.

individuais (processual ou procedimental) consiste na base para a formação de um modelo de justiça administrativa.

Com efeito, o alcance e a intensidade da jurisdição administrativa são proporcionais ao nível de especialização dos órgãos estatais que a exercem, e quanto maior for o alcance e a intensidade da jurisdição antes da constituição da decisão administrativa (controle prévio), menor será o papel dos órgãos destinados a uma jurisdição *a posteriori* (controle posterior); e vice-versa: é indesejável tanto a duplicidade de jurisdições quanto a ausência de jurisdição.

Desse modo, há de se perquirir em que momento deve se concentrar a jurisdição administrativa: no controle prévio ou no controle posterior à formação da decisão administrativa?

Na atual ordem jurídica dos países latino-americanos, prega-se o processo justo como inerente à formação das decisões administrativas, adotando-se expressamente o *due process of law*; além disso, desde o século XIX, o sistema judicial de jurisdição única é o que predomina no território latino-americano.

Assim, a exemplo dos países vinculados ao *common law*, o natural seria imaginar, na América Latina, uma jurisdição administrativa extrajudicial e prévia fortalecida (*primary jurisdiction*), ao lado de uma jurisdição judicial não especializada e propensa a respeitar as decisões administrativas.

Na prática, porém, sucede-se o contrário: não há processos administrativos ou uma jurisdição propriamente dita prévia à decisão administrativa; e o Judiciário, sem estrutura jurisdicional administrativa autônoma, busca especializar-se pontualmente.

A influência norte-americana no modelo latino-americano de justiça administrativa parece ceder à tradição europeia-continental.

Nesse contexto, com uma realidade divorciada da legislação vigente, indaga-se para onde caminha a jurisdição administrativa latino-americana. Como interpretar o quadro histórico-evolutivo da sua justiça administrativa nos seus 200 anos de existência e dele extrair uma perspectiva?

Mesmo após a influência constitucional norte-americana a respeito do sistema judicial único, no início do século XIX, e do *due process of law* administrativo e procedimental, nos fins do século XX, a América Ibérica, naturalmente orientada pelo *civil law*, prosseguiu atrelada à cultura do direito administrativo europeu-continental.

Contudo, as transformações do direito administrativo nos Estados europeus não foram acompanhadas na América Latina, o que trouxe uma lacuna até hoje sentida na sua justiça administrativa.

Enquanto na Europa da primeira metade do século XIX se discutia sobre uma jurisdição administrativa desprendida da Administração, inclusive pelas mãos de um Judiciário especializado, na América Latina, as Constituições da época sequer abordavam o assunto, limitando-se a criar um Poder Judiciário que julgava conflitos de direito

público tanto quanto os que eram julgados na Europa do século XVIII, isto é, restrito, na prática, a conflitos de direito privado, na medida em que a concepção dos atos governativos e imunes à jurisdição era demasiadamente extensa.

A evolução da jurisdição administrativa na Europa é percebida aos poucos e de diferentes formas na América Latina; somente a partir do final do século XIX, surgem tímidas experiências com um sistema de jurisdição especializada, em alguns países vinculado ao Judiciário e, em outros, dele e do Executivo separado. Esse sistema, atualmente, encontra-se presente em apenas em cinco países: Guatemala, República Dominicana, Colômbia, Uruguai e México.

A maioria absoluta dos países latino-americanos adota o sistema judicial único, que, contudo, por ser inerente ao *common law*, não foi por eles facilmente assimilado e pouco avançou na direção das inovações que o direito administrativo norte-americano apresentou a partir dos fins do século XIX: com autoridades administrativas capazes de conduzir um processo efetivo como condição prévia à elaboração de decisões administrativas que tendem a desafiar o Judiciário somente caso sejam contrárias à lei e à razoabilidade.

A propósito, a falta de especialização e a constante deferência do Judiciário em favor das autoridades administrativas nos EUA foram compensadas por uma crescente efetividade do *due process of law* na esfera não judicial e prévia à formação das decisões administrativas (*primary jurisdiction*).

É a partir do final do século XX, com a redemocratização da América Latina, que o Judiciário passa a exercer um controle mais intenso da atuação administrativa, inclusive sobre os seus poderes discricionários, e também passa a especializar alguns órgãos judicantes na área do direito administrativo.

A sobrecarga dos tribunais judiciais, entretanto, é o sinal mais evidente de que o sistema tem falhado.

As especializações pontuais – típicas do sistema judicial monista – não são capazes de evitar a tendência dos juízes de prestigiar as condutas administrativas, ou (quando excepcionalmente se mostram mais arrojados) de afastar a desconfiança da jurisdição que as autoridades suscitam, como abuso de poder ou qualidade questionável.

Ademais, na América Latina, nem sempre os empregados públicos investidos em funções de autoridade detêm conhecimento jurídico e, na maioria das vezes, acumulam as atribuições investigatórias com as decisórias, no âmbito de procedimentos administrativos que resultam em decisões restritivas de interesses particulares.

De fato, com a consolidação de que a legalidade administrativa deve alcançar a constitucionalidade e a convencionalidade das decisões administrativas, hoje impregnada na doutrina latino-americana e europeia-continental e impulsionada pela jurisprudência das Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos, exige-se

das autoridades públicas um alto grau de qualificação jurídica, além de certa dose de independência para decidirem.

É igualmente fundamental a compreensão de que os efeitos das decisões administrativas sobre interesses de particulares, guiados pela observância aos direitos fundamentais, precisam ser fruto de um processo justo, em que as autoridades decisórias não devem ser confundidas com as autoridades executivas.

Nesse contexto, é inevitável cogitar uma jurisdição administrativa que seja realizada em dois momentos distintos, prévio e posterior à elaboração da decisão administrativa, compatibilizando a necessidade de observância ao Estado de Direito por todas as instituições públicas e a de garantia à tutela judicial efetiva - esta não necessariamente pelas mãos do Judiciário.

Sem muitas alternativas, é, hoje, esse o caminho que deve seguir a jurisdição administrativa na América Latina.

O panorama normativo constitucional e legislativo latino-americano é contundente no sentido de que a jurisdição administrativa deve estar a cargo de um Judiciário sem uma estrutura especializada (excetuando-se os cinco países antes mencionados), sendo também claro quanto ao *due process of law* ser um elemento constitutivo das decisões administrativas restritivas de direitos individuais.

Portanto, é imperativo pregar uma urgente reforma do Estado, dotando-o de uma estrutura capaz de conduzir processos jurisdicionais prévios, mediante funcionários públicos com formação jurídica e autoridades administrativas independentes, imparciais e especializadas.

À proporção que o Estado for devidamente estruturado de modo a concretizar uma jurisdição prévia (*primary jurisdiction*) à elaboração das decisões administrativas, o controle jurisdicional *a posteriori* deixará de ser o único e os interesses individuais serão melhor protegidos, porque somente sofrerão os efeitos de uma decisão desfavorável após os cidadãos terem tido oportunidade de defesa em um processo justo.

Se hoje o sistema jurídico europeu-continental convive com procedimentos prévios à decisão administrativa e uma jurisdição administrativa predominantemente *a posteriori*, é porque sua cultura permite que autoridades, apesar de não dotadas de independência, atuem com níveis seguros de imparcialidade.

Entretanto, o mesmo não se pode dizer da América Latina, onde seria conveniente repartir a jurisdição, deslocando parte dela para uma fase não judicial e prévia à formação da decisão administrativa.

A tendência do modelo de justiça administrativa latino-americano é valer-se da experiência europeia, sem que seja capaz de continuar a se alimentar dela, porque, paradoxalmente, na América Latina atual, isso implicaria garantias insuficientes aos indivíduos.

O modelo latino-americano é um modelo tendente à transição, em busca da implementação do *due process of law* administrativo, consagrado nas suas Constituições e leis, e inerente ao seu sistema judicial único vigente há 200 anos.

Tal organização é, enfim, um modelo que tende a aproximar-se do sistema jurisdicional híbrido norte-americano, vivenciado por Honduras nos anos 60 e 80, mas que a ele não se assemelha totalmente, porque a experiência latino-americana com a jurisdição extrajudicial é voltada para órgãos ou tribunais autônomos ao Executivo, como se sucedeu na Bolívia, Panamá, República Dominicana, Colômbia, Guatemala, Equador e Uruguai nos séculos XIX e XX; é, portanto, um modelo que tende a uma identidade própria.

5. REFERÊNCIAS

ABERASTURY, Pedro; CILURZO, Maria Rosa. **Curso de procedimiento administrativo**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998.

ASIMOW, Michael. Five Models of Administrative Adjudication. **American Journal of Comparative Law**, 2015. Disponível em: <<http://bit.ly/1yp8y4i>>.

ÁVILA RICCI, Francisco Miguel. **Nueva Constitución nacional desde la historiografía institucional argentina**. Salta: Cobas, 1997.

BARRETO, Ireneu Cabral. **A Convenção Europeia dos Direitos do Homem anotada**. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

BARTOLE, Sergio; DE SENA, Pasquale; ZAGREBELSKY, Vladimiro. **Commentario breve alla Convenzione Europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali**. Milano: CEDAM, 2012.

BLAUSTEIN, Albert P.. The U.S. Constitution: Americas most important export. U.S. Department of State, **IIP Digital**, abr. 2004. Disponível em: <<http://1.usa.gov/1M23Wbm>>.

BREWER-CARRÍAS, Allan R. **Principios del procedimiento administrativo en América Latina**. Bogotá: Legis, 2003.

BREWER-CARRÍAS, Allan R. **Instituciones políticas y constitucionales**. v. 7. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 1997.

BÜLOW, Oskar von. **Die Lehre von den Processeinreden und den Processvoraussetzungen**. Gießen: Emil Roth, 1868.

CANE, Peter. **Administrative law**. 5. ed. New York: Press, 2011.

CAPITANT, David. O Ministério Público diante das jurisdições administrativas na França. **Revista CEJ**, Brasília, n. 34, p. 56-61, jul./set. 2006.

CASSAGNE, J.C.. **El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa**. Madrid: Marcial Pons, 2009.

CASTILLO VELASCO, José María del. **Ensayo sobre el derecho administrativo mexicano**. v. 2. México: Castillo Velasco e Hijos, 1875.

CASTRO, Augusto Olympio Viveiros de. **Tratado de sciencia da Administração e direito administrativo**. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1914.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Instituições de direito administrativo brasileiro**. v. 2. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1938.

CHAPUS, René. **Droit du contentieux administratif**. 12.ed. Paris: Montchrestien, 2006.

CONGLETON, Roger D.. **Early Spanish Liberalism and Constitutional Political Economy: The Cádiz Constitution of 1812**. 2010. p. 18-19. Disponível em: <<http://bit.ly/1AoA4Qi>>.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA / CNJ. **Justiça em números: 2013** [ano base 2012]. Brasília: CNJ, 2013. Disponível em: <<http://bit.ly/1DsN7mk>>.

DIAS, Francisco Mauro. Contencioso administrativo nos estados para questão de pessoal. **Congresso Nacional de Procuradores do Estado**. Rio de Janeiro: Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, 1979.

DUARTE, Fernanda. A execução é uma questão de justiça? **Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, v. 13 p. 45-58, 2005.

DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. **Contencioso administrativo**. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2007.

ERDELYI, M. F. Proposta de execução fiscal da Fazenda é alvo de críticas. **Revista Consultor Jurídico**, nov. 2007. Disponível em: <<http://bit.ly/1zjO61Y>>.

FERNÁNDEZ TORRES, Juan R. **Historia legal de la jurisdicción contencioso-administrativa:1845-1998**. Madrid: Iustel, 2007.

FERRAZ, S.; DALLARI, A. **Processo administrativo**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

FIGUEIREDO, Lucia Valle (Org.). **Devido processo legal na Administração Pública**. São Paulo: Max Limonad, 2001.

FIX-ZAMUDO, Héctor. **Tres instituciones francesas revolucionarias y el derecho constitucional mexicano**. México DF: UNAM.

FONTESTAD PORTALÉS, Leticia. La jurisdicción contencioso-administrativa en España. **Revista CEJ**, Brasília, n. 34, p. 62-72, jul./set. 2006.

FROMONT, Michel. **Droit administratif des États européens**. Paris: PUF, 2006.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **Democracia, jueces y control de la Administración**. Madrid: Civitas, 1995.

GARCIA PINO, Gonzalo; CONTRERAS VASQUEZ, Pablo. El derecho a la tutela judicial y al debido proceso en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Chileno. **Estudios constitucionales** [online], v.11, n.2, p. 229-282, 2013. Disponível em: <<http://bit.ly/1ylnJN7>>.

GARCIA, Maria da Glória Ferreira Pinto Dias. **Da justiça administrativa em Portugal**: sua origem e evolução. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1994.

GONZÁLEZ GARCÍA, Julio V. **El alcance del control judicial de las Administraciones Públicas en los Estados Unidos de América**. Madrid: McGraww-Hill, 1996.

GONZÁLEZ GARCÍA, Julio V. **El alcance del control judicial de las Administraciones Públicas en los Estados Unidos de América**. Madrid: McGraww-Hill, 1996.

GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑNEZ, Santiago. **El derecho administrativo iberoamericano**. Granada: INAP, 2005.

GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo**. t. 2. México: Porrúa, 2004.

GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. El debido proceso constitucional: reglas para el control de los poderes desde la magistratura constitucional. **Revista Mexicana de Derecho Constitucional**, n. 7, 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O contencioso administrativo na Emenda 7/77. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, v. 10.

GRINOVER, Ada Pellegrini; PERLINGEIRO, Ricardo et al. Código Modelo de Processos Administrativos - Judicial e Extrajudicial - para Ibero-América. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, v. X, Rio de Janeiro, p. 360-383, 2012. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2250818>>.

HOYOS, Arturo. **El derecho contencioso-administrativo en Panamá (1903-2005)**: una introducción histórica de derecho comparado y jurisprudencial. [s.l.]: Sistemas Jurídicos, 2005.

HUAPAYA TAPIA, Ramón A. **Tratado del proceso contencioso administrativo**. Lima: Jurista Editores, 2006.

JELLINEK, Georg. **The Declaration of the Rights of Man and of Citizens**: A Contribution to Modern Constitutional History. New York: Henry Holt and Co., 1901.

LARES, Teodosio. **Lecciones de derecho administrativo**. México: Imprenta de Ignacio Cumplido, 1852.

LÓPEZ ROSAS, José Rafael. **Historia constitucional argentina**. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 1970.

MAIRAL, Héctor A. **Control judicial de la Administración Pública**. v. 2. Buenos Aires: Depalma, 1984.

MARGÁIN MANAUTOU, Emilio. **De lo contencioso administrativo**: de anulación o de ilegitimidad. 12. ed. México: Editorial Porrúa, 2004.

MAYER, Otto. **Derecho administrativo alemán**. t. 1. Buenos Aires: Depalma, 1982.

McKECHNIE, William Sharp. **Magna Carta: A Commentary on the Great Charter of King John, with an Historical Introduction**. Glasgow: Maclehose, 1914.

MEDAUAR, Odete. **A processualidade no direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MONROY GÁLVEZ, Juan F. **Teoría general del proceso**. Lima: Communitas, 2009.

NAPOLITANO, Giulio. I grandi sistema del diritto amministrativo. In: CASSESE, Sabino. **Corso di diritto amministrativo**. v. 4. Diritto amministrativo comparato. Milano: Giuffrè, 2007.

PERLINGEIRO, R. et al. **Código de jurisdição administrativa: o modelo alemão - Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO)**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

PERLINGEIRO, Ricardo. **Execução contra a Fazenda Pública**. São Paulo: Malheiros, 1998.

PERLINGEIRO, Ricardo. O devido processo legal administrativo e a tutela judicial efetiva: um novo olhar? **Revista de Processo**, v. 239, p. 293-331, 2015.

PERLINGEIRO, Ricardo; CAPITANT, David et al. Principes fondamentaux et règles générales de la juridiction administrative. **Revista de Processo**, v. 163, Rio de Janeiro, 2008.

PERLINGEIRO, Ricardo; SOMMERMAN, Karl-Peter. **Euro-American Model Code of Administrative Jurisdiction: English, French, German, Italian, Portuguese and Spanish Versions**. Niterói: Editora da UFF, 2014.

PIERCE, Richard J. et al. **Administrative law and process**. 4- ed. New York: Press, 2004.

RIBAS, Antônio Joaquim. **Direito administrativo brasileiro**. Rio de Janeiro: F. L. Pinto Livreiros, 1866.

RIVERO, Jean. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: RT, 2004.

ROJAS FRANCO, Enrique. **Comentarios al código procesal contencioso administrativo**. São José: Editorama, 2008.

SAGÜÉS, Néstor Pedro. **Constituciones iberoamericanas**: Argentina. México D.F.: UNAM, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang et. al. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: RT, 2012.

STIMSON, Frederic Jesup. **The law of the federal and state constitutions of the United States: with an historical study of their principles, a chronological table of English social legislation, and a comparative digest of the constitutions of the forty-six states**. Boston: Boston Book Co., 1908.

VARGAS LIMA, Alan E. **Desarrollo jurisprudencial de la Ley de Procedimiento Administrativo en Bolivia**. La Paz: [s.n.], 2014. Disponível em: <<http://bit.ly/150BMf7>>.

VASCONCELLOS, M. de. Ministros do STJ são contra execução fiscal sem juiz. **Revista Consultor Jurídico**, jun. 2012. Disponível em: <<http://bit.ly/1DsMY2u>>.

ZILLER, Jacques. **Administrations comparées: les systèmes politico-administratifs de l'Europe des Douze**. Paris: Montchrestien, 1993.



El derecho constitucional al debido procedimiento administrativo en la ley del procedimiento administrativo general de la República del Perú

The right to an administrative due process in the general administrative procedure act of Peru

RAMÓN A. HUAPAYA TAPIA*

Pontificia Universidad Católica del Perú (Perú)

ramonhuapaya@hotmail.com

Recibido/Received: 28.10.2014 / October 28th, 2014

Aprovado/Approved: 13.11.2014 / November 13th, 2014

Resumen

El autor nos introduce al estudio de la institución del derecho fundamental al debido proceso o procedimiento administrativo en el marco de la Ley 27444 de la República del Perú, que aprueba la denominada "Ley del Procedimiento Administrativo General". En tal sentido, este estudio comprende el análisis de las diferentes facetas de dicho derecho, su conexión con la teoría del procedimiento administrativo y finalmente, analiza su aplicación práctica con respecto a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú.

Palabras clave: derechos constitucionales; debido proceso administrativo; procedimiento administrativo; derecho de defensa; derecho a la prueba en procedimientos administrativo.

Abstract

The author introduces us to the study of the institution of the fundamental right to due process or proceedings under the Law 27444 of the Republic of Peru, approving the so-called "General Administrative Procedure Act". In this regard, this study includes the analysis of the various facets of that constitutional right, its connection with the theory of administrative procedure and finally discusses the practical application regarding the jurisprudence of the Constitutional Court of Peru.

Keywords: fundamental rights; administrative due process; administrative procedure; right of defense; right to trial in administrative proceedings.

Como citar esse artigo/How to cite this article: HUAPAYA TAPIA, Ramon A. El derecho constitucional al debido procedimiento administrativo en la ley del procedimiento administrativo general de la República del Perú. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 2, n. 1, p. 137-165, jan./abr. 2015. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v2i1.43659>

* Profesor Ordinario de Derecho Administrativo de la Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú). Profesor de Derecho Administrativo de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (Lima, Perú). Miembro asociado al Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo. E-mail: ramonhuapaya@hotmail.com

SUMARIO

1. Introducción: ¿derecho fundamental al “debido procedimiento administrativo”?; **2.** Existen razones prácticas para una mayor incidencia de la aplicación del derecho al debido procedimiento en sede administrativa: hacia una revalorización de los fines del procedimiento administrativo; **3.** Breve referencia a la discusión doctrinaria sobre los alcances del derecho al debido proceso jurisdiccional y su aplicación en el ámbito del procedimiento administrativo; **4.** Fuentes comparadas de la regulación del “debido procedimiento administrativo”: la ley 19.549 de Argentina; **5.** Distinción entre el “procedimiento regular” como elemento de validez del acto administrativo y el “derecho al debido procedimiento” en la LPAG; **6.** Análisis de los alcances del derecho al “debido procedimiento administrativo” en la LPAG; **7.** ¿Diferencia de los alcances del derecho al debido procedimiento en el ámbito del procedimiento general y en el ámbito de los procedimientos sancionadores?; **8.** La jurisprudencia del tribunal constitucional en materia de debido procedimiento administrativo. Saludables avances (y algunos preocupantes retrocesos); **9.** Referencias

1. INTRODUCCION: ¿DERECHO FUNDAMENTAL AL “DEBIDO PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO”?

El Perú, como otros países de tradición jurídica continental, ha regulado la temática relativa al debido proceso o el derecho a la tutela judicial efectiva pensando en los procesos judiciales. No obstante ello, a partir de 1990 en adelante, el Tribunal Constitucional inició una tendencia jurisprudencial dirigida a extender los alcances del derecho fundamental al debido proceso desde el ámbito judicial hacia el ámbito administrativo, comenzándose a hablar de un “debido proceso administrativo”¹.

El numeral 1.2 del artículo IV de la Ley del Procedimiento Administrativo General - Ley N° 27444 (LPAG), establece lo siguiente:

Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo: (...) 1.2 Principio del debido procedimiento.- Los administrados gozan de todos los derechos y garantías inherentes al debido procedimiento administrativo, que comprende el derecho a exponer sus argumentos, a ofrecer y producir pruebas y a obtener una decisión motivada y fundada en derecho. La institución del debido procedimiento administrativo se rige por los principios del Derecho Administrativo. La regulación propia del Derecho Procesal Civil es aplicable sólo en cuanto sea compatible con el régimen administrativo.

Esta regulación, catalogada discutiblemente como “principio” del procedimiento administrativo, no es otra que la del, comúnmente conocido entre nosotros como

¹ Cfr. ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy. **En torno al debido proceso en sede administrativa y su viabilidad en el escenario peruano y mundial.** Disponible en: <<http://www.derechoycambiosocial.com/RJC/Revista12/debido.htm>>. Acceso en: 26 ago. 2014.

derecho fundamental al “debido procedimiento administrativo”, entendido como la aplicación del contenido del derecho fundamental al debido proceso en el ámbito de los procedimientos administrativos, es decir, en el escenario del ejercicio formal de la función administrativa.

En tal sentido, este trabajo tiene por objeto hacer referencia a cuál es el ámbito de aplicación de los derechos derivados del debido procedimiento administrativo en la LPAG y su conexión con las distintas normas procedimentales contenidas en la referida Ley y en leyes especiales.

2. EXISTEN RAZONES PRÁCTICAS PARA UNA MAYOR INCIDENCIA DE LA APLICACIÓN DEL DERECHO AL DEBIDO PROCEDIMIENTO EN SEDE ADMINISTRATIVA: HACIA UNA REVALORIZACION DE LOS FINES DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.

Las tendencias antiguas del derecho administrativo consideraron durante mucho tiempo al procedimiento administrativo como un apéndice del acto administrativo. Si se compulsa cualquier obra o manual de derecho administrativo antes de 1970 o 1980, puede apreciarse que el procedimiento es estudiado a lo sumo como un “elemento formal” del acto administrativo, o como una “suma de formalidades” previas a la emisión de un acto administrativo.

Esto no resulta extraño puesto que en la doctrina clásica del derecho administrativo, el elemento teórico central o la noción fundante del derecho administrativo, fue, luego del servicio público, precisamente, el acto administrativo².

Sin embargo, actualmente, el estado actual del Derecho administrativo nos indica que el centro de atención actual, se encuentra en otros institutos. Debe recordarse que como señaló en su oportunidad Marienhoff, el derecho administrativo es un “*ius in fieri*” o un derecho en formación continua y constante. Por tal motivo, actualmente la doctrina apunta su interés no tanto al acto administrativo como producto final del procedimiento, sino, se presta atención ahora al instrumento previo a la emisión del acto, es decir, a la institución denominada “procedimiento administrativo”.

² Confróntese, por ejemplo, la amena descripción del diálogo entre Agustín Gordillo y Spyridon Flogaitis (destacado administrativista europeo), que señala el profesor argentino en su Prólogo a la Cuarta edición del Tomo 3 de su Tratado de Derecho Administrativo, precisamente que trata sobre el acto administrativo. Cuenta Gordillo que almorzando con Flogaitis luego de casi veinte años sin verse, éste le pregunta (no sin cierto tono irónico) ¿Y, cómo están las cosas en Argentina? ¿Siempre siguen centrando el derecho administrativo en torno al acto administrativo? Asimismo, confróntese, el numeral 1) de la Introducción al referido tomo, que escribe el profesor argentino, en contra de las “seudo nociones fundantes del derecho administrativo”. El texto del Tratado de Derecho Administrativo tiene una edición impresa peruana, editada en el año 2003 por ARA Editores (4 tomos), pero también se encuentra disponible online, en www.gordillo.com

Precisamente la doctrina actual sobre la materia³, nos informa que uno de los objetos actuales de atención del derecho administrativo, en conexión con lo la “constitucionalización del derecho administrativo” y con lo que se ha denominado “derecho a la buena administración”, es precisamente, el procedimiento administrativo. Pero ya no como un elemento formal previo a la emisión de decisiones administrativas de calidad, sino, por las siguientes finalidades:

El procedimiento administrativo es cauce del ejercicio de la función administrativa, y por tanto es el instrumento idóneo para el cumplimiento de los fines de servicio del interés general que tienen todas las entidades de la Administración Pública. Precisamente, en la sede del procedimiento administrativo, las entidades y sus autoridades ejercen la función administrativa de modo concreto, de tal suerte que aplican criterios de ponderación del interés general, a efectos de adoptar decisiones que lo expresen y apliquen a situaciones determinadas.

El procedimiento administrativo es un instrumento de participación de los ciudadanos en el ejercicio de las funciones administrativas. Justamente, gracias al procedimiento, los administrados pueden ejercer un principio de inmediación con las autoridades, de tal suerte que se puede tener una mejor calidad y eficacia en la decisión a adoptarse, gracias a la participación de los interesados y/o afectados por la medida administrativa.

El procedimiento es una institución jurídica que reduce la discrecionalidad en el ejercicio de las potestades administrativas. Cabe resaltar que las normas procedimentales, *disciplinan o reglan* el modo y forma de actuación de las competencias asignadas a los órganos administrativos. En tal sentido, en la medida que exista un procedimiento predeterminado, habrá un menor margen de discrecionalidad, lo que consiguientemente logra un mayor ajuste a la legalidad de las actuaciones administrativas.

El procedimiento administrativo no es solamente una sucesión de formalidades: sino que es una institución jurídica sustantiva en el derecho administrativo. Tiene una funcionalidad y finalidades propias, por tal motivo es un elemento central en la adopción de *decisiones administrativas de calidad*. Justamente, en la reciente doctrina europea se habla de un derecho a la “buena administración”, lo que implica precisamente,

³ Cfr. sólo a modo de ejemplo, los recientes trabajos dirigidos por el profesor BARNÈS, Javier. **Innovación y Reforma en el Derecho Administrativo**. Sevilla: Global Law Press, 2006. p. 341, el reciente, **La transformación del procedimiento administrativo**. Sevilla: Global Law Press, 2008. Asimismo, el valiosísimo esfuerzo colectivo dirigido por el profesor Guido TAWIL en Argentina, cfr. TAWIL, Guido (Org.). **Procedimiento Administrativo**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2009. De la misma forma, la reciente y destacada obra de nuestro querido profesor CASSAGNE, Juan Carlos. **Ley Nacional de Procedimientos Administrativos**: comentada y anotada. Buenos Aires: La Ley, 2009, y finalmente, tres recientes monografías: PONCE SOLE, Juli. **Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido**. Valladolid: Lex Nova, 2001; CIERCO SEIRA, César. **La participación de los interesados en el procedimiento administrativo**. Bolonia: Publicaciones del Real Colegio de España, 2002; y, CIERCO SEIRA, César. **La inadmisión en el procedimiento administrativo**: estudio de su configuración a la luz del proceso judicial. Madrid: Ediciones Lustel, 2009.

que el vehículo de las decisiones administrativas sea seguido y realizado de modo idóneo, puesto que “a buen procedimiento, una buena decisión administrativa”⁴.

Reconocidas estas finalidades que se predicen actualmente del procedimiento administrativo, cabe señalar que la orientación del legislador de la LPAG ha sido precisamente la de reconocer que el procedimiento no solamente es un elemento “formal” del acto administrativo, sino que es tal vez la institución central de la relación entre las entidades de la Administración Pública y los ciudadanos⁵.

Consideramos que la finalidad del procedimiento administrativo es la de garantizar un nuevo escenario de relación entre la Administración Pública y los ciudadanos en el marco de un Estado democrático de Derecho. Precisamente se apuesta por un procedimiento administrativo garantista, que posibilite un escenario tutelar de las posiciones subjetivas de los administrados, en la consigna de conseguir mejores decisiones administrativas, con eficiencia y calidad, así como el propicio intercambio de información entre ambos sujetos del procedimiento⁶ en procura de la adopción de las decisiones administrativas que a la vez que tutelen el derecho de los administrados, protejan el interés público. Tal como lo señalamos, a mejor procedimiento, mejores decisiones administrativas para los ciudadanos, como aplicando el principio comunitario europeo de la “buena administración” como un derecho que asiste a todo ciudadano en sus relaciones con las entidades de la Administración Pública. Asimismo, como lo anota el destacado profesor Guido Tawil, en un trabajo de reciente aparición, otro eje fundamental de la teoría del procedimiento administrativo es que el mismo consiste en un *instrumento* de colaboración entre la Administración y los administrados⁷.

En esta línea, conviene citar al profesor alemán Eberhard Schmidt-Assman, quien ha señalado acertadamente, sobre los fines del procedimiento administrativo en la actualidad, que:

Los procedimientos administrativos desempeñan un papel muy importante para la construcción del Derecho administrativo por dos razones: por un lado, son fenómenos

⁴ Sobre este tema, véase la monografía de PONCE SOLE, Juli. **Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido**. Valladolid: Lex Nova. 2001.

⁵ Tal como se puede deducir del enjundioso trabajo del profesor DANOS ORDOÑEZ, Jorge.: Comentarios a la nueva Ley del Procedimiento Administrativo General. Originalmente publicado en la **Revista THEMIS**, n° 39, Lima, 1999., posteriormente recogido en **Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General: Ley N° 27444**. Lima: ARA Editores, 2001.

⁶ Sobre el derecho administrativo de la información y su vinculación con el procedimiento administrativo véase: BARNÉS, Javier. Sobre el derecho administrativo de la información. **Revista Catalana de Derecho Público**, n. 35, 2007. p. 121-160. También, del mismo autor, véase, Una Reflexión Introdutoria Sobre Derecho Administrativo y la Administración Pública de la Sociedad de la Información y del Conocimiento. **Revista Andaluza de Administración Pública**. n. 40. Instituto Andaluz de Administración Pública. Sevilla, 2000. p. 25-76.

⁷ Cfr. TAWIL, Guido. Sobre el futuro del procedimiento administrativo. **Revista de Derecho Administrativo**, n. 9, especial sobre Procedimiento Administrativo. Editada por el Círculo de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la PUCP, Lima, 2011. p. 11-20.

concretos, y, por otro, proporcionan un esquema de ordenación. *En cuanto al primer aspecto, se trata de articular correctamente las reglas procedimentales contenidas en las Leyes y referidas, entre otras materias, a la competencia, las partes o la notificación y publicación. Sin embargo, desde el punto de vista sistemático es más importante la función del procedimiento como esquema ordenador. Los procedimientos son procesos divididos en fases específicas, que señalan los distintos puntos clave en el procesamiento de la información, marcan los momentos de inflexión en los que se decide la trayectoria de todo el proceso, y evidencian la necesidad de reglas que garanticen la neutralidad, la eficacia y la regularidad de la acción administrativa. (...) El procedimiento administrativo actual no se centra sólo ni exclusivamente en posibilitar el control posterior, ante una segunda instancia, de las decisiones administrativas una vez adoptadas. Se trata, más bien, de condicionar a priori el modo en que se toman las decisiones administrativas. Lo que se intenta es que la Administración prepare con cuidado sus decisiones. Los destinatarios de las resoluciones o quienes han iniciado el procedimiento presentando una solicitud tienen la oportunidad de defender sus intereses eficazmente. Este segundo tipo de procedimiento se configura con elementos típicos tales como el derecho de audiencia y vista del expediente y el deber de asesoramiento e información de la Administración, pero también con deberes de colaboración de los interesados, por ejemplo, en el esclarecimiento de los hechos. Es un procedimiento preventivo y dirigido a la garantía de los derechos*⁸.

Precisamente, la lógica de la LPAG está en consonancia con la doctrina dominante actual del derecho administrativo, y por tal motivo ha establecido una regulación del procedimiento administrativo eminentemente garantista, y que asegura la existencia de una “tutela administrativa efectiva” al ciudadano en el inicio, la ordenación, la instrucción y el término del procedimiento, e inclusive en la eventual fase impugnatoria del mismo, así como en la ejecución de las decisiones administrativas. Sin embargo, no podemos dejar de anotar que esta visión actual está sometándose a un proceso de profunda revisión, desde dos perspectivas: (i) una perspectiva de la revalorización procesal del procedimiento administrativo, la cual se sustenta en la necesidad de aplicar los avances modernos de la teoría general del proceso al procedimiento administrativo⁹, que en realidad es *proceso*¹⁰ (ya que primordialmente, es un instrumento para la reali-

⁸ Cfr. SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. **La teoría general del Derecho Administrativo como sistema**. Traducción de Mariano BACIGALUPO et.al. Madrid: Marcial Pons – INAP, 2003. p. 360-361.

⁹ Sobre el tema, estamos preparando lo que serán las bases iniciales de un estudio mayor sobre la influencia del derecho procesal sobre el procedimiento administrativo. Sin embargo, para el interesado en dicha perspectiva, puede consultarse al profesor brasileño RHEIN SCHIRATO, Vítor. Legitimidad Procesal y Tipos de Proceso Administrativo. **Revista de Derecho Administrativo**, n. 9, Círculo de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la PUCP, Lima, 2011. p. 187-205. Un estudio sin duda magnífico.

¹⁰ El procedimiento administrativo en realidad es proceso, ya que es un instrumento jurídico para la tutela de derechos subjetivos e intereses legítimos solo que en sede administrativa. Si bien es cierto, también tiene un

zación de los derechos, sólo que el *proceso administrativo* no se realiza en sede jurisdiccional, toda vez que el concepto jurídico de proceso no se agota en la jurisdicción) y, (ii) vincular el procedimiento administrativo, en clave norteamericana, como un procedimiento de representación de intereses y en tal sentido, como un instrumento de intercambio de información para lograr una decisión administrativa ajustada a la legalidad pero también eficaz en cuanto a la protección de los derechos de los administrados¹¹.

No obstante lo anterior, resulta pertinente afirmar, cada norma, cada artículo, cada disposición que contenga una herramienta o instrumento de garantía a favor del particular en la LPAG, permite entrever su fundamento en la lógica del debido procedimiento administrativo. Por ende, cuando hablemos de normas de procedimiento no estamos entonces frente a “formalidades” para la formación de la voluntad administrativa, sino, frente a verdaderas garantías sustantivas necesarias y esenciales (nunca contingentes o innecesarias) para la formación adecuada de la voluntad administrativa, y su necesario sometimiento al ordenamiento jurídico y a los principios generales que informan la actuación administrativa.

Sólo que la LPAG no ha establecido una regulación del procedimiento administrativo para disciplinar las relaciones entre la Administración Pública y los ciudadanos basada exclusivamente en el “respeto a las formas”, sino que fundamentalmente debe entenderse que en todos los casos, este debe ser un “debido procedimiento”, es decir, uno en el cual conste la aplicación de los derechos y garantías procesales contenidos en la Constitución (propios del “debido proceso jurisdiccional” o la “tutela judicial efectiva”), y que sean de aplicación para el ámbito del procedimiento administrativo. Claro está, con las matizaciones correspondientes de la función administrativa, a las que se harán referencia en los puntos que siguen.

objetivo de tutela de la legalidad y del interés público, esto se incorpora al procedimiento mismo y es parte de la actuación administrativa, pero fuera de los procedimientos de gravamen, fiscalización y sanción (donde el elemento respeto de la legalidad – tutela del interés público prima), ciertamente los procedimientos donde el particular requiere el pronunciamiento de la Administración para el ejercicio de un derecho o el otorgamiento de una habilitación, fundamentalmente refleja el carácter de instrumento para la concreción de los derechos, vale decir, el carácter procesal del procedimiento administrativo. Y es proceso porque dicha categoría jurídica no es propia o exclusiva de la función jurisdiccional, sino que es una categoría básica de la teoría general del derecho, dado que el proceso puede darse en la función jurisdiccional, la función administrativa, la función legislativa e inclusive puede darse entre privados (como pasa con el arbitraje). Sobre el tema del carácter procesal del procedimiento administrativo, vale la pena consultar la doctrina procesal brasileña, que es la que más ha estudiado este tema, lo cual se ve reflejado en la propia Ley federal brasileña de proceso administrativo. Véase, sin ánimo exhaustivo, DINAMARCO, Cândido Rangel. **La instrumentalidad del proceso**. Traducción de Juan Monroy Palacios. Lima: Editorial Communitas, 2009. p. 114-117.

¹¹ Sobre esto la referencia a los estudios recogidos en los libros colectivos de los profesores Javier BARNÈS (La transformación del procedimiento administrativo) y Guido TAWIL (Procedimiento administrativo), ya citados en este trabajo, es fundamental. Asimismo, para el derecho norteamericano, la referencia es obligada al trabajo de STEWART, Richard. The reformation of American administrative law. **Harvard Law Review**, vol. 88, n. 8, jun./1975, p. 1667-1813. Acceso vía el sistema electrónico JSTOR.

3. BREVE REFERENCIA A LA DISCUSION DOCTRINARIA SOBRE LOS ALCANCES DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO JURISDICCIONAL Y SU APLICACIÓN EN EL AMBITO DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.

En la doctrina peruana se han suscitado diversas discusiones doctrinarias con respecto al contenido y alcances de los derechos al “debido proceso” y a la “tutela judicial” (efectiva), que se encuentran incluidos dentro de los alcances del artículo 139.3 de la Constitución de 1993 (específicamente dentro del rubro de “principios de la función jurisdiccional”).

Básicamente, se trata de una discusión un poco bizantina, puesto que los imprecisos alcances de la norma constitucional permitirían deducir alcances distintos para ambos derechos. De un lado, tendremos así, a los partidarios del “derecho a la tutela jurisdiccional efectiva”, quienes siguen a la doctrina europea continental sobre la materia (encabezada por los profesores Gonzalez Perez y Chamorro Bernal), la que enseña que tal derecho implica uno de naturaleza fundamental, *aplicable al ámbito de los procesos jurisdiccionales* y que se explica en tres momentos: a) acceso a la jurisdicción, b) debido proceso y c) efectividad de las resoluciones judiciales.

De otro lado, tenemos a quienes, siguiendo las enseñanzas anglosajonas y norteamericanas sobre la materia, optan por señalar que en el ordenamiento jurídico peruano se reconoce un derecho fundamental al “debido proceso”¹², el mismo que tiene variados ámbitos de aplicación, y que implica la asunción de las garantías procesales que permitan asegurar la vigencia de un “proceso justo”¹³.

A despecho de todo lo anterior¹⁴, nosotros consideramos que no existiría tal problema, en caso se interprete la aplicación general del derecho al debido proceso como un derecho fundamental, el mismo que puede aplicarse a los distintos ámbitos (jurisdiccional, administrativo y para las relaciones entre particulares), donde se aplique la noción jurídica del “proceso”¹⁵. Esta interpretación, inclusive está avalada tanto en la interpretación jurisdiccional que del artículo 139.3 de la Constitución ha hecho el

¹² Claro está que se hace referencia a la faceta “formal” o “adjetiva” del debido proceso, puesto que, como se sabe, el denominado “debido proceso sustancial” implica nada menos que la aplicación de la garantía de razonabilidad o proporcionalidad en la aplicación de las leyes. Sobre el tema, ampliar en LINARES, Juan Francisco. **Razonabilidad de las leyes**. 2 ed. Buenos Aires: Astrea, 1989.

¹³ Cfr. BUSTAMANTE, Reynaldo. **Derechos fundamentales y proceso justo**. Lima: ARA Editores, 2002.

¹⁴ Un magnífico resumen de la doctrina nacional sobre el tema, puede encontrarse en PRIORI, Giovanni. La efectiva tutela jurisdiccional de las situaciones jurídicas materiales: hacia una necesaria reivindicación de los fines del proceso. **Ius et Veritas**, n. 26, Lima, 2003. p. 273-292.

¹⁵ Siempre en la clave de la teoría instrumentalista del proceso, como instrumento para la realización de las funciones públicas y de los derechos de los ciudadanos. Sobre el tema, ampliamente, DINAMARCO, Cándido Rangel. **La instrumentalidad del proceso**. Traducción de Juan Monroy Palacios. Lima: Editorial Communitas, 2009.

Tribunal Constitucional, como la que se deriva de los tratados internacionales en materia de derechos humanos que son de aplicación efectiva en nuestro ordenamiento jurídico. Sin embargo, además es preciso reconocer que esta tesis no solamente se basa en los insuficientes alcances del artículo 139.3 de la Constitución, sino que también se sustenta en los ricos alcances interpretativos de la aplicación de la cláusula de los “derechos no enumerados” o “cláusula implicativa”, contenida en el artículo 3° del texto constitucional¹⁶.

Reconocemos entonces, que pueden derivarse de la Constitución hasta tres campos o escenarios de aplicación del derecho constitucional al debido proceso:

a) El debido proceso cuando se ejerce una función jurisdiccional (o el derecho a un “proceso justo” al que alude Reynaldo Bustamante)¹⁷.

b) El debido proceso en sede administrativa (tanto en el ámbito de los procedimientos administrativos, como en los procedimientos administrativos sancionadores y los demás procedimientos especiales).

c) El debido proceso en las relaciones entre particulares (en el ámbito de las corporaciones o sujetos de derecho privados).

A nosotros nos interesa hacer énfasis en la aplicación del derecho al debido proceso en el ámbito de los procedimientos administrativos, es decir, el denominado “debido procedimiento administrativo”. Precisamente, porque una correcta hermenéutica constitucional nos enseña que no todos los derechos que se deriven del debido proceso en su faceta jurisdiccional, serán aplicables al procedimiento administrativo, puesto que se tratan de funciones y de ámbitos diferentes, completamente distintos¹⁸.

Precisamente, esa ha sido la intención del legislador de la LPAG, al momento de regular el derecho al “debido procedimiento administrativo”. Si bien es cierto, es un derecho de configuración legal derivado de la Constitución, tiene ciertas peculiaridades derivadas de su aplicación en sede administrativa, en la medida que se trata de un ámbito material y sustancialmente distinto al procesal. Por tal motivo, es necesario desentrañar cuáles son los alcances de la regulación del “debido procedimiento administrativo” como un derecho derivado del derecho constitucional al debido proceso, en

¹⁶ Tal como lo han señalado ESPINOSA SALDAÑA, Eloy. Debido proceso en procedimientos administrativos. Su viabilidad y las experiencias peruana y mundial sobre el particular. **Revista de Derecho Público Administrativo y Constitucional**, Editorial Grijley, año 3, n. 5, jul/dec 2002.; así como GUZMAN NAPURI, Christian. El debido proceso en sede administrativa en la jurisprudencia y la doctrina peruana: ¿hoy en día todavía puede discutirse la pertinencia del mismo?. **Ius et Veritas**, Lima, año XI, n. 22, 2001.

¹⁷ BUSTAMANTE, Reynaldo. **Derechos fundamentales y proceso justo**. Lima: ARA Editores, 2002. Nuevamente, la idea es no confundir proceso con jurisdicción. El proceso se da en todas las funciones del Estado, no solamente en la jurisdiccional. Sobre ello, DINAMARCO, Cándido Rangel. **La instrumentalidad del proceso**. Traducción de Juan Monroy Palacios. Lima: Editorial Comunitas, 2009. Asimismo, MONROY PALACIOS, Juan José. Arbitraje, Jurisdicción y Proceso. **Revista Peruana de Derecho Procesal**, año X, n. 10.

¹⁸ Tal como lo reconoce el TC en su Sentencia recaída en el Exp. N° 010-2001-AI/TC.

la peculiaridad del procedimiento administrativo como cauce del ejercicio de la función administrativa.

Mejor dicho: no por aplicarse la garantía del “debido proceso” en sede administrativa, hablaremos de una “judicialización” del procedimiento administrativo o de una “jurisdiccionalización” del procedimiento. Debemos recordar que si bien el proceso judicial (típicamente el de la especialidad civil) es cauce de la función jurisdiccional, el denominado procedimiento (rectius: proceso) administrativo es cauce de la función administrativa, pero en ambos se encuentran rasgos comunes, propios de la matriz procesal común que comparten, pero también varias diferencias. Hay que tener en cuenta que en los procesos se resuelven los conflictos de intereses privados e incertidumbres jurídicas con vocación definitiva bajo la idea de litis o conflicto, mientras que básicamente en los procedimientos administrativos si bien es cierto también se busca la tutela de los derechos de los particulares, ello se hace en conjunto con la búsqueda de la satisfacción de los intereses públicos y de la legalidad (la clásica tensión administrativa entre la legalidad, la eficacia y la garantía). En tal sentido, ante escenarios distintos, nunca las garantías del debido proceso serán iguales: serán mayores y amplias para el ámbito judicial (por la necesidad de resguardar la igualdad de las partes en conflicto), serán las suficientes en el ámbito del procedimiento administrativo, ponderándose su aplicación a fin de que se garantice un debido procedimiento con respeto a las formas que permitan la realización de los derechos de los particulares.

Consiguientemente, la orientación del legislador ha sido clara: no se trata de una aplicación a rajatabla de la regulación propia del “ámbito jurisdiccional” del debido proceso. Entonces, cuando hablamos del debido procedimiento administrativo, lo hacemos de un derecho derivado del debido proceso, pero cuya aplicación debe ser adecuada a las peculiaridades de la función administrativa, a través de su instrumento formal por excelencia, vale decir, el procedimiento administrativo.

4. FUENTES COMPARADAS DE LA REGULACION DEL “DEBIDO PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO”: LA LEY 19.549 DE ARGENTINA.

El análisis comparado indica que el legislador peruano, al momento de regular los alcances del derecho al “debido procedimiento administrativo”, se inspiró notoriamente en la redacción del literal f) del artículo 1° del Decreto Ley N° 19.549 de Argentina (Ley de Procedimiento Administrativo), norma que señala lo siguiente:

Artículo 1°.- Las normas del procedimiento que se aplicarán ante la Administración Pública nacional centralizada y descentralizada, inclusive entes autárquicos, con excepción de los organismos militares y de defensa y seguridad, se ajustarán a las propias de

la presente ley y a los siguientes requisitos: (...) f) Derecho de los interesados al debido proceso adjetivo, que comprende la posibilidad:

1) De exponer las razones de sus pretensiones y defensa antes de la emisión de actos que se refieran a sus derechos subjetivos o intereses legítimos, interponer recursos y hacerse patrocinar y representar profesionalmente. Cuando una norma expresa permita que la representación en sede administrativa se ejerza por quienes no son profesionales del Derecho, el patrocinio letrado será obligatorio en los casos en que se planteen o debatan cuestiones jurídicas.

2) De ofrecer prueba y que ella se produzca, si fuere pertinente, dentro del plazo que la Administración fije en cada caso, atendiendo a la complejidad del asunto y a la índole de la que deba producirse, debiendo la administración requerir y producir los informes y dictámenes necesarios para el esclarecimiento de los hechos y de la verdad jurídica objetiva; todo con el contralor de los interesados y sus profesionales, quienes podrán presentar alegatos y descargos una vez concluido el período probatorio.

3) Que el acto decisorio haga expresa consideración de los principales argumentos y de las cuestiones propuestas en tanto fueren conducentes a la solución del caso.

Conforme lo indica autorizada doctrina argentina¹⁹, la regulación del “debido proceso adjetivo” en sede administrativa, es una aplicación del derecho constitucional a la defensa en juicio, regulado en el artículo 18° de la Constitución argentina. Tal como puede apreciarse, para la doctrina argentina sobre el tema, es pacífico que el “debido proceso adjetivo” en el procedimiento administrativo es una derivación o modulación del derecho fundamental al debido proceso, en su faceta formal, es decir, la aplicación de las garantías y defensas del derecho constitucional a la defensa para el ámbito de los procedimientos administrativos²⁰.

Corresponde entonces, analizar los alcances del derecho al debido procedimiento administrativo en base a sus fundamentos y bases en la legislación y práctica

¹⁹ HUTCHINSON, Tomás. **Ley Nacional de Procedimientos Administrativos**: Ley N° 19.549. Tomo 1. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1997. Asimismo, véase, CASSAGNE, Juan Carlos. **Ley Nacional de Procedimientos Administrativos**. Buenos Aires: La Ley, 2009.; ESCOLA, Héctor Jorge. **Tratado General de Procedimiento Administrativo**. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1973.; y también, CANOSA, Armando. **Procedimiento Administrativo**: Recursos y reclamos. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2008.

²⁰ Sobre esta doctrina, por lo demás, pacífica en Argentina, confrontar: HUTCHINSON, Tomás. **Ley Nacional de Procedimientos Administrativos**: Ley N° 19.549. Tomo 1. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1997.; DROMI, Roberto. **El procedimiento administrativo**. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1996; CASSAGNE, Juan Carlos. **Derecho Administrativo**. Tomo II. 6 ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998.; CANOSA, Armando: Alcances de la denominada tutela administrativa efectiva. Circular Letter, n. 50. **Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública**. In: www.revistarap.com.ar; CANOSA, Armando. El debido proceso adjetivo en el procedimiento administrativo. In: CASSAGNE, Juan Carlos (Org). **Procedimiento y Proceso administrativo**. Buenos Aires: Lexis Nexis - UCA., 2005.; ABERASTURY, Pedro; CILURZO, Rosa. **Curso de procedimiento administrativo**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998., así como la doctrina citada en la nota anterior.

argentina, ello a fin de interpretar adecuadamente su regulación normativa en la legislación peruana vigente.

5. DISTINCION ENTRE EL “PROCEDIMIENTO REGULAR” COMO ELEMENTO DE VALIDEZ DEL ACTO ADMINISTRATIVO Y EL “DERECHO AL DEBIDO PROCEDIMIENTO” EN LA LPAG.

Al haber tomado la LPAG, una inspiración directa del legislador argentino, es preciso efectuar una distinción que no es baladí: distinguir entre el “procedimiento regular” como elemento esencial de validez del acto administrativo, y el “debido procedimiento administrativo” como un derecho del particular al interior de todo procedimiento.

Precisamente, cabe indicar que la doctrina argentina²¹ ha indicado, con razón, que el “procedimiento regular” implica un requisito esencial de validez del acto administrativo, que implica que con anterioridad al dictado y emisión del mismo se cumpla con los procedimientos esenciales y sustanciales previstos en la base normativa del acto administrativo. De otro lado, el “debido procedimiento administrativo” es el contenido del requisito del procedimiento regular, y que adquiere singular importancia por representar dentro del procedimiento administrativo la aplicación del derecho constitucional al debido proceso.

Tal como señala Comadira²², es necesario distinguir los alcances de ambos institutos, puesto que los alcances del derecho al procedimiento regular, implica que las peticiones de los ciudadanos sean enmarcadas dentro del procedimiento (y las formas previstas por ley) para su atención correspondiente. Es decir, el procedimiento regular, como elemento del acto administrativo implica que las peticiones del ciudadano deben ser canalizadas por el procedimiento correspondiente, caso contrario estaremos dentro de una suerte de “vía de hecho administrativa”, es decir, aquellas actuaciones materiales de la Administración Pública realizadas sin procedimiento alguno o con desviaciones o vicios esenciales en el procedimiento (en aplicación del principio por el cual toda operación de eficacia externa de la Administración Pública – es decir aquella que incide en la esfera jurídica de los ciudadanos – debe estar legitimada y respaldada por las formas del procedimiento administrativo).

De otro lado, el debido proceso adjetivo o debido procedimiento administrativo, es, dentro del “procedimiento regular”, un momento estelar, puesto que no habrá procedimiento regular, si es que no se permite al particular dentro del procedimiento, la posibilidad de ser oído, de ofrecer y producir prueba y de que se resuelvan sus

²¹ Cfr. CANOSA, Armando. **El procedimiento como elemento del acto administrativo**. Buenos Aires: Ediciones RAP S.A, 2002. p 55.

²² Cfr. COMADIRA, Julio Rodolfo. Las bases constitucionales del procedimiento administrativo. Circular Letter n. 33 de la **Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública**. Disponible en: <www.revistarap.com.ar>.

peticiones de manera motivada y fundada en Derecho. Consiguientemente, es preciso señalar que no hay pues, una “duplicidad” en la configuración de ambos institutos, sino que el “procedimiento regular” (ex numeral 5) del artículo 3° de la LPAG) es el continente, mientras que uno de los contenidos del mismo, mejor dicho, el elemento central del mismo estará constituido por el “debido procedimiento administrativo”.

6. ANALISIS DE LOS ALCANCES DEL DERECHO AL “DEBIDO PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO” EN LA LPAG.

Una vez analizadas las variables teóricas que sustentan con solvencia la existencia de un derecho al debido procedimiento administrativo, así como su necesaria diferenciación con figuras afines pero distintas, cabe reseñar cuáles son los alcances del referido derecho en la LPAG. Al respecto, esta norma señala que, a título enunciativo, son derechos que integran el debido procedimiento de manera principal, los siguientes:

a) Derecho a exponer argumentos (derecho a ser oído):

Este primer “contenido” del derecho al debido procedimiento administrativo, implica la aplicación de la garantía de la defensa procesal en el ámbito del procedimiento administrativo. Es ampliamente conocido, que *el derecho a la defensa, es un requisito esencial de todo debido proceso, e implica conocer los cargos o cuestiones imputadas a las conductas de los administrados*, para luego poder expresar las posiciones, argumentos y alegatos que sean posibles para lograr una decisión que se ajuste a la legalidad vigente.

Así, esta aplicación de la garantía de la defensa para el ámbito administrativo, implica que el contenido de este derecho sea como sigue²³:

El derecho a la publicidad del procedimiento, así como de los actuados en el mismo.

El procedimiento debe permitir la oportunidad para que los administrados participantes en el mismo puedan conocer las actuaciones del mismo, acceder a las copias respectivas de las actuaciones administrativas y a permanente verificar el trámite y estado de los procedimientos. Varias disposiciones de la LPAG se inspiran en este contenido del debido procedimiento administrativo (como por ejemplo, el artículo 160° de la LPAG – acceso al expediente), así como el catálogo de los derechos que asisten a los administrados en los procedimientos (ex art. 55° LPAG).

Debemos recordar que este derecho asiste a los directamente interesados en el procedimiento, es decir, aquellos que tengan derechos o intereses legítimos actuales y probados, y que participen en el procedimiento administrativo. En tal sentido, no cabe

²³ GORDILLO, Agustín. **Tratado de Derecho Administrativo**. Tomo II - La defensa del usuario y del administrado. 5ª edición. Lima: Fundación de Derecho Administrativo – ARA, 2003; y, CANOSA, Armando. El debido proceso adjetivo en el procedimiento administrativo. In: CASSAGNE, Juan Carlos (Org). **Procedimiento y Proceso administrativo**. Buenos Aires: Lexis Nexis - UCA., 2005.

pues, invocar “derechos difusos” o intereses que no estén relacionados directamente con el objeto del procedimiento, para acceder a los expedientes.

Asimismo, cabe recordar que es preciso rechazar malas prácticas que vienen sucediéndose en diversas dependencias administrativas, por las cuales a personas que vienen participando como interesados directos en los procedimientos administrativos, se les obliga a seguir los procedimientos de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública para acceder a copias de documentos y actuaciones administrativas que obran en los expedientes seguidos por los propios interesados. Esta práctica, aparte de constituir un atentado contra todo principio de simplificación administrativa, constituye un agravio al derecho al debido procedimiento administrativo, puesto que los peticionantes que participan en el ámbito del procedimiento administrativo tienen acceso pleno al expediente y a copia de las actuaciones, en virtud de la eficacia directa del artículo 160° de la LPAG. En tal sentido, no corresponde usar una Ley prevista para aquellos que no ostentan interés ni derecho alguno (como sucede en el caso de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información, TUO aprobado por D.S. 043-2003-PCM – recordando que se trata de un derecho fundamental que se ejerce sin expresión de causa ni interés), para el ámbito del procedimiento administrativo, donde se aplican las garantías del debido procedimiento administrativo y las reglas del artículo 160° LPAG.

Oportunidad de que los interesados expresen sus argumentos antes de la emisión del acto administrativo.

El derecho esencial dentro del ámbito del debido procedimiento, es el de permitir a los administrados expresar, sea de modo oral o escrito sus argumentos y posiciones con respecto a sus propias peticiones y a las actuaciones administrativas relativas al trámite del procedimiento mismo.

Este derecho es uno de importancia práctica trascendental, puesto que implica que en ningún procedimiento administrativo se proceda “*inaudita altera pars*”, es decir, sin haber atendido, escuchado o meritado los argumentos del peticionante en el mismo. Tal como lo hemos indicado, este derecho implica dos cosas: a) que la autoridad reciba y atienda los argumentos formulados por el administrado *antes de finalizar el procedimiento*, y, b) que los argumentos formulados por el administrado sean incorporados en el razonamiento y justificación en el cual la autoridad reposa el sentido de su decisión final sobre el procedimiento.

Es importante enfatizar en un principio se señalaba que el derecho a ser oído no implicaba que la autoridad administrativa reciba personalmente al administrado, puesto que la exigencia de un principio de intermediación en el procedimiento administrativo, no implica la oralidad del procedimiento, es decir la realización de audiencias, informes

orales o toma de posiciones²⁴. Es decir, bastaba con recibir y merituar adecuadamente los argumentos escritos formulados por las partes. Ahora bien, esto ha cambiado en los últimos tiempos y modernamente, se propugna que la Administración en la mayoría de los casos, requiere la audiencia de los administrados, bajo la lógica de un principio de informalismo en favor del administrado, así como bajo el principio de colaboración, el cual exige contacto permanente de las partes del procedimiento con la Administración, para así lograr soluciones céleres dentro de la tramitación de los procedimientos administrativos.

Ahora bien, este derecho bajo análisis, si implica la necesidad de que la autoridad administrativa tome contacto directo con el procedimiento, y en todo caso, requiera los informes, aclaraciones y precisiones que requiera por parte del administrado, para tener en claro el alcance de sus pretensiones y poder tramitar correctamente el trámite del procedimiento. Debe recordarse que la autoridad administrativa tiene un rol tuitivo en los procedimientos, y por tanto, debe encauzar de oficio los mismos cuando sea posible, y brindar la orientación correspondiente, así como requerir al administrado la información necesaria para resolver el trámite del procedimiento.

En tal sentido, la autoridad debe establecer las condiciones necesarias, en su rol de instructora del procedimiento administrativo, para permitir la participación del administrado antes de la emisión del acto administrativo definitivo, y así permitirle la exposición de sus argumentos y defensas. Especialmente, tal como se señalará más adelante, en los procedimientos sancionadores, y en general, en todos aquellos procedimientos administrativos que impliquen la aplicación de un acto administrativo de gravamen para el administrado.

Por último, es necesario hacer notar, que en la estela de las normas procedimentales que exigen un cambio en las funciones de una administración “cerrada” a una administración “abierta” (ex artículo 181° LPAG) para la defensa y participación de aquellos afectados en derechos de incidencia colectiva, actualmente se concibe que la Administración debe tener espacios en los procedimientos para las denominadas “audiencias públicas”, especialmente como trámite previo y esencial para la adopción de decisiones que afecten derechos de incidencia colectiva o un número indeterminado de ciudadanos. Por ejemplo, piénsese en la aprobación de los estudios de impacto ambiental, en los cambios de zonificación urbanística, en la adopción de una decisión que varíe las tarifas en los servicios públicos. En todos estos ámbitos se ha juzgado necesario que existan audiencias públicas que permitan a los administrados participar a fin de hacer constar su opinión, comentarios y sugerencias, a fin de *validar* la decisión

²⁴ Aunque esta regla se exceptúa para los casos de determinados procedimientos especiales, sobre todo en el ámbito de los procedimientos trilaterales, donde por la existencia de controversias de derechos e intereses privados contrapuestos ante la autoridad administrativa, implica en muchos casos la exigencia de oralidad e intermediación en el trámite de los procedimientos.

administrativa que se tome, con la anuencia mayoritaria de los sectores representativos de la sociedad. Ciertamente, esto implica hacer efectivo el derecho constitucional a participar individual o colectivamente en la vida de la Nación, y específicamente en la adopción de decisiones públicas que tengan incidencia en la colectividad.

Así, cuando ello sea preceptivo en los procedimientos correspondientes, será necesario tramitar las audiencias públicas y demás instrumentos de participación de los ciudadanos en los procedimientos administrativos. Inclusive, teniendo en cuenta que en varios procedimientos, se tacha de nulidad la omisión o el defecto en la realización de las audiencias públicas correspondientes²⁵.

Derecho a hacerse patrocinar por letrado.

En el ámbito del procedimiento administrativo no existe una obligatoriedad de contar con abogado para realizar trámites, es decir, no existe como en el ámbito judicial la “defensa cautiva” o la defensa letrada obligatoria (con la excepción del ámbito de los recursos administrativos, donde obligatoriamente se debe contar con la firma de letrado). Por tanto, para cualquier trámite o procedimiento las autoridades no deben exigir el patrocinio de letrado a los peticionantes.

Sin embargo, es un derecho que asiste a todo administrado a que pueda concurrir con abogado a toda diligencia o trámite que realice ante las entidades de la Administración Pública, hecho que no puede ser impedido por parte de las autoridades instructoras de los procedimientos. Sin embargo, muchas veces, para ciertos trámites administrativos se exige la presencia “personal” del administrado, y no se permite que esté acompañado por el letrado de su elección. Pensemos por ejemplo en procedimientos de fiscalización tributaria, donde muchas veces solo se permite que el administrado se entreviste directamente con el fiscalizador, sin que se admita la presencia de letrado patrocinante. Esta medida es contraria al debido procedimiento administrativo, puesto que aunque se trate de trámites “personales”, nada impide que el ciudadano sea asesorado directamente por letrado, en cualquier estado o actuación del procedimiento administrativo.

Derecho a interponer los recursos administrativos que sean pertinentes.

Sin que sea confundido con el derecho a la “pluralidad de instancias” en sede administrativa (el cual es rechazado como un elemento del debido procedimiento administrativo), no es menos cierto que el derecho de defensa incluye también el derecho a interponer los recursos que sean pertinentes, cuando estén previstos y

²⁵ Sobre el particular, es la doctrina argentina la que mayoritariamente ha estudiado el tema de las Audiencias Públicas, sobre todo, véanse los trabajos contenidos en el libro colectivo de ponencias sobre procedimiento administrativo, en las Jornadas de la Facultad de Derecho Administrativo de la Universidad Austral, citado en otra nota. De otro lado, en sede nacional, el primer autor que ha tocado estos temas desde una perspectiva del Derecho Administrativo, es el profesor DANOS ORDOÑEZ, Jorge, con su trabajo sobre La participación ciudadana en el ejercicio de las funciones administrativas en el Perú. **Revista de Derecho Administrativo**, Círculo de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la PUCP, n. 1, año I, Lima, 2005.

predeterminados por las normas que regulan los procedimientos. Esto no es sino, aplicación de la “facultad de contradicción” que asiste a todo administrado, por el cual (ex arts. 109° y 206° de la LPAG), todo afectado en sus derechos o intereses legítimos puede y tiene el derecho a recurrir contra el acto administrativo, en la forma y términos previstos por las normas procedimentales²⁶. Claro está entonces, que la facultad de recurrir en sede administrativa los actos administrativos que afecten derechos o intereses legítimos (cuando ello sea posible), es parte del derecho al debido proceso en su faz administrativa, y deben ser hechos valer por los administrados a fin de que puedan acceder a mecanismos de revisión en sede administrativa (y luego, en aplicación de la tutela judicial efectiva, en el ámbito judicial).

b) Derecho a ofrecer y producir prueba:

La prueba es un elemento esencial del procedimiento administrativo, en cuanto es el vehículo formal para la comprobación de los hechos y afirmaciones que se viertan en el mismo. Por su clara connotación de garantía procesal, el derecho a la prueba ha adquirido una relevancia insospechada para el ámbito del procedimiento administrativo, hecho que se ve afirmado por la mejor doctrina²⁷.

Ahora bien, es preciso recordar que la LPAG ha regulado un régimen sustantivo específico para el ámbito de la prueba en el procedimiento administrativo, lo que excluye la aplicación de las regulaciones propias del proceso civil en este ámbito, en consonancia con lo establecido en el numeral 1.2 del artículo IV del Título Preliminar de la LPAG.

Precisamente, las reglas de la prueba en el ámbito del procedimiento administrativo son sensiblemente distintas a las del proceso civil (específicamente, cfr. el artículo 162° de la LPAG), puesto que en el ámbito del procedimiento administrativo, la Administración tiene sobre sí la carga de la prueba del procedimiento (la misma que se rige por el denominado “impulso de oficio”), aunque esto no implica que el particular no pueda concurrir al procedimiento y ofrecer y producir la prueba necesaria para la salvaguarda de sus intereses. En todo caso, esta garantía procedimental es específica:

²⁶ Sobre el particular, y con actuales perspectivas sobre el tema, puede verse: MORON URBINA, Juan Carlos. **Los obstáculos inconstitucionales al derecho a recurrir en sede administrativa**: a propósito de la línea jurisprudencial del Tribunal Constitucional. In: Actualidad Jurídica, tomo 140, jul. 2005, Gaceta Jurídica Editores, Lima, 2005. p. 157-162.

²⁷ Cfr. HUTCHINSON, Tomás. **De la prueba en el procedimiento administrativo**. Buenos Aires: Ediciones RAP S.A., 1998. p. 375-399. De otro lado, no puede soslayarse la importancia de contrastar el enjundioso trabajo de BARRERO RODRIGUEZ, Concepción. **La prueba en el procedimiento administrativo**. 2 ed. Pamplona: Thomson-Aranzadi, 2003. En sede nacional, fuera de los aportes contenidos en la seminal obra del profesor MORÓN, Juan Carlos (**Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General**. Peru: Gaceta Jurídica Editores, 2009) pueden encontrarse interesantes reflexiones en el completo trabajo del profesor SHIMABUKURO MAKIKADO, Roberto. La instrucción del procedimiento administrativo. Lima: ARA Editores, 2003. p. 281-336.

en todo procedimiento, el particular puede producir la prueba pertinente y relevante para sustentar sus posiciones.

Así pues, consideramos que el continente del derecho a la probanza en el ámbito del procedimiento administrativo, implicaría los siguientes contenidos²⁸:

Derecho a que toda prueba razonablemente propuesta sea producida en el ámbito del procedimiento.

Si los administrados afectados con el procedimiento, solicitan razonablemente la producción de prueba en el mismo, la Administración debe permitirla, a fin de tener las comprobaciones respectivas para la mejor adopción de una decisión. La omisión de la producción de prueba razonablemente propuesta vicia el procedimiento administrativo, debido a que no se permite que el particular participe para adoptar la decisión final que se tenga, vulnerándose de esta manera su derecho a la producción de la prueba producida en el ámbito del procedimiento.

Derecho a que la producción de la prueba sea efectuada antes de que se adopte decisión alguna sobre el fondo de la cuestión.

El legislador ha querido que la etapa de producción y actuación probatoria se realice en el marco de la fase de instrucción del procedimiento administrativo. Precisamente, luego de los actos de inicio, y de la denominada "ordenación" del procedimiento, se debe dar una fase de instrucción en la cual se acopian los elementos necesarios para la adopción de la decisión puesta a conocimiento de la autoridad administrativa. Por tanto la prueba debe producirse en esta fase, motivo por el cual, en caso no se produzca la prueba antes de adoptarse la decisión, habrá una afectación al debido procedimiento administrativo.

Derecho a controlar la producción de la prueba hecha por la administración:

Tal como hemos afirmado, y se deduce de la regulación de la LPAG, la Administración no permanece incólume frente a la exigencia de ofrecer y producir prueba, sino que también debe aplicar el principio de impulso de oficio. Sin embargo, cuando la Administración contribuya a la instrucción aplicando pruebas, la producción de éstas debe poder ser controlada por el administrado, a fin de salvaguardar sus derechos en el ámbito del procedimiento.

Derecho a que se apliquen los principios de carga de la prueba específicos para el ámbito del procedimiento administrativo.

Este derecho implica que, aunque los particulares puedan ofrecer las pruebas necesarias para la verificación de sus derechos frente a la Administración en el procedimiento, se deben respetar los principios de aplicación de la carga de la prueba en el ámbito de la LPAG. Consiguientemente, es exigible que la Administración asuma un

²⁸ Cfr. GORDILLO, Agustín. **Tratado de Derecho Administrativo**. Tomo II - La defensa del usuario y del administrado. 5ª edición. Lima: Fundación de Derecho Administrativo – ARA, 2003.

deber probatorio en los procedimientos administrativos en aplicación de las reglas de la carga de la prueba que correspondan.

c) Derecho a obtener una decisión motivada y fundada en derecho:

Conforme al artículo 29° de la LPAG, se entiende por procedimiento administrativo “al conjunto de actos y diligencias tramitados en las entidades, conducentes a la emisión de un acto administrativo que produzca efectos jurídicos individuales o individualizables sobre intereses, obligaciones o derechos de los administrados”. Es decir, se sigue un procedimiento a fin de obtener un acto administrativo que exprese una decisión de la Administración, con respecto a una petición ejercida por cualquier ciudadano que ostente derecho o interés para ello.

Sin embargo, estas decisiones deben ajustarse al derecho, y específicamente, a las reglas propias de los actos administrativos y de la finalización de los procedimientos administrativos. Cabe aquí citar y recordar que el artículo 187° de la LPAG establece lo siguiente:

Artículo 187°. Contenido de la Resolución. 187.1 La resolución que pone fin al procedimiento cumplirá los requisitos del acto administrativo señalados en el Capítulo Primero del Título Primero de la presente Ley. 187.2 En los procedimientos iniciados a petición del interesado, la resolución será congruente con las peticiones formuladas por éste, sin que en ningún caso pueda agravar su situación inicial y sin perjuicio de la potestad de la administración de iniciar de oficio un nuevo procedimiento, si procede.

Consiguientemente, y en función al marco normativo descrito anteriormente, el contenido de este derecho, aplicable al ámbito del debido procedimiento administrativo, implica lo siguiente²⁹:

Consideración expresa de los argumentos y de las consideraciones propuestas por los administrados en el procedimiento.

Este derecho implica que en cuanto sean conducentes a la resolución del caso, la autoridad administrativa debe considerar aquellos argumentos y consideraciones propuestas por el administrado al interior del procedimiento, es decir, aquellas alegaciones y defensas relevantes para la adopción de la decisión administrativa correspondiente y aplicable al caso concreto.

La autoridad administrativa tiene el deber de decidir expresamente las peticiones que se le formulen (inclusive las simples denuncias).

²⁹ Cfr. GORDILLO, Agustín. **Tratado de Derecho Administrativo**. Tomo II - La defensa del usuario y del administrado. 5ª edición. Lima: Fundación de Derecho Administrativo – ARA, 2003; y, CANOSA, Armando. El debido proceso adjetivo en el procedimiento administrativo. In: CASSAGNE, Juan Carlos (Org). **Procedimiento y Proceso administrativo**. Buenos Aires: Lexis Nexis - UCA., 2005.

La Administración tiene el deber de resolver (sin dilaciones indebidas) todas aquellas peticiones que se formulen, especialmente las realizadas a través de los procedimientos administrativos. En caso no se brinde una respuesta o se brinden respuestas parciales o incongruentes con las pretensiones procedimentales de los administrados, se considerará que existe una afectación al debido procedimiento, en la variable de afectación del derecho a obtener una decisión fundada en Derecho. Cabe recordar inclusive, que el deber de resolver por parte de las autoridades es una regla general, solamente exceptuada por la aplicación del silencio positivo, o por la decisión del administrado de someter su asunto a instancias superiores o al ámbito jurisdiccional (caso de la aplicación del silencio administrativo negativo).

Obligación de fundar y motivar las decisiones, por parte de la autoridad administrativa.

La motivación del acto administrativo es un elemento fundamental del acto administrativo³⁰, que implica que la Administración realice un discurso argumentativo justificatorio de sus decisiones, a fin de eliminar de las mismas cualquier rezago de arbitrariedad o de injusticia. Implica una suerte de proscripción del mero “porque sí”, en cuanto a los razonamientos que justifican o fundamentan las decisiones de la Administración.

En tal sentido, toda decisión administrativa con relevancia al interior del procedimiento (con las excepciones de ley) deberá ser motivada, para lo cual deberá sujetarse al ámbito específico de lo que disponga la LPAG sobre la materia (particularmente lo dispuesto en el art. 6° de la misma). En caso contrario, cuando el acto esté aquejado de falta de motivación, no solamente se podrá alegar un vicio esencial en la formación del acto, sino que se podrá alegar una palmaria afectación al derecho al debido procedimiento, en la faceta específica bajo análisis.

Así pues, el correcto entendimiento de este precepto implica que la Administración tiene los deberes específicos de considerar los principales argumentos y cuestiones planteadas al interior del procedimiento y efectuar un análisis y elección de los mismos, a fin de fundamentar adecuadamente la decisión³¹. Consiguientemente, una decisión no fundamentada o que se base en argumentos fatuos que escondan una arbitrariedad ilegítima y manifiesta, deberán ser consideradas contrarias a la aplicación del derecho al debido procedimiento administrativo.

d) Una cuestión que acongoja a muchos: ¿cabe la aplicación del derecho a “la instancia plural” en el ámbito de los procedimientos administrativos? (o: ¿a qué se refiere la

³⁰ Tal como lo reconoce acertada doctrina nacional: ZEGARRA VALDIVIA, Diego. **La motivación del acto administrativo en la Ley N° 27444**: nueva Ley de Procedimiento Administrativo General. Lima: ARA Editores, 2003. p. 173-219.

³¹ ABERASTURY, Pedro; CILURZO, Rosa. **Curso de procedimiento administrativo**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998.

LPAG cuando señala que la institución del debido procedimiento se rige por los principios del derecho administrativo, y supletoriamente por los del derecho procesal?:

En muchos ámbitos, tanto judiciales como administrativos, se ha venido efectuando la discusión sobre si el derecho a la instancia plural (típico derecho integrante del debido proceso en el ámbito jurisdiccional), es aplicable también al ámbito del procedimiento administrativo, y si debe considerarse como elemento integrante del debido procedimiento administrativo.

Al respecto, cabe señalar que el Tribunal Constitucional, en acertada decisión, ha determinado que la pluralidad de instancias no es un derecho integrante del debido procedimiento administrativo. Precisamente, ha dicho el TC en la Sentencia recaída en el Exp. N° 010-2001-AI/TC, que

[...] el derecho a la pluralidad de instancias no es un contenido esencial del derecho al debido procedimiento - pues no toda resolución es susceptible de ser impugnada en dicha sede -; pero si lo es del derecho al debido proceso judicial, pues la garantía que ofrece el Estado constitucional de derecho es que las reclamaciones de los particulares contra los actos expedidos por los órganos públicos, sean resueltas por un juez independiente, imparcial y competente, sede esta en la que, además, se debe posibilitar que lo resuelto en un primer momento pueda ser ulteriormente revisado, cuando menos, por un órgano judicial superior.

Efectivamente, tratándose de un derecho de configuración legal, en la institución del debido procedimiento administrativo no cabe hablar de pluralidad de instancias puesto que se tiene en claro que la Administración tiene la potestad de disciplinar los procedimientos bajo su cargo, los mismos que pueden ser de instancia única o de doble instancia, dependiendo de la organización interna de la entidad administrativa, o de la naturaleza del procedimiento respectivo.

Inclusive, tal como señala el TC, es preciso indicar que el debido procedimiento administrativo es de naturaleza distinta al debido proceso “judicial”, puesto que en este ámbito existe una judicatura imparcial e independiente, mientras que en el ámbito del procedimiento siempre existirá una autoridad administrativa que será “juez y parte” en el desarrollo de los procedimientos³². Además, cabe señalar que la interposición de los recursos administrativos (así como el denominado “agotamiento de la vía administrativa”) muchas veces constituye antes que un derecho de los administrados, una carga para los mismos, así como un privilegio de la Administración, puesto que se debe transitar y agotar la vía administrativa para luego poder recurrir al despliegue amplio de la

³² Cfr. MORON URBINA, Juan Carlos. Los obstáculos inconstitucionales al derecho a recurrir en sede administrativa. A propósito de la línea jurisprudencial del Tribunal Constitucional. **Actualidad Jurídica**, tomo 140, Lima, Gaceta Jurídica Editores, jul. 2005. Lima, Gaceta Jurídica Editores, 2005.

tutela judicial efectiva a través de los mecanismos de revisión judicial específicos de los actos administrativos.

Por tales motivos, corresponde rechazar de plano aquellas tendencias que sostienen una aplicación irrestricta de los derechos integrantes del debido proceso judicial al ámbito del debido procedimiento administrativo, puesto que se trata de instituciones que guardan sensibles diferencias sea que se trate del ámbito judicial o del administrativo, respectivamente. Consiguientemente, el derecho al debido proceso en sede administrativa tiene una configuración legal distinta y autónoma para el ámbito administrativo, y se funda en los contenidos que la LPAG ha establecido sobre el particular.

De otro lado, es preciso recordar que cuando la LPAG establece claramente que el debido procedimiento se rige por los principios del derecho administrativo, establece una suerte de reserva para el entendimiento de los contornos de la referida institución. Por tal motivo, el debido procedimiento “administrativo” debe ser interpretado en función a los alcances y fundamentos del derecho administrativo, y no en base a seguir a rajatabla las manifestaciones de dicho derecho en el ámbito procesal civil. En tal sentido, y en última instancia, son los principios del derecho administrativo los que deben regir para una correcta interpretación de los alcances del derecho al debido procedimiento administrativo, habida cuenta que estamos dentro de un procedimiento que sirve de cauce formal a la función administrativa, y donde no hay solamente intereses privados en juego, sino también la satisfacción de los intereses públicos por parte de la Administración. Por último, también hay que recordar una cuestión práctica: luego de agotada la vía administrativa y agotado ciertamente el trámite de un procedimiento administrativo, se podrá recurrir a la vía judicial, sea por un proceso contencioso-administrativo o por un proceso constitucional, en los cuales se hará efectivo el debido proceso pero ya en sede jurisdiccional. En tal sentido, no es necesario que en la etapa administrativa se agoten todas y cada una de las garantías que luego serán aplicables en la vía judicial posteriormente. Esto no significa que minusvaloremos al derecho al debido procedimiento administrativo, pero tampoco hay que “hiperventilarlo” y trabar con ello el trámite regular de los procedimientos administrativos donde será de aplicación.

e) Aplicación universal del derecho al debido procedimiento administrativo en el ámbito de los procedimientos administrativos especiales:

Cabe recordar que, la LPAG tiene una clara vocación totalizante e integradora con el resto de los procedimientos especiales, aún cuando éstos puedan contener disposiciones procedimentales distintas o radicalmente diferentes a los contenidos de la LPAG.

Esto es así, precisamente en ámbitos de aplicación del “núcleo duro” o inderogable singularmente, que contiene la LPAG, tal como es el correspondiente a los principios del procedimiento administrativo. En tal sentido, corresponde afirmar que el derecho al debido procedimiento es de aplicación universal a todo tipo de procedimiento administrativo (se entiende de eficacia externa) en los cuales se adopten decisiones que tienen por objeto alterar el ámbito de derechos subjetivos o intereses legítimos de los administrados. Por ende, en procedimientos especiales tales como los de contrataciones del Estado, los tributarios u otros regidos por leyes especiales, serán de aplicación las normas correspondientes al principio general del debido procedimiento en sede administrativa, respetando siempre la impronta de su regulación mínima contenida en el artículo IV del Título Preliminar de la LPAG.

7. ¿DIFERENCIA DE LOS ALCANCES DEL DERECHO AL DEBIDO PROCEDIMIENTO EN EL ÁMBITO DEL PROCEDIMIENTO GENERAL Y EN EL ÁMBITO DE LOS PROCEDIMIENTOS SANCIONADORES?

La LPAG establece en su artículo 230.4 que es un principio del procedimiento administrativo sancionador, el debido procedimiento, por el cual “las entidades aplicarán sanciones sujetándose al procedimiento establecido, respetando las garantías del debido proceso”.

Al respecto, es preciso indicar que esta norma establece dos especificaciones concretas: a) las entidades al aplicar sanciones deben observar el procedimiento establecido para ello, y b) que en los procedimientos sancionadores apliquen las garantías del “debido proceso”.

Esto es esencial, ya que las garantías esenciales del derecho constitucional de defensa frente al *ius puniendi* estatal, deben estar consideradas necesariamente para proteger el derecho de los administrados frente a las imputaciones sancionadoras. De tal suerte que todo procedimiento sancionador que no respete las garantías mínimas del derecho a la defensa (previstas, entre otros, en el artículo 139° de la Constitución y el artículo 234° de la LPAG³³), será nulo.

³³ LPAG. Artículo 234.- Caracteres del procedimiento sancionador. Para el ejercicio de la potestad sancionadora se requiere obligatoriamente haber seguido el procedimiento legal o reglamentariamente establecido caracterizado por: 1. Diferenciar en su estructura entre la autoridad que conduce la fase instructora y la que decide la aplicación de la sanción, cuando la organización de la entidad lo permita. 2. Considerar que los hechos declarados probados por resoluciones judiciales firmes vinculan a las entidades en sus procedimientos sancionadores. 3. Notificar a los administrados los hechos que se le imputen a título de cargo la calificación de las infracciones que tales hechos pueden construir y la expresión de las sanciones que, en su caso, se le pudiera imponer, así como la autoridad competente para imponer la sanción y la norma que atribuya tal competencia. 4. Otorgar al administrado un plazo de cinco días para formular sus alegaciones y utilizar los medios de defensa admitidos por el ordenamiento jurídico conforme al numeral 162.2 del Artículo 162, sin que la abstención del ejercicio de este derecho pueda considerarse elemento de juicio en contrario a su situación.

A primera impresión, pareciera que el derecho al debido procedimiento en materia sancionadora fuera únicamente una derivación del enunciado general en materia del debido procedimiento administrativo, es decir, que sólo comprende los ámbitos propios del derecho a ser oído, a probar y a tener una decisión fundada en Derecho³⁴.

Sin embargo, no puede soslayarse el hecho de que en el ámbito de los procedimientos administrativos sancionadores no solamente se aplican las garantías del derecho procesal, sino también las que se deriven del derecho fundamental a la defensa así como las demás garantías aplicables al orden penal, puesto que es pacífico en doctrina afirmar la aplicación de los derechos y garantías constitucionales del derecho penal (con las modulaciones debidas) al ámbito de los procedimientos administrativos sancionadores³⁵. En tal sentido, en el ámbito de los procedimientos sancionadores, consideramos que, a la par de la aplicación de las normas que rigen al debido proceso en el ámbito del procedimiento administrativo, serán de aplicación aquellas garantías y principios del derecho de defensa en el orden penal *con una extensión o aplicación modulada al ámbito del derecho administrativo sancionador*. Esto quiere decir que aquellos derechos del debido proceso jurisdiccional aplicables al ámbito penal, como puede ser la prohibición de inculparse a sí mismo, o el derecho a asistencia letrada, también revisten utilidad en el ámbito del procedimiento sancionador. Esto también deriva de la aplicación de las garantías básicas de los derechos fundamentales que se encuentran previstas en el derecho internacional de los derechos humanos, y especialmente en las Convenciones de Derechos Humanos aplicables al sistema interamericano de protección de estos derechos.

8. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE DEBIDO PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO. SALUDABLES AVANCES (Y ALGUNOS PREOCUPANTES RETROCESOS).

El TC con acierto ha contribuido con copiosa y permanente jurisprudencia a la consagración pretoriana del derecho al debido procedimiento en sede administrativa, mucho antes de la entrada en vigencia de la LPAG, y bajo un entendimiento razonado de que el debido proceso es de aplicación a los procedimientos administrativos, debido

³⁴ Tal como lo interpreta MORON, Juan Carlos. **Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General**. 3 ed. Lima: Gaceta Jurídica Editores, 2004. p. 625-626.

³⁵ Sobre el tema, véase, GARBERI LLOBREGAT, José. **La aplicación de los derechos y garantías constitucionales a la potestad y al procedimiento administrativo sancionador**. Madrid: Trivium, 1989. Una visión plenamente actualizada en: ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucía. **El procedimiento administrativo sancionador y los derechos fundamentales**. Madrid: Editorial Civitas, 2007.

a que su aplicación implica una garantía mínima de defensa para los derechos de los ciudadanos al interior del procedimiento administrativo³⁶.

Así, el TC ha afirmado la aplicación del derecho al debido proceso en sede administrativa, para casos tales como nulidades de oficio, procedimientos sancionadores, procedimientos disciplinarios, procedimientos de ejecución coactiva, procedimientos de pase al retiro por “renovación” de oficiales de las fuerzas armadas y policiales, otorgamiento de licencias y autorizaciones, concursos públicos para contratación, entre otros³⁷.

Es claro entonces que el TC ha asentado una tendencia notoriamente orientada a aplicar las garantías y derechos del debido proceso contenidos en la Constitución hacia el ámbito administrativo. Esto ha supuesto un avance encomiable, que ha recibido el respaldo manifiesto de la doctrina y recepción en la jurisprudencia de los tribunales inferiores.

Un tema que está presente en varias sentencias, es el relativo a la importante distinción entre la aplicación del principio al debido procedimiento administrativo en los procedimientos con eficacia externa (es decir, aquellos procedimientos en los que se tiene la participación de administrados con derechos o intereses pasibles de ser afectados, y que culminan, normalmente, con la emisión de un acto administrativo), y los procedimientos de eficacia interna o *ad intra* de la propia Administración, como aquellos procedimientos dirigidos a la emisión de “actos de administración interna” (como los relativos a los procesos propios de los sistemas administrativos o procesos de naturaleza interna, para el funcionamiento de las entidades). Precisamente, el TC ha señalado que las garantías del debido proceso administrativo son aplicables exclusivamente al ámbito de los procedimientos de eficacia externa, siendo que esto no es aplicable para el caso de los denominados procedimientos internos. (STC recaída en el Exp. N° 2209-2002-AA/TC), afirmación que debe ser tomada con pinzas, conforme lo señalaremos a continuación, ya que dicha división no debe ser nunca tomada para actuar en perjuicio de los funcionarios públicos sobre todo en lo que se refiere a decisiones administrativas de gravamen, las cuales por efecto de una mala doctrina, generalmente son calificadas como “actos de administración interna”, cuando en realidad son legítimos y perfectos actos administrativos, en la medida que afectan el status de la relación jurídica entre el funcionario y el Estado.

³⁶ Referencias abundantes a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la materia, se pueden encontrar en: ESPINOSA SALDAÑA, Eloy. Debido proceso en procedimientos administrativos. Su viabilidad y las experiencias peruana y mundial sobre el particular. **Revista de Derecho Público Administrativo y Constitucional**, Editorial Grijley, año 3, n. 5, jul/dec 2002.; y OCHOA CARDICH, César. **Los principios generales del procedimiento administrativo**. Lima: ARA Editores, 2003. p. 68-75.

³⁷ La cita de las sentencias, en extenso, en: OCHOA CARDICH, César. **Los principios generales del procedimiento administrativo**. Lima: ARA Editores, 2003. p. 68-75.

Precisamente, y pese a la importante línea garantista trazada por el Alto Tribunal en varias materias, encontramos que actualmente se vienen sucediendo sentencias en las que el TC viene reduciendo el ámbito de la protección del debido procedimiento administrativo, específicamente en el campo de la ratificación de magistrados y jueces.

Al respecto, basta citar la Sentencia recaída en el expediente N° 1941-2002-AA/TC³⁸ (y otras decisiones que siguen el camino trazado por ésta), en la cual el TC afirma que en el ámbito de los procedimientos de ratificación no rigen todas y cada una de las garantías del debido procedimiento administrativo, afirmándose inclusive que no asistiría a los afectados la garantía de las decisiones fundadas (al tratarse el acto de ratificación de un “acto de confianza”). Consideramos que en este caso, se ha desconocido el hecho de que el acto de ratificación es un acto notoriamente discrecional, que si bien es cierto, no importa una sanción, si implica la adopción de un *acto de gravamen*, es decir, aquella clase de acto administrativo que implica la restricción o término del ejercicio de un derecho, en sentido desfavorable al ámbito del particular.

Precisamente, por tratarse de un acto discrecional de gravamen, las garantías del debido procedimiento deben ser de mayor aplicación en tal sede, en sus tres facetas, inclusive, motivo por el cual se impone una corrección en la tendencia jurisprudencial antes indicada, a fin de adecuar la política jurisprudencial del TC a los alcances del derecho al debido procedimiento administrativo contenido en la LPAG³⁹, el cual es de aplicación a todo procedimiento dirigido a alterar o modificar el status jurídico de un administrado, aún cuando sea catalogado como un “procedimiento interno”, lo cual surge directamente de la consideración del propio concepto de procedimiento administrativo de acuerdo a lo previsto en el artículo 29° de la LPAG.

³⁸ Precedente aplicable inicialmente al caso de la ratificación de los magistrados y fiscales, hoy dejado de lado por la Sentencia del Exp. N° 3361-2004-AA/TC.

³⁹ Consideramos preocupante inclusive, que se pretenda señalar un enunciado como el que afirma que “no en todos los procedimientos administrativos se titulariza el derecho al debido proceso”. (FFJJ 9 de la STC recaída en el Exp. N° 1836-2005-PA/TC), haciéndose referencia a la diferencia entre procedimientos “internos” y procedimientos “externos” (y señalándose veladamente que el procedimiento de ratificación de magistrados sería uno de eficacia “interna”). Por el contrario, sostenemos y afirmamos enfáticamente que el acto de ratificación de magistrados es un acto administrativo de gravamen, que afecta directamente (eficacia externa) la esfera jurídica de los ciudadanos en ejercicio de la función jurisdiccional, y por tanto debe ser motivado, y además, en dicho procedimiento, deben ser de perfecta aplicación al menos las garantías expresadas en la LPAG como contenido del derecho al debido procedimiento administrativo. Por lo demás, en todos los procesos o procedimientos administrativos será de aplicación la garantía del debido procedimiento, sin excepción alguna.

9. REFERENCIAS

ABERASTURY, Pedro; CILURZO, Rosa. **Curso de procedimiento administrativo**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998.

ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucía. **El procedimiento administrativo sancionador y los derechos fundamentales**. Madrid: Editorial Civitas, 2007.

BARNÉS, Javier. **Innovación y Reforma en el Derecho Administrativo**. Sevilla: Global Law Press, 2006.

BARNÉS, Javier. **La transformación del procedimiento administrativo**. Sevilla: Global Law Press, 2008.

BARNÉS, Javier. Sobre el derecho administrativo de la información. **Revista Catalana de Derecho Público**, n. 35, 2007.

BARNÉS, Javier. Una reflexión introductoria sobre derecho administrativo y la Administración Pública de la sociedad de la información y del conocimiento. **Revista Andaluza de Administración Pública**, n. 40, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2000.

BARRERO RODRIGUEZ, Concepción. **La prueba en el procedimiento administrativo**. 2 ed. Pamplona: Thomson-Aranzadi, 2003.

BUSTAMANTE, Reynaldo. **Derechos fundamentales y proceso justo**. Lima: ARA Editores, 2002.

CANOSA, Armando. **El procedimiento como elemento del acto administrativo**. Buenos Aires: Ediciones RAP S.A, 2002.

CANOSA, Armando. **Procedimiento Administrativo: Recursos y reclamos**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2008.

CANOSA, Armando: Alcances de la denominada tutela administrativa efectiva. Circular Letter, n. 50. **Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública**. Disponible en <www.revis-tarap.com.ar>.

CASSAGNE, Juan Carlos (Org). **Procedimiento y Proceso administrativo**. Buenos Aires: Lexis Nexis - UCA., 2005.

CASSAGNE, Juan Carlos. **Derecho Administrativo**. Tomo II. 6 ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998.

CASSAGNE, Juan Carlos. **Ley Nacional de Procedimientos Administrativos: comentada y anotada**. Buenos Aires: La Ley, 2009.

CIERCO SEIRA, César. **La inadmisión en el procedimiento administrativo: estudio de su configuración a la luz del proceso judicial**. Madrid: Ediciones lustel, 2009.

CIERCO SEIRA, César. **La participación de los interesados en el procedimiento administrativo**. Bolonia: Publicaciones del Real Colegio de España, 2002.

DANOS ORDOÑEZ, Jorge. La participación ciudadana en el ejercicio de las funciones administrativas en el Perú. **Revista de Derecho Administrativo**, Círculo de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la PUCP, n. 1, año I, Lima, 2005.

DINAMARCO, Cándido Rangel. **La instrumentalidad del proceso**. Traducción de Juan Monroy Palacios. Lima: Editorial Communitas, 2009.

DROMI, Roberto. **El procedimiento administrativo**. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1996.

ESCOLA, Héctor Jorge. **Tratado General de Procedimiento Administrativo**. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1973.

ESPINOSA SALDAÑA, Eloy. Debido proceso en procedimientos administrativos. Su viabilidad y las experiencias peruana y mundial sobre el particular. **Revista de Derecho Público Administrativo y Constitucional**, Editorial Grijley, año 3, n. 5, jul/dec 2002.

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy. **En torno al debido proceso en sede administrativa y su viabilidad en el escenario peruano y mundial**. Disponible en: <<http://www.derechoycambio-social.com/RJC/Revista12/debido.htm>>. Acceso en: 26 ago. 2014.

GARBERI LLOBREGAT, José. **La aplicación de los derechos y garantías constitucionales a la potestad y al procedimiento administrativo sancionador**. Madrid: Trivium, 1989.

GORDILLO, Agustín. **Tratado de Derecho Administrativo**. Tomo II - La defensa del usuario y del administrado. 5ª edición. Lima: Fundación de Derecho Administrativo – ARA, 2003.

GUZMAN NAPURI, Christian. El debido proceso en sede administrativa en la jurisprudencia y la doctrina peruana: ¿hoy en día todavía puede discutirse la pertinencia del mismo?. **Ius et Veritas, Lima**, año XI, n. 22, 2001.

HUTCHINSON, Tomás. **De la prueba en el procedimiento administrativo**. Buenos Aires: Ediciones RAP S.A., 1998.

HUTCHINSON, Tomás. **Ley Nacional de Procedimientos Administrativos: Ley N° 19.549**. Tomo 1. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1997.

LINARES, Juan Francisco. **Razonabilidad de las leyes**. 2 ed. Buenos Aires: Astrea, 1989.

MONROY PALACIOS, Juan José. Arbitraje, Jurisdicción y Proceso. **Revista Peruana de Derecho Procesal**, año X, n. 10.

MORON URBINA, Juan Carlos. **Los obstáculos inconstitucionales al derecho a recurrir en sede administrativa**: a propósito de la línea jurisprudencial del Tribunal Constitucional. In: Actualidad Jurídica, tomo 140, jul. 2005, Gaceta Jurídica Editores, Lima, 2005. p. 157-162.

MORON URBINA, Juan Carlos. Los obstáculos inconstitucionales al derecho a recurrir en sede administrativa. A propósito de la línea jurisprudencial del Tribunal Constitucional. **Actualidad Jurídica**, tomo 140, Lima, Gaceta Jurídica Editores, jul. 2005. Lima, Gaceta Jurídica Editores, 2005.

MORON, Juan Carlos. **Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General**. 3 ed. Lima: Gaceta Jurídica Editores, 2004.

OCHOA CARDICH, César. **Los principios generales del procedimiento administrativo**. Lima: ARA Editores, 2003.

PONCE SOLE, Juli. **Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido**. Valladolid: Lex Nova, 2001.

PRIORI, Giovanni. La efectiva tutela jurisdiccional de las situaciones jurídicas materiales: hacia una necesaria reivindicación de los fines del proceso. **Ius et Veritas**, n. 26, Lima, 2003.

RHEIN SCHIRATO, Vitor. Legitimidad Procesal y Tipos de Proceso Administrativo. **Revista de Derecho Administrativo**, n. 9, Círculo de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la PUCP, Lima, 2011.

SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. **La teoría general del Derecho Administrativo como sistema**. Traducción de Mariano BACIGALUPO et.al. Madrid: Marcial Pons – INAP, 2003.

SHIMABUKURO MAKIKADO, Roberto. **La instrucción del procedimiento administrativo**. Lima: ARA Editores, 2003.

STEWART, Richard. The reformation of American administrative law. **Harvard Law Review**, vol. 88, n. 8, jun./1975.

TAWIL, Guido (Org.). **Procedimiento Administrativo**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2009.

TAWIL, Guido. Sobre el futuro del procedimiento administrativo. **Revista de Derecho Administrativo**, n. 9, especial sobre Procedimiento Administrativo, Lima, 2011.

ZEGARRA VALDIVIA, Diego. **La motivación del acto administrativo en la Ley N° 27444**: nueva Ley de Procedimiento Administrativo General. Lima: ARA Editores, 2003.





El nuevo constitucionalismo y las bases del orden jurídico

The new constitutionalism and the bases of the legal system

JUAN CARLOS CASSAGNE*

Universidad de Buenos Aires (Argentina)
jcc@cassagne.com.ar

Recibido/Received: 14.11.2014 / November 14th, 2014

Aprovado/Approved: 05.12.2014 / December 05th, 2014

Resumen

El artículo analiza los impactos que el fenómeno del nuevo constitucionalismo ha producido en el marco del Derecho Público, examinando las principales cuestiones que la constitucionalización del orden jurídico plantea. El trabajo trata de la confrontación entre ideas del positivismo y de las tendencias iusnaturalistas, enfrentando temas como ley natural y ley positiva, justicia, distinción entre moral y derecho, el carácter vinculante de los principios, entre otros. Al final, son presentadas las ideas cardinales de los nuevos paradigmas del Derecho Público y sus principios fundamentales, como dignidad de la persona, buena fe y confianza legítima.

Palabras-clave: nuevo constitucionalismo; positivismo jurídico; iusnaturalismo; justicia; principios.

Abstract

The article analyzes the impacts that the phenomenon of new constitutionalism has produced in the context of public law, examining the main issues raised by the constitutionalization of the legal order. The work deals with the confrontation between ideas of legal positivism and jusnaturalism trends, facing issues like natural law and positive law, justice, distinction between morality and law, the binding nature of the principles, among others. In the end, it presents the cardinal ideas of the new paradigms of public law and its fundamental principles such as dignity, good faith and legitimate expectations.

Keywords: new constitutionalism; legal positivism; jusnaturalism; justice; principles.

Como citar esse artigo/How to cite this article: CASSAGNE, Juan Carlos. El nuevo constitucionalismo y las bases del orden jurídico. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 2, n. 1, p. 167-224, jan./abr. 2015. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v2i1.43660>

* Profesor Titular Consulto de Derecho Administrativo de la Universidad de Buenos Aires – UBA (Buenos Aires, Argentina). Doctor en Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires. Fue Director del Instituto de Derecho Administrativo "Profesor Rafael Bielsa" y del Curso de Especialización en Derecho Administrativo (1974-1983), de la Universidad de Buenos Aires. Es profesor visitante de la Universidad de París X (Nanterre-Francia) y de la Universidad de Pau (Francia); de las Universidades españolas Autónoma de Madrid, Salamanca, San Pablo Ceu, La Coruña, Navarra, Valladolid, Escola Galega de Administración Pública; y de varias casas de estudios de Iberoamérica como la Pontificia Universidad Católica de Chile, la Universidad de la República (Uruguay) y el Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario de Bogotá, donde fue honrado con la designación de Profesor Honorario en 1984 por sus "méritos académicos relevantes" en el campo de derecho público. Desde el año 2005 es miembro del Comité Científico de la Universidad de Salamanca en la Argentina. Ha fundado y es Director de la Revista de Derecho Administrativo, publicación trimestral especializada que se edita desde el año 1989. Es Director del Instituto de Derecho Administrativo de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires e integra el Consejo Académico del Programa Master en Derecho Administrativo de la Universidad Austral. Es Miembro de Número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Académico Honorario de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación y Académico Correspondiente de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, ambas de Madrid. Miembro de la Academia Internacional de Derecho Comparado (AIDC), con sede en París y de la Academia Interamericana de Derecho Internacional y Comparado. E-mail: jcc@cassagne.com.ar

SUMARIO

1. Un nuevo escenario en el Derecho Público; **2.** Positivismo y Neoconstitucionalismo; **3.** La constitucionalización del ordenamiento y los nuevos problemas que se plantean; **3.1.** La teoría de la armonización de los derechos para resolver los conflictos; **3.2.** Trascendencia de la ciencia política, de la filosofía del derecho y de su teoría general; **4.** Las fronteras entre el derecho público y el derecho privado: la *summa divisio* como categoría histórica; **5.** Notas y características principales del nuevo constitucionalismo; **6.** La irrupción y auge de las tendencias iusnaturalistas: diversos sentidos del concepto de derecho; **7.** Ley natural y ley positiva: la fuente de la ley natural y el error de base del positivismo; **8.** La justicia: diferentes clases; **9.** La distinción entre moral y derecho; **10.** La estructura del ordenamiento; **11.** Las normas; **12.** Los principios generales: su diferencia con las normas y los valores. Las directivas políticas; **13.** El carácter preceptivo o vinculante de los principios. La distinción entre derecho y principio; **14.** El carácter absoluto o relativo de los derechos; **15.** Características atribuidas al orden jurídico; **16.** Los paradigmas en el derecho público; **17.** La dignidad de la persona como fuente central de todos los principios y derechos; **18.** Los nuevos paradigmas del derecho público; **19.** El principio *pro homine* y su función ordenadora. La interpretación más favorable (*in dubio pro libertate*); **20.** El principio general de la buena fe; **21.** El principio de la confianza legítima; **22.** El principio de la moral pública; **23.** La necesidad de armonizar los nuevos paradigmas; **24.** Referencias.

1. UN NUEVO ESCENARIO EN EL DERECHO PÚBLICO

La realidad actual muestra que estamos ante un nuevo escenario jurídico constitucional que se proyecta con intensidad a la mayoría de las instituciones del derecho público, particularmente al derecho administrativo. Para explicar lo que acontece se habla de neoconstitucionalismo¹ y no se puede desconocer que se ha operado un cambio radical en el sistema de las fuentes del derecho, que se refleja tanto en su interpretación como en el papel que cumplen los jueces en el Estado de Derecho.

El fenómeno que se ha generado a través de una transformación paulatina y gradual del sistema del derecho constituye un producto de la propia dinámica del Estado de Derecho que se va nutriendo de nuevas herramientas para realizar sus fines, en un escenario caracterizado por la aceleración del tiempo histórico.

Basta con advertir que el auge que tuvieron los principios generales en algunos países europeos por obra de la jurisprudencia (como la del Consejo de Estado francés)² y en otros, a raíz de la sanción de los nuevos textos constitucionales (vgr. España, Alemania e Italia) originó un proceso en el que prevalecieron distintas corrientes interpre-

¹ Para explicar el fenómeno nos parece más adecuado utilizar la expresión nuevo constitucionalismo en vez de "neoconstitucionalismo" por la carga ideológica que suelen contener las posturas de algunas doctrinas (mezcla de falso progresismo y populismo) y por las consecuencias que, para algunos sectores, puede suponer el empleo del elemento compositivo.

² DEBBASCH, Charles. *Droit Administratif*. París: Ed. Economica, 2002. p. 115 y ss.; MORAND-DEVILLER, Jacqueline. *Droit Administratif*. 13 ed. París: LGDJ, 2013, p. 267 y ss., expone un nutrido conjunto de principios generales del derecho que resultan aplicables aún en ausencia de texto normativo, desarrollados por el Consejo de Estado a partir de los casos "Dame Trompier-Gravier (1944)" y "Aramú" (1945)".

tativas que terminaron desplazando la supremacía de la ley como centro del sistema jurídico junto a una serie de dogmas consecuentes que sostenían el cuadro básico del positivismo legalista.

En ese cuadro figuraban desde la limitación del papel del juez a la mera aplicación de la norma, el rechazo de los valores o de la moral como integrantes del derecho, hasta la idea de que la tarea de interpretación consistía más en una operación lógica de subsunción antes que en una ponderación basada en el razonamiento práctico o en la argumentación jurídica, como ahora sostiene. Obviamente, en ese esquema positivista, los principios generales del derecho no tenían cabida y la justicia se consideraba una cuestión metafísica, ajena al mundo jurídico. Los derechos del hombre³ no se fundaban en la ley natural y su vigencia dependía de su reconocimiento por las normas positivas. Sin embargo, al ser el derecho administrativo –en sus orígenes– un derecho especialmente jurisprudencial⁴, fue abriéndose paso mediante la creación pretoriana de sus principios institucionales y sectoriales.

El derecho emanado de los tratados internacionales, en especial sus principios y la doctrina de la convencionalidad, contribuyeron también a sellar el nuevo modelo surgente en el que se afirma la protección de los derechos fundamentales o humanos desde la perspectiva del principio de la dignidad de la persona como centro de un sistema jurídico complejo que prevalece e informa a los demás principios.⁵

La clave que ordena ese sistema jurídico complejo que caracteriza al derecho público utiliza una metodología basada en un enfoque sistémico⁶ (propio de toda ciencia) que enlaza las partes especiales que forman el conjunto de cada rama del mundo jurídico vinculándolas con los principios generales del derecho⁷. En esa línea⁸, el derecho administrativo constituye –dentro del derecho público– un subsistema jurídico⁹.

³ Acerca del significado de los derechos humanos en la Constitución Argentina véase el trabajo de SCHIFFRIN, Leopoldo H. Notas sobre el significado de los derechos humanos en la Constitución Argentina. In: MILLER, Jonathan M; GELLI, María Angélica; CAYUSO, Susana (Org.). **Constitución y derechos humanos**. t. 1. Buenos Aires: Astrea, 1991. p. 22 y ss.

⁴ RODRÍGUEZ R., Libardo. **Derecho administrativo general y colombiano**. Bogotá: Temis, 2008. p. 22.

⁵ Véase: CASSAGNE, Juan Carlos. La jerarquía y regulación de los Tratados en la Constitución argentina. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 10, n. 40, p. 199-216, abr./jun. 2010; GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo Angel. Derecho administrativo, Constitución y derechos humanos. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 10, n. 40, p. 239-250, abr./jun. 2010.

⁶ BUNGE, Mario A. **Memorias: Entre dos mundos**. Buenos Aires: Gedisa-Eudeba, 2014. p. 234-237.

⁷ SCHMIDT-ASSMAN, Eberhard. **La teoría general del derecho administrativo como sistema**. Madrid: Marcial Pons, 2003. p. 1-2.

⁸ MONTAÑA PLATA, Alberto. **Fundamentos de derecho administrativo**. Bogotá: Universidad del Externado de Colombia, 2010. p. 25-26.

⁹ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. **Tratado de derecho administrativo**. t. 1. 1 ed. Bogotá: Universidad del Externado de Colombia, 2003. p. 174-177.

2. POSITIVISMO Y NEOCONSTITUCIONALISMO

A partir de la segunda guerra mundial, la mayoría de los antiguos dogmas cayeron en forma bastante generalizada y uniforme en los principales países europeos¹⁰. No obstante, no faltaron quienes trataron de rescatar algunos restos del naufragio refugiándose en lo que algunos juristas denominan neoconstitucionalismo, el cual aparece con un rumbo radicalmente opuesto al que practicaban las escuelas positivistas de antaño, a pesar de algunas rectificaciones notables, que se adelantaron a la evolución del pensamiento de esas corrientes filosóficas.

En efecto, en uno de los últimos trabajos de Kelsen se observa un cambio fundamental en su concepción normativa ya que, contrariamente a lo que había afirmado en la *Reine Rechtslehre* de 1960 (en el sentido de que las normas jurídicas eran juicios hipotéticos), sostuvo que los principios lógicos (fundamentalmente el de no contradicción y el de inferencia) no son aplicables a las normas. Como las normas que crea el juez (en el último esquema kelseniano) son, en definitiva, actos reales de voluntad y no juicios lógicos¹¹, dada la indeterminación conceptual propia del derecho y del lenguaje, así como los inevitables vacíos normativos, el giro kelseniano implica reconocer que el derecho tiene su fuente más en la voluntad creadora del juez que en la subsunción a un esquema lógico formal, lo que abre un ancho cauce para que en la voluntad del juez se cuelen, aparte de las subsunciones de la lógica abstracta, las valoraciones y principios jurídicos provenientes de la ley natural, determinados conforme a las reglas de la razonabilidad práctica (Finnis).

Encandilados con el nuevo esquema que han propuesto algunos de los teóricos europeos del llamado “neoconstitucionalismo” son pocos los que han subrayado que la mayoría de los países de América (fieles en este punto a la tradición y al sistema de la Constitución norteamericana) estuvieron regidos, desde sus orígenes¹², por principios de un sistema que, aunque con los vicios y defectos de los nuevos Estados, obedecía a la lógica de una arquitectura constitucional superior que, recién muchos años después, adoptaron las constituciones europeas de posguerra¹³.

La superioridad de la concepción americana se basó en cuatro elementos fundamentales que se introdujeron en los marcos de los derechos constitucionales positivos:

¹⁰ KAUFMANN, Arthur. *La filosofía del derecho en la posmodernidad*. Bogotá: Temis, 2007. p. 11 y ss.

¹¹ LACLAU, Martín, “Relación entre lógica y Derecho en el último período de Kelsen”, LL 1982-B, 699 y ss. Los dos últimos trabajos de Kelsen (Derogación y Derecho y Lógica) fueron traducidos al castellano por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, publicados en el *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n. 21, México, 1974, p. 258 y ss.

¹² Véase: DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. En torno al neoconstitucionalismo. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 10, n. 40, p. 33-72, abr./jun. 2010.

¹³ PRIETO SANCHIS, Luis. *Constitucionalismo y Positivismo*. 2 ed. Ciudad de Mexico: UNAM-Fontamara, 1997. p. 16, señala dicha circunstancia y aunque no desarrolla el tema es uno de los pocos juristas europeos que lo advierte.

a) la concepción de la Constitución como norma suprema¹⁴ que prevalece sobre las leyes ordinarias en virtud de un pacto (basado en el consentimiento del pueblo) que garantiza la estabilidad de los derechos en el marco de una Constitución rígida; b) el reconocimiento en la Constitución de los valores republicanos y derechos fundamentales por encima de la ley ordinaria sobre la que predominan la dignidad del hombre¹⁵ y sus libertades como objetivo central de la vida política¹⁶; c) una justicia imparcial e independiente que aplica e interpreta directamente la Constitución garantizando la limitación de los poderes, que es algo así como la médula del modelo norteamericano; y d) un control de la constitucionalidad de las leyes y de las decisiones administrativas en cabeza del Poder Judicial,¹⁷ que obliga a los jueces a no aplicar las leyes que conculcan la Constitución¹⁸.

Como la obligatoriedad de la Constitución surge, en el sistema norteamericano, (seguido en el resto de América), de una regla que le atribuye a la Constitución el carácter de norma suprema y vinculante, no fue necesario en nuestros países acudir a construcciones como fueron la regla básica de Kelsen o la regla de reconocimiento de Hart¹⁹, para fundar dicha obligatoriedad en elementos extra positivos de lógica formal.

Las bases de ese esquema constitucional permiten afirmar que, para los países americanos, el sistema que los europeos denominan Estado Constitucional de Derecho no es una novedad²⁰, pues siempre lo tuvieron en sus respectivos ordenamientos desde los comienzos de la Constitución norteamericana. En tal sentido, las nuevas repúblicas de América siguieron este aspecto básico del modelo, no obstante la mixtura con otras fuentes que armonizan con el sistema norteamericano y aún lo profundizan, como la Constitución de Cádiz que tuvo gran influencia en las constituciones de los países iberoamericanos.

¹⁴ BREWER CARIAS, Alan Randolph. **Principios fundamentales del derecho público**. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2005. p. 13 y ss., apunta que la idea de la Constitución como norma suprema de aplicación inmediata y fundamento del orden jurídico posee una tradición normativa que se remonta a la Constitución venezolana de 1811, véase del mismo autor: **La Constitución de Cádiz y el constitucionalismo americano**. San José de Costa Rica: Editorial Investigaciones Jurídicas, 2012. p. 21 y ss.

¹⁵ Ver: DURAN MARTINEZ, Augusto. **Neoconstitucionalismo y Derecho Administrativo**. Montevideo: La Ley, 2012. p. 30 y ss.

¹⁶ Cfr. BADENI, Gregorio. **Tratado de Derecho Constitucional**. t. 1. 3 ed. Buenos Aires: La Ley, 2010. p. 56.

¹⁷ AMAYA, Jorge Alejandro. **El control de constitucionalidad**. Buenos Aires: Astrea, 2012, p. 121 y ss.

¹⁸ SAGUÉS, Néstor P. El control de constitucionalidad en Argentina. In: SABSAY, Daniel (Org.). **Constitución de la Nación Argentina**. Buenos Aires: Hammurabi, 2010. p. 585 y ss.

¹⁹ Ver sobre el punto el completo análisis de ATIENZA, Manuel; RUIZ MANERO, Juan. **Las piezas del derecho: Teoría de los enunciados jurídicos**. 2 ed. Barcelona: Ariel Derecho, 2015, p. 167 y ss. La obligatoriedad de la ley constituye, por otra parte, un principio de derecho natural.

²⁰ Cfr. SANTIAGO, Alfonso. **Neoconstitucionalismo**. Separata de Anales de la Academia Nacional de ciencias Morales y Políticas, Buenos Aires, 2008., señala que ciertos aspectos del neo-constitucionalismo no constituyen una novedad para los sistemas inspirados en el modelo constitucional norteamericano (p. 8).

El peligro de transplantar este nuevo constitucionalismo europeo a América no se encuentra entonces en la raíz del sistema adoptado sino en la incorporación de otras ideas al proceso de construcción e interpretación del derecho positivo constitucional. Entre ellas, se destacan las basadas en ideologías que conciben el derecho como un mero mecanismo de dominación económica, confundiendo la incuestionable protección de los derechos humanos o fundamentales (en el que la dignidad de la persona constituye el valor supremo) con la socialización del derecho y de la justicia y una pretendida hegemonía cultural que ahoga el pluralismo. El grado máximo de esta tendencia, expresada en diferentes visiones, asigna, básicamente, una absoluta preeminencia a lo colectivo sobre lo individual y al Estado sobre el hombre, desplazando el principio de subsidiariedad. En esa línea, si se atribuye irrestricta prevalencia a la igualdad sobre la libertad y la propiedad, el derecho enfrenta el riesgo de nutrirse de una axiología colectivizante que, llevada al extremo, en vez de procurar la cohesión de la sociedad, introduce la confrontación y el conflicto permanente entre los distintos estamentos sociales cada uno de los cuales busca aceleradamente crecer a expensas de los otros²¹.

Lejos de suponer que el papel del Estado deba ser siempre neutro su intervención es, por naturaleza, subsidiaria de las fuerzas naturales de la sociedad, lo que no impide que intervenga, positivamente y en forma razonable, con el fin de evitar los abusos del mercado que impidan la libre competencia así como para suplir las carencias sociales de los sectores más necesitados de la población, incluso de los desocupados que no consiguen empleo. A su turno, la justicia social precisa orientarse hacia el bien común, sin discriminaciones irrazonables, mediante una política distributiva destinada a compensar las carencias sociales, de manera de no destruir la espontaneidad de los actores económicos ni la capacidad financiera de cada comunidad. No hay que confundir la política social con los principios generales del sistema jurídico y los derechos fundamentales de hombre, preexistentes a cualquier acto de creación o reconocimiento del Estado o de la sociedad²².

²¹ La tendencia hacia la socialización o prevalencia de los derechos colectivos sobre los derechos humanos de toda la población se muestra patente en el abuso que hacen los sectores sindicales al utilizar el derecho de huelga en los servicios públicos o esenciales como en el derecho absoluto o ilimitado que conculca otros derechos fundamentales de las personas (trabajar, circular libremente, atender su salud o vida, etc.). Sobre este tema puede verse: KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. Huelga y Servicios Públicos. In: GORDILLO, Agustín. (Org.). **Derecho Administrativo: Doctrinas esenciales**. t. 3. 10 ed. Buenos Aires: La Ley, p. 2011. p. 783 y ss.

²² Cfr. ESTRADA, José Manuel. **Curso de Derecho Constitucional**. 2 ed. Buenos Aires: Científica y literaria argentina, 1927. p. 47-49.

3. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL ORDENAMIENTO Y LOS NUEVOS PROBLEMAS QUE SE PLANTEAN

Como parte de un proceso que parece no detenerse hay que advertir que el llamado “neoconstitucionalismo”²³ irrumpe en el complejo escenario mundial, con tendencias que van de un extremo al otro²⁴, gestadas en el marco de la globalización del derecho.

La aparición de esta corriente responde a variadas causas. Desde los cambios, aparentemente neutros provocados en el seno del positivismo y las conversiones transversales de sus antiguos fieles hacia posiciones afines al iusnaturalismo junto a las matrices puramente ideológicas que impulsan la socialización del derecho hasta los que desde una posición trans-positivista intentan diluir la distinción entre positivismo y iusnaturalismo (llevando quizás más agua al molino del primero), el abanico de posturas filosóficas que abarca ese proceso es prácticamente inagotable. Son escasos los trabajos que han intentado la sistematización de las teorías²⁵, asumiendo el riesgo inevitable de no incluir muchos de los variados aportes que impulsan las modas de turno, cuyas posturas suelen ser tan opuestas como contradictorias²⁶. Con todo, aun con la relatividad propia de una tendencia que exhibe algunas fisuras por ciertos efectos disvaliosos que es susceptible de producir (fundamentalmente, la socialización extrema y abusiva de los derechos individuales de las personas), no se puede desconocer que, en el plano del derecho público, viene imponiéndose la llamada constitucionalización del ordenamiento jurídico²⁷, caracterizada por un condicionamiento acentuado de la Constitución sobre la ley ordinaria y la actividad administrativa.

Este proceso supone, como principal efecto, el desplazamiento como dogma absoluto de la presunción de constitucionalidad de las leyes,²⁸ lo que implica un aumento de las facultades de los jueces para controlar a los otros poderes.

²³ SANTIAGO, Alfonso. **Neoconstitucionalismo**. Separata de Anales de la Academia Nacional de ciencias Morales y Políticas, Buenos Aires, 2008.p. 8 y ss., ha hecho una buena descripción del fenómeno.

²⁴ KAUFMANN, Arthur. **La filosofía del derecho en la posmodernidad**. Bogotá: Temis, 2007, p. 9, advierte que es un signo de la modernidad ir de un extremo al otro.

²⁵ HALLIVIS PELAYO, Manuel. **Teoría General de la interpretación**. Ciudad de México: Porrúa, 2009, especialmente, p. 20 y ss., aborda, en forma exhaustiva, la mayoría de los temas y doctrinas sobre la teoría de la interpretación en la filosofía del derecho y en la teoría general.

²⁶ PÉREZ HUALDE, Alejandro. Reflexiones sobre neoconstitucionalismo y derecho administrativo. **Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña**, n. 12, 2008. p. 851 y ss.

²⁷ GUASTINI, Riccardo. La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano. In: CARBONELL, Miguel (Org.) **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2006, p. 49.

²⁸ CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo. Supremacía constitucional e interpretación. In: _____. **Sobre Derecho Administrativo**. t. 1. Montevideo: FCU, 2007, p. 273 y ss. Sin embargo, tampoco resulta legítimo sustentar la presunción de inconstitucionalidad de ciertas leyes (relativas a las denominadas categorías sospechosas) pues la inconstitucionalidad debe siempre acreditarse y/o probarse en el proceso.

3.1. La teoría de la armonización de los derechos para resolver los conflictos

Al circunscribir las objeciones que merece este proceso de constitucionalización (tarea, por cierto, difícil de llevar a cabo en base a un criterio objetivo) puede decirse que una de las características más cuestionables consiste en elevar la jerarquía de los denominados “*nuevos derechos*”, oponiéndolos a los derechos fundamentales o humanos clásicos del derecho natural, reconocidos positivamente en la casi totalidad de las constituciones decimonónicas. Una de las técnicas que suelen utilizarse para afirmar esa primacía opera a través del planteamiento radical de los conflictos de derechos.

Esta es la principal dificultad que plantea la línea más extrema del llamado neo-constitucionalismo ya que el llamado conflicto de derechos, aparte de afectar el principio de no contradicción²⁹ y, no obstante la dimensión de peso que puedan tener los respectivos principios generales, no tiene en cuenta que cada uno de ellos juega un papel armónico dentro del sistema jurídico, en el cual, en principio, no hay jerarquías dogmáticas predeterminadas sean estas positivas o naturales (con excepción del derecho a la vida y sus derivaciones). El desplazamiento de un principio general por otro no debe ser un acto de puro voluntarismo judicial o doctrinario sino de ponderación de los distintos valores en juego en el caso, conforme a las exigencias de la razonabilidad práctica³⁰.

El fundamento de la teoría sobre la armonización de los derechos reposa en que el derecho, en sentido amplio, es una ciencia social y, como toda ciencia, su conocimiento y práctica deben basarse en un enfoque sistémico para poder alcanzar los fines de justicia y bien común que persigue. La pretensión de imponer, con carácter dogmático, un derecho colectivo sobre un derecho individual implica una interpretación fragmentaria del derecho y va contra la unidad que predica la visión sistémica. Incluso para la teoría que postula la naturaleza dual del derecho³¹, que reconoce su invalidez sólo cuando se supera un umbral extremo o intolerable de injusticia, la prelación de un derecho sobre otro no resulta posible dado que no existe principio alguno que establezca dicha preferencia. Los derechos no se encuentran en conflicto *a priori* y resulta necesaria su armonización mediante un método adecuado que permita ponderar y reflexionar con sentido práctico para arribar a una decisión justa.

²⁹ Como lo ha demostrado en TOLLER, Fernando M. Refutaciones lógicas a la teoría de los conflictos de derechos. In: CIANCIARDO, Juan (Coord.). **La interpretación en la era del neo-constitucionalismo**. Buenos Aires: Ábaco, 2006. p. 138 y ss.

³⁰ FINNIS, John. **Ley Natural y Derechos Naturales**. Trad. de Cristóbal Orrego S. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2000. p. 131 y ss.

³¹ ALEXY, Robert. **El concepto y la naturaleza del derecho**. Madrid: Marcial Pons, 2008. p. 54 y ss., especialmente p. 73 y ss.

3.2. Trascendencia de la ciencia política, de la filosofía del derecho y de su teoría general

Sin embargo, a favor de lo que suele denominarse neoconstitucionalismo, aunque de manera desordenada (con fundamento en las diversas ideologías de sus cultores), corresponde reconocer que ha sabido conectarse con la ciencia política y con la filosofía y sobre todo, con la teoría general del derecho, para adoptar las nuevas tendencias y técnicas de interpretación de la ley y del derecho. Dichas técnicas, en cualquier caso, no necesitaban una nueva escuela para desarrollarse, por la sencilla razón que eran y son también sostenidas por los juristas que profesan un iusnaturalismo actualizado y por juristas del derecho público pertenecientes a otras disciplinas³². Como en toda ciencia, la necesidad de acudir al método sistémico no puede soslayarse.

En efecto, en un escenario caracterizado por la primacía de los principios generales y de la interpretación del derecho, las nuevas tendencias no precisaban un movimiento filosófico-jurídico peculiar o típico para desarrollarse³³. A la inversa, puede advertirse que fue un movimiento que se gestó *a posteriori* del proceso de recepción de los principios generales nutriéndose tanto de tradiciones y principios de derecho público como de los nuevos preceptos constitucionales de la posguerra europea, en medio de un marcado divisionismo filosófico. En ese contexto, entonces, resulta impensable postular la unidad y persistencia de un fenómeno doctrinario que seguramente evolucionará hacia otros rumbos en el futuro que son, por el momento, difíciles de avizorar.

Porque si bien podría decirse que uno de los pocos acuerdos existentes entre todas las teorías de la filosofía del derecho y del derecho público radica en la defensa del Estado de Derecho y en el mantenimiento de un régimen que lo garantice de una manera efectiva, los desacuerdos surgen, entre otras cosas, en relación 1) a la determinación del contenido o fines del Estado de Derecho (liberal, social o benefactor o subsidiario); 2) a la medida y extensión del régimen garantístico (lo que tiene particular incidencia en el régimen del acto administrativo) y 3) a la tendencia hacia la constitución de un complejo sistema de derecho internacional lejos todavía de alcanzar consenso y uniformidad³⁴.

³² Sobre los avances producidos en el seno del derecho procesal con la potencialización del papel de los principios generales, el impulso hacia la tutela judicial efectiva y la protección de los derechos humanos, véase: GOZAINI, Osvaldo A. **Tratado de Derecho Procesal Civil**. t. 1. Buenos Aires: La Ley, 2009, p. 32. Sobre el iusnaturalismo en el ámbito del Derecho Administrativo, véase: COVIELLO, Pedro José Jorge. Una introducción iusnaturalista al Derecho Administrativo. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, año 13, n. 54, p. 67-99, out./dez. 2013.

³³ Tan es así que dos de las más destacados cultores del movimiento post-positivista como Dworkin y Alexy, estuvieron relacionados con la escuela positivista de Hart y para fundar sus teorías no se apoyaron en el constitucionalismo europeo de posguerra. Igualmente, desde el campo del iusnaturalismo, Finnis, de origen australiano, enseñó en Oxford, donde sobresalía la escuela de Hart.

³⁴ FERRAJOLI, Lucas. **El garantismo y la filosofía del derecho**. Bogotá: Univ. del Externado, 2000. p. 178. Por ejemplo, entre los países que no aceptan la jurisdicción del Tribunal Penal Internacional se encuentran

4. LAS FRONTERAS ENTRE EL DERECHO PÚBLICO Y EL DERECHO PRIVADO: LA *SUMMA DIVISIO* COMO CATEGORÍA HISTÓRICA

Las diferentes ramas del derecho nunca han tenido una demarcación precisa de sus límites, dado que éstos se mueven al compás de oscilaciones históricas, sociales e incluso, políticas. Repárese, sin más, en la categorización del derecho constitucional como derecho público a pesar de que su contenido comprende la regulación básica de derechos individuales de naturaleza privada, como el derecho de propiedad.

Por otra parte, la delimitación entre lo público y lo privado y la consecuente sistematización de instituciones y principios no siempre coinciden totalmente en los ordenamientos comparados. Esto obedece a que el derecho público –particularmente el derecho administrativo– constituye una categoría histórica³⁵, al igual que cualquier otra rama del derecho. La historicidad no es patrimonio exclusivo de determinados derechos, sobre todo de los que se gestaron inicialmente como derechos especiales.

Desde una atalaya diferente, la mayoría de los juristas que se ocuparon de esta cuestión en el siglo pasado, probablemente influidos por el prejuicio positivista (Kelsen juzgaba inútil la distinción), no afrontaron la tarea de profundizar las razones y criterios que justifican la clásica *divisio*.

Más extraño aún fue el hecho de que se diera por sobreentendida una *divisio* no basada en elementos que permitieran la determinación de los criterios fundamentales de la distinción, los cuales a la luz de cualquier observador atento y no superficial, resultaba imprescindible determinar para el encuadre de las disciplinas publicistas en los respectivos órdenes jurídicos comparados y en el derecho nacional.

En paralelo, la insuficiencia de las tres principales concepciones que pretendieron fundar la distinción (teoría de los sujetos, del interés público y de los actos de imperio), llevó a algunos autores, como Goldschmidt, a basar la *divisio* en un criterio que tenía como eje el reparto o distribución de los bienes, derechos o ventajas de la relación jurídica sosteniendo que la adscripción al derecho público se producía cuando el reparto se llevaba a cabo en forma autoritaria mientras que lo típico del derecho privado radicaba en la autonomía de los repartos o atribuciones.

De la simple observación de la realidad se desprende que el derecho civil abarca repartos que no son autónomos (las relaciones de familia, por caso) los cuales, cuando está en juego el orden público no son intereses o derechos libremente disponibles (ej. la obligación alimentaria).

las grandes potencias como Estados Unidos y China. En forma paralela, tampoco puede afirmarse que el denominado *ius cogens* se haya totalmente generalizado en el mundo, no obstante que algunos tribunales lo prediquen incluso en contra de preceptos constitucionales expresos (ej. el principio de la irretroactividad de la ley penal).

³⁵ Como pensaba Ascarelli con respecto al derecho mercantil.

A su vez, en el ámbito del derecho administrativo, pueden coexistir repartos autónomos y repartos autoritarios, aun en los contratos más típicos que celebra la Administración, qué hacen a su giro o tráfico normal. Por cierto que la autonomía del reparto ocupa un espacio preferente para los contratistas en los acuerdos bilaterales regidos en punto a su objeto por el derecho privado (vgr. la compra-venta).

El derecho público y, particularmente, el derecho administrativo, constituyen categorías históricas que se nutren con elementos y circunstancias de cada país. Originada en el derecho mercantil, la idea de la categoría histórica no se proyectó a la *divisio*, y existe cierto desinterés teórico en la búsqueda de criterios definitorios por parte de la doctrina que suele darlos por sobreentendidos, cuando no niega la división, alegando que la globalización, junto a la influencia del derecho anglo-sajón, han borrado prácticamente las diferencias entre derecho público y derecho privado³⁶.

Pero esa moda, como toda moda, será probablemente pasajera y habrá que ver si en el futuro desaparecen los códigos civiles de los derechos europeos o se unifican sus instituciones con las categorías del derecho público.

Porque mientras los teóricos del positivismo kelnesiano consideraban inútil la distinción, el derecho público desarrolló un formidable sistema propio y autónomo, basado en la estructuración de grandes principios que fueron adquiriendo operatividad, interrelacionándose con el derecho privado a través de la analogía. Desde luego que no puede desconocerse la influencia que ha tenido el derecho civil en el derecho administrativo tanto en la génesis de sus instituciones (vgr. acto y contrato administrativo), como en su desarrollo ulterior, habiéndose afirmado que creció bajo la sombra del derecho civil³⁷.

Al respecto, puede advertirse que el contenido común del derecho público en el derecho comparado, tiene como eje la figura de la potestad pública (descrita por Santi Romano en Italia) que se afirma como institución central del derecho administrativo, la cual por su carácter omnicomprensivo, desplaza a la exorbitancia como criterio que identifica al derecho público³⁸. Por ese motivo, actualmente se habla de régimen administrativo como criterio superador de la exorbitancia.

Con todo, la potestad y las consecuentes prerrogativas, que resultan fundamentales para caracterizar categorías transcendentales como el acto administrativo, no agotan el contenido de la disciplina. Basta señalar la cantidad apreciable de meros

³⁶ Sobre los criterios de distinción ver: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 41 y ss.

³⁷ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián. **El derecho civil en la génesis del derecho administrativo y de sus instituciones**. 2 ed. Madrid: Civitas, 1996, p. 15 y ss., explica cómo se formaron las instituciones administrativas en torno a las categorías básicas del derecho civil.

³⁸ Véase: UBAUD-BERGERON, Marion. Exorbitance et droit des contrats: quelques interrogations à propos de la modification non conventionnelle du contrat administratif. In : BIOY, Xavier (Org.). **L'identité du droit public**. Toulouse: Presses de l'Université, 2011. p. 229 y ss.

actos administrativos o declaraciones que emite la administración, incluso desconociendo derechos adquiridos por el administrado, los actos favorables o de fomento, así como las modernas técnicas de participación y consenso en el procedimiento administrativo, para darnos cuenta que el universo del derecho administrativo es más complejo pues se integra con otros principios y técnicas que no implican el ejercicio de la potestad pública. Hay que recordar, por otra parte, que, como decía Ihering, no todo derecho es coactivo siendo la teoría de los actos favorables uno de los ejemplos más típicos del derecho administrativo.

Es verdad que la protección de los ciudadanos frente a la arbitrariedad de los poderes públicos continúa siendo uno de los postulados fundamentales del Estado de Derecho, tras una conquista lograda en una batalla que difícilmente se revierta, especialmente en los derechos americanos y europeos.

No obstante, un derecho público basado exclusivamente en los principios garantísticos se queda corto para cumplir, por sí mismo, con la finalidad de bien común que persigue el Estado, quien tiene que procurar la satisfacción de las necesidades colectivas, con arreglo a los principios de subsidiariedad y de solidaridad, con el objeto de permitir el libre desarrollo de las personas³⁹.

En este plano, la conceptualización, que brinda la doctrina alemana del derecho administrativo, como un derecho constitucional concretizado, representa una suerte de tautología generalizada por cuanto es algo tan obvio que no se puede negar. Lo cierto es que esta definición no permite distinguir el derecho administrativo de otras ramas e instituciones del derecho conectadas también con el derecho constitucional (vgr. el régimen de la propiedad en el derecho civil).

Al propio tiempo, los principios de eficacia y de eficiencia desempeñan un papel fundamental en el campo de la organización de la Administración Pública y al permear en los diferentes procedimientos tienden a mejorar las decisiones, hacerlas, además de razonables, más eficientes, con el objeto de lograr la mayor participación posible de los ciudadanos⁴⁰ y los consensos sociales indispensables para una buena Administración.⁴¹

³⁹ Cfr. RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime. *Interés general, derecho administrativo y Estado de Bienestar*. Madrid: Lustel, 2012, p. 97 y ss., especialmente p. 225.

⁴⁰ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. La participación en el Estado social y democrático de Derecho. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, año 12, n. 48, p. 13-40, abr./jun. 2012.

⁴¹ El concepto de buena administración ha sido tratado por: MEILÁN GIL, José Luis. Una construcción jurídica de la buena administración. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, año 13, n. 54, p. 13-44, out./dez. 2013. RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime. El derecho fundamental a la buena administración en la Constitución española y en la Unión Europea. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, año 10, n. 40, p. 117-149, abr./jun. 2010; 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, p. 13-50, jan./mar. 2012; RUOCCO, Graciela. La “buena administración” y el “interés general”. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, año 12, n. 49, p. 27-45, jul./set. 2012.

De ese modo, se abren infinitas posibilidades de regulación e incluso de auto-regulación, que provienen de entidades intermedias cuyas organizaciones actúan de un modo independiente, sin subordinarse al poder político de turno.

En ese escenario sobresalen las funciones que cumplen las llamadas autoridades regulatorias independientes, las cuales muestran un desarrollo más abierto y flexible que amplía el ámbito del principio de separación de poderes, en el marco de una realidad en la que interactúan múltiples organismos públicos de control, a los que se les impone respetar los principios de imparcialidad e independencia que han pasado a ser principios supra-nacionales (caso “*Baena*” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos).

En sustitución del antiguo Poder de Policía sobre el servicio público aparece la regulación económica con el objetivo central de promover la competencia. Del Estado prestador se pasa al Estado regulador y garante, en el que cobra una dimensión activa el principio de subsidiariedad, cuando la iniciativa privada no alcanza a cubrir las necesidades colectivas, sobre todo en el campo de la asistencia y de la previsión social.

Como después de una guerra, las fronteras entre lo público y lo privado se corren. Ello se opera al compás de los nuevos requerimientos de la política económica-social que impulsa el Estado moderno y los principios de selección peculiares de la contratación pública se extienden a empresas privadas en sus contratos con los particulares para promover la competencia.

5. NOTAS Y CARACTERÍSTICAS PRINCIPALES DEL NUEVO CONSTITUCIONALISMO

Como consecuencia de un conjunto de causas concatenadas que, en forma somera, hemos descripto, no se puede desconocer que el nuevo constitucionalismo ha operado un cambio radical en: a) el sistema de las fuentes del derecho; b) la interpretación y la consecuente metodología que acompaña a la hermenéutica; c) la realización efectiva del control de constitucionalidad para afirmar la supremacía constitucional; y d) la consolidación, en algunos Estados, de un derecho supranacional que conlleva la necesidad de efectuar el llamado control de convencionalidad⁴².

En ese marco se potencian los sistemas de protección de las personas, que tienen como eje el principio de la dignidad de la persona humana, del cual se derivan una serie de principios o sub-principios (vgr. la buena fe, la confianza legítima, la buena administración, la responsabilidad estatal, la participación pública, etc.).

⁴² HALLIVIS PELAYO, Manuel. **Interpretación de tratados internacionales tributarios**. Ciudad de México: Porrúa, 2011, especialmente ps. 86-98 y el artículo HALLIVIS PELAYO, Manuel. Elementos para lograr una homologación metodológica del control difuso de constitucionalidad en México. **Revista Pro-Homine**, año 1, n. I, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2014, p. 133 y ss.

También aparecen, en el escenario constitucional positivo de muchos Estados (entre ellos, en el ordenamiento constitucional argentino tras la reforma de la constitución de 1994) los nuevos derechos o derechos de incidencia colectiva, tales como los derechos que protegen el ambiente (arts. 41 y 43 CN), la información adecuada y veraz (art. 41 CN), el patrimonio cultural (art. 41 CN) y la competencia (art. 43 CN), los usuarios y consumidores en la relación de consumo (art. 41 y 43 CN), la igualdad real de oportunidades (art. 75 inc. 23 CN) y los derechos de los niños, mujeres, ancianos y personas con discapacidad (art. 75 CN) entre otros, a los que cabe adicionar los reconocidos en los tratados, particularmente los que poseen jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22) como por ejemplo, el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en los arts. 8 y 25 de la CADH.

En la realización efectiva de los nuevos derechos constitucionales subyace una tensión entre la libertad y la igualdad que conduce a la generación de los denominados conflictos de derechos. Aun cuando la fuente de esos nuevos derechos tiene basamento en convenciones internacionales que en algunos Estados poseen jerarquía constitucional y superioridad sobre las leyes (ej. nuestro art. 75 inc. 22 de la CN) lo cierto es que también los clásicos derechos constitucionales de primera generación (e incluso los derechos sociales de segunda generación) tienen también su anclaje en el derecho supra-nacional de los tratados internacionales (vgr. el derecho de propiedad).

Sobre la base del esbozo precedente veamos ahora que es lo que se mantiene y cuáles son los cambios que se han producido, cuya captación requiere tener en cuenta los fenómenos históricos (políticos, económicos y sociales) así como los principios que provienen de la filosofía del derecho y las técnicas interdisciplinarias de interpretación, como la lógica, ya que resulta prácticamente imposible hacer ciencia jurídica sin el acuerdo de una metodología sistemática⁴³ y abarcativa de todos los elementos que componen o complementan el conocimiento jurídico.

El nuevo constitucionalismo mantiene a rajatabla el Estado de Derecho cuyo contenido no es más la ideología liberal de antaño sino que, conservando como principio la protección de la libertad frente a las arbitrariedades de los poderes públicos, se orienta a la realización del Estado Social y Democrático de Derecho o si se prefiere el Estado de Justicia. Sin embargo, no es posible soslayar la realidad que exhiben los derechos latinoamericanos como consecuencia de la recepción de los tratados de derechos humanos en sus respectivos ordenamientos, integrando el bloque de constitucionalidad⁴⁴, lo cual ha venido a ampliar el dogma de la supremacía constitucional.

La democracia pasa a convertirse en un principio general del derecho público, prácticamente absoluto, en sentido contrario al relativismo crítico que sostuvo Kelsen.

⁴³ Ampliar en CISNEROS FARIAS, Germán. **Derecho sistemático**. Ciudad de México: Porrúa, 2005, p. 239 y ss.

⁴⁴ JINESTA LOBO, Ernesto. La construcción de un derecho administrativo común. Reformulación de las fuentes del derecho administrativo con las construcciones del derecho internacional de los derechos humanos. **Suplemento de Derecho Administrativo**, diario del 30 de marzo de 2012, p. 2.

En efecto, cualquiera fuera el ordenamiento positivo, como éste entraña una verdad relativa, las atrocidades hitlerianas encuentran su justificación en el propio relativismo que cobijaría el principio democrático⁴⁵, aunque sean repugnantes a la ley natural, lo cual constituye un absurdo lógico y político de primer orden.

La afirmación del principio democrático como derivación de la ley natural, en cuanto resulta la forma de gobierno en la que el órgano Ejecutivo y los parlamentarios resultan elegidos por el pueblo, es la que mejor armoniza con la realización del bien común, sin que necesariamente excluya la llamada monarquía constitucional, en la que la figura del Rey simboliza a la Nación a través de la sabia fórmula que prescribe que reina sin gobernar.

Ahora bien, la democracia no funcionaría con justicia y eficacia pudiendo devenir en un gobierno despótico sino tuviera como complemento el principio de separación de poderes y sus corolarios básicos, esto es, el principio de limitación del poder⁴⁶ (como en la Constitución norteamericana, un sistema de poderes limitados) y la independencia del poder judicial con garantías de inamovilidad e imparcialidad⁴⁷.

Este último principio se ha extendido a otros órganos o entes a los que se les asignan funciones regulatorias, incluso de contenido jurisdiccional, interpretándose que los principios de independencia e imparcialidad se extienden a las llamadas autoridades regulatorias independientes⁴⁸. De ese modo, el campo clásico de la separación de poderes se ha ampliado considerablemente y el sistema exhibe una suerte de poderes múltiples⁴⁹ que vienen a complementar, con el Ejecutivo, Legislativo y Judicial, el ejercicio de funciones estatales en base a competencias establecidas conforme al principio de especialización.

El nuevo constitucionalismo reafirma la caracterización de la Constitución como norma suprema y algunos piensan que estamos ante la llamada constitucionalización del ordenamiento, algo que en cierto modo parece redundante en América, en cuyos sistemas se consagró, a partir de la Constitución de los Estados Unidos, el principio de supremacía constitucional.

⁴⁵ Kelsen, Hans. **Esencia y valor de la democracia**. Buenos Aires: Labor, 1934, p. 143 y ss., especialmente p. 153 y ss., llega a decir que la paradoja de la democracia es darse su sentencia de muerte (p. 144 y ss.) y que todos los metafísicos postulan la autocracia, lo cual es contrario a la verdad histórica ya que basta con el ejemplo que dio la Escuela de Salamanca al rechazar la tesis absolutista sobre el origen divino del poder para demostrar la falsedad histórica en que incurre Kelsen.

⁴⁶ FINNIS, John. **Ley Natural y Derechos Naturales**. Trad. de Cristóbal Orrego S. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2000. p. 300 y ss. y comentario de ORREGO en el Estudio Preliminar a la obra de FINNIS (p. 27).

⁴⁷ Vid: VIGO, Rodolfo L. **De la ley al derecho**. 2 ed. Ciudad de México: Porrúa, 2005. p. 219-220.

⁴⁸ Caso "Baena" de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

⁴⁹ MUÑOZ MACHADO, Santiago. **Tratado de Derecho Administrativo y Público General**. t. 1. 2 ed. Madrid: Lustel, 2006. p. 1197 y ss., describe la diversidad y múltiples poderes de las agencias o comisiones independientes.

Por otra parte, con toda la buena intención del mundo muchos sostienen hoy –conforme a la doctrina alemana-⁵⁰ que el derecho administrativo constituye un derecho constitucional concretizado lo que nos parece una generalización excesiva al punto que, de seguirse esa línea de pensamiento, hasta el Derecho Civil sería un derecho constitucional concretizado habida cuenta que se ocupa de reglamentar, entre otros derechos, el derecho constitucional de propiedad.

En ese esquema, producto de la revalorización constitucional, el derrumbe de los dogmas positivistas ha conducido a la potenciación de la función del juez como creador del derecho y no más como un aplicador mecánico de la ley a través de un proceso de subsunción.

A su turno, el reconocimiento de la prevalencia de los principios generales sobre la ley positiva abrió un ancho cauce para las técnicas propias de la argumentación jurídica y al método interpretativo de la ponderación (justificación interna y externa) cuyo adalid ha sido, sin duda, Robert Alexy⁵¹. En este escenario, se desarrolla un proceso interpretativo, primero en Alemania y luego en varios Estados europeos y americanos, en el que se adopta y desarrolla el denominado principio de proporcionalidad, descompuesto en tres tipos de juicio que debe realizar el juez en la búsqueda de la solución justa de cualquier controversia, a saber: a) el de necesidad; b) el de adecuación y c) el de proporcionalidad en sentido estricto⁵².

Para completar el cuadro de las grandes transformaciones que caracterizan el nuevo constitucionalismo, sobre todo en sus derivaciones positivas y jurisprudenciales, hay que tener en cuenta el abandono de una de las premisas del positivismo legalista que sostenía una separación absoluta entre la moral y el derecho.

6. LA IRRUPCIÓN Y AUGE DE LAS TENDENCIAS IUSNATURALISTAS: DIVERSOS SENTIDOS DEL CONCEPTO DE DERECHO

La pretensión de reducir el fenómeno jurídico exclusivamente a la ley positiva se ha batido en retirada y ya no quedan casi juristas que sostengan los dogmas básicos del positivismo puro. Esa corriente ha cedido a raíz del reconocimiento de la prevalencia de

⁵⁰ SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la teoría general del derecho administrativo. In: BARNÉS VÁZQUEZ, Javier. **Innovación y Reforma del Derecho Administrativo**. 2 ed. Sevilla: Inap-Global Law Press, 2012. p. 52 y ss.

⁵¹ ALEXY, Robert. **Teoría de la Argumentación Jurídica**: La Teoría del Discurso Racional como Teoría de la fundamentación Jurídica. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 215 y ss.

⁵² BARNÉS VÁZQUEZ, Javier. Introducción al principio de proporcionalidad en el derecho comparado y comunitario. **RAP**, n. 135, Madrid, 1994, p. 495 y ss. Mientras en el juicio de adecuación hay que valorar la idoneidad del fin, en el de necesidad se exige valorar si la medida es la menos restrictiva de los derechos y, por último, el juicio de proporcionalidad supone una valoración entre los medios elegidos, los sacrificios y el interés general, los que deben guardar proporción o, en otros términos, ser razonables.

los principios generales⁵³, fundados en principios de la ley natural (la justicia, la equidad y otros valores de naturaleza eminentemente moral) (vgr. el principio general de la buena fe). En realidad –como se ha dicho– las nuevas concepciones jurídicas se concentran más en la cultura del derecho que en la cultura de la ley⁵⁴, en suma, de un derecho público que no prescinde de los fines que persigue el Estado⁵⁵.

A su turno, la progresiva constitucionalización de los principios generales –que abrió paso a nuevas técnicas de interpretación–⁵⁶ ha ahondado el declive del llamado positivismo excluyente que, en su caída, ha arrastrado antiguos dogmas. En la actualidad, casi nadie sostiene que la interpretación y aplicación al caso sea una operación de pura lógica formal que consista en un proceso de subsunción de los hechos a la norma aplicable.

Ello no implica, desde luego, desconocer la utilidad de los estudios llevados a cabo, desde distintas visiones, para desentrañar aspectos trascendentes de la lógica formal aplicados con frecuencia en el campo de la interpretación normativa, como el concerniente a las relaciones entre el derecho y el lenguaje y el relativo a los criterios que presiden el razonamiento y la argumentación jurídica.

¿Qué debe entenderse por derecho? Esta es la primera dificultad que afronta cualquier jurista porque al ser el derecho un concepto multívoco y analógico –que admite varios sentidos no necesariamente distintos ni opuestos– no existe una sola respuesta uniforme que permita establecer un único el sentido del concepto y que éste sea el correcto o verdadero. Así, cuando el ordenamiento o cualquier persona se refieren al derecho hay que indagar, previamente, el sentido de su uso, ya que puede referirse tanto al *ius* del derecho premoderno (lo justo), al derecho subjetivo como facultad o poder, a la ley, al orden coactivo o al conjunto del ordenamiento jurídico⁵⁷. A su vez,

⁵³ Véase: SARMIENTO GARCÍA, Jorge. **Los principios en el Derecho Administrativo**. Mendoza: Diké, 2000. p. 41 y ss; COVIELLO, Pedro J. J. Los principios generales del derecho frente a la ley y al reglamento en el derecho administrativo argentino. **ReDA**, n. 62, Lexis-Nexis, Buenos Aires, 2007. p. 1088 y ss., y nuestro libro: CASSAGNE, Juan Carlos. **El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa**. Buenos Aires: Marcial Pons, 2009. p. 19 y ss.

⁵⁴ Véase: VIGO, Rodolfo L. **De la ley al derecho**. 2 ed. Mexico: Porrúa, 2005, p. 3 y ss. describe muy bien el proceso de cambio de la cultura de la ley a la cultura del derecho, en el mundo occidental.

⁵⁵ MONTAÑA PLATA, Alberto. **Fundamentos de derecho administrativo**. Bogotá: Universidad del Externado de Colombia, 2010. p. 46-50, señala que el error en que ha incurrido el positivismo jurídico, de tipo formal, al descuidar la teleología del Estado (p. 49-50).

⁵⁶ CIANCIARDO, Juan (Org.). **La interpretación en la era del neo-constitucionalismo**. Buenos Aires: Ábaco, 2006. p. 7 y ss.; HALLIVIS PELAYO, Manuel. **Teoría general de la interpretación**. México: Porrúa, 2009. p. 304-308.

⁵⁷ El concepto normativo del derecho tiene arraigada tradición y es usualmente empleado por todos los filósofos del derecho y por los juristas dogmáticos los que, al propio tiempo, utilizan el concepto de derecho como poder o facultad (derecho subjetivo) que refiere a una realidad distinta. Un ejemplo del uso multívoco se advierte en la obra de FINNIS, John. **Ley Natural y Derechos Naturales**. Trad. de Cristóbal Orrego S. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2000. p. 38 y ss. De otra parte, la tendencia al empleo de significados unívocos (desechada por Aristóteles) muestra su quiebre en la diferenciación que suele hacerse en modernos sistemas constitucionales,

con referencia al quehacer de los juristas se ha llegado a afirmar que hacer derecho consiste en “*dar y exigir razones*”⁵⁸. Sin habernos enredado en la discusión filosófica utilizamos también, desde nuestros primeros análisis, el concepto del derecho como facultad (con fundamento en Suárez) que, según Finnis, traduce el lenguaje moderno de los derechos no necesariamente opuesto al *ius* de los clásicos sino más bien usando el concepto desde una perspectiva distinta⁵⁹.

En la dimensión del derecho como concepción ordenadora del mundo jurídico se han impuesto las dos tesis centrales del “*iusnaturalismo*” que predicán, por una parte, que las fuentes del ordenamiento jurídico no se limitan a las de naturaleza positiva sino que comprenden también las fuentes racionales de contenido normativo-jurídico y, por la otra, que no existen compartimentos estancos entre moral y derecho, habida cuenta que éste último contiene “*condiciones de verdad que corresponden a ciertas proposiciones morales*”⁶⁰.

Por cierto que el “*iusnaturalismo*” constituye una tendencia filosófica que ha desarrollado diversas etapas⁶¹, cuyo análisis escapa al objeto de nuestro estudio, tanto por la extensión que demandaría su tratamiento como porque la tarea excedería los límites del tema central que abordamos.

A la vista del nuevo escenario descrito, si bien compartimos los enfoques de la Nueva Escuela de Derecho Natural -NEDN-, seguimos manteniendo, en lo sustancial, la adhesión a la teoría trialista de Goldschmidt⁶², que concibe al mundo jurídico compuesto por las tres dimensiones que se integran respectivamente por las normas, las conductas y los valores⁶³.

como el español, entre la ley y el derecho. Mientras el término ley se refiere a la legalidad formal y material, el concepto de derecho remite a la justicia o a los principios generales del derecho.

⁵⁸ FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. **Sobre el derecho y el quehacer de los juristas**: Dar y exigir razones. Madrid: Universidad Complutense, 2011, p. 7 y ss.

⁵⁹ FINNIS, John. **Ley Natural y Derechos Naturales**. Trad. de Cristóbal Orrego S. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2000. p. 234 y ss. Sin embargo, se ha destacado también que el gran profesor australiano emplea una definición “focal” del derecho, véase: VIGO, Rodolfo L. **El iusnaturalismo actual**: De M. Villey a J. Finnis. Ciudad de México: Distribuciones Fontamara, 2003. p. 123 y ss.

⁶⁰ MASSINI CORREAS, Carlos Ignacio. *Iusnaturalismo e interpretación jurídica*. In: CIANCIARDO, Juan (Coord.). **La interpretación en la era del neo-constitucionalismo**. Buenos Aires: Ábaco, 2006. p. 65, con cita de Michael S. MOORE (*Law as a functional kind*).

⁶¹ Véase: SILVA TAMAYO, Gustavo E. *Corsi e ricorsi de los principios generales del derecho*. **ReDA**, n. 79, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2012. p. 74-86.

⁶² GOLDSCHMIDT, Werner. **Introducción Filosófica al Derecho**. 4 ed. Buenos Aires: Depalma, 1973. especialmente p. 8 y ss., recoge nuestra opinión en el sentido de que la teoría trialista del mundo jurídico constituye un iusnaturalismo actualizado (p. 383).

⁶³ Vid FERRAJOLI, Luigi. **Principia Iuris**: Teoría del derecho y de la democracia. t. 1. Madrid: Trotta, 2007, p. 39-40. Así también se desprende del enfoque de Ferrajoli quien, con una acentuada tendencia normativista, se inscribe en la misma línea que el trialismo que unos cuantos años atrás propugnó Werner Goldschmidt, en nuestro país. La teoría del derecho puede convertirse en un punto de encuentro “entre el punto de vista interno propio de las disciplinas dogmáticas, el punto de vista empírico externo propio de la sociología del derecho y el punto de vista axiológico externo propio de la filosofía de la justicia” (p. 39).

En la vereda opuesta militan distintas corrientes filosóficas herederas o emparentadas con el positivismo que han evolucionado fuertemente y que hoy día tienden a hacer más flexible el dogma que reduce el derecho a la norma jurídica admitiendo que, a la hora de repartir o adjudicar derechos, los jueces no están obligados a una aplicación mecánica de la norma legal o principio constitucional, cuya textura abierta conduce a la interpretación judicial creativa⁶⁴.

Ha sido el gran filósofo del derecho Finnis (buen conocedor desde las entrañas del positivismo) quien, sin desmerecer el derecho positivo, encabeza con mayor rigor lógico-filosófico, el movimiento que propugna los principios del iusnaturalismo basado principalmente en la ley natural, sus valores básicos⁶⁵ y la aplicación de las exigencias fundamentales de la razonabilidad práctica (que enseña las cosas que moralmente pueden y no pueden hacerse)⁶⁶.

En efecto, aunque pueda parecer algo paradójal, la tradición iusnaturalista no busca desplazar al derecho positivo sino hacer que éste sea siempre guiado por reglas y principios morales. Las reglas morales *“son una cuestión de razonabilidad objetiva, no de capricho, convención o mera decisión...”*⁶⁷.

Cabe anotar que la obra de Finnis fue elogiada por Hart y contribuyó, en grado sumo, a la revalorización del iusnaturalismo por parte de los positivistas⁶⁸. Según Hart

*“el mérito principal y muy grande de esta aproximación iusnaturalista, es que muestra la necesidad de estudiar el derecho en el contexto de otras disciplinas y favorece la percepción de la manera en que asunciones no expresadas, el sentido común y los propósitos morales influyen en el derecho e integran su judicación (“adjudication”)”*⁶⁹.

⁶⁴ Sobre el tema, vid: ZAMBRANO, María del Pilar. El liberalismo político y la interpretación constitucional. In: CIANCIARDO, Juan (Coord.). **La interpretación en la era del neo-constitucionalismo**. Buenos Aires: Ábaco, 2006. p. 85, anota que ya está bastante difundida la distinción entre positivismo excluyente (el clásico) y el positivismo incluyente (que reconoce el papel activo del juez en la creación del derecho).

⁶⁵ En el mismo sentido, se habla ahora de un iusnaturalismo humanista como síntesis entre el derecho positivo y el derecho natural que pone el acento más en los principios generales que contienen los valores básicos o fundamentales, que en las normas o reglas positivas; sobre el contenido de esta vertiente ver: SILVA TAMAYO, Gustavo E. Corsi e ricorso de los principios generales del derecho. **ReDA**, n. 79, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2012, p. 86 y ss.

⁶⁶ FINNIS, John. **Ley Natural y Derechos Naturales**. Trad. de Cristóbal Orrego S. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2000. p. 134.

⁶⁷ FINNIS, John. **Ley Natural y Derechos Naturales**. Trad. de Cristóbal Orrego S. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2000. p. 137, agrega que las exigencias de la razonabilidad práctica ofrecen “una base racional para los legisladores, los jueces y los ciudadanos” (p. 317).

⁶⁸ ORREGO, Cristóbal S. Estudio preliminar. In: FINNIS, John. **Ley Natural y Derechos Naturales**. Trad. de Cristóbal Orrego S. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2000. p. 15.

⁶⁹ HART, H. L. A. **Essays in Jurisprudence and Philosophy**. Oxford: Oxford University Press, 1983, p. 11, cit. por ORREGO en el Estudio preliminar a la obra de FINNIS, John. **Ley Natural y Derechos Naturales**. Trad. de Cristóbal Orrego S. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2000., p. 15, donde recuerda que HART consideró a la obra de FINNIS como una interpretación flexible del iusnaturalismo que, en muchos aspectos, resulta complementaria a la teoría jurídica positivista (p. 10).

Hallaríase incompleto el análisis que venimos haciendo sin una referencia a la definición del derecho que proporciona Finnis, cuando se explaya sobre el que denomina significado focal del concepto de derecho basado en la descripción de sus facetas centrales que, a su entender, está configurado primariamente “por reglas producidas de acuerdo con reglas jurídicas regulativas por una autoridad determinada y efectiva” para una comunidad completa, apoyada por sanciones dispuestas por instituciones juzgadoras guiadas por prescripciones orientadas a resolver razonablemente cualquiera de los problemas de coordinación de la comunidad para la realización del bien común⁷⁰.

El pensamiento “finnisiano” es complejo pero, aun cuando revela solvencia filosófica y lógica notables, no siempre resulta preciso en la terminología⁷¹, sin desconocer que algunas posturas que adopta en su concepción sobre el derecho se encuentran en discordancia con las bases iusnaturalistas que sustenta en su obra.

Tal ocurre –entre otros aspectos– con el concepto de regla que utiliza, con exclusividad, para la definición del derecho, habida cuenta que al limitarlo a las normas (legales o consuetudinarias), como resulta del significado que atribuye al término en diversos pasajes de su obra,⁷² quedarían fuera del concepto de derecho nada menos que los principios generales, sobre todo los que considera principios de segundo grado que enuncia y enumera en forma abarcativa y precisa⁷³.

Por ese motivo, para salir del mar de promiscuidad⁷⁴ que genera la caracterización de lo que es una regla parecería más adecuado definirla como un género que comprende tanto a los principios generales como las normas en sentido estricto⁷⁵, cuya configuración jurídica describimos más adelante.

Otro tanto acontece con la nota relativa a que el derecho regula su propia creación en cuanto ello implica caer en el formalismo jurídico pues si no hay derecho más

⁷⁰ FINNIS, John. **Ley Natural y Derechos Naturales**. Trad. de Cristóbal Orrego S. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2000. p. 304 y ss. La definición del derecho de Finnis es multifacética basándose en una conjunción de reglas e instituciones que interactúan en la realización del bien común, guiadas por características “como la especificidad, la minimización de la arbitrariedad y el mantenimiento de la reciprocidad” entre los ciudadanos entre sí y con las autoridades legítimas. La construcción “finnisiana” encierra un significado focal que se apoya en exigencias de la razonabilidad práctica, en determinados valores básicos y “en ciertas características empíricas de las personas y sus comunidades” (p. 304).

⁷¹ VIGO, Rodolfo L. **El iusnaturalismo actual**: De M. Villey a J. Finnis. Ciudad de México: Distribuciones Fontamara, 2003. p. 131.

⁷² FINNIS, John. **Ley Natural y Derechos Naturales**. Trad. de Cristóbal Orrego S. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2000. p. 182, 219, 285, 307-308, etc.

⁷³ FINNIS, John. **Ley Natural y Derechos Naturales**. Trad. de Cristóbal Orrego S. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2000. p. 315.

⁷⁴ Una prolija descripción de la disparidad existente puede verse en: POZZOLO, Susana. **Neoconstitucionalismo y positivismo jurídico**. Lima: Palestra, 2011, p. 75-117. Para un sector de la doctrina, la norma es el género y los principios y las reglas son normas en cuanto fijan una orientación para la acción o para el juicio, vid ZAGREBELSKY, Gustavo. **La ley y su justicia**: Tres capítulos de justicia constitucional. Madrid: Trotta, 2014, p. 183.

⁷⁵ Cfr. VIGO, Rodolfo L. **Los principios jurídicos**. Buenos Aires: Depalma, 2000. y del mismo autor **El iusnaturalismo actual**: De M. Villey a J. Finnis. Ciudad de México: Distribuciones Fontamara, 2003. p. 131, nota 177.

que cuando se dictan reglas jurídicas regulativas por una autoridad determinada y efectiva, no tendrían cabida en el sistema jurídico los principios generales del derecho fundados en preceptos morales ni la costumbre.

Por otra parte, suponer que el derecho es un sistema basado en la sanción representa una concesión innecesaria al positivismo ya que quedan afuera del concepto de derecho los repartos autónomos, los actos favorables y los actos de coordinación. Esta postura de FINNIS, en muchos pasajes de su conocido libro, no distingue entre sanción y *vis* coactiva. El uso de la fuerza que entraña todo orden coactivo es su última *ratio* y no su esencia ya que el cumplimiento de los actos por los particulares se lleva a cabo, normalmente, sin apelar a la coacción, además de que el uso de la fuerza puede proceder tanto para ejecutar una sanción como para obtener el cumplimiento de un contrato o de un acto jurídico, el cual, en principio y salvo casos de excepción (por ej. demolición de edificios que amenazan ruina) compete a los jueces⁷⁶.

Más adelante volveremos a ocuparnos de estos aspectos al abordar, con sentido crítico, algunas de las características atribuidas al orden jurídico.

Las críticas precedentes a la definición focal de Finnis no impiden reconocer que el derecho “cuando cada uno de estos términos” (se refiere a los elementos de la significación focal del derecho) “*se realiza plenamente*”⁷⁷, afirmación que debería limitarse a dos de los componentes centrales de la definición constituidos a nuestro juicio por la exigencia de la razonabilidad práctica cuando se resuelve cualquier problema de coordinación, y por su contenido axiológico que refiere al bien común como objeto, en definitiva, de la justicia⁷⁸. El bien común, que se expresa a través de conceptos jurídicos indeterminados (como interés público o bienestar general) constituye el

*“conjunto de condiciones que capacita a cada uno de los miembros de la comunidad para alcanzar por sí mismos objetivos razonables o para realizar razonablemente por sí mismos el valor (o los valores) por los cuales ellos tienen razón para colaborar mutuamente (positiva y/o negativamente) en una comunidad”*⁷⁹.

En la misma corriente “no positivista” se ubica la tesis de Alexy sobre la naturaleza dual del derecho, que ha retomado, en este punto, las banderas clásicas de la teoría del derecho natural. Con un enfoque moderno sostiene que existen propiedades necesarias del derecho que pertenecen a su dimensión real o fáctica (como la coerción)

⁷⁶ Cfr. nuestro libro CASSAGNE, Juan C. **El acto administrativo**. 3 ed. Buenos Aires: La Ley, 2012. p. 366-367.

⁷⁷ FINNIS, John. **Ley Natural y Derechos Naturales**. Trad. de Cristóbal Orrego S. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2000. p. 305.

⁷⁸ FINNIS, John. **Ley Natural y Derechos Naturales**. Trad. de Cristóbal Orrego S. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2000. p. 198 y Vigo, Rodolfo L. **El iusnaturalismo actual**: De M. Villey a J. Finnis. Ciudad de México: Distribuciones Fontamara, 2003. p. 134.

⁷⁹ FINNIS, John. **Ley Natural y Derechos Naturales**. Trad. de Cristóbal Orrego S. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2000. p. 184.

mientras que otras propiedades como la pretensión de corrección del derecho (como fuente de la relación entre moral y derecho) es constitutiva de la dimensión ideal, que permite descubrir los umbrales externos de injusticia (según la conocida fórmula de RADBRUCH) los cuales, cuando se traspasan, invalidan el derecho⁸⁰.

7. LEY NATURAL Y LEY POSITIVA: LA FUENTE DE LA LEY NATURAL Y EL ERROR DE BASE DEL POSITIVISMO

En la actualidad, ya fuera porque resulta evidente para un sector del iusnaturalismo distinguir la ley natural de la ley positiva o bien porque se considere –conforme al positivismo legalista de matriz kelseniana- que la ley natural es de inspiración metafísica que, por fundarse en la naturaleza, es algo extraño al derecho que debe ser depurado de elementos ajenos a la norma legal positiva, lo cierto es que los filósofos del derecho, con excepción de la Nedn y sus seguidores⁸¹, no han prestado debida atención al examen más o menos exhaustivo de este punto. Sin la pretensión de profundizar en el tema (lo cual excedería el propósito que perseguimos) haremos una serie de reflexiones básicas con la idea de captar su problemática central en sus grandes rasgos.

Mientras hay bastante acuerdo entre los filósofos del derecho en cuanto a que la ley positiva es la que resulta promulgada por el legislador, en sentido formal y material, y por el ejecutivo, cuando éste ejerce una función materialmente legislativa (ej. los reglamentos); para los iusnaturalistas, en la vereda opuesta al positivismo, toda ley positiva debe ser conforme a la ley natural⁸².

La diversidad de concepciones formuladas sobre el derecho natural ha sido campo propicio para las críticas que recibió del positivismo, principalmente el propugnado por Kelsen quien, por no dominar el panorama del derecho natural de la escolástica, generalizó una serie de errores que se gestaron “a posteriori” en las tendencias del iusnaturalismo. La mayoría de esos errores y críticas han sido refutados por la Nedn, particularmente en la obra de Finnis⁸³, con una profundidad filosófica y lógica remarcable.

El error básico de Kelsen sobre el derecho natural estriba en sostener que la norma fundante del derecho natural presupone una norma que diga “*deben obedecerse las leyes de la naturaleza*”⁸⁴, lo que traduce un juicio equivocado.

⁸⁰ ALEXY, Robert. **El concepto y la naturaleza del derecho**. Madrid: Marcial Pons, 2008. p. 89 y ss.

⁸¹ FINNIS, John. **Ley Natural y Derechos Naturales**. Trad. de Cristóbal Orrego S. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2000. p. 68 y ss.

⁸² Véase: GOLDSCHMIDT, Werner. **Instrucción filosófica al derecho**. 4 ed. Buenos Aires: Depalma, 1973. con citas de Tomás Aquino y de Suárez.

⁸³ FINNIS, John. **Ley Natural y Derechos Naturales**. Trad. de Cristóbal Orrego S. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2000. p. 66 y ss.

⁸⁴ KELSEN, Hans. **Teoría pura del derecho**. México: Porrúa, 2011. p. 231.

Han sido muchos los partidarios del derecho natural que antes y después de Kelsen incurrieron en ese error (repárese nada más en Villey) y carece de sentido criticarlos y traerlos a colación porque en vez de refutar al gran filósofo austríaco convalidaron su equívoco.

Los estudios hechos en el marco de la Nedn han revalorizado el pensamiento de Tomás de Aquino sobre el punto, además de actualizarlo y explicarlo en clave entendible por la modernidad.

El Aquinate jamás sostuvo que el derecho o ley natural se fundaba en la naturaleza, ni siquiera en la naturaleza humana en sí misma, sino en el orden impuesto por la razón natural que, en definitiva, se funda en el principio de razonabilidad, habida cuenta que todo hombre posee *“la inclinación natural a actuar según razón”* y que esto implica obrar en forma virtuosa⁸⁵.

En ese sentido, la interpretación que hace Finnis sobre los textos de Tomás de Aquino demuestra lo afirmado precedentemente al señalar que

“el criterio de conformidad o contrariedad respecto de la naturaleza es la razonabilidad”⁸⁶: “Y así todo lo que es contrario al orden de la razón es contrario a la naturaleza de los seres humanos en cuanto tal; y lo que es razonable está conforme con la naturaleza humana en cuanto tal. El bien del ser humano consiste en estar conforme con la razón, y el mal humano consiste en estar fuera del orden de la razonabilidad... De modo que la virtud humana, que hace buena a la persona humana y a sus obras, está conforme con la naturaleza humana sólo en cuanto [tantum... in quantum] está conforme con la razón; y el vicio es contrario a la naturaleza humana solo en cuanto es contrario al orden de la razonabilidad”⁸⁷.

“En otras palabras dice Finnis, “para Tomás de Aquino la manera de descubrir que es moralmente recto (virtud) y desviado (vicio) no es preguntar qué está de acuerdo con la naturaleza humana, sino qué es razonable. Y esta investigación nos conducirá, al final, hasta los primeros principios inderivados de razonabilidad práctica, principios que no hacen ninguna referencia a la naturaleza humana, sino solo al bien humano. Del principio al fin de sus exposiciones sobre ética, las categorías primarias para Tomás de Aquino son lo “bueno” y lo “razonable”, lo “natural” es, desde el punto de vista de su ética, un

⁸⁵ S.T. I-II, q. 94, a.3, en AQUINO, Tomás de. **Tratado de ley. Tratado de la Justicia. Opúsculo sobre el gobierno de los príncipes**. Ciudad de México: Porrúa, 1975. p. 28.

⁸⁶ FINNIS, John. **Ley Natural y Derechos Naturales**. Trad. de Cristóbal Orrego S. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2000. p. 69; MASSINI CORREAS, Carlos Ignacio. **El derecho natural y sus dimensiones actuales**. Buenos Aires: Ábaco, 1999. p. 34-37, analiza en profundidad los principales errores de Kelsen sobre lo que Tomás de Aquino entendía por ley natural.

⁸⁷ FINNIS, John. **Ley Natural y Derechos Naturales**. Trad. de Cristóbal Orrego S. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2000. p. 69.

*apéndice especulativo añadido a modo de reflexión metafísica, no un instrumento con el cual moverse hacia o desde los prima principia per se nota prácticos*⁸⁸.

Una interpretación similar sobre el pensamiento tomista en este punto hizo con anterioridad Goldschmidt, aunque el desarrollo que efectuó no puede compararse al rigor argumentativo de Finnis, señaló que la *lex naturalis* es aquella parte de la ley externa que resulta conocible a los hombres mediante la razón y que “*su principio supremo estatuye: hacer lo bueno y no hacer lo malo*”⁸⁹.

Esta coincidencia de Goldschmidt con la interpretación de Finnis⁹⁰ sobre la obra de Tomás de Aquino resulta notable no solo por haberla efectuado con bastante anterioridad (la primera edición data de 1960) sino por extenderse a la concepción sobre la ley humana o positiva, la cual, según el maestro austriaco y profesor argentino tras la segunda guerra mundial, se desprende de la ley natural

*“de dos maneras: por conclusión y por determinación. Las conclusiones deducidas de la “lex naturalis” son uniformes” ... “las determinaciones, al contrario, conceden un espacio de libertad dentro del cual caben lícitamente diferentes regulaciones”*⁹¹.

Debe quedar claro, entonces, que en el pensamiento de la Nedn la ley positiva deriva siempre del primer principio⁹² del derecho natural que manda hacer el bien y evitar el mal⁹³, principio que preside un sistema complejo que poco tiene que ver con la norma básica que Kelsen ubicó en la cúspide de su pirámide jurídica. Esta norma de clausura del sistema kelseniano carece por cierto de positividad, ya que su naturaleza es más bien sociológica, como lo reconoce el propio Kelsen al definirla como

*“el hecho fundante de la producción del derecho”, admitiendo que se trata de una norma presupuesta que puede ser designada “como constitución en sentido lógico jurídico, para diferenciarla de la constitución en sentido jurídico positivo”*⁹⁴.

⁸⁸ FINNIS, John. **Ley Natural y Derechos Naturales**. Trad. de Cristóbal Orrego S. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2000. p. 69.

⁸⁹ GOLDSCHMIDT, Werner. **Introducción Filosófica al Derecho**. 4 ed. Buenos Aires: Depalma, 1973 p. 476.

⁹⁰ FINNIS, John. **Ley Natural y Derechos Naturales**. Trad. de Cristóbal Orrego S. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2000. p. 311 y ss.

⁹¹ GOLDSCHMIDT, Werner. **Introducción Filosófica al Derecho**. 4 ed. Buenos Aires: Depalma, 1973p. 477.

⁹² Cfr. Puy, Francisco. **Teoría científica del derecho natural**. Ciudad de México: Porrúa y Universidad Panamericana, 2006. p. 238.

⁹³ AQUINO, Tomás de. **Tratado de ley. Tratado de la Justicia. Opúsculo sobre el gobierno de los príncipes**. Ciudad de México: Porrúa, 1975. I-II, ej. 94, a. 2 puntualiza que “...sobre este precepto se fundan todos los demás preceptos de la ley natural: o sea que (todo aquello que ha de hacerse o evitarse cae bajo los preceptos de la ley natural en cuanto la razón práctica puede captar que tales actos son bienes humanos”.

⁹⁴ Vid KELSEN, Hans. **Teoría pura del derecho**. México: Porrúa, 2011. p. 206.

Como puede advertirse, en el sistema kelseniano la norma básica no es impuesta sino presupuesta y, por tanto, no tiene nada de positiva aunque lo peor sea que, a consecuencia de la misma, “*cualquier contenido puede ser derecho*”⁹⁵ (vgr. normas de la dictadura nazi dirigidas al exterminio de judíos). Para el positivismo, la ley no puede ser moral ni inmoral, es amoral; la justicia es lo que la ley positiva estipula y el poder público tiene siempre razón⁹⁶.

En el sistema “no positivista” –en cambio– no tiene cabida una norma opuesta a la justicia la que se condensa en el primer principio antes señalado⁹⁷ y en los principios generales del derecho de primer y segundo grado⁹⁸, los cuales conforman un sistema de fuentes que se completa con las normas positivas y no al revés. Los principios generales interactúan sin que exista una prevalencia de unos sobre otros, lo que no obsta a reconocer la distinta dimensión de peso que pudieran tener para poderlos ponderar y armonizar con miras a la realización del bien común, salvo aquellos que se definan como derechos prácticamente absolutos, como el derecho a la vida (ya que salvo por el ejercicio de legítima defensa no es lícito provocar la muerte de una persona).

Como conclusión podemos decir que mientras el positivismo puro encorseta el derecho en un sistema lógico-formal basado en normas positivas, excluyendo del mismo la justicia⁹⁹, la moral y los consecuentes principios generales del derecho, el iusnaturalismo, particularmente a través de la Nedn, se revela como un sistema más amplio y abierto, que se nutre con el aporte interdisciplinario de otras ciencias y disciplinas permitiendo así enriquecer las determinaciones positivas, a condición de que no trasgredan los principios básicos de la justicia, en suma, del derecho natural.

De ese modo, se acrecienta el papel del juez en la creación del derecho reafirmando los principios de independencia e imparcialidad de la función jurisdiccional los cuales constituyen principios generales del derecho público que los otros órganos

⁹⁵ Cfr. Kelsen, Hans. **Teoría pura del derecho**. México: Porrúa, 2011. p. 207.

⁹⁶ Cfr. Bunge, Mario A. **Filosofía política**. Buenos Aires: Gedisa, 2009, p. 346, anota que tanto Carl Schmidt como Hans Kelsen justificaron el asesinato de Ernst Roehm y sus camisas pardas en el año 1934 por orden de Hitler y afirma que pese a su declarada neutralidad, “el positivismo jurídico es crudamente inmoral” y que “esa es la razón de que el positivismo jurídico haya sido la filosofía del derecho oficial de la Alemania nazi como de la antigua Unión Soviética”.

⁹⁷ MASSINI CORREAS, Carlos Ignacio. **El derecho natural y sus dimensiones actuales**. Buenos Aires: Ábaco, 1999. p. 38, afirma el carácter normativo del primer principio del derecho natural refutando la crítica de la filosofía analítica que suponía que Tomás de Aquino extrapolaba los principios del derecho natural de proposiciones descriptivas basadas en los rasgos de la naturaleza humana. En realidad, señala Massini Correas, la tesis de Hume en el sentido que “*de proposiciones meramente enunciativas solo podía seguirse una proposición normativa*” fue coincidente con el pensamiento de Tomás de Aquino (p. 38).

⁹⁸ FINNIS, John. **Ley Natural y Derechos Naturales**. Trad. de Cristóbal Orrego S. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2000. p. 131 y ss.

⁹⁹ Uno de los grandes filósofos argentinos no concibe cómo el positivismo excluye a la justicia de la teoría del derecho, cuando es su principal objeto. Ha señalado también que la ciencia busca la verdad, es explicativa y que “es legal, es decir, esencialista: intenta llegar a la raíz de las cosas”; véase: BUNGE, Mario. **La ciencia, su método y su filosofía**. Buenos Aires: Siglo Veinte, 1975, ps. 28/34.

del Estado no pueden alterar con leyes y/o el dictado de actos administrativos de alcance individual o generales (en sentido estricto: reglamentos).

8. LA JUSTICIA: DIFERENTES CLASES

La teoría de la justicia constituye una condición esencial para la comprensión y construcción sistémica de la dogmática jurídica, particularmente desde la visión de la nueva escuela de derecho natural (Nedn) a la que adherimos.

De acuerdo con el pensamiento que desarrolla Finnis al seguir y actualizar con un sentido moderno (sin variar lo esencial) las concepciones de Aristóteles y Tomás de Aquino, la justicia se configura como “un conjunto de exigencias de la razonabilidad práctica que existen porque la persona humana debe buscar realizar y respetar los bienes humanos no simplemente en sí misma y en su propio beneficio sino también en común, en comunidad”¹⁰⁰.

Ahora bien, la justicia constituye un complejo integrado por tres elementos que pasamos a sintetizar: a) se trata de una relación inter-subjetiva o inter-personal, es decir que revela una orientación hacia otra persona; b) contiene un deber o el mandato de cumplir lo debido (*debitum*) o sea lo que es propio, suyo de cada persona o, al menos, lo que se le adeuda en justicia y, c) implica una relación de igualdad en un sentido analógico: igualdad proporcional en relación a la cosa (aritmética) o igualdad en proporción al mérito o necesidad de una persona (geométrica)¹⁰¹.

En la construcción de Tomás de Aquino se reconocen dos grandes especies de justicia que en sus grandes rasgos se inspiran en la concepción aristotélica (justicia legal y correctiva). En un sentido abarcativo (de ahí su denominación) la justicia general comprende la ordenación de todas las relaciones humanas al bien común (que no se debe confundir con el patrimonio o acervo común de una determinada comunidad pública o privada). El bien común es el bien de todos y el de cada uno y por ese motivo todas las especies de justicia (aún la particular) deben orientarse a la realización del bien común.

La otra dimensión de la justicia es la particular que admite la subdivisión en justicia distributiva y conmutativa. La primera comprende las relaciones que vinculan a una comunidad (pública o privada) con los individuos e incluye tanto los deberes de los miembros hacia la comunidad (v.gr. las cargas públicas o la obligación de abonar una cuota social en una asociación privada) pues el concepto de comunidad no

¹⁰⁰ FINNIS, John. **Ley Natural y Derechos Naturales**. Trad. de Cristóbal Orrego S. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2000. p. 191.

¹⁰¹ FINNIS, John. **Ley Natural y Derechos Naturales**. Trad. de Cristóbal Orrego S. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2000. p. 191-194.

se circunscribe al Estado¹⁰². En estos casos, la relación de igualdad es proporcional al mérito, necesidad u otros criterios distributivos¹⁰³.

La segunda especie de justicia es la conmutativa que se refiere a los cambios (no sólo a los intercambios) que se producen en las relaciones entre dos personas (incluso entre personas públicas y privadas) y en ellas la igualdad se realiza siempre en proporción a la cosa y no a la persona (proporción aritmética)¹⁰⁴.

Por tales razones, no es posible identificar la justicia legal ni la distributiva con el Estado¹⁰⁵ ni, por derivación, la justicia distributiva con el derecho público¹⁰⁶, confusión que proviene de la clasificación triádica que formuló el Cardenal Cayetano al sostener que la justicia distributiva es la justicia del Estado¹⁰⁷. Ese error en que han caído algunos autores que identifican el derecho público con la justicia distributiva obedece a suponer que cuando Tomás de Aquino se refiere al todo o la comunidad se está refiriendo al Estado¹⁰⁸ cuando la realidad indica que la justicia distributiva -como relación entre el todo y las partes- puede darse en comunidades no necesariamente estatales (v.gr. asociaciones mutuales, familia, sociedades intermedias, comunidad internacional, etc.)¹⁰⁹.

Esa realidad demuestra, por otra parte, que las relaciones de justicia particular (distributiva y conmutativa) se presentan y desarrollan en planos distintos al correspondiente al derecho privado y al derecho público y que, en ambas ramas, pueden darse relaciones de justicia distributiva y de justicia conmutativa. Por lo demás, como señaló Tomás de Aquino, la restitución o compensación debida para restablecer la igualdad debe efectuarse con arreglo a los criterios de proporción de la justicia conmutativa

¹⁰² Véase: MASSINI CORREAS, Carlos Ignacio. **El derecho natural y sus dimensiones actuales**. Buenos Aires: Ábaco, 1999.

¹⁰³ FINNIS, John. **Ley Natural y Derechos Naturales**. Trad. de Cristóbal Orrego S. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2000. p. 195-206, especialmente p. 202 y ss.

¹⁰⁴ FINNIS, John. **Ley Natural y Derechos Naturales**. Trad. de Cristóbal Orrego S. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2000. p. 216 y ss., da como ejemplo de justicia distributiva la institución de la quiebra que pertenece al derecho privado (ps. 216/221). Mientras la justicia distributiva busca compensar a todos los que sufren daños relevantes el modelo de justicia conmutativa busca compensar a quienes fueron lesionados por el acto de quien no cumplió con sus deberes de cuidado y respeto por la persona dañada (p. 209).

¹⁰⁵ FINNIS, John. **Ley Natural y Derechos Naturales**. Trad. de Cristóbal Orrego S. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2000. p. 213 y ss.

¹⁰⁶ BARRA, Rodolfo Carlos. **Tratado de derecho administrativo**. t. 1. Buenos Aires: Abaco, 2002. p. 213 y ss.

¹⁰⁷ FINNIS, John. **Ley Natural y Derechos Naturales**. Trad. de Cristóbal Orrego S. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2000. p. 213 y ss. afirma que "según la opinión de Tomás de Aquino cualquiera que esté a cargo del 'acervo común' tendrá deberes de justicia distributiva; de aquí que cualquier propietario puede tener tales deberes..." puntualizando además que también el Estado y sus funcionarios tienen deberes de justicia conmutativa (p. 214).

¹⁰⁸ ROSSI, Abelardo F. **Aproximación a la justicia y a la equidad**. Buenos Aires: Ediciones de la Universidad Católica Argentina, 2000. p. 22.

¹⁰⁹ ROSSI, Abelardo F. **Aproximación a la justicia y a la equidad**. Buenos Aires: Ediciones de la Universidad Católica Argentina, 2000. p. 22. En la justicia distributiva, dice Rossi, la medida del derecho de la parte no depende de un valor fijo compensatorio proporcional al valor de la cosa o de otro valor fijo "sino de la proporción entre personas (partes) en el todo y el quantum de los bienes comunes distribuibles" (p. 38).

(v.gr. expropiación por razones de interés público, responsabilidad por actividad legítima, etc.).

Esta sucinta explicación que hemos hecho quedaría incompleta de no reconocer que, en el escenario de la justicia, suele utilizarse también la categoría de la justicia social¹¹⁰ la que indica una orientación hacia la realización del bien común (y en esto participa de la justicia general), a lo debido por la comunidad a otros semejantes que necesitan tener condiciones de vida digna como a las cargas impuestas para satisfacer las necesidades sociales que sean compatibles con el bien del conjunto de la comunidad y de las personas individualmente consideradas, en definitiva, con el bien común, no circunscribiéndose a una sola especie de justicia¹¹¹, sino que las agrupa todas, siendo más bien un criterio de orientación jurídica¹¹² y política.

9. LA DISTINCIÓN ENTRE MORAL Y DERECHO

Se trata del antiguo y clásico debate entre el positivismo y el iusnaturalismo que dividió durante mucho tiempo a la doctrina jurídica, en el cual al partir de bases e ideas diferentes, nunca lograron ponerse de acuerdo¹¹³. Los positivistas puros, aunque reconocían la existencia de una moral objetiva o social¹¹⁴, consideraron siempre que el derecho era algo distinto a la moral, y no obstante reconocer que los preceptos positivos se fundaban en principios morales, negaban la configuración de principios generales del derecho como base y fundamento del orden normativo, apoyándose solo sus fuentes formales. En ese contexto, y frente a la insuficiencia del positivismo legalista para detener los abusos de las dictaduras europeas (que impusieron el nazismo y fascismo sobre la base de un legalismo formal), fueron muchos los juristas que se convencieron de la necesidad de acudir a los principios generales y de incorporarlos a las constituciones, abriendo así nuevos cauces de creación por parte de la doctrina y de los jueces,

¹¹⁰ Ver y comparar: BARRA, Rodolfo Carlos. **Tratado de derecho administrativo**. t. 1. Buenos Aires: Abaco, 2002. p. 151-154.

¹¹¹ MESSNER, Johannes. **Ética social, política y económica a la luz del derecho natural**. Madrid: Rialp, 1967. p. 505.

¹¹² BARRA, Rodolfo Carlos. **Tratado de derecho administrativo**. t. 1. Buenos Aires: Abaco, 2002. p. 154.

¹¹³ Vid LECLERCQ, Jacques. **El derecho y la sociedad**. Barcelona: Herder, 1965. p. 40 y ss., GRANNERIS, Giuseppe. **Contribución tomista a la teoría del derecho**. Buenos Aires: Eudeba, 1977, p. 43 y ss.

¹¹⁴ La moral y el derecho no se hallan totalmente separados pues operan como círculos concéntricos. Aún cuando se reconozca la división que hizo Hegel entre moral subjetiva y objetiva y que el derecho tiene por objeto, fundamentalmente ésta última, la protección de la conciencia individual no es ajena al orden jurídico. Es cierto que hay valores que no pueden ser objeto directo de normas jurídicas ni prescribir mandatos positivos, como la amistad y el amor a la patria, pero hay siempre mandatos negativos que los protegen. En definitiva, la integración de la moral en el derecho se lleva a cabo, en la actualidad, a través de la recepción en la dogmática jurídica y en la jurisprudencia de los principios generales del derecho, se encuentren o no incorporados al ordenamiento positivo. La fuente de los citados principios se encuentra tanto en la Constitución y las leyes como en la doctrina, en la costumbre y en la jurisprudencia y en esto radica la principal diferencia con el positivismo legalista.

que permitieron configurar nuevos principios tanto generales como institucionales o sectoriales.

Paralelamente, el dogma de la plenitud del ordenamiento pronto se agotó en ese esquema y fue reemplazado por el papel creativo del juez que aplica esos principios generales mediante la técnica de la ponderación.

En definitiva, si la moral o ética¹¹⁵ está ligada al ámbito de los valores, a los cuales se somete, y si el orden jurídico (que no es más solo el orden normativo) acepta la superioridad de principios generales que contienen valores como fundamento del ordenamiento, es evidente que no se puede sostener que el valor sea algo extraño al derecho¹¹⁶.

Ese panorama se proyecta, como no podría ser de otro modo, a la teoría y, consecuentemente, al régimen del acto administrativo, a través de los principios generales que juegan como mandatos que debe acatar la Administración y que están, incluso, por encima del sistema normativo. Así, la configuración del ordenamiento jurídico cobra una nueva dimensión al ampliarse significativamente el clásico bloque de legalidad. En efecto, tras la recepción de los principios generales en los derechos públicos internos de los Estados, ya fuere por la jurisprudencia o por las respectivas constituciones, el fenómeno de la globalización y, en su caso, la prevalencia de los derechos supranacionales, generaliza principios morales¹¹⁷ que pasan a constituir nuevos paradigmas del derecho administrativo y público en general, en el curso de un proceso que favorece la creación por parte de los jueces del derecho, el cual termina caracterizándose por una integración entre elementos estáticos (los principios generales) y dinámicos (los nuevos paradigmas e instituciones).

La aparición de estos nuevos paradigmas, aplicados conforme a las exigencias de la razón práctica, trae consigo la caída de antiguos dogmas que estaban anclados en una concepción autoritaria del derecho público, aunque la tarea de erradicarlos no corra pareja en los diferentes sistemas comparados ni la transformación se proyecte de la misma manera en cuanto a su intensidad.

10. LA ESTRUCTURA DEL ORDENAMIENTO

El ordenamiento jurídico se compone de normas y principios¹¹⁸. Suele decirse (alguna vez utilizamos esta expresión) que las normas representan la faz positiva

¹¹⁵ Consideramos que la ética y la moral son sinónimos, conf. COVIELLO, Pedro J. J. Reflexiones sobre la ética pública. *Revista Ius et Veritas*, n. 48, Buenos Aires, 2010. p. 223 y ss., con cita de MARITAIN, Jacques. *Introducción general a la filosofía*. 8 ed. Buenos Aires: Club de Lectores, 1949, p. 229 y ss.

¹¹⁶ MOREIRA NETO, Diogo. *Curso de Direito Administrativo*. 15 ed. Río de Janeiro: Forense, 2009. p. 77 y ss., destaca el resurgimiento de los principios y la superación de los errores históricos del positivismo legalista.

¹¹⁷ COVIELLO, Pedro J. J. Reflexiones sobre la ética pública. *Revista Ius et Veritas*, n. 48, Buenos Aires, 2010. p. 225, afirma con razón, la unidad de la moral y señala que no puede predicarse que entre la ética pública y la ética privada existan ámbitos estancos, sin perjuicio del principio de reserva privada del art. 19 de la CN.

¹¹⁸ Para un sector de la doctrina española el ordenamiento se integra también con elementos no normativos de naturaleza sociológica (comportamientos, convicciones sociales, etc.).

del ordenamiento, a cuya cabeza se encuentra la Constitución como norma suprema y obligatoria (art. 31 CN). En realidad, para captar el sentido de dicha expresión hay que definir primero qué es una norma y qué constituye un principio jurídico¹¹⁹. La tarea si bien puede aparecer dotada de cierta complejidad ante las múltiples concepciones y definiciones existentes, resulta relativamente sencilla si nos atenemos a los conceptos básicos que proporcionan la lógica y la filosofía del derecho.

De ahí en más, cabe advertir que la positividad no es patrimonio exclusivo de la norma legal habida cuenta que es posible de crearla por vía consuetudinaria o jurisprudencial y algo similar acontece con los principios que pueden hallarse o no incorporados al ordenamiento legal positivo.

Hay también una jerarquía entre las normas. La norma constitucional prevalece sobre la que tiene su fuente en la ley y lo mismo acontece con respecto a las normas de los tratados que poseen jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 CN), que son obligatorias y vinculantes, al igual que los principios que prescriben.

11. LAS NORMAS

Toda norma se caracteriza por contener una estructura tripartita, a saber: a) la descripción del supuesto de hecho, b) el mandato (o cópula que expresa el deber ser) y c) la consecuencia jurídica. Esta es, digamos, la concepción clásica sobre la norma que, desde luego, admite una serie de matizaciones, según el tipo de normas y las características peculiares de cada disciplina. Por ejemplo, el mandato, en el derecho penal suele hallarse implícito¹²⁰ y, a su vez, en el derecho administrativo, los mandatos pueden contener conceptos jurídicos indeterminados (vgr. el interés público)¹²¹ que deben determinarse en cada caso por los gobernantes o jueces con arreglo a las exigencias de la razonabilidad práctica. También, sobre todo en el derecho administrativo, es posible atribuir a la Administración, salvo en materia de sanciones de naturaleza penal (o de actos de gravamen, en general), el poder de utilizar la facultad discrecional con respecto a los tres elementos que componen la estructura de la norma, lo que no siempre se ha percibido hasta ahora con claridad. Por cierto, que la atribución legal o reglamentaria

¹¹⁹ Al referirnos a los principios jurídicos entendemos por tales los principios generales de todo el derecho y los de las distintas ramas, particularmente los pertenecientes al derecho administrativo.

¹²⁰ El artículo 79 del Código Penal prescribe que “se aplicara reclusión o prisión de ocho a veinticinco años al que matare a otro siempre que en este Código no se estableciera otra pena”. El supuesto de hecho es la acción de matar a otro (se entiende a una persona), la consecuencia o sanción jurídica la pena de reclusión o prisión y el mandato legal implícito es la prohibición de matar a otro. Los mandatos penales son casi siempre negativos aún cuando prescriben también mandatos positivos como en los llamados delitos de omisión en los que el sujeto debe actuar por imperio de la ley y omite hacerlo (vgr. el delito de abandono de personas prescripto en los arts. 106 y 108 del Código Penal).

¹²¹ Véase: RODRÍGUEZ ARANA, Jaime. **Interés general, derecho administrativo y Estado de Bienestar**. Madrid: Lustel, 2012. p. 97 y ss.

de la discrecionalidad de la Administración se encuentra sometida siempre a un control judicial pleno y efectivo para garantizar los derechos de las personas que es el fin principal de la separación de los poderes.

12. LOS PRINCIPIOS GENERALES: SU DIFERENCIA CON LAS NORMAS Y LOS VALORES. LAS DIRECTIVAS POLÍTICAS

Mientras las normas responden a una cierta estructura lógica, donde tanto la proposición jurídica constituida por el supuesto de hecho que ella determina como su consecuencia se encuentran formuladas *“con similar propósito de precisión”*¹²², los principios aparecen con un margen de indeterminación y abstracción¹²³ que los lleva a requerir siempre de un acto posterior que los precise en una formulación más detallada, ya sea en su incorporación al derecho positivo o a falta de éste, en su aplicación al caso concreto¹²⁴. Los principios carecen de supuestos de hecho¹²⁵ los que deben ser cubiertos, en principio, por los legisladores o jueces, dadas las restricciones que pesan sobre la Administración para determinar su propia competencia.

Se ha procurado distinguir entre principios y valores en el sentido de que mientras éstos últimos no permiten especificar los supuestos en que se aplican, ni las consecuencias jurídicas que, en concreto, deben seguirse, los principios, sin llegar a ser normas analíticas, traducen un mayor grado de concreción¹²⁶ y resultan vinculantes o exigibles. Como puede apreciarse, el valor, así definido, se parece a la directiva o directriz de Dworkin en cuanto apunta a un estándar –que al igual que el principio debe ser observado– pero que reposa en un objetivo político, económico o social que persigue la comunidad. Cuando nos referimos al valor no lo hacemos en el sentido de algo útil sino como equivalente a bien, es decir, algo objetivo que resulta estimable por su cualidad

¹²² Cfr. VIGO, Rodolfo L., “Los principios generales del derecho”, JA 1986-III, 864.

¹²³ Para De Diego la abstracción de los principios es superior a la de las normas correspondiendo su estudio tanto a los filósofos del derecho como a los juristas prácticos, y en un pasaje del prólogo que hiciera a la obra del Del Vecchio afirma: *“Considerados, en efecto, los principios generales del derecho en su más amplio y comprensivo sentido son materia del filósofo del derecho; empero, hallándose ellos en la raíz misma de las instituciones jurídicas particulares no pueden ser extraños al jurista profesional y a éste pertenecen y dentro de su competencia están cuando descienden de aquellas alturas para encarnar en la vida, prestando espíritu, color y base a los preceptos de una legislación positiva. En el tránsito de una a otra esfera lo que ganan en concreción y acaso en intensidad, lo pierden en amplitud y extensión; al fin ese tránsito representa una mayor determinación, un acomodamiento en que la virtud del principio, antes generalísimo, se infunde en términos más particulares que a su modo la encantan y disminuyen deviniendo principios ya menos generales y más limitados”* (DEL VECCHIO, Giorgio. **Los principios generales del derecho**. Barcelona: Bosch, 1979. ps. 6-7).

¹²⁴ Cfr. DURAN MARTINEZ, Augusto. **Neoconstitucionalismo y Derecho Administrativo**. Montevideo: La Ley, 2012. p. 88.

¹²⁵ PRIETO SANCHIS, Luis. **Constitucionalismo y Positivismo**. 2 ed. Ciudad de México: UNAM-Fontamara, 1997. p. 30-31.

¹²⁶ PEREZ LUÑO, Antonio E. **Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución**. 4 ed. Madrid: Tecnos, Madrid, 1991, p. 286 y ss.

intrínseca que suele ser el centro de un principio jurídico y, en cierto modo, refleja la relación de éste con la ley natural.

En el plano jurídico, la diferencia entre valor y principio dista de ser clara pues independientemente de que en algunos principios existe un menor grado de concreción que en otros, los valores siempre deben ser observados cuando razonablemente son susceptibles de ser captados por el sistema jurídico. ¿Podría acaso negarse –por ejemplo– que la justicia, la buena fe, la protección de la libertad y de la igualdad no constituyen principios generales del derecho exigibles?¹²⁷ En suma, todo principio contiene un valor pero no todo valor configura un principio jurídico exigible como tal (vgr. la amistad).

Aunque el positivismo no desconoce los valores (ni por ende la moral) ellos son sacados, arbitrariamente, del sistema jurídico al que sólo concibe integrado por normas positivas (incluso por la costumbre y la jurisprudencia).

La depuración que pretende hacer el positivismo (por eso Kelsen denominó su concepción como teoría pura) negando toda relación entre el derecho positivo y el derecho natural, adolece de graves fallas filosóficas, históricas y metodológicas que recién en este siglo (de acuerdo a nuestro criterio) han sido objeto de una refutación completa¹²⁸ de parte del iusnaturalismo (a través de la Nedn).

De ese modo, el afán depurador del positivismo kelseniano no da cabida al principio democrático dentro del sistema constitucional. En efecto, si bien Kelsen reconocía a la democracia como un valor, algo que pertenece a su propia esencia, al sostener que la democracia constituye la expresión del relativismo¹²⁹ y al no atribuir a la democracia la condición de un principio general del derecho (Kelsen no aceptaba incluir a los principios generales del derecho entre las fuentes del ordenamiento) superior a las leyes, termina legitimando cualquier régimen autoritario (nazismo o fascismo) que fuera elegido por la mayoría del pueblo, ya que siendo todas las verdades relativas no era posible deslegitimar –en el plano de su teoría– un régimen positivo cuyas teorías y prácticas políticas resultan contrarias a la ley natural (que impone, entre otros, los mandatos de no matar, no torturar, no dañar bienes ajenos, etc.). En esta concepción no caben derechos absolutos como el derecho a la vida.

La historia, además, demuestra que el auge que tuvo el positivismo para legitimar el régimen nazi ha sido uno de los motivos principales de su decadencia que ha corrido en forma paralela al triunfo de las tesis iusnaturalistas a partir de la Segunda

¹²⁷ BELADIEZ ROJO, Margarita. **Los principios jurídicos**. Madrid: Tecnos, 1997. p. 75 y ss.

¹²⁸ FINNIS, John. **Ley Natural y Derechos Naturales**. Trad. de Cristóbal Orrego S. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2000. p. 39 y ss.

¹²⁹ KELSEN, Hans. **Esencia y valor de la democracia**. Buenos Aires: Labor, 1934. p. 143 y ss., especialmente p. 153 y ss.

Guerra Mundial y, al menos, al abandono de los dogmas del positivismo que, durante mucho tiempo, se creyeron irrefutables.

A su vez, uno de los ataques más serios que ha sufrido el positivismo anglosajón¹³⁰ radica en la distinción formulada por Dworkin entre principios, directrices y normas, que, paradójicamente, sirve también para limitar las exageraciones interpretativas en que ha incurrido un sector del neoconstitucionalismo continental y vernáculo cuando asigna plena operatividad a principios y valores que encierran objetivos o directivas políticas a cumplir por los gobernantes de turno por decisión del poder constituyente, que no delegó en el Juez el poder de crear, con carácter general, los mandatos propios de las normas operativas.

Esta diferencia reposa en una serie de distinciones de naturaleza lógica¹³¹ que hacen al grado de determinación, generalidad y precisión, que, en definitiva, se traduce en la orientación que se proporciona al juez encargado de dirimir una controversia o al órgano administrativo que aplica o interpreta el derecho ya fuera para crear una situación de gravamen como de ventaja, respecto de un particular.

13. EL CARÁCTER PRECEPTIVO O VINCULANTE DE LOS PRINCIPIOS. LA DISTINCIÓN ENTRE DERECHO Y PRINCIPIO

La mayoría de los autores modernos participan de la tendencia, originada a contramano del positivismo clásico, que atribuye obligatoriedad a la observancia de los principios y superioridad sobre las leyes positivas, cuyo grado de primacía se acentúa en la medida en que se incorporan, en su gran mayoría, a las nuevas constituciones.

¹³⁰ Conf. DWORKIN, Ronald. **Los derechos en serio**. 2 ed. Barcelona: Ariel, 1989. p. 72-73, donde señala que: "En la mayoría de los casos usaré el término 'principio' en sentido genérico, para referirme a todo el conjunto de los estándares que no son normas; en ocasiones, sin embargo, seré más exacto y distinguiré entre principios y directrices políticas. Aunque ningún punto de mi presente argumentación dependerá de tal distinción, quiero enunciar cómo la establezco. Llamo 'directriz' o 'directriz política' al tipo de estándar que propone un objetivo que ha de ser alcanzado; generalmente, una mejora en algún rasgo económico, político o social de la comunidad (aunque algunos objetivos son negativos, en cuanto estipulan que algún rasgo actual ha de ser protegido de cambios adversos). Llamo 'principio' a un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad. De tal modo, la proposición de que es menester disminuir los accidentes de automóvil es una directriz, y la de que ningún hombre puede beneficiarse de su propia injusticia, un principio. La distinción puede desmoronarse si se interpreta que un principio enuncia un objetivo social (a saber, el objetivo de una sociedad en la que nadie se beneficie de su propia injusticia) o si se interpreta que una directriz enuncia un principio (esto es, el principio de que el objetivo que defiende la directriz es valioso) o si se adopta la tesis utilitarista de que los principios de justicia enuncian encubiertamente objetivos (asegurar la mayor felicidad para el mayor número). En algunos contextos, la distinción tiene una utilidad que se pierde si se deja esfumar de esta manera".

¹³¹ Dworkin sostiene que: "Ambos conjuntos de estándares apuntan a decisiones particulares referentes a la obligación jurídica en determinadas circunstancias, pero difieren en el carácter de la orientación que dan. Las normas son aplicables a la manera de disyuntivas. Si los hechos que estipula una norma están dados entonces o bien la norma es válida, en cuyo caso la respuesta que da debe ser aceptada, o bien no lo es, y entonces no aporta nada la decisión".

Incluso, los principios, contenidos en el preámbulo se consideran operativos¹³². Los principios carentes de supuestos de hecho y de consecuencias jurídicas determinadas, resultan, sin embargo, preceptivos y se complementan con la garantía pública ¹³³ que los protege, lo que tiene particular relevancia en el campo de los derechos humanos.

Se ha sostenido, en el campo de la teoría moderna de Alexy sobre la argumentación jurídica, que se trata de mandatos de optimización¹³⁴ cuando, en realidad, ello es peculiar solo de una clase de principios, que predicen enunciados susceptibles de ser ponderados con gradualidad, en un marco abierto e indeterminado de aplicación a los supuestos de hecho o sujetos a las orientaciones, estándares o directrices de naturaleza política, en el sentido empleado por Dworkin.

Por el contrario, basta con reparar en la mayoría de los principios generales para darnos cuenta que no son todos mandatos de optimización¹³⁵ y que hay mandatos de aplicación imperativa, ya sean mandatos negativos o positivos. Hasta existen principios que generan derechos del hombre que tienen primacía sobre otros como el derecho a la vida¹³⁶ que no pueden ser alterados por los gobernantes (legisladores, jueces o funcionarios públicos).

Esto acontece, por ejemplo, en el campo del derecho público, con el principio de la tutela judicial efectiva, el de la buena fe y el de verdad material, para citar algunos ejemplos en los que no hay optimización posible porque lo óptimo es la realización plena del principio.

En cambio, el mandato de optimización aparece en aquellos supuestos en que más que principios se trata de directivas políticas, económicas o sociales tendientes a orientar al legislador o al funcionario en determinado sentido a través de estándares indeterminados con respecto a las decisiones que adopte. Son las que, en la

¹³² TAWIL, Guido Santiago. **Estudios de Derecho Administrativo**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2012, p. 798 y ss.

¹³³ Ver, BARRA, Rodolfo Carlos. El ordenamiento institucional de los derechos humanos. **RAP**, Buenos Aires, 2008. p. 300, puntualiza que la exigibilidad es una cualidad inherente a todo derecho humano que se complementa con la garantía pública.

¹³⁴ ALEX, Robert. **Teoría de la Argumentación Jurídica**: La Teoría del Discurso Racional como Teoría de la fundamentación Jurídica. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 458 y ss. Sobre las teorías de la argumentación y su proyección en los fallos judiciales véase el excelente trabajo de ZACAGNINO, María Eugenia; FERNÁNDEZ, María Alejandra In: SACRISTÁN, Estela B. (Org.). **Manual de jurisprudencia y doctrina**. Buenos Aires: La Ley, 2013. p. 619 y ss.

¹³⁵ ATIENZA, Manuel; RUIZ MANERO, Juan. **Las piezas del derecho**: Teoría de los enunciados jurídicos. 2 ed. Barcelona: Ariel, 2004, p. 30-31.

¹³⁶ Véase: FINNIS, John. **Ley Natural y Derechos Naturales**. Trad. de Cristóbal Orrego S. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2000. p. 251, atribuye el carácter absoluto al derecho a la vida. Pero la ley natural y el derecho positivo consagran excepciones al carácter absoluto del derecho a la vida cuando se trata de la defensa de la propia vida (legítima defensa). Aunque es un tema que exige mayores desarrollos también cabe admitir que el derecho legitima la defensa colectiva en los supuestos de guerra habiendo convenciones que regulan diversos aspectos (ej. las Convenciones de Ginebra).

teoría constitucional clásica, se denominaban normas o cláusulas programáticas de la Constitución¹³⁷.

Dada las múltiples conceptualizaciones que hay sobre el derecho en el mundo jurídico suelen confundirse o identificarse los principios con los derechos y estos, a su vez, con las garantías constitucionales. El derecho público es proclive al uso promiscuo de estos conceptos pero lo cierto es que hay una libertad de estipulación en el medio doctrinario favorecida por la textura abierta del lenguaje natural que se utiliza y la variedad de sentidos del término. Sólo el conocimiento teórico-práctico permite saber en qué sentido el juez o el legislador han empleado el concepto (vgr. como principio, derecho o garantía) y si el término derecho que utilizamos se refiere al poder jurídico o facultad que habilita la pretensión procesal o a cualquiera de las otras acepciones reconocidas (ej. lo justo o el derecho concebido como ordenamiento).

14. EL CARÁCTER ABSOLUTO O RELATIVO DE LOS DERECHOS

La filosofía del utilitarismo¹³⁸ sostenía que no había derechos fundamentales o humanos absolutos y hasta nuestra Corte Suprema sentó el principio de la relatividad de los derechos al declarar que, conforme al art. 14, los derechos se gozan de acuerdo a las leyes que reglamentan su ejercicio¹³⁹.

Como una suerte de paradoja, la fuerza de semejante tradición, compatible con la tesis del positivismo legalista (de un modo consciente o inconsciente) no es absoluta ya que no puede concebirse la relatividad de los derechos frente a la existencia de bienes básicos.

Se trata de bienes básicos a los que ningún sistema democrático puede limitar ni atribuir carácter relativo o subordinar a la reglamentación y, de hecho, ellos tienen carácter absoluto en aquellos Estados que practican la democracia como forma de gobierno y de vida.

Porque aun cuando haya alguno de estos derechos que no se cumpla en la realidad (como el derecho a que la autoridad no mienta y diga la verdad o el derecho a no ser condenado por razones políticas o datos falsos)¹⁴⁰ lo cierto es que los derechos públicos de mayor trascendencia para la dignidad del hombre tienen carácter absoluto

¹³⁷ Ver VANOSSI, Jorge Reinaldo. **Teoría constitucional**. Buenos Aires: Depalma, 1976, p. 3 y ss., distingue entre cláusulas operativas y cláusulas programáticas no operativas que cumplen la función de indicar a los poderes públicos ciertas directivas para el accionar de los poderes públicos o bien, establecer reglas de interpretación dirigidas particularmente a los jueces (p. 4).

¹³⁸ FINNIS, John. **Ley Natural y Derechos Naturales**. Trad. de Cristóbal Orrego S. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2000. p. 251.

¹³⁹ Fallos 136:161 (1922), *in re* "Ercolano c/ Lantieri de Renshaw".

¹⁴⁰ FINNIS, John. **Ley Natural y Derechos Naturales**. Trad. de Cristóbal Orrego S. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2000. p. 253.

en los Estados democráticos, lo cual permite descartar algunas teorías recientes que asignan prevalencia a los derechos colectivos sobre los derechos individuales.

Entre estos derechos humanos absolutos se encuentran el derecho a no ser privado de la vida así¹⁴¹ como el derecho a no ser privado de la posibilidad de procrear¹⁴² y el derecho a no ser torturado ni sufrir otros castigos denigrantes de la condición humana¹⁴³.

15. CARACTERÍSTICAS ATRIBUIDAS AL ORDEN JURÍDICO

El derecho, concebido como orden jurídico, es el instrumento esencial que utiliza la autoridad para resolver los problemas de coordinación que se plantean en el seno de una comunidad. Su fin (aunque no sea realizado en plenitud en cada país) se orienta a la previsibilidad de las relaciones humanas mediante la creación de reglas e instituciones¹⁴⁴.

Como resabios del positivismo algunos siguen sosteniendo como supuestos axiomas del derecho el de la completitud del ordenamiento (negando la posibilidad de carencias normativas), del derecho como orden coactivo¹⁴⁵ y del derecho como regulador de su propia creación, no admitiendo la creación de reglas fuera del círculo que crea y permite crear el derecho positivo.

Sin embargo, esos caracteres formales que se atribuyen al derecho pierden consistencia a poco que se los confronte con la realidad en la que operan.

En primer lugar, no es cierto que el ordenamiento constituya un orden jurídico completo y que, por tanto, no existan las llamadas lagunas del derecho, por más que estas puedan siempre cubrirse apelando a la técnica de la analogía. Se trata de un postulado ficticio como llega a reconocer el propio FINNIS¹⁴⁶ y la experiencia muestra que hay infinidad de casos de carencia de normas (la denominada carencia histórica) en que la solución jurídica se alcanza mediante un salto a la justicia material¹⁴⁷, a través de un

¹⁴¹ MASSINI CORREAS, Carlos Ignacio. **El derecho natural y sus dimensiones actuales**. Buenos Aires: Ábaco, 1999. ps. 212/225.

¹⁴² FINNIS, John. **Ley Natural y Derechos Naturales**. Trad. de Cristóbal Orrego S. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2000. p. 253.

¹⁴³ Art. 18 *in fine* CN.

¹⁴⁴ FINNIS, John. **Ley Natural y Derechos Naturales**. Trad. de Cristóbal Orrego S. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2000. p. 296.

¹⁴⁵ Véase: VIGO, Rodolfo L. **El iusnaturalismo actual**: De M. Villey a J. Finnis. Ciudad de México: Distribuciones Fontamara, 2003. P. 147 y 174.

¹⁴⁶ FINNIS, John. **Ley Natural y Derechos Naturales**. Trad. de Cristóbal Orrego S. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2000. p. 298.

¹⁴⁷ GOLDSCHMIDT, Werner. **Introducción Filosófica al Derecho**. 4 ed. Buenos Aires: Depalma, 1973. p. 294 y ss., especialmente p. 299.

acto de creación del derecho por parte del juez que perfectamente puede apoyarse en algún principio del derecho natural (no positivo).

Tampoco son consistentes los dos axiomas con que FINNIS pretende resumir las características formales del derecho¹⁴⁸. En efecto, el derecho no puede definirse exclusivamente como un orden coactivo toda vez que normalmente él puede realizarse sin apelar a la coacción. Repárese nada más que en los actos favorables (relaciones de fomento o promoción) y en la serie de vínculos contractuales y aún legales que se cumplen sin coacción (la mayor parte de los repartos autónomos) para demostrar que hay innumerable cantidad de actos jurídicos que se cumplen sin procedimientos coactivos. Que la coacción sea una posibilidad para forzar el cumplimiento de actos frente a un particular recalcitrante no implica que todo el ordenamiento jurídico sea un orden coactivo.

Por lo demás, la afirmación que el derecho regula su propia creación va en contra del postulado básico del iusnaturalismo que, fuera de todo dogmatismo formal, concibe la posibilidad de que las fuentes del derecho no tengan que provenir, en todos los supuestos, de autoridades sociales “sino que hay algo jurídico, cognoscible que vale como tal aunque no se lo haya reconocido o dispuesto socialmente”¹⁴⁹. Ese “algo” jurídico es, para el iusnaturalismo y sus visiones próximas, la ley o el derecho natural y los principios generales del derecho.

16. LOS PARADIGMAS EN EL DERECHO PÚBLICO

El concepto de paradigma, empleado para captar el sentido de la revolución científica que se opera en el campo de las ciencias físicas y naturales y, en general, en el de la historia de las ciencias, puede ser utilizado con provecho en el ámbito de las ciencias sociales, para explicar los fenómenos propios de la transformación de las instituciones¹⁵⁰.

Porque es evidente que todas las ciencias se apoyan en un paradigma o conjunto de ellos, los cuales cumplen la función de ser una suerte de ley básica que alimenta sus principios de un modo continuo y generalizado.

La dinámica de los paradigmas hace que las formulaciones de los principios en el mundo del derecho requieran ser ajustadas cuando la realización del bien común lo demande (generalmente orientado por necesidades sociales), y en la medida que éstas

¹⁴⁸ FINNIS, John. **Ley Natural y Derechos Naturales**. Trad. de Cristóbal Orrego S. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2000. p. 294 y ss. en especial ps. 296-298.

¹⁴⁹ VIGO, Rodolfo L. **El iusnaturalismo actual**: De M. Villey a J. Finnis. Ciudad de México: Distribuciones Fontamara, 2003. p. 156.

¹⁵⁰ KUHN, Tomás. **La estructura de las revoluciones científicas**. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2002, p. 9 y ss., especialmente p. 268 y ss.

no excedan los principios básicos que fundamentan la justicia material, en sus diversas especies (conmutativa, distributiva y legal).

En la actualidad, el paradigma se ha convertido en una noción, ciertamente versátil, que se utiliza para diversos usos interpretativos con significados diferentes dada la libertad de estipular conceptos que es propia de la ciencia del derecho. De ese modo, mientras algunos conciben a los paradigmas como nuevas visiones del derecho, y otros, como principios generales o valores jurídicos, no faltan quienes los circunscriben a los principios del llamado neoconstitucionalismo.

Cuando aludimos a los valores jurídicos asimilándolos a los principios generales no estamos haciendo referencia a los valores básicos fundamentales¹⁵¹. Nos referimos a los principios generales del sistema jurídico (estén o no positivizados) que, aún cuando no se relacionan en base a un orden jerárquico predeterminado, se interpretan y aplican con arreglo a las exigencias básicas de la razonabilidad práctica¹⁵². Lo cierto es que hasta quienes distinguen por su grado de especificación los valores de los principios (el principio tendría un grado mayor de determinación) admiten que ambos son preceptivos¹⁵³ y que hay principios que se ha entendido configuran derechos humanos inviolables, como el derecho a la vida¹⁵⁴, que cumplen un papel fundamental en el Estado de Derecho, en sus distintas versiones¹⁵⁵.

Veamos ahora algunas de las razones por las cuales los juristas y aún los filósofos del derecho no se preguntan acerca de las exigencias de la razonabilidad práctica. Ello puede obedecer a una explícita o implícita adhesión a la tesis positivista ancestral que

¹⁵¹ FINNIS, John. **Ley Natural y Derechos Naturales**. Trad. de Cristóbal Orrego S. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2000. p. 91 y ss. especialmente ps. 113-127, enumera entre los valores básicos fundamentales, la vida, el conocimiento, el juego, la experiencia estética, la sociabilidad, la razonabilidad práctica y la religión.

¹⁵² Véase: FINNIS, John. **Ley Natural y Derechos Naturales**. Trad. de Cristóbal Orrego S. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2000. p. 165 y ss. Al respecto se pregunta dicho autor ¿Cómo puede saber uno que una decisión es razonable prácticamente? Considera que la razonabilidad práctica como un bien que estructura nuestra búsqueda de bienes afirmando que no vivir a la altura de esas exigencias es irracional. Finnis describe y desarrolla como tales: a) un plan de vida coherente; b) ninguna preferencia arbitraria entre los valores; c) ninguna preferencia arbitraria entre las personas; d) desprendimiento y compromiso; e) la relevancia de las consecuencias: eficiencia, dentro de lo razonable; f) respeto por todo valor básico en todo acto; g) las exigencias del bien común; h) seguir la propia conciencia e i) la moral, como producto de esas exigencias.

¹⁵³ COVIELLO, Pedro J. J. Los principios y valores como fuentes del Derecho Administrativo. **Cuestiones del Derecho Administrativo**, RAP, Buenos Aires, 2009. p. 753.

¹⁵⁴ Según Finnis, resultan inviolables y son absolutos conforme a las exigencias de razonabilidad práctica, un conjunto básico de derechos humanos, entre los que se encuentran desde *"el más obvio, el derecho de no verse privado directamente de la propia vida como medio para ningún fin ulterior; pero también el derecho a que no nos mientan positivamente en ninguna situación (v.g. en la enseñanza) en la cual se espera razonablemente una comunicación real; y el derecho a no ser condenado sobre la base de cargos deliberadamente falsos; y el derecho a no ser privado, u obligado a privarse de la propia capacidad procreadora; y el derecho a ser tenido en cuenta con respecto a cualquier valoración de lo que el bien común exige"* (FINNIS, John. **Ley Natural y Derechos Naturales**. Trad. de Cristóbal Orrego S. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2000. p. 253).

¹⁵⁵ Sobre el Estado de Derecho y sus diferentes versiones, hasta llegar al Estado de Derecho Constitucional, la literatura jurídica europea es abundante, véase: MUÑOZ MACHADO, Santiago. **Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General**. 2 ed. Madrid: Iustel, 2006. p. 321 y ss.

separa la moral del derecho, o bien, a una tendencia racionalista moderna, que incorpora formalmente como valores o derechos en el sistema positivo aún a los que no pueden serlo por su repugnancia a la ley natural.

En lo que sigue, vamos a referirnos a aquellos principios generales del derecho aplicables al derecho administrativo que consideramos de relevancia fundamental y que, por tanto, cumplen la función de los paradigmas científicos ya sea que tengan su fuente positiva en los textos constitucionales, en cláusulas de los tratados y en las leyes, así como en la jurisprudencia y en la doctrina, siempre que encarnen interpretaciones iuspublicistas que resulten armónicas con el texto constitucional de 1853-1860 y la reforma de 1994. Ello no implica desechar el comparatismo constitucional que, en cuanto resulte compatible con el derecho vernáculo, puede ser útil para la interpretación jurídica de los preceptos positivos que, en muchos aspectos, se han fundado en sus prescripciones.

El conocimiento de paradigmas sea, bajo la forma de principios generales o de garantías jurídicas, no es un fenómeno exclusivo del derecho público contemporáneo ni del llamado neoconstitucionalismo. Basta recordar la formulación y desarrollo del principio de razonabilidad y del debido proceso adjetivo¹⁵⁶, para citar algunos de los principios que se desarrollaron en nuestro país bajo la influencia de las instituciones del derecho constitucional norteamericano. Algo similar ocurrió con los principios generales del derecho elaborados por la jurisprudencia del Consejo de Estado Francés¹⁵⁷ (vgr. la igualdad ante las cargas públicas y la interdicción de la desviación de poder) fundados en la justicia o en la ley natural antes que del derecho positivo, los que también se proyectaron a nuestro derecho administrativo.

En Europa continental, incluso en algunos países antes de la sanción de los textos constitucionales de la posguerra, se inició un movimiento doctrinario y jurisprudencial que como reacción a los dogmas y carencias del derecho administrativo clásico, contribuyó a incorporar una serie de principios generales del derecho administrativo al sistema jurídico¹⁵⁸ (vgr. el informalismo, los principios *pro libertate* y *pro actione*, la buena fe, etc.).

El proceso estaba guiado por una revalorización del Estado de Derecho con una finalidad tuitiva de los derechos fundamentales o naturales (particularmente las libertades de los ciudadanos) y ponía el acento en la protección de la persona humana.

¹⁵⁶ Vid: LINARES, Juan Francisco. **La razonabilidad de las leyes**: El debido proceso como garantía innominada en la Constitución Argentina. 2 ed. Buenos Aires: Astrea, 1980.

¹⁵⁷ RIVERO, Jean. Los principios generales del derecho en el derecho francés contemporáneo. **RAP**, n. 6, Madrid, 1951. p. 293.

¹⁵⁸ Véase GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo. **Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho**. Madrid: Civitas, 1984. p. 63 y ss.

En la continuación de ese proceso el llamado neconstitucionalismo europeo extremó la positivización de los principios y nuevos derechos mediante la instrumentación de un amplio catálogo de derechos sociales, y más tarde colectivos, estos últimos concebidos en función de la tutela de bienes comunes (vgr. la protección ambiental) y de la democracia participativa (derecho de participación)¹⁵⁹.

Algunos de esos nuevos principios y derechos plantean falsos dilemas a la hora de su interpretación. Fuera o no por razones ideológicas, un sector de la doctrina sostiene la operatividad directa de todos los nuevos principios y derechos incorporándolos al orden coactivo, como si fueran normas positivas, olvidando que una buena parte de ellos son mandatos de optimización, o según la terminología que utiliza la Corte, derechos fundamentales con operatividad derivada¹⁶⁰ que, cuando implican obligaciones de hacer a cargo del Estado, están sujetos al control de razonabilidad¹⁶¹. Ese proceso de transformación de los principios generales en normas coactivas, de contenido positivo, no ha perseguido siempre una finalidad garantista de los derechos y en ocasiones ha transgredido el principio de la razonabilidad económica¹⁶².

Antes bien, la ideología ha procurado, imponer la prevalencia de los derechos colectivos sobre los derechos individuales, aún a costa de aniquilar el derecho a la vida¹⁶³ que, para el pensamiento iusnaturalista, representa un derecho absolutamente inviolable.

¹⁵⁹ CELORRIO, Hernán. Derechos sociales y tutela judicial. **Estudios de Derecho Administrativo**, n. 3, La Ley, Montevideo, 2011, p. 7 y ss. afirma que no hay contradicción entre los derechos civiles y políticos “correspondiendo una complementación integral de los mismos en la interpretación de sus alcances y de la debida protección (p. 8).

¹⁶⁰ GARCÍA BELAUNDE, Domingo. El Estado Social re-visitado. **ReDA**, n. 81, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2012. p. 697 y ss. habla de derechos incondicionados y condicionados; éstos últimos requieren regulación legal y recursos económicos, es decir, que no son directamente operativos.

¹⁶¹ En un caso reciente, en el que la madre de un hijo que padecía una grave discapacidad planteó una acción contra la Ciudad Autónoma de Buenos Aires reclamando que se le reconozca y haga efectivo el derecho a una vivienda digna, la Corte hizo lugar a la pretensión ordenando al Gobierno de la Ciudad, el otorgamiento de las prestaciones de asistencia social y de salud y que garantizase a la actora, aún en forma no definitiva “un alojamiento con condiciones edilicias adecuadas a la patología del niño, sin perjuicio de contemplar su inclusión en algún programa de vivienda en curso o futuro para la solución permanente de la solución planteada”. En este caso, si bien la Corte parte del reconocimiento de la operatividad efectiva de los derechos fundamentales, como es el derecho a la vivienda digna, precisa que esa operatividad no es directa, en el sentido de que todos los ciudadanos la pueden reclamar en sede judicial (considerando 11º in fine) sino una operatividad subordinada a su implementación por los poderes públicos (Legislativo y Ejecutivo), dado que existe “la necesidad de valorar de modo general otros derechos, como por ejemplo la salud, las prestaciones jubilatorias, los salarios y otros, así como los recursos necesarios” (considerando 11º, primera parte). Sin embargo, la Corte considera que los derechos fundamentales que consagran obligaciones de hacer a cargo del Estado, con operatividad derivada, “están sujetos al control de razonabilidad por parte del Poder Judicial” (considerando 12º primera parte). (Cfr. en la causa “Recurso de hecho Q. C. S. Y. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo”, Fallos 335:452 [2012]).

¹⁶² Por ejemplo, cuando se opone el derecho a la vivienda digna al derecho individual del propietario, sin declaración de utilidad pública ni el cumplimiento de las demás garantías de la expropiación (art. 17 CN).

¹⁶³ La cita de un texto de Foucault que ha hecho Massini Correas (**El derecho natural y sus dimensiones actuales**. Buenos Aires: Ábaco, 1999.) ilustra hasta donde llega la tesis que niega a la persona humana y sus

Ante todo, cabe advertir que, el verdadero problema no radica en el reconocimiento positivo de los derechos y bienes colectivos cuyos valores son naturalmente protegibles en función del bien común (vgr. la protección de la salud y del medio ambiente) sino en el desconocimiento de valores básicos y en su interpretación irrazonable o bien, en la utilización demagógica por los gobernantes de turno, cualquiera sea la tendencia que representen (liberales, conservadoras, socialistas, etc.).

Los paradigmas que revisten fundamental relevancia en el derecho público, al configurar principios generales del derecho, se proyectan a la teoría del acto administrativo sobre el cual prevalecen¹⁶⁴. Muchos de ellos no son sino formulaciones evolucionadas de principios generales anteriormente reconocidos que tuvieron recepción positiva en los tratados internacionales integrantes de nuestro ordenamiento constitucional (art. 75 inc. 22). Ello conduce a la necesidad de aplicar en nuestro derecho administrativo no sólo las normas y principios de estos tratados sino también la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹⁶⁵.

17. LA DIGNIDAD DE LA PERSONA COMO FUENTE CENTRAL DE TODOS LOS PRINCIPIOS Y DERECHOS

La persona humana es la fuente de todos los principios y derechos¹⁶⁶. Más aún, el fundamento¹⁶⁷ y la razón de ser del derecho radica en la persona cuya humanidad no deriva de ser una creación formal del hombre. Un ordenamiento positivo que negase la condición de persona de un ser humano sería algo inconcebible, un no-derecho, una aporía que el positivismo no pudo resolver cuando sostenía que la persona era una creación del derecho¹⁶⁸.

En el dominio sobre la propia vida del ser más que del existir, se encuentra la raíz de la dignidad de la persona pues, como decían las Partidas, la persona del hombre es

derechos fundamentales. Al respecto, ha llegado a decirse que: “cuando el proletariado tome el poder puede ser perfectamente posible que ejerza contra las clases sobre los que ha triunfado, un poder violento, dictatorial e incluso sangriento; no veo que objeción puede hacérsele a esto”, (CHOMSKY, Noam; FOUCAULT, Michel. **La naturaleza humana: ¿justicia o poder?**. Valencia: Universidad de Valencia, 1976. ps. 55-56).

¹⁶⁴ MORAND-DEVILLER, Jacqueline. **Cours de Droit Administratif**. 13 ed. Paris: LGDJ, 2013. p. 269, señala que los principios generales del derecho tienen un valor jurídico superior a cualquier clase de actos administrativos; ver también: GAUDEMET, Yves. **Droit Administratif**. 20 ed. Paris: LGDJ, 2012. ps. 132-134.

¹⁶⁵ Ampliar en: ABERASTURY, Pedro; GOTTSCHAU, Patrizia E. Interrelación del derecho supranacional en el procedimiento administrativo nacional. In: ABERASTURY, Pedro; BLANKE, Hermann-Josef (Orgs.). **Tendencias actuales del procedimiento administrativo en Latinoamérica y Europa**. Buenos Aires: Eudeba y Fundación Konrad Adenauer, 2012, p. 95 y ss.

¹⁶⁶ LAJE, Alejandro. **Derecho a la intimidad**: Su protección en la sociedad del espectáculo. Buenos Aires: Astrea, 2014. p. 14 y ss., sostiene que es el fundamento de los derechos personalísimos como el derecho a la intimidad, verdadero derecho subjetivo de las personas.

¹⁶⁷ RABBI-BALDI CABANELLAS, Renato. **Teoría del Derecho**. Buenos Aires: Ábaco, 2008. p. 33.

¹⁶⁸ RABBI-BALDI CABANELLAS, Renato. **Teoría del Derecho**. Buenos Aires: Ábaco, 2008. p. 62.

la más noble del mundo¹⁶⁹. Esa dignidad no admite discriminación alguna por razón de nacimiento, raza o sexo, opiniones o creencias¹⁷⁰ y en ella se fundamentan los derechos del hombre como la libertad religiosa o la libertad de expresión¹⁷¹.

De un modo u otro, todos los derechos humanos están relacionados con la dignidad de la persona que constituye algo así como el principio general básico de todo el derecho, el cual informa el contenido del ordenamiento y resulta un valor jurídico exigible. Por esa causa, el primer derecho que prevalece respecto de cualquier otro derecho es el derecho a la vida¹⁷², uno de cuyos contenidos principales es el derecho a la salud, dado que la preservación de la persona representa el grado máximo de su dignidad. La persona es un fin en sí mismo para cuya realización y perfección necesita gozar de todos los derechos que se relacionan con la condición humana, con las restricciones razonables que le imponga el bien común tanto en su dimensión individual como social, espiritual y material. En ese arco protectorio se encuentran la libertad, la propiedad y la igualdad y aún los llamados derechos de segunda y tercera generación, con sus nuevos paradigmas, como la tutela judicial efectiva.

El valor jurídico básico de la dignidad humana ocupa un lugar central en el derecho público, siendo un principio constitucional¹⁷³ que se proyecta a la teoría del acto administrativo, a través del desarrollo de una serie de principios generales cuyos diversos contenidos se expresan mediante mandatos, prohibiciones y estímulos.

La dignidad humana, como principio básico del derecho, ha sido reconocida en numerosos tratados internacionales. Para nuestro derecho adquieren trascendencia como fuente de todo el ordenamiento, aquellos que poseen jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22 CN). En tal sentido, desde la Declaración Universal de los Derechos Humanos¹⁷⁴, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos¹⁷⁵, el Pacto de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre¹⁷⁶ hasta la Convención Americana sobre Derechos Humanos, han incorporado

¹⁶⁹ GONZALEZ PÉREZ, Jesús, **La dignidad de la persona**. Madrid: Civitas, 1986. p. 24. Ver también: gonzález perez, Jesús. La dignidad de la persona y el Derecho Administrativo. **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, año 7, n. 29, p. 11-35, jul./set. 2007.

¹⁷⁰ GONZALEZ PÉREZ, Jesús, **La dignidad de la persona**. Madrid: Civitas, 1986. p. 25.

¹⁷¹ BARRA, Rodolfo Carlos. La libertad de prensa en la reciente jurisprudencia de la Corte Suprema. In: GORDILLO, Agustín. (Org.). **Derecho Administrativo: Doctrinas esenciales**. t. 3. 10 ed. Buenos Aires: La Ley, p. 2011. p. 1171 y ss. en especial, p. 1181 y la jurisprudencia de la Corte que cita.

¹⁷² FINNIS, John. **Ley Natural y Derechos Naturales**. Trad. de Cristóbal Orrego S. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2000. p. 251 y ss.

¹⁷³ Fallos 314:421.

¹⁷⁴ Preámbulo y arts. 1, 2, 3, 4, 5, 6, entre otros.

¹⁷⁵ Considerandos y arts. 7, 8, 10, 16, 17 y 19.

¹⁷⁶ Considerandos, Preámbulo y arts. I, II y XVII, entre otros.

en sus textos el principio; en particular ésta última lo recoge al prescribir que: “Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad”¹⁷⁷.

El principio de la dignidad de la persona protege una variedad de situaciones (la de los funcionarios, militares, estudiantes, detenidos o reclusos, usuarios de servicios públicos etc.)¹⁷⁸ y debe observarse en todos los elementos del acto administrativo (competencia, causa, objeto, forma y finalidad). Su violación implica la inconstitucionalidad del acto por la violación de un tratado internacional que es parte integrante de la Constitución y la nulidad puede encuadrarse en cada uno de los supuestos de nulidad absoluta previstos en el art. 14 de la LNPA (vgr. incompetencia en razón de la materia por violar la Constitución y así, sucesivamente, con los demás elementos del acto administrativo).

No se puede desconocer tampoco, como se ha señalado, que un grupo de fallos de la Corte Suprema ha conectado el llamado Estado Constitucional de Derecho con la inmediata protección de la dignidad humana¹⁷⁹.

Recordemos que en la dignidad de la persona humana se fundamentan los demás principios generales del derecho ya sean comunes a todo el derecho como el principio de buena fe, los de “pro hómine” y “pro libertate”, junto a los que son propios y típicos del derecho público, como el principio de confianza legítima¹⁸⁰ y la tutela judicial y administrativa efectiva, que constituyen nuevos paradigmas del derecho administrativo.

Al propio tiempo, aunque los hechos y actos de los gobernantes suelen demostrar lo contrario, el ordenamiento internacional aplicable en el orden interno¹⁸¹, ha potenciado la observancia de la moral pública y la lucha contra la corrupción. El acto administrativo cuyo objeto transgrede la moral pública adolece de nulidad absoluta¹⁸² y la conducta del funcionario merece el reproche penal correspondiente.

18. LOS NUEVOS PARADIGMAS DEL DERECHO PÚBLICO

Una primera aplicación de las exigencias de la razonabilidad práctica indica que ninguno de los nuevos paradigmas puede ser interpretado para aniquilar otro principio por fundamentos arbitrarios o preconceptos ideológicos. Si todos los principios

¹⁷⁷ Art. 11.1 CADH.

¹⁷⁸ GONZALEZ PÉREZ, Jesús, **La dignidad de la persona**. Madrid: Civitas, 1986. p. 136 y ss.

¹⁷⁹ SAMMARTINO, Patricio Marcelo E. Introducción al estudio del acto administrativo en el Estado Constitucional de Derecho. **ReDA**, n. 81, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012. punto 2.3.

¹⁸⁰ Véase: COVIELLO, Pedro J. J. **La protección de la confianza del administrado**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2004. p. 33 y ss.

¹⁸¹ GONZALEZ PÉREZ, Jesús, **La dignidad de la persona**. Madrid: Civitas, 1986. p. 136 y ss.

¹⁸² MARIENHOFF, Miguel S. **Tratado de Derecho Administrativo**. t. 2. 4 ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1993. p. 349 y ss.

generales, aún los que se consideran nuevos paradigmas, poseen igual jerarquía objetiva en el plano de los valores básicos¹⁸³ -con excepción del valor vida- la solución de un conflicto en el que se invoquen diferentes principios o derechos no es susceptible de ser predeterminada dogmáticamente, sino que requiere llevar a cabo una tarea de ponderación conforme a las circunstancias del caso y las reglas de la razonabilidad práctica, a fin de alcanzar la solución justa o correcta.

19. EL PRINCIPIO *PRO HOMINE* Y SU FUNCIÓN ORDENADORA. LA INTERPRETACIÓN MÁS FAVORABLE (*IN DUBIO PRO LIBERTATE*)

Se trata de un principio sustantivo que se dirige tanto al agente público que dicta un acto administrativo como al juez que interpreta un principio, norma, o acto o contrato administrativo. En tales casos, la aplicación e interpretación de las normas debe orientarse hacia la solución que proteja en mayor medida a la persona¹⁸⁴ (física o jurídica)¹⁸⁵.

El basamento normativo del principio se encuentra fundamentalmente, en el art. 2º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que consagra varias prohibiciones dirigidas a los Estados: a) suprimir el goce y el ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la convención o limitarlos en mayor medida que las prevista en ella; b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de esos Estados; c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno y d) excluir o limitar el efecto que pueda producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

El principio obliga a interpretar en forma favorable a la persona las normas que reconocen o amplían los derechos humanos y, a la inversa, en forma restrictiva los que

¹⁸³ MASSINI CORREAS, Carlos I. **El derecho natural y sus dimensiones actuales**. Buenos Aires: Ábaco, 1999. p. 216-217.

¹⁸⁴ Véase: el caso "Madorrán" de la CSJN, Fallos 330:1989, considerando 8º.

¹⁸⁵ MAIRAL, Héctor A. Hacia una noción más acotada del acto administrativo (donde se explica como los argentinos pasamos, sin darnos cuenta, de obedecer la ley a obedecer a los funcionarios públicos). **RAP**, 2011-1 y 2, Buenos Aires, 2011. p. 43; anota que la protección de las personas jurídicas esta contemplada en el art. 1º del Protocolo Adicional Nº 1 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales, que entró en vigor el año 1954. Asimismo, señala que en el derecho inter-americano la doctrina considera que la protección comprende sólo a las personas físicas y no a las personas jurídicas, no obstante algunos precedentes de la CIDH (casos Redio Nanduty vs. Paraguay (1987) y Cantos vs. Argentina (2001)). A favor de la protección de la persona jurídica: BIDART CAMPOS, Germán J. **Teoría General de los Derechos Humanos**. Buenos Aires: Astrea, 2006, p. 39 y ss.

consagran limitaciones o restricciones¹⁸⁶, dado que el propósito del principio consiste en “preservar la dignidad, asegurar los derechos fundamentales y alentar el desarrollo de los seres humanos”¹⁸⁷. Pero también amplía el ámbito de los derechos de la persona en cuanto a la exigibilidad de otros derechos humanos o fundamentales como el acceso a la información pública, la participación en la elaboración de los reglamentos y de los usuarios en los entes reguladores, la protección de los derechos de los consumidores¹⁸⁸ y usuarios de servicios públicos, etc. Se ha sostenido que se trata de un “megaprincipio” cuyo sentido es orientar una dirección valorativa de razonamiento “en dirección de la protección de la persona”¹⁸⁹.

Claro está que es razonable argumentar que si el eje de la protección radica en la persona, el principio *pro homine* constituye un valor básico siendo el principio *in dubio pro libertate* (o *favor libertatis*) un derivado de aquel, dado que la autonomía o libertad del sujeto es un *prius* (aunque atado siempre a la responsabilidad personal), ya que la heteronomía y las limitaciones revisten siempre carácter excepcional. De este principio deriva la regla de que la Administración debe inclinarse siempre por la interpretación más favorable a la persona y el principio de que la buena fe del administrado siempre se presume, lo cual tiene particular incidencia en el ámbito tributario¹⁹⁰. La autonomía y la libertad deben prevalecer sobre la restricción que tiene que ser limitada y establecida como excepción a la regla de un modo razonable.

Un claro supuesto que choca con los principios *pro homine*, *pro libertate* y buena fe, se encuentra en la interpretación que ha efectuado la doctrina y la jurisprudencia de la Corte a partir del caso “Almagro”¹⁹¹, en torno al art. 18 de la LNPA que permite a la Administración revocar un acto regular “si el administrado hubiere conocido el vicio”. Lo cuestionable no radica en extender la excepción a la revocabilidad del acto regular al acto irregular lo cual resulta lógico, dado que no puede haber una potestad de mayor extensión para revocar el acto que tiene un vicio menor (de nulidad relativa) que el que exhibe un acto irregular que afecta el orden público administrativo (nulidad absoluta). Lo cuestionable es presumir el conocimiento del vicio por parte del administrado por que ello va en contra de los mencionados principios que predicen la regla inversa y de

¹⁸⁶ GUTIERREZ COLANTUONO, Pablo Ángel; JUSTO, Juan Bautista. **Administración Pública, Juridicidad y Derechos Humanos**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2009. p. 15.

¹⁸⁷ CIDH, Caso Comunidad Mayagma (Sumo) Awas Tingni c/Nicaragua, de fecha 31/8/2001, publicado en La Ley 2003-C-290, voto concurrente del juez García Ramírez (párrafo 2).

¹⁸⁸ La protección de los consumidores y usuarios fue reglamentada a través de la ley 24.240 y sus modificatorias (Leyes 24.787, 24.999 u 26.361); véase PERRINO, Pablo E. La responsabilidad del Estado y de los prestadores de servicios públicos privatizados frente a los usuarios, en Aportes para un Estado eficiente. **V Congreso Nacional de Derecho Administrativo del Perú**, Palestra, Lima, 2012. p. 365 y ss.

¹⁸⁹ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoría de la decisión judicial**: Fundamentos de derecho. Santa Fe: Rubinzal Culzoni, 2008, p. 265.

¹⁹⁰ GONZALEZ PÉREZ, Jesús. **La dignidad de la persona**. Madrid: Civitas, 1986. p. 159 y ss

¹⁹¹ Fallos 321:170.

la cual se desprende que la carga de la prueba y la de imputar el vicio al administrado es responsabilidad de la Administración¹⁹². En tales supuestos, debe requerirse, al menos, una participación voluntaria del administrado, o bien, que el vicio le sea imputable¹⁹³ o que exista dolo del administrado¹⁹⁴.

En el campo del derecho penal, el principio *in dubio pro reo* encarna el principio *pro homine* en cuanto asigna prevalencia –en caso de duda– a la protección de la libertad, habiéndose sostenido que “por las características propias que hacen a la esencia de la interpretación misma de la ley penal, el principio de menor reprochabilidad debería prevalecer sobre cualquier otro, de acuerdo a una teoría garantística y, fundamentalmente, para proteger la imparcialidad del juzgador”¹⁹⁵.

20. EL PRINCIPIO GENERAL DE LA BUENA FE

Si tomamos por caso el acto administrativo (o el contrato de la Administración), la buena fe presupone que tanto la voluntad de la Administración como la del particular o administrado y, en general, los elementos del acto o contrato han sido producto de una conducta recta, leal y honesta. Se trata de una derivación del principio de la dignidad de la persona humana, cuya vigencia en el derecho administrativo es anterior¹⁹⁶ a la Convención Americana de Derechos Humanos¹⁹⁷ y, por cierto, aunque reconoce una tradición previa al nuevo constitucionalismo, se inserta en los nuevos paradigmas constituyendo incluso una exigencia del principio de la confianza legítima, como se verá más adelante.

La buena fe se vincula con los comportamientos éticos de las personas cuya exigibilidad se incorpora al derecho que, al tener en cuenta la moral, implica otra ruptura del positivismo legalista¹⁹⁸. Ella resulta directamente aplicable al derecho administrativo y rige con independencia de su reconocimiento por el derecho positivo, si bien las tendencias de los ordenamientos se inclinan por su incorporación expresa, ya sea

¹⁹² GUTIERREZ COLANTUONO, Pablo Ángel; JUSTO, Juan Bautista. **Administración Pública, Juridicidad y Derechos Humanos**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2009. p. 82, sostienen que una consecuencia fundamental del principio “consiste en desplazar hacia el Estado la carga argumentativa y probatoria sobre la validez y la aplicabilidad de una determinada restricción a un derecho”, con cita del fallo Hooft de la Corte Suprema (Fallos: 237:5118, considerando 3) de 2004.

¹⁹³ GORDILLO, Agustín. (Org.). **Derecho Administrativo: Doctrinas esenciales**. 3 ed. Buenos Aires: La Ley, 1979.

¹⁹⁴ CASSAGNE, Juan Carlos. **Ley Nacional de Procedimientos Administrativos: Comentada y Anotada**. Buenos Aires: La Ley, 2009. p. 384.

¹⁹⁵ WAGNER, Federico. *In dubio pro reo* como límite a la interpretación de la ley penal. **RDP**, Buenos Aires, 2014.

¹⁹⁶ MARIENHOFF, Miguel S. **Tratado de Derecho Administrativo**. t. 2. 4 ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1993. ps. 196 y 290.

¹⁹⁷ Art. 11, inc. 1.

¹⁹⁸ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. **El principio general de la buena fe en el derecho administrativo**. 4 ed. Madrid: Thomson-Civitas. p. 21 y ss.

como principio general en el Código Civil¹⁹⁹ o bien, como ocurre en Colombia, a través de la recepción constitucional del principio (art. 83), cuya proyección al procedimiento administrativo ha sido ampliamente desarrollada por la jurisprudencia y doctrina de ese país.

21. EL PRINCIPIO DE LA CONFIANZA LEGÍTIMA

La actividad de la Administración precisa generar confianza en el administrado para que éste pueda prever razonablemente el grado de previsibilidad y seguridad jurídica que posee su relación con el Estado y adoptar las medidas necesarias para cubrir o soportar las contingencias adversas.

El principio de la confianza legítima nace en el derecho alemán²⁰⁰, en un marco de oposición entre la legalidad estricta y el principio de buena fe, la cual terminó siendo una exigencia y no su fundamento que, en realidad, se encuentra en el principio de la seguridad jurídica²⁰¹.

Si bien hay alguna conexión con el principio de los actos propios, el principio de la confianza legítima es una institución típica del derecho público que tiende a modificar, por razones de justicia, los efectos de una aplicación irrestricta de la legalidad. Su aplicación, que es siempre subsidiaria, se ha proyectado en el derecho español, así como en el derecho comunitario europeo²⁰², hallándose en un proceso de desarrollo evolutivo en el derecho argentino²⁰³.

La finalidad del principio estriba en mantener la intangibilidad de los derechos que nacen al amparo de un acto o contrato administrativo (pilar de la competencia y la libertad económica) siempre que la verificación de la ilegalidad del acto se produzca luego de haber transcurrido un tiempo razonable susceptible de generarle al particular una legítima confianza en la estabilidad de la decisión²⁰⁴ y de sus derechos.²⁰⁵

Se trata de situaciones con una apariencia de legalidad o ausencia de vicios manifiestos, con independencia del carácter absoluto o relativo de la invalidez, que genera el derecho a la estabilidad del acto administrativo (vgr. un permiso urbanístico

¹⁹⁹ Art. 7º ap. 1 del Código Civil español.

²⁰⁰ COVIELLO, Pedro J. J. **La protección de la confianza del administrado**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2004. p. 33, especialmente p. 35 y ss.

²⁰¹ MAURER, Hartmut. **Derecho Administrativo**: Parte General. 17 ed. Madrid: Marcial Pons. p. 67.

²⁰² COVIELLO, Pedro J. J. **La protección de la confianza del administrado**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2004. p. 85 y ss.

²⁰³ Los primeros casos en los que se menciona el principio en la jurisprudencia de la Corte son "Revestek" (Fallos 318:1531) y "Cirlafin" (no publicado) del año 1995.

²⁰⁴ TJCE Basf y otros v. Comisión, de fecha 27/2/1992.

²⁰⁵ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A estabilidade do ato administrativo criador de direitos à luz dos princípios da moralidade, da segurança jurídica e da boa-fé. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 10, n. 40, p. 291-313, abr./jun. 2010.

revocado por la Administración por razones de legitimidad después de autorizarse el comienzo de las obras y habilitado el inmueble).

En cuanto al fundamento de la seguridad jurídica²⁰⁶ que se esgrime como basamento del principio de la confianza legítima, el Tribunal de Estrasburgo lo sitúa en el Preámbulo del Tratado que declara el Estado de Derecho como patrimonio común de todos los integrantes²⁰⁷.

En el sistema argentino el fundamento se encuentra en el valor de la seguridad jurídica y en los postulados del Estado de Derecho contenidos en los artículos 14, 16, 17 y 18 de la C.N.²⁰⁸ y aunque en los tribunales del sistema interamericano de derechos humanos no ha tenido aún recepción, el principio tiene similar encuadre a la luz de los preceptos de la CADH²⁰⁹.

Una aplicación puntual del principio de confianza legítima consiste en limitar el efecto retroactivo de la declaración de invalidez del acto administrativo²¹⁰, cuando se dan los presupuestos requeridos para que el administrado haya tenido una “expectativa razonable” en la certidumbre de su derecho y haya obrado de buena fe. En el derecho alemán el principio de la protección de la confianza adquiere mayor fuerza en el caso de la revocación de actos favorables, salvo que se hubiera producido un cambio de circunstancias que transforme al acto en “antijurídico”. En este último supuesto, la protección de la confianza juega en el sentido de permitir la revocación a partir del momento en el que se produzca el cambio de las circunstancias. Excepcionalmente, se admite la revocación con efectos retroactivos “ex tunc” en aquellos supuestos en que las subvenciones o ayudas públicas no han sido empleadas conforme a su finalidad²¹¹.

²⁰⁶ MEDAUAR, Odete. **O Direito Administrativo em Evolução**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 246 y ss. En Francia, el Consejo de Estado lo considera un principio general del derecho (C.E. Ass. 24 de marzo de 2006 Soc. KPMG) no ocurriendo lo mismo con el principio de la confianza legítima cuya aplicación –según el Consejo de Estado, se limita al derecho comunitario. CE -9 de mayo de 2001- caso “Entreprise Freymuth”.

²⁰⁷ GUTIERREZ COLANTUONO, Pablo Ángel; JUSTO, Juan Bautista. **Administración Pública, Juridicidad y Derechos Humanos**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2009. p. 104. Uno de los casos paradigmáticos que cita es “Pine Valley” del año 1991, en el que se consideró que un permiso urbanístico anulado había generado expectativas legítimas o razonables para ejercer los derechos derivados del acto.

²⁰⁸ COVIELLO, Pedro J. J. **La protección de la confianza del administrado**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2004. p. 460.

²⁰⁹ GUTIERREZ COLANTUONO, Pablo Ángel; JUSTO, Juan Bautista. **Administración Pública, Juridicidad y Derechos Humanos**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2009. p. 106, con citas de fallos de la CIDH (Cayara v. Perú. Excepciones preliminares), párrafo 63, entre otros).

²¹⁰ Véase: COVIELLO, Pedro J. J. **La protección de la confianza del administrado**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2004. ps. 229-234, y las correspondientes citas jurisprudenciales.

²¹¹ MAURER, Hartmut. **Derecho Administrativo**: Parte General. 17 ed. Madrid: Marcial Pons. p. 324-325.

22. EL PRINCIPIO DE LA MORAL PÚBLICA

El empleo indistinto de los conceptos hace que consideremos a la moral como equivalente a la ética y aunque somos conscientes de que una porción de filósofos los separan, carece de sentido que nos ocupemos aquí de este problema lingüístico y conceptual. La esencia de la ética o moral consiste en perseguir el bien y no la utilidad de una persona o grupo de personas.

Hemos dicho antes que la moral no es totalmente separable del derecho (en sentido lato) puesto que no puede haber ordenamientos positivos ni principios de derecho natural que legitimen los actos externos del hombre que sean inmorales, en la medida en que sean susceptibles de proyectarse a terceros. Lo que está exento de la regulación estatal son las acciones privadas de los hombres en cuanto no afecten a la moral pública ni perjudiquen los derechos de terceros como lo proclama el artículo 19 de la CN, norma que constituye un principio general del derecho público.

La moral pública –como todo principio jurídico– constituye así un mandato vinculante que obliga a legisladores, administradores y jueces, derivado del primer principio que resume en hacer el bien y evitar el mal.

La ética²¹² o moral pública encierra un valor en sí misma que se ha cristalizado en diversos preceptos positivos de carácter nacional y supranacional; estos últimos regidos también por el principio de convencionalidad que obliga a respetar las decisiones de los tribunales internacionales y el derecho derivado que producen los diferentes organismos internacionales de los que nuestro país forma parte. Los supuestos de hecho de dicho conjunto de normas²¹³ se refieren a los procedimientos en las contrataciones públicas, la protección de los denunciantes de hechos de corrupción, el control de la gestión estatal y la sanción de nulidad para los actos que contravengan el régimen de incompatibilidades y conflictos de intereses, entre otras prescripciones.

En el caso del acto administrativo se discute si la moral configura o no un elemento propio de él²¹⁴, o bien constituye un requisito o cualidad del elemento objeto²¹⁵, sobre la base de la aplicación analógica del art. 953 del Código Civil de Vélez Sarsfield²¹⁶. Al respecto, seguimos pensando que la moral se radica en el objeto del acto que es el contenido de la decisiones que adopta el órgano administrativo por cuanto los demás elementos confluyen en dicho elemento y el resultado práctico es el mismo,

²¹² Véase: CAPUTI, María Claudia. **La ética pública**. Buenos Aires: Depalma, 2000.

²¹³ Art. III incisos 5°, 6°, 8° y 9° de la Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC) y art. 17 de la Ley de Ética Pública N°25.188.

²¹⁴ MARIENHOFF, Miguel S. **Tratado de Derecho Administrativo**. t. 2. 4 ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1993. p. 345 y ss.

²¹⁵ CASSAGNE, Juan Carlos. **Curso de Derecho Administrativo**. 10 ed. Buenos Aires: La Ley, 2011. p. 617.

²¹⁶ Art. 279 del CCCN.

ya sea que se considere o no a la moral como un elemento separado y autónomo del acto administrativo.

23. LA NECESIDAD DE ARMONIZAR LOS NUEVOS PARADIGMAS

En el derecho público, particularmente en el derecho administrativo, suele llevarse a cabo, cada tanto, transformaciones que modifican instituciones caducas, dan vida a nuevos principios y crean reglas jurídicas compatibles con los fines que persigue el cambio o la adaptación del sistema jurídico.

El fenómeno jurídico puede compararse con el agua de un río que siempre fluye. El derecho, como el agua, mantiene su contenido sustancial que viene a ser una combinación de principios y normas, de justicia y experiencia, con exigencias morales insoslayables.

La caída del dogma positivista que postulaba la separación absoluta entre los valores morales y el derecho, representa el cambio más grande que ha habido en el plano de la filosofía del derecho, producido a partir de la segunda guerra mundial.

Lo curioso es que, el auge del nuevo constitucionalismo, ha sido posible gracias a los aportes provenientes de unos cuantos filósofos del derecho formados en el positivismo que, sin renegar de todo lo valioso que tiene el derecho positivo, se convencieron de que sin principios de justicia, el derecho se convierte en un instrumento formal que puede ser manejado a su antojo por las dictaduras autoritarias de izquierda y de derecha. Lo que sucedió con el nazismo y el fascismo es la demostración más acabada del quiebre del positivismo legalista en el derecho de raíz continental y anglosajona.

Es que, aparte de las funciones que debe cumplir el Estado como garante y gestor del bien común, el gran problema es y seguirá siendo el de la limitación del poder para hacerlo compatible con los derechos humanos básicos, entre los que cuentan no solo los nuevos derechos colectivos y los derechos sociales de segunda generación, cuya primacía algunos pretenden imponer, sino también, los derechos de la persona individual que hacen a su libertad y a sus necesidades materiales y espirituales, como la propiedad y la igualdad.

Si se respeta el principio de no contradicción nunca puede ser un criterio interpretativo válido darle preferencia dogmática a un principio sobre otro ni al derecho colectivo sobre el derecho individual, en la medida que son derechos fundamentales de la persona humana. Ello implicaría negar de antemano el principio o el derecho, despojándolo de su condición esencial.

Lo que sí puede haber y de hecho es lo que acontece, es que deba resolverse un conflicto entre pretensiones de partes que se apoyan en derechos que, en un determinado caso, aparecen enfrentados y en el que el juez deberá darle toda o

parcialmente la razón a una u otra sobre la base de la ponderación y de las exigencias de la razonabilidad.

Es ese escenario, el nuevo constitucionalismo (expresión que preferimos a la de neoconstitucionalismo) ha contribuido a reafirmar la tendencia del derecho administrativo a prohibir las arbitrariedades de la Administración potenciando el papel que deben cumplir los principios generales en el sistema jurídico constitucional e internacional de protección de los derechos humanos, lo cual implica extender el alcance del control judicial.

En tal sentido, los tratados internacionales de derechos humanos incorporados a la Constitución (art. 75, inc. 22) han complementado el sistema de protección de los derechos individuales y sociales que consagra nuestra Carta Magna haciendo preceptiva la aplicación de sus principios a la teoría del acto administrativo, conforme a las técnicas de la ponderación y a las reglas de la razonabilidad práctica.

El abordaje efectuado sobre tres paradigmas fundamentales que impregnan el contenido de las relaciones entre los particulares y la Administración como los principios *pro homine* y, su consecuente, *in dubio pro libertate*, así como otros principios como el de la confianza legítima y la tutela judicial y administrativa efectiva, no pretende ser abarcativo ni excluyente, ya que los tratados internacionales también contienen principios que amplían la esfera de los derechos individuales y colectivos. Sin embargo, cabe advertir que el desarrollo de los mismos no debe hacerse a expensas de los derechos tradicionales de libertad, propiedad e igualdad, lo cual no implica desconocer la extensión que han tenido algunos principios fundamentales, como por ejemplo, la igualdad de oportunidades, que es una proyección del principio general de igualdad, base de la justicia y cuya aplicabilidad debe ponderarse en cada caso en función de otros principios (razonabilidad y eficacia), así como el clásico principio de subsidiariedad²¹⁷, cuya recepción en nuestro país se ha limitado al campo doctrinario²¹⁸.

Si tuviéramos que resumir la ecuación actual del Derecho Administrativo diríamos que ya no gira, exclusivamente, en torno del equilibrio entre autoridad y libertad que, por cierto, hay que seguir manteniendo a rajatabla, al igual que todos los principios que componen el Estado de Derecho, sino entre el poder público y la dignidad humana –o si se prefiere entre la autoridad²¹⁹ y la protección de la persona física y jurídica y de sus derechos individuales y colectivos-, interpretados con arreglo a las reglas de la razonabilidad práctica mediante la utilización de la técnica de la ponderación y, a su

²¹⁷ Véase: RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime. **Interés general, Derecho Administrativo y Estado del bienestar**. Madrid: lustel, 2012. p. 101 y ss., y MEDAUAR, Odete. **O Direito Administrativo em Evolução**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 245-246.

²¹⁸ Ampliar en nuestro CASSAGNE, Juan Carlos. **Curso de Derecho Administrativo**. 10 ed. Buenos Aires: La Ley, 2011. p. 25 y ss.

²¹⁹ Autoridad que, en cualquier caso, cumple una función servicial cuya razón de ser se encuentra en el principio personalista (la primacía de la persona humana).

vez, en el plano económico-social, el modelo que prevalece es el del Estado Subsidiario de gestor principal de las prestaciones de servicio público ha pasado a ser un Estado básicamente regulador y garante de la calidad y eficiencia de las prestaciones privadas que satisfacen necesidades públicas. En este modelo, le corresponde al Estado, aparte de las funciones básicas esenciales como la seguridad y la justicia, desempeñar un papel activo en el campo social frente a la insuficiencia de los sectores privados para cubrir las necesidades colectivas, lo que dependerá del grado de desarrollo de cada país y aun cuando las economías muchas veces no son comparables, el principio de subsidiariedad se mantiene, en su faz activa, matizándose su alcance con arreglo a las diferentes situaciones y posibilidades de los Estados.

24. REFERENCIAS

ABERASTURY, Pedro; BLANKE, Hermann-Josef (Orgs.). **Tendencias actuales del procedimiento administrativo en Latinoamérica y Europa**. Buenos Aires: Eudeba y Fundación Konrad Adenauer, 2012.

ALEXY, Robert. **El concepto y la naturaleza del derecho**. Madrid: Marcial Pons, 2008.

ALEXY, Robert. **Teoría de la Argumentación Jurídica**: La Teoría del Discurso Racional como Teoría de la fundamentación Jurídica. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

AMAYA, Jorge Alejandro. **El control de constitucionalidad**. Buenos Aires: Astrea, 2012.

AQUINO, Tomás de. **Tratado de ley. Tratado de la Justicia. Opúsculo sobre el gobierno de los príncipes**. Ciudad de México: Porrúa, 1975.

ARNÉS VÁZQUEZ, Javier. Introducción al principio de proporcionalidad en el derecho comparado y comunitario. **RAP**, n. 135, Madrid, 1994.

ATIENZA, Manuel; RUIZ MANERO, Juan. **Las piezas del derecho**: Teoría de los enunciados jurídicos. 2 ed. Barcelona: Ariel, 2004.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A estabilidade do ato administrativo criador de direitos à luz dos princípios da moralidade, da segurança jurídica e da boa-fé. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 10, n. 40, p. 291-313, abr./jun. 2010.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo e o novo Código Civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

BADENI, Gregorio. **Tratado de Derecho Constitucional**. t. 1. 3 ed. Buenos Aires: La Ley, 2010.

BARNÉS VÁZQUEZ, Javier. **Innovación y Reforma del Derecho Administrativo**. 2 ed. Sevilla: Inap-Global Law Press, 2012.

BARRA, Rodolfo Carlos. El ordenamiento institucional de los derechos humanos. **RAP**, Buenos Aires, 2008.

- BARRA, Rodolfo Carlos. **Tratado de derecho administrativo**. t. 1. Buenos Aires: Abaco, 2002.
- BELADIEZ ROJO, Margarita. **Los principios jurídicos**. Madrid: Tecnos, 1997.
- BIDART CAMPOS, Germán J. **Teoría General de los Derechos Humanos**. Buenos Aires: Astrea, 2006.
- BIOY, Xavier (Org.). **L'identité du droit public**. Toulouse: Presses de l'Université, 2011.
- BREWER CARIAS, Alan Randolph. **La Constitución de Cádiz y el constitucionalismo americano**. San José de Costa Rica: Editorial Investigaciones Jurídicas, 2012.
- BREWER CARIAS, Alan Randolph. **Principios fundamentales del derecho público**. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2005.
- BUNGE, Mario A. **Filosofía política**. Buenos Aires: Gedisa, 2009.
- BUNGE, Mario A. **Memorias: Entre dos mundos**. Buenos Aires: Gedisa-Eudeba, 2014.
- BUNGE, Mario. **La ciencia, su método y su filosofía**. Buenos Aires: Siglo Veinte, 1975.
- CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo. **Sobre Derecho Administrativo**. t. 1. Montevideo: FCU, 2007.
- CAPUTI, María Claudia. **La ética pública**. Buenos Aires: Depalma, 2000.
- CARBONELL, Miguel (Org.) **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2006.
- CASSAGNE, Juan C. **El acto administrativo**. 3 ed. Buenos Aires: La Ley, 2012.
- CASSAGNE, Juan Carlos. **Curso de Derecho Administrativo**. 10 ed. Buenos Aires: La Ley, 2011.
- CASSAGNE, Juan Carlos. **El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa**. Buenos Aires: Marcial Pons, 2009.
- CASSAGNE, Juan Carlos. La jerarquía y regulación de los Tratados en la Constitución argentina. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 10, n. 40, p. 199-216, abr./jun. 2010.
- CASSAGNE, Juan Carlos. **Ley Nacional de Procedimientos Administrativos: Comentada y Anotada**. Buenos Aires: La Ley, 2009.
- CELORRIO, Hernán. Derechos sociales y tutela judicial. **Estudios de Derecho Administrativo**, n. 3, La Ley, Montevideo, 2011.
- CHOMSKY, Noam; FOUCAULT, Michel. **La naturaleza humana: ¿justicia o poder?**. Valencia: Universidad de Valencia, 1976.
- CIANCIARDO, Juan (Coord.). **La interpretación en la era del neo-constitucionalismo**. Buenos Aires: Ábaco, 2006.
- CISNEROS FARIAS, Germán. **Derecho sistemático**. Ciudad de México: Porrúa, 2005.

COVIELLO, Pedro J. J. Reflexiones sobre la ética pública. **Revista Ius et Veritas**, n. 48, Buenos Aires, 2010.

COVIELLO, Pedro J. J. **La protección de la confianza del administrado**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2004.

COVIELLO, Pedro J. J. Los principios generales del derecho frente a la ley y al reglamento en el derecho administrativo argentino. **ReDA**, n. 62, Lexis-Nexis, Buenos Aires, 2007.

COVIELLO, Pedro J. J. Los principios y valores como fuentes del Derecho Administrativo. **Cuestiones del Derecho Administrativo**, RAP, Buenos Aires, 2009.

COVIELLO, Pedro José Jorge. Una introducción iusnaturalista al Derecho Administrativo. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 13, n. 54, p. 67-99, out./dez. 2013.

DEBBASCH, Charles. **Droit Administratif**. Paris: Ed. Économica, 2002.

DEL VECCHIO, Giorgio. **Los principios generales del derecho**. Barcelona: Bosch, 1979.

DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. En torno al neoconstitucionalismo. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 10, n. 40, p. 33-72, abr./jun. 2010.

DURAN MARTÍNEZ, Augusto. **Neoconstitucionalismo y Derecho Administrativo**. Montevideo: La Ley, 2012.

DWORKIN, Ronald. **Los derechos en serio**. 2 ed. Barcelona: Ariel, 1989.

ESTRADA, José Manuel. **Curso de Derecho Constitucional**. 2 ed. Buenos Aires: Científica y literatura argentina, 1927.

FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. **Sobre el derecho y el quehacer de los juristas**: Dar y exigir razones. Madrid: Universidad Complutense, 2011.

FERRAJOLI, Lucas. **El garantismo y la filosofía del derecho**. Bogotá: Univ. del Externado, 2000.

FERRAJOLI, Luigi. **Principia Iuris**: Teoría del derecho y de la democracia. t. 1. Madrid: Trotta, 2007.

MOREIRA NETO, Diogo. **Curso de Direito Administrativo**. 15 ed. Río de Janeiro: Forense, 2009.

FINNIS, John. **Ley Natural y Derechos Naturales**. Trad. de Cristóbal Orrego S. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2000.

GARCÍA BELAUNDE, Domingo. El Estado Social re-visitado. **ReDA**, n. 81, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2012.

GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo. **Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho**. Madrid: Civitas, 1984.

GAUDEMET, Yves. **Droit Administratif**. 20 ed. Paris: LGDJ, 2012.

GOLDSCHMIDT, Werner. **Introducción Filosófica al Derecho**. 4 ed. Buenos Aires: Depalma, 1973.

GONZALEZ PÉREZ, Jesús, **La dignidad de la persona**. Madrid: Civitas, 1986.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. La dignidad de la persona y el Derecho Administrativo. **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 7, n. 29, p. 11-35, jul./set. 2007.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. **El principio general de la buena fe en el derecho administrativo**. 4 ed. Madrid: Thomson-Civitas.

GORDILLO, Agustín. (Org.). **Derecho Administrativo: Doctrinas esenciales**. t. 3. 10 ed. Buenos Aires: La Ley, 2011.

GORDILLO, Agustín. (Org.). **Derecho Administrativo: Doctrinas esenciales**. 3 ed. Buenos Aires: La Ley, 1979.

GOZAINI, Osvaldo A. **Tratado de Derecho Procesal Civil**. t. 1. Buenos Aires: La Ley, 2009.

GRANNERIS, Giuseppe. **Contribución tomista a la teoría del derecho**. Buenos Aires: Eudeba, 1977.

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

GUTIERREZ COLANTUONO, Pablo Ángel; JUSTO, Juan Bautista. **Administración Pública, Juridicidad y Derechos Humanos**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2009.

HALLIVIS PELAYO, Manuel. Elementos para lograr una homologación metodológica del control difuso de constitucionalidad en México. **Revista Pro-Homine**, año 1, n. I, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2014.

HALLIVIS PELAYO, Manuel. **Interpretación de tratados internacionales tributarios**. Ciudad de México: Porrúa, 2011.

HALLIVIS PELAYO, Manuel. **Teoría General de la interpretación**. Ciudad de México: Porrúa, 2009.

HART, H. L. A. **Essays in Jurisprudence and Philosophy**. Oxford: Oxford University Press, 1983.

JINESTA LOBO, Ernesto. La construcción de un derecho administrativo común. Reformulación de las fuentes del derecho administrativo con las construcciones del derecho internacional de los derechos humanos. **Suplemento de Derecho Administrativo**, diario del 30 de marzo de 2012.

KAUFMANN, Arthur. **La filosofía del derecho en la posmodernidad**. Bogotá: Temis, 2007.

KELSEN, Hans. **Esencia y valor de la democracia**. Buenos Aires: Labor, 1934.

KELSEN, Hans. **Teoría pura del derecho**. México: Porrúa, 2011.

KUHN, Tomás. **La estructura de las revoluciones científicas**. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2002.

LAJE, Alejandro. **Derecho a la intimidad**: Su protección en la sociedad del espectáculo. Buenos Aires: Astrea, 2014.

LECLERCQ, Jacques. **El derecho y la sociedad**. Barcelona: Herder, 1965.

LINARES, Juan Francisco. **La razonabilidad de las leyes**: El debido proceso como garantía inno-
minada en la Constitución Argentina. 2 ed. Buenos Aires: Astrea, 1980.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoría de la decisión judicial**: Fundamentos de derecho. Santa Fe:
Rubinzal Culzoni, 2008.

MAIRAL, Héctor A. Hacia una noción más acotada del acto administrativo (donde se explica como
los argentinos pasamos, sin darnos cuenta, de obedecer la ley a obedecer a los funcionarios pú-
blicos). **RAP**, 2011-1 y 2, Buenos Aires, 2011.

MARIENHOFF, Miguel S. **Tratado de Derecho Administrativo**. t. 2. 4 ed. Buenos Aires: Abeledo
Perrot, 1993.

MARITAIN, Jacques. **Introducción general a la filosofía**. 8 ed. Buenos Aires: Club de Lectores,
1949.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Sebastián. **El derecho civil en la génesis del derecho adminis-
trativo y de sus instituciones**. 2 ed. Madrid: Civitas, 1996.

MASSINI CORREAS, Carlos Ignacio. **El derecho natural y sus dimensiones actuales**. Buenos Ai-
res: Ábaco, 1999.

MASSINI CORREAS, Carlos Ignacio. **El derecho natural y sus dimensiones actuales**. Buenos Ai-
res: Ábaco, 1999.

MAURER, Hartmut. **Derecho Administrativo**: Parte General. 17 ed. Madrid: Marcial Pons.

MEDAUAR, Odete. **O Direito Administrativo em Evolução**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais,
2003.

MEILÁN GIL, José Luis. Una construcción jurídica de la buena administración. **A&C – Revista de
Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 13, n. 54, p. 13-44, out./dez. 2013.

MESSNER, Johannes. **Ética social, política y económica a la luz del derecho natural**. Madrid:
Rialp, 1967.

MILLER, Jonathan M; GELLI, María Angélica; CAYUSO, Susana (Org.). **Constitución y derechos hu-
manos**. t. 1. Buenos Aires: Astrea, 1991.

MONTAÑA PLATA, Alberto. **Fundamentos de derecho administrativo**. Bogotá: Universidad del
Externado de Colombia, 2010.

MORAND-DEVILLER, Jacqueline. **Cours de Droit Administratif**. 13 ed. Paris: LGDJ, 2013.

MUÑOZ MACHADO, Santiago. **Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General**. 2 ed. Madrid: Iustel, 2006.

PÉREZ HUALDE, Alejandro. Reflexiones sobre neoconstitucionalismo y derecho administrativo. **Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña**, n. 12, 2008.

PEREZ LUÑO, Antonio E. **Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución**. 4 ed. Madrid: Tecnos, Madrid, 1991.

PERRINO, Pablo E. La responsabilidad del Estado y de los prestadores de servicios públicos privatizados frente a los usuarios, en Aportes para un Estado eficiente. **V Congreso Nacional de Derecho Administrativo del Perú**, Palestra, Lima, 2012.

POZZOLO, Susana. **Neoconstitucionalismo y positivismo jurídico**. Lima: Palestra, 2011.

PRIETO SANCHIS, Luis. **Constitucionalismo y Positivismo**. 2 ed. Ciudad de México: UNAM-Fontamara, 1997.

PUY, Francisco. **Teoría científica del derecho natural**. Ciudad de México: Porrúa y Universidad Panamericana, 2006.

RABBI-BALDI CABANELLAS, Renato. **Teoría del Derecho**. Buenos Aires: Ábaco, 2008.

RIVERO, Jean. Los principios generales del derecho en el derecho francés contemporáneo. **RAP**, n. 6, Madrid, 1951.

RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime. El derecho fundamental a la buena administración en la Constitución española y en la Unión Europea. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 10, n. 40, p. 117-149, abr./jun. 2010.

RODRIGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. **Interés general, derecho administrativo y Estado de Bienestar**. Madrid: Iustel, 2012.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. La participación en el Estado social y democrático de Derecho. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 12, n. 48, p. 13-40, abr./jun. 2012.

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, ano 12, n. 47, p. 13-50, jan./mar. 2012.

RODRÍGUEZ R., Libardo. **Derecho administrativo general y colombiano**. Bogotá: Temis, 2008.

ROSSI, Abelardo F. **Aproximación a la justicia y a la equidad**. Buenos Aires: Ediciones de la Universidad Católica Argentina, 2000.

RUOCCO, Graciela. La “buena administración” y el “interés general”. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 12, n. 49, p. 27-45, jul./set. 2012.

SABSAY, Daniel (Org.). **Constitución de la Nación Argentina**. Buenos Aires: Hammurabi, 2010.

- SACRISTÁN, Estela B. (Org.). **Manual de jurisprudencia y doctrina**. Buenos Aires: La Ley, 2013.
- SAMMARTINO, Patricio Marcelo E. Introducción al estudio del acto administrativo en el Estado Constitucional de Derecho. **ReDA**, n. 81, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012.
- SANTIAGO, Alfonso. **Neoconstitucionalismo**. Separata de Anales de la Academia Nacional de ciencias Morales y Políticas, Buenos Aires, 2008.
- SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. **Tratado de derecho administrativo**. t. 1. 1 ed. Bogotá: Universidad del Externado de Colombia, 2003.
- SARMIENTO GARCÍA, Jorge. **Los principios en el Derecho Administrativo**. Mendoza: Diké, 2000.
- SCHMIDT-ASSMAN, Eberhard. **La teoría general del derecho administrativo como sistema**. Madrid: Marcial Pons, 2003.
- SILVA TAMAYO, Gustavo E. Corsi e ricorsi de los principios generales del derecho. **ReDA**, n. 79, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2012.
- TAWIL, Guido Santiago. **Estudios de Derecho Administrativo**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2012.
- VANOSI, Jorge Reinaldo. **Teoría constitucional**. Buenos Aires: Depalma, 1976.
- VIGO, Rodolfo L. **De la ley al derecho**. 2 ed. Ciudad de Mexico: Porrúa, 2005.
- VIGO, Rodolfo L. **El iusnaturalismo actual**: De M. Villey a J. Finnis. Ciudad de México: Distribuciones Fontamara, 2003.
- VIGO, Rodolfo L. **Los principios jurídicos**. Buenos Aires: Depalma, 2000.
- WAGNER, Federico. In dubio pro reo como límite a la interpretación de la ley penal. **RDP**, Buenos Aires, 2014.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. **La ley y su justicia**: Tres capítulos de justicia constitucional. Madrid: Trotta, 2014.



Los ejes centrales de la división de poderes en el Estado Constitucional de Derecho*

The central pillars of the division of powers in the constitutional rule of law

JUAN GUSTAVO CORVALÁN**

Universidad de Buenos Aires (Argentina)

juancorvalan@derecho.uba.ar

Recebido/Received: 24.10.2014 / October 24th, 2014

Aprovado/Approved: 06.11.2014 / November 06th, 2014

Resumen

El presente trabajo tiene por objeto describir la transformación que ha sufrido el concepto de división de poderes desde que fue concebido en la obra de Montesquieu hasta sus ejes centrales en el marco del nuevo paradigma de Estado Democrático Constitucional de Derecho. En este contexto, entiendo que el nuevo paradigma asigna una doble finalidad al principio de la división de poderes y al derecho administrativo, como rama autónoma del derecho público pues, por un lado, debe propender a la ordenación, disciplina y modulación del poder y por el otro, debe ser flexible, dinámico y funcional de modo tal que se torne eficaz y eficiente en su conjugación en el marco del accionar estatal (utilizando de forma ineludible procedimientos y procesos estandarizados universalmente). El artículo concluye que el objetivo actual de la división de poderes es efectivizar la defensa y tutela de las libertades y la concreción de los derechos en un marco de flexibilidad.

Palabras clave: división de poderes; Estado de Derecho; protección de los derechos humanos; Derecho Constitucional; Constitución Argentina.

Abstract

This paper aims to describe the transformation experienced by the concept of division of powers since it was conceived in the work of Montesquieu to its central pillars in the new paradigm of democratic constitutional rule of law. In this context, I understand that the new paradigm assigns a dual purpose to the principle of separation of powers and to administrative law, as an independent branch of public law, because on one hand it has to tend to the organization, discipline and modulation of power, and on the other hand, it must be flexible, dynamic and functional so that it can become effective and efficient in regulating the state action (using inescapably procedures and processes universally standardized). The paper concludes that the current objective of the division of powers is to guarantee the defense and protection of freedoms and the realization of the rights in a framework of flexibility.

Keywords: division of powers; rule of law; protection of human rights; Constitutional Law; Argentine Constitution.

Como citar esse artigo/How to cite this article: CORVALÁN, Juan G. Los ejes centrales de la división de poderes en el Estado Constitucional de Derecho. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 2, n. 1, p. 225-256, jan./abr. 2015. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v2i1.43661>

* El presente trabajo es parte de mi tesis doctoral recientemente aprobada por la Universidad del Salvador (Argentina) y que se encuentra actualmente en prensa a publicarse por la Editorial Astrea.

** Profesor Adjunto de Elementos de Derecho Administrativo de la Universidad de Buenos Aires (Buenos Aires, Argentina). Doctor en Derecho (Universidad del Salvador) y Abogado (Universidad de Buenos Aires). Presidente de DPI (Derecho para Innovar) y Juez en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. E-mail: juancorvalan@derecho.uba.ar

SUMARIO

1. Introducción; **2.** Algunas precisiones sobre el concepto “división de poderes”; **3.** Lineamientos fundamentales de la formulación histórica de la división de poderes; **4.** La reconstrucción de la división de poderes a la luz del nuevo paradigma del estado constitucional; **5.** El impacto del derecho supranacional en la división de poderes; **6.** El impacto de los valores de “eficacia” y “eficiencia” en la división de poderes; **7.** Fragmentación del Poder; **8.** La “división de poderes” en la Constitución Argentina; **9.** Referencias.

1. INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo intentaremos efectuar una reconstrucción de los contornos actuales del concepto de división de poderes desde la óptica del Estado Constitucional de Derecho.

Para ello, en primer lugar debemos entender su génesis y su evolución histórica. Esto nos permitirá entender porqué hoy en día el principio de legalidad y la división de poderes son en realidad las dos caras de un mismo fenómeno: la limitación del poder del Estado por el derecho y en particular, por un instrumento jurídico específico: las constitucionales nacionales de los Estados y el sistema de protección internacional de los Derechos Humanos.

En este contexto, veremos que hablar hoy de división de poderes carece del sentido que tradicionalmente se le asignó al concepto, más bien hoy puede hablarse de competencias y controles mutuos entre los distintos órganos que componen el Poder del Estado en pos de la protección de las personas y sus derechos fundamentales.

En este nuevo paradigma de Estado Constitucional Democrático de Derecho, los derechos fundamentales se encuentran incorporados al ordenamiento constitucional como el derecho sobre el derecho en forma de vínculos y límites a la producción jurídica¹.

El nuevo paradigma asigna una doble finalidad al principio de la división de poderes y al derecho administrativo como rama autónoma del derecho público pues, por un lado, debe propender a la ordenación, disciplina y modulación del poder y por el otro, debe ser flexible², dinámico y funcional de modo tal que se torne eficaz³ y eficiente en su conjugación en el marco del accionar estatal (utilizando de forma ineludible

¹ FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías**: La ley del más débil. 2 ed. Traducción de Perfecto Andrés Ibañez. Madrid: Editorial Trotta, 2001. p. 19.

² Nótese que la flexibilidad es un rasgo que se le asigna al derecho comunitario. Ver, VANOSSE, Jorge Reinaldo A.; DALLA VIA, Alberto Ricardo. **Régimen constitucional de los tratados**. 2 ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2000. p. 363. Además, los precitados autores le asignan al derecho comunitario las siguientes características: i) pragmatismo; ii) operatividad; iii) instrumentalidad; iv) supremacía; v) uniformidad.

³ Se ha reconocido al principio de eficacia como un principio constitucional. Ver BALBÍN, Carlos. **Tratado de Derecho administrativo**. Buenos Aires: La Ley, 2011. p. 167.

procedimientos y procesos estandarizados universalmente). De este modo se presume, *iuris tantum*, que se asegura la efectividad de los derechos fundamentales⁴.

En este contexto, el objetivo de la división de poderes no es estrictamente (o únicamente) frenar al poder en la tutela de las libertades públicas⁵, sino que su fin actual es “potenciar”, “efectivizar”, la defensa y tutela de las libertades y la concreción de los derechos en un marco de flexibilidad. De esta maneja la eficacia del Gobierno (y por tanto de la división de poderes) debe: **i)** estar al servicio de la efectiva tutela de los derechos fundamentales, y **ii)** utilice reglas y técnicas universalmente aceptadas en el marco del Estado constitucional.

En definitiva, en las siguientes líneas intentaré delinear la nueva imagen de la división de poderes en el Estado Democrático Constitucional.

2. ALGUNAS PRECISIONES SOBRE EL CONCEPTO “DIVISIÓN DE PODERES”

La noción “división de poderes” es una expresión polisémica⁶ que por lo general aglutina los siguientes elementos: el poder, su separación, su equilibrio, a través de controles mutuos, los órganos, y las funciones o potestades que ejercen los tres principales “poderes” -entendidos como órganos- del Estado.

Entre otros argumentos, decidimos mantener la utilización del término “división de poderes”, básicamente por razones; a saber: por cuestiones de identificación y habida cuenta que se presenta como una “idea fuerza”⁷. Ello no obstante, a nuestro juicio es pertinente precisar el contenido de la fórmula en los términos que enunciamos a continuación⁸.

Veamos.

La expresión “división de poderes” asume, cuando menos, dos significados distintos: **i)** en el sentido de “*división entre poderes*” y **ii)** relativa a la “*división del poder*”⁹. En ambos significados, los términos “división” y “poder” son utilizados de modo diverso.

⁴ En un sentido similar, aunque sin referirse a la separación de poderes, ver SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. **La teoría general del derecho administrativo como sistema**. Barcelona: Marcial Pons, 2003. p. 26.

⁵ Según Gordillo, el objetivo de la división de poderes no es el de propiciar la mayor “eficacia” del gobierno sino a la inversa, “...frenarlo en la tutela de las libertades públicas”. Ver GORDILLO, Agustín. **Tratado de Derecho Administrativo**: Parte general. 9 ed. Buenos Aires: Fundación de derecho administrativo, 2006. p. II-3 y en consonancia en ps. III-6 - III-7.

⁶ Este término referido a la polisemia, se vincula con la pluralidad de significados en el plano lingüístico.

⁷ Ver BARRA, Rodolfo C. La resolución judicial de los denominados Conflictos de los Poderes. **Temas de Derecho Público**, RAP, Buenos Aires, 2008. p. 143, nota nº 3.

⁸ Seguimos en este aspecto a FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**: Teoría del derecho y de la democracia. Madrid: Trotta, 2011. p. 817 y ss.

⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**: Teoría del derecho y de la democracia. Madrid: Trotta, 2011. p. 817

La “división *entre* poderes” utiliza la noción “división” como “separación”, y el término “poderes”, se refiere a las funciones distintas atribuidas a órganos distintos.

La “división *del* poder”¹⁰ utiliza la locución “división” como “distribución” y la palabra “poder”, alude a la asignación de una determinada función a un órgano. En este supuesto el poder se “distribuye” entre tres órganos que ejercen tres funciones esenciales (legislativa, administrativa, judicial o jurisdiccional).

Ambas nociones “división *entre* poderes” y “división *del* poder”, tienen como correlato, o bien responden a dos doctrinas diversas: **i)** la doctrina de la separación de los poderes (*división entre poderes*) y **ii)** la teoría de los frenos y contrapesos -check and balances- (*división del poder*).

En la doctrina moderna, la noción “división de poderes” por lo general suele integrar ambas categorías. En general se alude a la “separación” en el sentido de la concepción clásica de Montesquieu¹¹ y, al mismo tiempo, se reconoce que la organización del poder determina coordinación y equilibrio.

Recapitemos y sentemos el punto de partida en nuestra definición.

En un *sentido amplio*, la “división de poderes” se compone de una red compleja de divisiones (distribuciones) y separaciones, de interacciones e incompatibilidades, de vínculos y de recíprocas dependencias, independencias e interdependencias¹².

En un *sentido restringido*, la llamada “separación de poderes” (la “división del poder”) es una “norma de competencia”¹³ que determina ciertas incompatibilidades y puede ser -cuando menos- de dos tipos: orgánica y funcional. En ambos casos, se pretende diferenciar planos institucionales y, fundamentalmente, núcleos esenciales funcionales, no disponibles frente a los otros órganos¹⁴.

3. LINEAMIENTOS FUNDAMENTALES DE LA FORMULACIÓN HISTÓRICA DE LA DIVISIÓN DE PODERES

Para una mejor comprensión de nuestro cometido, hemos decidido exponer, en una síntesis extrema, los puntos centrales en torno a la llamada “división de poderes” a partir del constitucionalismo moderno.

Veamos.

¹⁰ Ferrajoli define a la división del poder como una norma competencial que distribuye entre varios órganos y funcionarios la competencia para las mismas funciones institucionales. FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**: Teoría del derecho y de la democracia. Madrid: Trotta, 2011. p. 818.

¹¹ FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**: Teoría del derecho y de la democracia. Madrid: Trotta, 2011. p. 823.

¹² Ver, FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**: Teoría del derecho y de la democracia. Madrid: Trotta, 2011. p. 844.

¹³ Ver, FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**: Teoría del derecho y de la democracia. Madrid: Trotta, 2011. p. 820.

¹⁴ Ferrajoli alude a la incompatibilidad de unas funciones con otras en manos de un mismo sujeto. Ver FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**: Teoría del derecho y de la democracia. Madrid: Trotta, 2011. p. 819 y 820.

a) El aspecto teleológico del principio de división de poderes

El principio de la “división de poderes” en sentido amplio ha demostrado su utilidad en el ámbito mundial¹⁵. El constitucionalismo moderno asoció la “separación de poderes” con dos cuestiones esenciales que están estrechamente vinculadas: **i)** la búsqueda de los límites o el control del poder estatal (que pretende prevenir el gobierno tiránico) y **ii)** la defensa de la libertad individual.

Estos objetivos han sido descriptos como los dos fines materiales de la doctrina. Uno “objetivo” determinado por el control recíproco entre los poderes. Otro “subjetivo” que se refiere a la protección y a la defensa de la libertad y los derechos individuales.

Por lo general, la preocupación por el contorno que asumió la doctrina de la separación de poderes puede ser esquematizada bajo los siguientes interrogantes: **i)** ¿cómo controlar al poder para contener su natural tendencia a su abuso? y **ii)** ¿cómo puede controlarse el ejercicio del poder sin destruir la armonía en el sistema de gobierno?

b) Entrelazamiento de doctrinas. Imposibilidad de aplicar el principio de separación de poderes en términos absolutos

La llamada “división de poderes” en sentido amplio presenta en su seno una combinación de dos doctrinas. Por un lado la doctrina de la separación de poderes y, por otro, la doctrina de los frenos y contrapesos. Entre ambas suelen formar la llamada “división de poderes” que en un sentido clásico se erige como un principio del Estado constitucional moderno que pretende asegurar un ejercicio equilibrado y funcionalmente adecuado del poder público por los órganos más idóneos al efecto¹⁶.

En cada país la problemática de la “división de poderes” ha discurrido por encontrar un balance entre dos extremos: por un lado, la versión rígida de la separación de poderes que determina la exclusividad en el reparto de funciones. Esta formulación radical no ha podido ser aplicada estrictamente en la práctica.

Por otro, la admisión de que los principales órganos del Estado ejerzan, desde el plano material, ciertas funciones asignadas a los otros dos órganos principales.

Entre ambos escenarios se desarrollan, con diversos matices, las llamadas cuestiones políticas no justiciables y las parcelas o fragmentos -aunque mínimos- de la actividad administrativa inmune al control jurisdiccional^{17,18}.

¹⁵ Ver, HOFFMANN-RIEM, Wolfgang, La división de poderes como principio de ordenamiento. **Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano**, 13º año, T. I, Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, 2007. p. 223.

¹⁶ Ver, BACIGALUPO, Mariano. **La discrecionalidad administrativa**. Madrid: Marcial Pons, 1997. p. 230 y doctrina alemana citada en nota 30.

¹⁷ Las cuestiones no justiciables, la discrecionalidad administrativa y los conceptos jurídicos indeterminados constituyen categorías en las que se suele configurar fragmentos o espacios en los cuales el juez contencioso administrativo no puede equilibrar los bienes concurrentes y de ahí que se postule su irreversibilidad judicial.

¹⁸ Sobre el tema en el Derecho brasileño: OLIVEIRA, Aline Silva de. Discrecionalidade administrativa e controle judicial: a vinculação pelos princípios. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo

En una síntesis radical podríamos afirmar que a partir del constitucionalismo moderno, uno de los grandes desafíos de la organización del poder estatal, ha sido sin dudas el rol que tienen que cumplir los poderes legislativo y judicial en la definición y el control de las potestades que corresponden al Ejecutivo/ Administración en el marco de la división de poderes¹⁹.

c) Imposibilidad de que exista confusión en términos absolutos

En la mayoría de los esquemas constitucionales analizados en los diversos países, al igual que la gran mayoría de los autores, coinciden en esencia en el hecho de que *no puede existir confusión de poderes en términos absolutos*. Debe mantenerse un núcleo o zona en la cual cada órgano posea un ámbito propio de actuación tanto en el plano institucional como en el funcional²⁰. Aquí es donde se suele encontrar el fundamento para la admisión de la deferencia norteamericana, la teoría de la esencialidad alemana, los llamados actos de gobierno o políticos de la doctrina francesa, y las cuestiones políticas en nuestro país.

d) Matices del principio de división de poderes según el modelo de organización político-jurídico del Estado

La doctrina de la separación de poderes, desde un punto de vista clásico, adquiere matices diferenciales si se tiene en consideración las siguientes cuestiones esenciales: **i)** que se constituya un sistema presidencialista o parlamentarista; **ii)** que se instaure un sistema judicialista -puro o mixto- o un sistema de control tipo francés, y **iii)** que el control de constitucionalidad sea difuso o concentrado.²¹

Alguno y/o todos estos fenómenos perfilan la separación de poderes de forma tal que, por ejemplo, frente a un control de constitucionalidad difuso como el nuestro, asume otra relevancia -menor a nuestro juicio- la distinción entre Gobierno y Administración.

e) La división de poderes como fundamento de la distinción entre Gobierno y Administración

La doctrina de la separación de poderes ha fundamentado, directa o indirectamente, dos planos de obrar.

En uno, se sitúan “poderes” (funciones) que se suelen denominar “principales, esenciales, sustanciales y autónomos”.

Horizonte, ano 11, n. 43, p. 197-231, jan./mar. 2011.

¹⁹ En consonancia, MUÑOZ MACHADO, Santiago. **Tratado de derecho administrativo y derecho público general**. 2 ed. Madrid: lustel, 2009. p. 518.

²⁰ La verdadera y auténtica discusión se relaciona con los límites y la extensión de estas zonas o núcleos.

²¹ PEREIRA, Bruno Cláudio Penna Amorim. A legitimidade da jurisdição constitucional do processo legislativo face ao princípio da separação dos poderes no contexto do paradigma do Estado Democrático de Direito. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 11, n. 46, out./dez. 2011.

Ellos generalmente responden a una atribución constitucional expresa, no requieren habilitación legislativa y emanan de la cabeza de los tres órganos principales. En este plano, el avance del derecho se ha configurado con menor intensidad aunque en los últimos 30 años la doctrina de las cuestiones políticas no justiciables tiende a replegarse cada vez más.

En un plano infra constitucional se desarrollan otros “poderes” –funciones– “instrumentales, secundarios, inferiores”. En el plano del Poder Ejecutivo, éstos se cristalizarían a nivel de los cuadros de la Administración Pública. Aquí es donde se ha producido el mayor avance de la juridicidad en el obrar.

El reconocimiento de ambos planos suele venir precedido por la escisión entre Gobierno y Administración²².

4. LA RECONSTRUCCIÓN DE LA DIVISIÓN DE PODERES A LA LUZ DEL NUEVO PARADIGMA DEL ESTADO CONSTITUCIONAL

A partir de la segunda mitad del siglo XX, y luego de transcurrida la primera década del siglo XXI, podemos afirmar que se han transformado de forma radical los contornos que rodean la organización del poder del Estado. El surgimiento del Estado constitucional de Derecho asigna un rol central a la actividad prestacional del Estado, del mismo modo que se verifica un cambio sustancial en la concepción de éste en relación con los ciudadanos.²³

El nuevo paradigma se erige sobre la *noción de Estado constitucional de derecho*.²⁴

Esta Estado se decodifica a la luz de un sistema de normas “metalegales” destinadas al legislador y a la Constitución²⁵. De ahí que el derecho de las modernas democracias constitucionales²⁶ se diferencia de otros sistemas por dos esenciales características estructurales:

- i. Por su carácter positivo, artificial y convencional;

²² Según Luhmann, “La función más importante de esta separación entre política y administración pública quizás consiste en que la administración asegura la independencia de decisiones frente al público”. Ver LUHMANN, Niklas, **Los derechos fundamentales como institución**: Aportación a la sociología política Colección Teoría Social. México: Universidad Iberoamericana, 2010. p. 259.

²³ DELPIAZZO, Carlos E. Centralidad del administrado en el actual Derecho Administrativo: impactos del Estado Constitucional de Derecho. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 1, n. 3, p.7-32, set./dez. 2014. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v1i3.40514>.

²⁴ DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. Estado Constitucional de Derecho y servicios públicos. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 15, n. 60, p. 39-62, abr./jun. 2015.

²⁵ Ver FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**: Teoría del derecho y de la democracia. Madrid: Trotta, 2011. p. 802 y 803.

²⁶ El Estado constitucional se caracteriza, además, por el extenso número de principios que la Constitución acogió directamente en su texto. Según Muñoz Machado, las constituciones han positivizado y situado en lo más alto a ciertos principios que antes no eran escritos y estaban al margen de las leyes. Ver MUÑOZ MACHADO, Santiago. **Tratado de derecho administrativo y derecho público general**. 2 ed. Madrid: lustel, Madrid, 2009.

- ii. Por el sometimiento de sí mismo al derecho en cuanto a la forma de producción y en cuanto a los contenidos producidos.

Ambas características estructurales son las que definen al Estado constitucional de derecho²⁷ y provocan una consecuencia cardinal: "...en el estado de derecho los poderes nunca son "absolutos". No son jamás facultades de decidir "en cualquier caso, de cualquier forma, y cualquier cosa"²⁸.

a) El sistema de representación y la "división de poderes"

La separación de los poderes y la distribución del poder, todavía se vinculan con dos fuentes de legitimación: la representación política y la vinculación al derecho²⁹. Ambos planos campean en un binomio que todavía se encuentra presente en la organización del poder público: Gobierno y Administración.

Esta fórmula es reconducida por Ferrajoli del siguiente modo: por un lado, las funciones de Gobierno incluyen la función legislativa y la dirección política y administrativa; por otro, las funciones de garantía que incluyen las funciones judiciales y las funciones de control³⁰.

De este modo, la moderna concepción mantiene en su seno la distinción entre funciones de gobierno que se configuran en el espacio de la política y en las "funciones de garantía", cuyo espacio es la jurisdicción y la administración vinculada³¹. De ahí que el nuevo paradigma todavía construye la "división de poderes", sobre la combinación de variables políticas y jurídicas, aunque esa alquimia se asiente sobre premisas radicalmente diversas.

Ahora bien, la política y las funciones de gobierno -que en ciertos casos son conceptualizadas como discrecionales- todavía mantienen su fundamento en la voluntad popular, en el principio de representación. En cambio, el plano de las garantías y de la administración vinculada, son inalterables, por vía de principio, ni siquiera por la voluntad popular o el principio de representación³².

²⁷ Ver FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**: Teoría del derecho y de la democracia. Madrid: Trotta, 2011. p. 803. Y concluye el agudo autor: "En suma, todo el derecho –no sólo el derecho que es, sino también el derecho que jurídicamente debe ser- resulta construido por los hombres...".

²⁸ Ver FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**: Teoría del derecho y de la democracia. Madrid: Trotta, 2011. p. 563 y 564.

²⁹ Ferrajoli en realidad habla de dos fuentes de legitimación metajurídica alternativas entre sí: la representación política o la rígida sujeción a la ley. Ver FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**: Teoría del derecho y de la democracia. Madrid: Trotta, 2011. p. 824 y 825.

³⁰ Ver FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**: Teoría del derecho y de la democracia. Madrid: Trotta, 2011. p. 825.

³¹ Ver FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**: Teoría del derecho y de la democracia. Madrid: Trotta, 2011. p. 825.

³² Si bien no excluimos la posibilidad de que, en el seno de un Estado, se pretenda romper con la vinculación al derecho supranacional y al compromiso con los derechos fundamentales y el Estado constitucional. Esta situación, por cierto, alteraría de forma drástica las bases que sustentan este análisis.

De esta óptica, el plano de las garantías y de la vinculación al derecho, tiene su eje en la tutela de los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos a la luz del derecho supranacional.

Por tanto, conviven dos espacios, dos fuentes de legitimación que se postulan opuestos³³ -aunque no se presentan en estado puro³⁴-, no obstante el propio sistema intenta armonizar y reconducir. Autoridad políticamente legítima, es la fuente de legitimación del gobierno que proviene de la elección política de los representantes y del principio de la mayoría.

La vinculación al derecho y las llamadas garantías, en la tesis de Ferrajoli, encuentran su fuente de legitimación en la tutela de los derechos fundamentales y en principios y valores sustanciales y formales que no son disponibles por la autoridad política en ejercicio de su poder legítimamente constituido.

La “*división del poder*”, su distribución, tiene su epicentro en el plano funcional, en el sentido de que se orienta a la estandarización de los procedimientos en cada una de las principales funciones de los órganos³⁵;

La separación, en cambio, se orienta hacia las funciones de “*garantía*”; se refiere a los órganos encargados de verificar la juridicidad, en el obrar estatal³⁶. Por ello es que en la división de poderes –en sentido amplio-, no sólo se veda, sino que se pretende situar a los órganos jurisdiccionales, como guardianes del Estado constitucional de derecho, a los fines de afianzar la independencia e imparcialidad³⁷.

b) La articulación entre el Estado constitucional y la “división de poderes”

El valor de la constitución se redescubre e intensifica a nivel nacional e internacional. La “*división de poderes*” como norma de competencia formal -como esquema organizacional macro- se constituye, y al mismo tiempo se presenta, como instrumento de tutela de los derechos fundamentales³⁸.

En este contexto se exige, además de la vinculación formal a la ley, la realización de la justicia material. La “*división de poderes*”, en sentido amplio, adquiere un nuevo cariz positivo. Ya no basta con el hecho de que se presente como una herramienta para limitar y controlar el poder. Debe, asimismo, para ser compatible con el nuevo

³³ Ver FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**: Teoría del derecho y de la democracia. Madrid: Trotta, 2011. p. 828.

³⁴ Ver FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**: Teoría del derecho y de la democracia. Madrid: Trotta, 2011. p. 844.

³⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**: Teoría del derecho y de la democracia. Madrid: Trotta, 2011. p. 829.

³⁶ A verificar la estricta legalidad o legalidad sustancial en los términos de Ferrajoli. Ver, FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**: Teoría del derecho y de la democracia. Madrid: Trotta, 2011. p. 830.

³⁷ El caso más típico e importante es la separación entre el poder judicial y los poderes de gobierno. Ver FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**: Teoría del derecho y de la democracia. Madrid: Trotta, 2011. p. 829 y 830.

³⁸ Ver FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. 2 ed. Madrid: Trotta, 2010.

paradigma, coadyuvar a garantizar la concreción de los cometidos estatales. En concreto, el pleno goce de los derechos fundamentales³⁹.

En este escenario, el nuevo paradigma asigna una doble finalidad al principio de la división de poderes y al derecho administrativo como rama autónoma del derecho público.

Por un lado, deben satisfacer la ordenación, disciplina y modulación del poder. Al mismo tiempo, y por otro lado, deben ser flexibles⁴⁰, dinámicos y funcionales de modo tal que se tornen eficaces⁴¹ y eficientes en su conjugación en el marco del accionar estatal (utilizando de forma ineludible procedimientos y procesos estandarizados universalmente). De este modo se presume, *iuris tantum*, que se asegura la efectividad de los derechos fundamentales⁴².

c) El fenómeno que torna obsoleta la formulación y explicación de la construcción clásica de la organización del poder público

Los esquemas conceptuales de los siglos anteriores, constituyen una herramienta obsoleta que no puede tutelar la problemática actual. Inclusive, dificultan o impiden, en ciertos casos, la concreción de tales objetivos.

La magnitud sideral de los estados, la red de poderes⁴³, su articulación global, y la configuración de una multiplicidad de órganos⁴⁴ y plexos normativos internos y externos, constituyen fenómenos contemporáneos que han modelado profundamente la clásica doctrina de la "división de poderes".

Principalmente, en lo que se refiere a una de sus principales esencias; esto es, el esquema histórico que se orientó a establecer el ejercicio de una sola función respecto de un "poder". Aún cuando ello no pudo ser implementado de modo tajante en la historia constitucional moderna, la ecuación ha variado en forma drástica⁴⁵.

³⁹ Como afirma la Corte Suprema de Justicia, en el Estado de Derecho actual: "El hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico..." Ver, CSJN, "Bahamondez Marcelo", sentencia del 6/4/1993, voto de los doctores Barra y Fayt, considerando 12º, La Ley, 1993-D, 130, con nota de Néstor Pedro Sagües -DJ, 1993-2-499- ED, 153-254.

⁴⁰ Nótese que la flexibilidad es un rasgo que se le asigna al derecho comunitario. Ver VANOSSI, Jorge Reinaldo A., DALLA VIA, Alberto Ricardo, **Régimen constitucional de los tratados**. 2 ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2000. p. 363. Además, los precitados autores le asignan al derecho comunitario las siguientes características: i) pragmatismo; ii) operatividad; iii) instrumentalidad; iv) supremacía; v) uniformidad. Ídem, p. 362 a 364.

⁴¹ Se ha reconocido al principio de eficacia como un principio constitucional. Ver BALBÍN, Carlos. **Tratado de Derecho administrativo**. Buenos Aires: La Ley, 2011. p. 167.

⁴² En un sentido similar, aunque sin referirse a la separación de poderes, ver, SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. **La teoría general del derecho administrativo como sistema**. Barcelona: Marcial Pons, 2003. p. 26.

⁴³ Se habla de poderes estatales, supraestatales, infraestatales, regionales, entre otros. Ver FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris: Teoría del derecho y de la democracia**. Madrid: Trotta, 2011. p. 823.

⁴⁴ En Alemania se habla de "Redes de autoridades nacionales y supranacionales", Ver, RUFFERT, Matthias, **De la europeización del derecho administrativo a la unión administrativa europea: la unión administrativa europea**. Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 92 y ss.

⁴⁵ Advuértase que el nuevo paradigma modificó la naturaleza de la jurisdicción y la relación entre el juez y la ley. Ver FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. 2 ed. Madrid: Trotta, 2010. p. 31. Agregamos que el nuevo

En tales términos, desde hace tiempo que el sistema valida sin mayor dificultad que los tres órganos principales (Ejecutivo, Legislativo y Judicial), ejerzan las tres funciones desde un punto de vista material. De ahí que necesariamente tenga que variar el factor que equilibre los “poderes” (potestades, funciones, competencias) ejercidos por cada uno.

O dicho de otro modo, aún cuando subsiste el eje principal que determina que ciertas funciones –más precisamente un núcleo esencial⁴⁶– sólo pueden ser asumidas por un solo órgano, el propio sistema tiende a fragmentar, eliminar y/o a morigerar la exclusividad absoluta en todo o en parte de la facultad de decidir.

En los estados modernos, resulta difícil hallar un acto o decisión que de modo absoluto sea “privativa” y ajena a todo otro “poder” u órgano de control.

Sobre esta plataforma, el nuevo paradigma si bien se ocupa de reglar “quién” ejerce tal o cual función, se ocupa aún más de afianzar el “cómo”. En las “formas” del ejercicio de las funciones o potestades es donde pretende situarse el epicentro del Estado constitucional.

En definitiva, el nuevo escenario pretende asegurar la “interconexión de los ordenamientos jurídicos”⁴⁷, a través de la utilización de reglas y técnicas universalmente aceptadas. A partir de esta plataforma se busca asegurar de modo eficiente y eficaz la tutela de los derechos fundamentales. Son éstas las variables que tornan accesorio o secundario –aunque no lo elimina– el aspecto orgánico o subjetivo de las funciones del Estado⁴⁸.

d) El nuevo rol de la “división de poderes”

El objetivo de la división de poderes no es estrictamente (o únicamente) frenar al poder en la tutela de las libertades públicas⁴⁹. Lo que precisamente se altera en el

paradigma también ha modificado sustancialmente la relación entre el juez y el Ejecutivo/Administración. Véase también, en este sentido: HACHEM, Daniel Wunder. A construção de uma nova configuração jurídica para o mandado de injunção. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 9, n. 38, p. 129-166, out./dez. 2009.

⁴⁶ Balbín afirma que cada poder conserva un “cúmulo de competencias materiales propias de cada poder de alcance exclusivo y excluyente”. Ese núcleo, afirma el tratadista, es “indelegable en el armazón del esquema institucional”. Ver BALBÍN, Carlos. **Tratado de Derecho administrativo**. Buenos Aires: La Ley, 2011. p. 54.

⁴⁷ Desde un sector de la doctrina española, esta expresión constituye un tema central en los problemas jurídicos de nuestro tiempo, ya que pretende analizar la incidencia de reglas o soluciones ajenas o lejanas a dichos problemas. Ver, RETORTILLO BAQUER, Lorenzo Martín. **La jurisprudencia de Estrasburgo y el control de quien controla a la Administración**: Libro Homenaje a Rafael Entrena Cuesta. Barcelona: Atelier, Barcelona, 2003. p. 29.

⁴⁸ Aunque la tendencia moderna utilice este criterio como factor clave de atribución de competencia de los jueces contencioso administrativos.

⁴⁹ Según Gordillo, el objetivo de la división de poderes no es el de propiciar la mayor “eficacia” del gobierno sino a la inversa, “...frenarlo en la tutela de las libertades públicas”. Ver GORDILLO, Agustín. **Tratado de Derecho Administrativo**: Parte general. 9 ed. Buenos Aires: Fundación de derecho administrativo, 2006. p. II-3 y en consonancia en p. III-6 y III-7.

nuevo paradigma, es que la división de poderes no se presenta meramente como un “freno” al poder en la tutela de las libertades públicas.

En realidad, debe “potenciar”, “efectivizar”, la defensa y tutela de las libertades y la concreción de los derechos en un marco de flexibilidad. El rol de la eficacia no puede ser visto como la contracara de la tutela. La eficacia del Gobierno (y por tanto de la división de poderes) es indispensable, siempre y cuando: **i)** se ponga al servicio de la efectiva tutela de los derechos fundamentales, y⁵⁰ **ii)** utilice reglas y técnicas universalmente aceptadas en el marco del Estado constitucional.

e) División de los poderes y el fenómeno de la “juridización de la política”

La “división de poderes” (concebida como una “norma de competencia”⁵¹), asigna a los jueces la última palabra en lo relativo a los conflictos jurídicos. Son ellos los últimos guardianes de la vigencia y plena operatividad del Estado constitucional de Derecho.

Sin embargo, como los jueces deben “decidir en derecho”⁵², no debe perderse de vista que nuestro sistema jurídico otorga al juez la facultad y el deber (en ciertos casos) de confrontar de oficio⁵³ el obrar de los órganos del Estado con la constitución (control de constitucionalidad) y, eventualmente, con los instrumentos internacionales a los que el Estado se ha sometido voluntariamente (control de convencionalidad).

Sobre esta plataforma, se cristaliza otro fenómeno que trastoca uno de los pilares básicos de la doctrina histórica y clásica de la división de poderes. Así, se evidencia una “huida” del factor político respecto del obrar del Ejecutivo y, principalmente, de la Administración.

Se pretende juridizar todos los ámbitos y, así, reducir el espacio político de actuación⁵⁴. *La posible ausencia de todo control o la existencia única de un control político, no resultan suficientes ni se ajustan a los postulados que emergen del nuevo paradigma.*

Cualquier acto de los poderes públicos puede y debe ser controlado jurídicamente; cuando menos, en sus contornos externos. Sobre esta base, desnudar el epicentro de la división de poderes implica situarse de lleno en la difícil e intrincada relación entre política y derecho⁵⁵. La problemática referida a ambas nociones se vincula con la

⁵⁰ Y en esta faena el control es sólo uno de los aspectos en la ecuación.

⁵¹ Ferrajoli considera a la división y a la separación de los poderes como normas de competencia mediante las que los poderes públicos son, por una parte, atribuidos, y por otra, distribuidos. Ver FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**: Teoría del derecho y de la democracia. Madrid: Trotta, 2011. p. 816.

⁵² Ver: RODRÍGUEZ, César. **La decisión judicial**: El debate Hart-Dworkin. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 1997. p. 75.

⁵³ Más allá de la discusión acerca del alcance de este control.

⁵⁴ Este fenómeno va acompañado de la “profesionalización de la política”. Sobre este fenómeno ver, ARIAS, Luis Federico. La alquimia, el derecho y la política, Res Pública Argentina. **RAP**, Junio-Septiembre, 2006. p. 10 a 13.

⁵⁵ Por ello se afirma que la división de poderes hoy tiene su centro en la separación entre política y derecho. Ver, LÓPEZ GUERRA, Luis. **Democracia y división del poder**: La democracia post-liberal. Madrid: José Félix

modificación radical que determina el nuevo paradigma que invierte la ecuación entre ambas.

Antes, el derecho se subordinaba a la política como instrumento. Actualmente, la política se ha convertido en instrumento de actuación del derecho al ser sometida a numerosos y múltiples límites⁵⁶ internos, externos, verticales, horizontales, positivos y negativos.

Esta problemática impacta de lleno en el alcance del control judicial, toda vez que la teoría clásica sitúa a lo “político” (cuando menos un núcleo) como no justiciable y lo equipara a las nociones de “apreciación de oportunidad” – que es dejada a la elección del agente público⁵⁷ – “mérito” o “conveniencia”⁵⁸.

5. EL IMPACTO DEL DERECHO SUPRANACIONAL EN LA DIVISIÓN DE PODERES

Los nuevos mecanismos de protección internacional de los derechos humanos impactan en la división de poderes. Nos referimos, en concreto, a los nuevos órganos de control que crean parámetros jurídicos supranacionales⁵⁹ de actuación para los Estados partes y cuyo control se ejercita a través de órganos jurisdiccionales específicos (Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Corte Interamericana de Derechos Humanos).

Entiendo que las decisiones de esos organismos, condicionan y limitan la auto-determinación de los Estados Nación considerados en su individualidad.

Ello, dado que la sumisión voluntaria a una jurisdicción internacional, y la incorporación al derecho interno⁶⁰ de las decisiones de ese tipo de organismos modifican

Tezanos ed., 1996. p. 250.

⁵⁶ Ver, FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. 2 ed. Madrid: Trotta, 2010. p. 32.

⁵⁷ RIVERO, Jean; WALINE, Jean. **Droit Administratif**. 21 ed. País: Dalloz, 2006, p. 353.

⁵⁸ Por ejemplo, el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires, excluye del control judicial (inclusive del control concentrado y abstracto de constitucionalidad previsto en el art. 113, inciso 2 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires) al “mérito y la conveniencia de la conformación interna del Poder Ejecutivo”. Ver, “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en “Lapatovski, Susana y otros c/GCBA s/ amparo (art. 14 CCABA)”, sentencia del 6 de abril de 2011, voto del Dr. José Osvaldo Casás considerando 5.

⁵⁹ Lo que Sagües llama “recepción del derecho trasnacional”. Ver, SAGÜES, Néstor P., **Teoría de la Constitución**, p. 54.

⁶⁰ Como bien afirma Salomoni, la Constitución Argentina se apartó de las técnicas tradicionales de incorporación de los derechos humanos al agregar directamente diversos tratados en la propia Constitución y se les otorga rango o jerarquía constitucional e integrando el plexo normativo de la parte dogmática de la Constitución. De hecho, son vinculantes independientemente de su pertenencia al sistema internacional. Ver, SALOMONI, Jorge Luis. Denuncia de ilegitimidad, seguridad jurídica y derechos fundamentales. In: **Jornadas sobre cuestiones de procedimiento administrativo**. Buenos Aires: RAP, 2006. p. 921 y 922. Sobre el tema de los tratados de derechos humanos y su impacto en el sistema jurídico nacional, ver: SAGÜES, Néstor Pedro. Nuevas fronteras del control de convencionalidad: el reciclaje del derecho nacional y el control legisferante de convencionalidad. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 1, n. 2, p. 23-32, maio/ago. 2014. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v1i2.40509>; CASSAGNE, Juan Carlos. La jerarquía y regulación de los Tratados en la Constitución argentina. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte,

sustancialmente la concepción tradicional de la soberanía sobre la que asienta el principio de división de poderes. Es decir, se produce un entrelazamiento de ordenamientos y sistemas que ocasiona, en ciertos casos, que una solución que se pensaría arraigada y legítima, va a ser desplazada por la regla de otro ordenamiento supranacional⁶¹.

6. EL IMPACTO DE LOS VALORES DE “EFICACIA” Y “EFICIENCIA” EN LA DIVISIÓN DE PODERES

El diseño y la interrelación estipulada por las constituciones respecto de los tres principales y máximos órganos del Estado, no pueden ser conducidas en forma íntegra bajo el esquema abstracto o dogmático clásico de la “división” o “separación” de poderes. La eficiencia y el impacto que las medidas o decisiones tienen para los derechos fundamentales⁶², se erigen como pilares de interpretación sistémica que trazan o tienden a delinear los contornos de la doctrina.

En definitiva, *la división de poderes se legitima a partir de una concepción dinámica y flexible*⁶³, que coadyuve a concretar de forma efectiva los derechos fundamentales⁶⁴.

7. FRAGMENTACIÓN DEL PODER

ano 10, n. 40, p. 199-216, abr./jun. 2010; ALIANAK, Raquel Cynthia. El renovado Derecho Administrativo, a la luz del control de convencionalidad. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 15, n. 59, p. 29-46, jan./mar. 2015; DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la perspectiva del Derecho Administrativo. Especial referencia al caso Gelman vs. Uruguay. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 1, n. 2, p. 103-130, maio/ago. 2014. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v1i2.40512>; GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo Angel. Derecho administrativo, Constitución y derechos humanos. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 10, n. 40, p. 239-250, abr./jun. 2010.

⁶¹ Ver, RETORTILLO BAQUER, Lorenzo Martín. **La jurisprudencia de Estrasburgo y el control de quien controla a la Administración**: Libro Homenaje a Rafael Entrena Cuesta. Barcelona: Atelier, Barcelona, 2003. p. 29.

⁶² En Alemania, los derechos fundamentales constituyen principios básicos del orden social en su totalidad que proyectan sus efectos a todas las áreas del derecho. Ver, HOFFMANN-RIEM, Wolfgang, La división de poderes como principio de ordenamiento. **Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano**, 13° año, T. I, Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, 2007. p. 224.

⁶³ El fenómeno de flexibilización y compensación en supuestos de asignación de competencias es fundamental en el derecho comunitario europeo. Ver, PETER SCHNEIDER, Jeans, **Estructuras de la unión administrativa europea**. Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 32 a 34.

⁶⁴ Ackerman se pregunta: ¿Cómo la nueva división de poderes puede resolver las cuestiones que genera el Estado burocrático? Se observa de este modo cómo la doctrina tiende a ser definida y explicada desde un plano estrictamente funcional. Ver, ACKERMAN, Bruce **La nueva división de poderes**. [s.l.]: Fondo de Cultura Económica, México, 2007. p. 83.

En el Estado constitucional se configuran los fenómenos llamados “policentrismo”, “desconcentración estatal”, “fragmentación”⁶⁵ o “fractura”⁶⁶ del poder estatal. Las constituciones tienden a situar numerosos órganos estatales⁶⁷ que en ciertos casos ostentan “plena autonomía funcional”. Los órganos constitucionales se vinculan y articulan de diferente modo con los tres clásicos “poderes”.

Como ya lo hemos puesto de relieve, se multiplican y aumenta la presencia de órganos de control constitucionales que presentan diversificación de funciones y multiplicidad de estructuras⁶⁸.

Estos órganos, cabe reiterar, se orientan a tutelar la defensa de los derechos constitucionales y a afianzar los principios de independencia y equilibrio de los poderes tradicionales⁶⁹.

Ahora bien, el esquema básico estructural desarrollado, permite advertir una paradoja que se configura por la presencia de dos fenómenos aparentemente excluyentes entre sí.

La multiplicidad, transferencia y fragmentación del “poder” en el plano interno y externo –policentrismo– convive con un fenómeno opuesto: la unificación y estandarización de parámetros jurídicos universales. Ambos fenómenos se intensifican sin alterar –por el contrario, tienden a consolidar– el Estado constitucional de derecho.

Por tanto, la fragmentación de la soberanía y la existencia de múltiples órdenes normativos y órganos de control internos y externos, paradójicamente, reactivan y refuerzan la unificación de parámetros universales. Esta situación, claramente se puede apreciar en diversos sistemas jurídicos que, aún con disímiles diseños constitucionales y elementos culturales, económicos, y demográficos, tienden a estandarizar y unificar

⁶⁵ Ver, ORTEGA, Luis. El reto dogmático del principio de eficacia. **Revista de Administración Pública española**, n 133, ene/abr 1994. p. 8 y ss.

⁶⁶ GORDILLO, Agustín. **Tratado de Derecho Administrativo**: Parte general. 9 ed. Buenos Aires: Fundación de derecho administrativo, 2006. p. III-3.

⁶⁷ En Argentina, la segunda parte de la Constitución contempla los siguientes órganos –ver artículos 85, 86, 114 y 120–: la Auditoría General de la Nación, el Defensor del pueblo, el Consejo de la Magistratura y el Ministerio Público, respectivamente.

⁶⁸ El autor argentino aquí sigue a Zippelius para quien este fenómeno es llamado “policentrismo” y se caracteriza por la actividad constitucional de dividir funciones y multiplicar estructuras. Ver, ZIPPELIUS, **La idea de legitimación en el estado democrático-constitucional**, en Colegio de Profesores de Teoría del Estado, “Memoria del Primer Congreso Internacional de Teoría General del Estado, México, 1980, p. 233, citado en SAGÜES, Néstor P., Teoría de la Constitución, p. 53. Gordillo, siguiendo a Pulvirenti, entiende que no es conveniente utilizar la terminología “órganos extrapoderes” ya que pueda dar lugar a pseudoconfusiones. Ver GORDILLO, Agustín. **Tratado de Derecho Administrativo**: Parte general. 9 ed. Buenos Aires: Fundación de derecho administrativo, 2006. p. III-3, nota 5, con cita de PULVIRENTI, Orlando D. Aria a la designación de jueces. **Suplemento Administrativo**, 9 de febrero de 2009, p. 15 a 20.

⁶⁹ Ver al respecto, SAGÜES, Pedro, Problemática de los órganos extrapoder en el diagrama de división de poderes. **Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano**, Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, 2007. p. 309. También ver al respecto las agudas reflexiones en SAGÜES, Pedro. Cultura constitucional y desconstitucionalización, **Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano**, Año XVI, Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, 2010. p. 97 a 108.

reglas y parámetros *a priori* y *a posteriori* de la toma de decisiones de los poderes públicos.

Ahora bien, en nuestro país la Constitución Nacional establece el siguiente esquema básico que, en esencia, reconstruiremos a continuación teniendo en consideración la forma y los órganos o sujetos que participan en la conformación de los órganos internos -denominados usualmente órganos extrapoder- instituidos por la Constitución Nacional.

Veamos.

8. LA “DIVISIÓN DE PODERES” EN LA CONSTITUCIÓN ARGENTINA

Como señalara en el párrafo anterior, entiendo importante desarrollar, en forma básica y genérica, la configuración y articulación global de los tres “poderes” en el Estado Argentino, previstos en la segunda parte de la Constitución Nacional Argentina: el Poder Legislativo, el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial.

La clasificación de las principales funciones de los órganos constitucionales usualmente suele venir precedida de la distinción entre diversos criterios jurídicos. En general se alude a los siguientes: a saber: criterio “teleológico”, “orgánico”, “material” y “formal”. Desde un punto de vista amplio y básico, estos planos son entendidos del siguiente modo:

- i. Los aspectos teleológicos aluden a la finalidad de la potestad; es el fin o la finalidad a la que se orienta el criterio por el cual es definida o conceptualizada;
- ii. El criterio orgánico se relaciona con el aspecto subjetivo, alude al “quién” ejercer la potestad; la posición del órgano y del sujeto que ejerce la potestad, es el factor que se tiene en cuenta para conceptualarla;
- iii. El aspecto formal se vincula con el procedimiento de actuación del órgano ; así, se alude al componente deliberativo, contradictorio, mixto, entre otros;
- iv. El criterio material se relaciona con el contenido, la sustancia, la “naturaleza” de la potestad.
- v. El iter secuencial que explica la “división de poderes” del Estado Constitucional Argentino.

El fenómeno que intentamos explicar requiere, a nuestro juicio, de la enunciación de un iter secuencial conforme la descripción normativa constitucional.

Veamos.

- vi. En primer lugar, la segunda parte de la Constitución Nacional (art. 44 y ss.), entre otras cuestiones, establece lo que ALEXY llama “normas de competencia” . Las “normas de competencias” determinan: i) quién tiene la competencia; ii) cómo se ejerce -regulan el procedimiento para su ejercicio- ; iii) respecto de qué se ejerce (objeto de la competencia).

Las “normas de competencia” crean la posibilidad de actos jurídicos y habilitan a los sujetos para que puedan modificar posiciones jurídicas por medio de actos jurídicos.

O lo que es lo mismo - en palabras de Kelsen – :

El jefe del Estado, en una república democrática, así como el miembro del gabinete en una monarquía absoluta, tiene que ejercer sus funciones, que en lo esencial son funciones jurídicas, como obligaciones correspondientes al cargo (...) éstas resultan de disposiciones especiales, que estatuyen una responsabilidad específica. Son también órganos del Estado, no como funcionarios estatales, sino en cuanto desempeñan, con una división del trabajo, funciones determinadas por el orden jurídico⁷⁰.

En segundo lugar, las normas de competencia de la Constitución Nacional, instituyen funciones exclusivas, concurrentes y de contralor entre los diversos órganos constitucionales.

En tercer término, es preciso aclarar el alcance de la noción “control”. Las obras de derecho procesal administrativo han abordado esta noción desde diversas ópticas. Aunque, tomando como punto de partida el significado lexicográfico, la noción de control se relaciona con la “comprobación, inspección, fiscalización e intervención”

a) La instrumentación de los controles y equilibrios recíprocos

La Constitución Argentina establece un sistema de división funcional de órganos decisorio que incluye el control recíproco entre los órganos superiores de la Constitución.

La Auditoría General de la Nación (art. 85 CN) y el Defensor del Pueblo (art. 86 CN), se encuentran en la Segunda parte, Título I, sección I del Poder Legislativo –en adelante PL-, capítulos VI y VII. A continuación intentaremos describir brevemente la posición institucional, integración y funciones esenciales asignadas a ambos órganos constitucionales.

a.1) La Auditoría General de la Nación

La Auditoría General de la Nación –en adelante AGN- se sitúa como un órgano constitucional colegiado cuyo rol esencial es la asistencia técnica obligatoria al Congreso de la Nación⁷¹. Se le otorga “autonomía funcional” y tiene a su cargo el control externo⁷² y posterior de legalidad, gestión, y auditoría del Poder Ejecutivo –en adelante

⁷⁰ Kelsen, Hans. **Teoría Pura del Derecho**. Traducción del original en alemán de Roberto J. Vernengo. Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, 1979.

⁷¹ Este órgano se integra por los representantes del Congreso, de conformidad con la ley 24.156; ver, art. 121 y ss.)

⁷² El control interno por excelencia es el que realiza la Sindicatura General de la Nación que no adquirió jerarquía constitucional luego de la reforma constitucional de 1994. En el título VI la ley de Administración Financiera N° 24.156 se crea la Sindicatura General de la Nación –en adelante SIGEN- como órgano de control

PE- y de todos los entes públicos estatales⁷³. Este órgano, cabe aclarar, no ejerce ningún control de tipo jurisdiccional.

Desde un punto de vista estricto, coincidimos con Barra y Gelli cuando afirman que el control es ejercido por el Congreso y la AGN es su asistente técnica⁷⁴. Este órgano está gobernado por un Colegio de Auditores de siete miembros que toma sus decisiones por mayoría de votos. El presidente es propuesto por el principal partido político de oposición con mayor número de legisladores en el Congreso, y es designado por los presidentes de ambas Cámaras legislativas⁷⁵. De los restantes seis miembros, tres son designados por la Cámara de Diputados y los tres restantes por la Cámara de Senadores⁷⁶.

De una interpretación estricta de la letra de la CN se deduce que la AGN es un órgano consultivo, no obstante participa necesariamente –al menos de forma mediata– en el proceso de control por parte del PL⁷⁷.

interno, posterior, integral e integrado del Poder Ejecutivo Nacional, organismos descentralizados y empresas y sociedades del Estado que dependan del mismo –ver arts. 96, 98, 102 y 103-. Este órgano tiene personería jurídica propia y autarquía administrativa y financiera, y depende del Presidente de la Nación –ver art. 97 de la ley 24.156-. La SIGEN es un órgano normativo de supervisión y coordinación de las unidades de auditoría interna creadas en cada jurisdicción y en las entidades que dependan del Poder Ejecutivo Nacional. Estas unidades dependen jerárquicamente de la autoridad superior de cada organismo y deben actuar coordinadas técnicamente por la Sindicatura General –ver art. 100 ley 24.156- El control que ejerce la SIGEN abarca los aspectos presupuestarios, económicos, financieros, patrimoniales, normativos y de gestión, la evaluación de programas, proyectos y operaciones. Los controles deben estar fundados en criterios de “economía, eficiencia y eficacia” –ver art. 103-. Entre las funciones descriptas por el artículo 104, es importante destacar que debe establecer requisitos de *calidad técnica* para el personal de las unidades de auditoría interna –inc. f- y formular directamente a los órganos comprendidos en el ámbito de su competencia, recomendaciones tendientes a asegurar el adecuado cumplimiento normativo, la correcta aplicación de las reglas de auditoría interna y de los criterios de *economía, eficiencia y eficacia* –inc. j-

⁷³ El artículo 116 de la ley 24.156 dispone que la AGN es un “...ente de control externo del sector público nacional, dependiente del Congreso Nacional”. En el segundo párrafo del precitado artículo se establece la AGN “...es una entidad con personería jurídica propia, e independencia funcional”. Para ampliar, ver BARRA, Rodolfo, El papel de los institutos centrales de control en los ordenamientos jurídicos: El modelo argentino, en Control de la Administración Pública, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, RAP, Buenos Aires, 2002, p. 514 a 519 e IVANEGA, Miriam, Acerca de los servicios públicos y sus controles administrativos (La experiencia Argentina), p. 109 a 116.

⁷⁴ Ver, BARRA, Rodolfo. **Tratado de derecho administrativo**. Buenos Aires: Ábaco, 2002. p. 515 y GELLI, María Angélica. **Constitución de la Nación Argentina**: comentada y concordada 4 ed. Buenos Aires: La Ley, 2009. p. 311 y 312.

⁷⁵ El artículo 123 de la ley 24.156 dispone que el séptimo auditor general será designado por resolución conjunta de los presidentes de las Cámaras de Senadores y de Diputados y será el presidente del ente.

⁷⁶ Ver, artículos 121 y 122 de la ley 24.156 –y modificatorias-. Según BARRA, de los tres miembros elegidos por cada cámara, dos pertenecen al partido mayoritario y uno al principal partido de la oposición. Sin embargo, entiende que la previsión constitucional de asegurar al principal partido de oposición la conducción de la Auditoría, tiene pocos efectos prácticos, ya que podría ocurrir que el partido del gobierno tuviese, a la vez, mayoría en ambas Cámaras con lo cual el oficialismo contaría con cuatro propuestas o designaciones y la oposición con tres, quedando de tal modo en manos del oficialismo la representación política mayoritaria del órgano. Ver, BARRA, Rodolfo. **Tratado de derecho administrativo**. Buenos Aires: Ábaco, 2002. p. 516.

⁷⁷ En consonancia, ver BARRA, Rodolfo. **Tratado de derecho administrativo**. Buenos Aires: Ábaco, 2002. p. 515.

En suma, más allá de las divergencias entre el texto constitucional y la ley de Administración Financiera⁷⁸ –art. 116 y 117–, lo cierto es que la AGN es un órgano de control mediato, en la medida en que sus decisiones no tienen efecto directo e inmediato sobre los órganos contralados. Es un órgano consultivo que ejerce un control mediato y de asistencia técnica al PL que controla –de modo inmediato– al PE y a todos los órganos del sector público nacional⁷⁹.

Desde el punto de vista consultivo, la Constitución Nacional instituye un dictamen obligatorio no vinculante por parte de la AGN previo al “examen” y a la “opinión” del Poder Legislativo sobre la actuación del Poder Ejecutivo y de la Administración Pública. Desde esta perspectiva, la previa intervención de este órgano constitucional resulta esencial en el procedimiento de control legislativo. El Congreso no podría emitir ninguna opinión, ni siquiera iniciar el procedimiento de examen de la actuación de la Administración Pública, sin la previa intervención de la AGN⁸⁰.

Sin embargo, el Congreso podría rechazar el dictamen, solicitar otro, o simplemente omitir toda acción. No puede instruir a la AGN en cuanto al contenido de su dictamen o acerca de la metodología de realización⁸¹.

a.2) El Defensor del Pueblo

A partir de su consagración constitucional en Suecia a principios de siglo XIX, el Defensor del Pueblo es una figura que ha sido instaurada en numerosos países bajo diversas denominaciones tales como: “Comisario Parlamentario”, “Mediador”, “Promotor de la Justicia”, “Ombudsman”⁸² y “Defensor Social”⁸³.

Con antelación a su consagración constitucional, este órgano tuvo recepción legislativa a través de la sanción de la Ley N° 24.284.

El Defensor del Pueblo se instituye como un órgano auxiliar del Poder Legislativo y como un órgano con “plena autonomía funcional” y “sin recibir instrucciones de

⁷⁸ Según Gelli, el órgano creado por la CN es completamente diferente al que estructura la ley 24.156 y ésta resulta incompatible con aquel órgano, en tanto el primero debe ejercer dos funciones: la de asesoramiento técnico del Congreso y la de control con autonomía funcional, autonomía que resulta bloqueada por la reglamentación legal.

⁷⁹ También ejerce control posterior del Congreso de la Nación y del Poder Judicial, en este último caso –para asegurar la independencia de éste– según convenio para celebrar con la Corte Suprema de Justicia y ahora –cabe interpretar– con el Consejo de la Magistratura de la Nación. Ver BARRA, Rodolfo. **Tratado de derecho administrativo**. Buenos Aires: Ábaco, 2002. p. 518.

⁸⁰ Ver, BARRA, Rodolfo. **Tratado de derecho administrativo**. Buenos Aires: Ábaco, 2002. p. 515.

⁸¹ Como bien afirma Barra, ello se deduce de la “autonomía funcional” prevista por la CN. Ver, BARRA, Rodolfo. **Tratado de derecho administrativo**. Buenos Aires: Ábaco, 2002. p. 516.

⁸² Ver, GELLI, María Angélica. **Constitución de la Nación Argentina**: comentada y concordada 4 ed. Buenos Aires: La Ley, 2009. p. 316.

⁸³ Ver, QUIROGA LAVIÉ, Humberto. Nuevos órganos de control en la Constitución. In: **La Reforma de la Constitución**. Santa Fé: Rubinzal Culzoni, 1994. p. 267.

ninguna autoridad"⁸⁴. A su vez, el Defensor del Pueblo goza de las inmunidades y los privilegios que corresponden a los legisladores⁸⁵ no obstante es responsable sólo ante el Congreso.

Por otra parte, la misión de este órgano se relaciona con dos aspectos centrales: a saber, **1)** defensa y protección de los derechos y garantía e intereses tutelados en la Constitución⁸⁶ y las leyes⁸⁷; y **2)** el control del ejercicio de las funciones administrativas públicas.

La competencia del Defensor del Pueblo sólo abarca a la Administración Pública Nacional⁸⁸ y a las personas públicas no estatales⁸⁹ que ejerzan prerrogativas públicas y a las personas privadas prestadoras de servicios públicos⁹⁰.

Sin embargo, el Defensor del Pueblo no puede desarrollar un control respecto del Poder Judicial, el Poder Legislativo, y los organismos de defensa y seguridad⁹¹.

Sin detenernos en todos los aspectos en cuanto a la competencia de este órgano, es importante destacar las siguientes funciones (ver art. 14 y ss.); a saber:

1. El Defensor del Pueblo tiene por objeto perseguir el "esclarecimiento de los actos, hechos u omisiones de la administración pública nacional y sus agentes, que impliquen el ejercicio ilegítimo, defectuoso, irregular, abusivo, arbitrario, discriminatorio, negligente, gravemente inconveniente o inoportuno de sus funciones"⁹²;

⁸⁴ Coincidimos con Canosa cuando afirma que resulta inapropiada la calificación de "independiente" aunque tenga plena autonomía funcional. En efecto, cuando menos no puede tomarse en sentido estricto la independencia si se tiene en consideración su inserción institucional y funcionamiento. Ver, CANOSA, Armando, *El Defensor del Pueblo y el control de la Administración*, p. 395.

⁸⁵ Como afirma Gelli, de este modo se pretendió fortalecer la institución para el más eficaz ejercicio de sus funciones de control y para preservarla de eventuales interferencias o presiones del poder político descontento con su actuación. Ver, GELLI, María Angélica. **Constitución de la Nación Argentina**: comentada y concordada 4 ed. Buenos Aires: La Ley, 2009. p. 322.

⁸⁶ El artículo 43, segundo párrafo, legitima en forma expresa al defensor del pueblo en relación con cualquier forma de discriminación; en lo relativo a los derechos que protegen el ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general.

⁸⁷ La legitimación del Defensor del Pueblo viene dada por la expresa atribución constitucional que presupone su actuación frente a "hechos, actos u omisiones de la Administración". Ver, artículo 86, primer párrafo de la CN. Para apreciar la legitimación de este órgano ver, CASSAGNE, Juan Carlos (Org.). **Derecho procesal administrativo**. Buenos Aires: Hammurabi, 2004. p. 685 a 724.

⁸⁸ La Administración pública nacional abarca la Administración centralizada y descentralizada; entidades autárquicas; empresas del Estado; sociedades del Estado; sociedades de economía mixta; sociedades con participación estatal mayoritaria; y todo otro organismo del Estado Nacional cualquiera fuere su naturaleza jurídica.

⁸⁹ Canosa entiende que la denominación personas públicas no estatales, no resulta del todo adecuada. Así, este autor considera que, por más que una persona privada cumpla actividades, en principio estatales -por "encargo"-, no puede convertirse en pública. Ver, CANOSA, Armando, **El Defensor del Pueblo y el control de la Administración**, p. 396.

⁹⁰ Ver, artículo 17°, ley 24.284.

⁹¹ Ver, artículo 16°, segundo párrafo, ley 24.284.

⁹² Como bien sostiene Monti, la legitimación procesal del Defensor del Pueblo no puede ser interpretada con criterio restrictivo. Ver, MONTI, Laura. Alcance del control judicial del Defensor del Pueblo de la Nación.

2. Se lo legitima⁹³ a los fines de detectar comportamientos que denoten una *"falla sistemática y general de la administración pública"*; en tal caso, debe instar los mecanismos que permitan eliminar o disminuir dicho carácter (art. 15).

Ahora bien, los precitados órganos constitucionales –AGN y Defensor del Pueblo– tienen un hilo conductor común: en ambos casos, su integración y composición es potestad exclusiva del Poder Legislativo.

c) Órgano constitucional cuya integración es resorte concurrente entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo

i. El Ministerio Público

En la segunda parte, sección IV de la Constitución Nacional, se instituyó al Ministerio Público. Este órgano "independiente", con "autonomía funcional" y "autarquía financiera", no se ha situado bajo la órbita o en la sección de ninguno de otro poder del Estado Nacional⁹⁴.

Más allá de las diferentes posturas doctrinarias en cuanto a si es un nuevo poder, o un órgano "extrapoder"⁹⁵, o bien un órgano incluido y/o relacionado con el Poder Ejecutivo o Judicial, de una lectura literal de la Constitución podemos advertir que se ha incluido a este órgano dentro de una de las secciones de las autoridades de la Nación del Gobierno Federal.

En efecto, el título I de la segunda parte se divide en cuatro secciones. A saber: Del Poder legislativo (sección I), del Poder Ejecutivo (sección II), del Poder Judicial (sección III), del Ministerio Público (sección IV).

El artículo 120 CN, establece que el Ministerio Público actuará en "coordinación con las demás autoridades de la República". Por tanto, podría decirse que, desde un punto de vista organizacional estricto, nuestro sistema instituye tres "poderes" y un

In: **Cuestiones de Control de la Administración Pública**: Jornadas organizadas por la Universidad Austral. Buenos Aires: RAP, 2009. p. 171 con citas de Fallos 330:2.800 y 328:1652 –votos del Juez Maqueda–.

⁹³ La legitimación del Defensor del Pueblo es la llamada "anómala" o "extraordinaria" en el medida en que interviene en el proceso judicial en nombre propio respecto de derechos, garantías e intereses cuya titularidad es de otros o en defensa de intereses que afectan al orden público o social. Ver, PALACIO LINO, E. El "apagón" de febrero de 1999, los llamados intereses difusos y la legitimación del Defensor del Pueblo, nota a fallo, LL, 2000-C-395 y JEANNERET DE PÉREZ CORTÉS, María. Las partes y la legitimación procesal en el proceso administrativo. In: CASSAGNE, Juan Carlos (Dir.). **Derecho Procesal Administrativo**. T. I. Buenos Aires: Hammurabi, 2004. p. 482.

⁹⁴ Sobre la discusión y ubicación de este órgano, remitimos a GELLI, María Angélica. **Constitución de la Nación Argentina**: comentada y concordada 4 ed. Buenos Aires: La Ley, 2009. p. 577 y ss.

⁹⁵ A nuestro juicio la denominación extrapoder no es la más adecuada. Luego de la Reforma de 1994 el "poder" se ha distribuido en diferente medida e intensidad entre más órganos que los tres clásicos "poderes" del Estado. De ahí que hablar de un órgano extrapoder, cuando menos en sentido estricto, constituye un desacierto. Sin embargo, desde el punto de vista de la denominación constitucional, sí podríamos afirmar que la norma fundamental sólo instituye tres poderes y a otros órganos sin denominarlos "poderes".

cuarto órgano que si bien no lo denomina “poder”, sí lo presenta cuando menos en coordinación con ellos.

Más allá de todas las diferencias que puedan existir entre los tres poderes del Estado y el Ministerio Público, no debe perderse de vista dos cuestiones centrales a los fines de evaluar la posición institucional y el rol que éste cumple en el esquema constitucional.

En *primer lugar*, es preciso destacar el mecanismo de designación de los sujetos que desempeñan el cargo en las “cabezas” de este órgano. Así, el Procurador General de la Nación y el Defensor General de la Nación, son designados por un análogo mecanismo a los miembros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación⁹⁶. En ambos supuestos, el Poder Ejecutivo propone y el Poder Legislativo aprueba.

En *segundo término*, si se observa las principales funciones enunciadas en el artículo 120 de la Constitución Nacional y en las disposiciones del artículo 25 de la ley 24.946, a nuestro criterio sería desacertado sostener que este órgano ejerce una tarea de mero “control”⁹⁷.

Sin extendernos en estas consideraciones, como ejemplo podemos ilustrar acudiendo a la función prevista en el artículo 25 inc. c) -ley 24.946- que faculta al Ministerio Público a “Promover y ejercer la acción pública en las causas criminales y correccionales”⁹⁸. Para ser más gráficos, el Ministerio Público es titular de una acción que pretende hacer habilitar la más intensa expresión del poder punitivo en defensa de los más violentos ataques a los bienes jurídicos protegidos por un Estado constitucional de derecho.

Este ejemplo, cuando menos, desde un punto de vista cualitativo, sitúa a este órgano mucho más próximo a los tres Poderes del Estado en relación con la posición y el rol asignado a los otros órganos⁹⁹ constitucionales¹⁰⁰.

Sin detenernos aún más en esta problemática, sí es preciso recalcar que el Ministerio Público tiene una posición central y de suma importancia en el reforzamiento de la misión asignada al Poder Judicial.

d) Órgano constitucional integrado por Poderes públicos estatales y por la sociedad civil

⁹⁶ Ver, art. 99, inc. 4 primer párrafo, artículo 5 de ley 24.946 y Decretos de “autolimitación” N° 222/03 y 588/03.

⁹⁷ Según TORICELLI, este órgano tiene, “simplemente” la función de control. Ver, TORICELLI, Maximiliano, **Organización constitucional del poder**, T. 2, p. 250.

⁹⁸ El mismo texto establece la excepción a esta regla, frente a los casos en donde se requiere la instancia o requerimiento de parte para intentar o proseguir la acción.

⁹⁹ Sin que esta afirmación pretenda, por cierto, menospreciar la trascendencia e importancia de cada uno de los órganos constitucionales.

¹⁰⁰ Como bien afirma Gelli, más allá de cómo se lo considere, lo importante es el grado de independencia con el que cuenta frente a los poderes políticos. Ver, GELLI, María Angélica. **Constitución de la Nación Argentina**: comentada y concordada 4 ed. Buenos Aires: La Ley, 2009. p. 582.

La fragmentación de la clásica división de poderes, tiene su punto más trascendente si observamos al órgano instituido a través del artículo 114 de la CN. Nos referimos al órgano que tiene a su cargo la selección, potestad disciplinaria, y remoción de los magistrados, así como la administración del Poder Judicial. Nos referimos al Consejo de la Magistratura de la Nación.

La Reforma constitucional de 1994 a nuestro criterio ha producido un quiebre trascendental al prever, además de la representación política, la participación de personas jurídicas y físicas no estatales –sociedad civil- en la integración permanente del Consejo de la Magistratura.

Veamos muy brevemente.

i. El Consejo de la Magistratura de la Nación

El Consejo de la Magistratura de la Nación¹⁰¹ –en adelante el Consejo- es un órgano instaurado en la Constitución Nacional por conducto del artículo 114, capítulo I, Sección III –relativa a la naturaleza y duración del Poder Judicial-. Su inclusión en la carta fundamental ha merecido serias objeciones por parte de calificada doctrina¹⁰².

Sin detenernos en este debate, lo cierto es que el precitado texto legal en el párrafo segundo contempla la integración periódica del Consejo procurando “equilibrar” diferentes representaciones. La introducción del Consejo en la carta fundamental, a nuestro criterio ha producido cuando menos dos cambios radicales en relación a la construcción histórica del poder público a partir del constitucionalismo moderno.

En *primer lugar* introduce un elemento totalmente nuevo en nuestro sistema: la concurrencia directa del poder político con la “sociedad civil” a los fines de integrar un órgano de la Constitución¹⁰³.

¹⁰¹ Para ampliar acerca de la composición, estructura y funcionamiento de este órgano, remitimos a BIANCHI, Alberto, **El Consejo de la Magistratura, Primeras impresiones**, LL, 1994-E-1288, y el mismo autor en **El Consejo de la Magistratura. Tiempo de definiciones**, LL, 1995-D-1539; GELLI, María Angélica, Constitución de la Nación Argentina, T. II, p. 481 y ss. y TORICELLI, Maximiliano, **Organización constitucional del poder**, T. 2, p. 221 y ss.

¹⁰² Ver por todos: SPOTA, Alberto Antonio. Designación y remoción de magistrados. Precisiones en torno al Consejo de la Magistratura. In: ASOCIACIÓN ARGENTINA DE DERECHO CONSTITUCIONAL. **Comentarios a la Constitución**. Buenos Aires: Editorial de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, 1995. p. 143 y ss. Sin embargo, como bien afirma Gelli, la incorporación del Consejo de la Magistratura se realizó en el marco de las bases habilitantes al convencional constituyente. Ver GELLI, María Angélica. **Constitución de la Nación Argentina**: comentada y concordada 4 ed. Buenos Aires: La Ley, 2009. p. 482.

¹⁰³ Vale aclarar que desde un punto de vista estricto, los ciudadanos integrantes de la sociedad civil son quienes otorgan representación a los órganos políticos. No obstante, históricamente la participación siempre se circunscribió al voto en la integración de los “poderes del Estado”. En este caso, la sociedad civil no sólo participa en la integración de un órgano de modo indirecto –a través de los Poderes políticos-, sino que lo hace directamente en concurrencia con los órganos políticos.

En *segundo plano*, y como consecuencia de lo anteriormente indicado, la “sociedad civil” participa en la construcción y ejercicio de funciones que antes eran exclusivas del Poder Judicial¹⁰⁴.

Ahora bien, aún cuando la Constitución Nacional previó quiénes participan en la composición del Consejo de la Magistratura¹⁰⁵, no contempló y sí delegó en el Poder Legislativo el número y la forma. En uso de tal facultad el legislador reglamentó los artículos 114 y 115 de la Constitución Nacional a través de las leyes 24.937 y 24.939 –ley correctiva-¹⁰⁶ y luego con el dictado de la ley 26.080¹⁰⁷ –actualmente vigente–.

Sin detenernos en las discusiones que ameritaron tales leyes¹⁰⁸, lo cierto es que el legislador situó al Consejo de la Magistratura como un “órgano permanente” del Poder Judicial de la Nación¹⁰⁹. Ahora bien, la inclusión dentro del Poder Judicial no implica que ese órgano ejerza la competencia prevista por la Constitución para intervenir en el conocimiento y decisión de todas las “causas” –art. 116 CN–.

De este modo, el Consejo realiza funciones coadyuvantes del Poder Judicial que, en esencia, responden a criterios materialmente administrativos y materialmente legislativos que resultan abarcados por el derecho administrativo.

El Consejo actualmente se compone de trece miembros¹¹⁰ –anteriormente se componía de 20 miembros¹¹¹–, que se distribuyen del siguiente modo: tres representantes de los jueces, seis representantes del Poder Legislativo, un representante del

¹⁰⁴ En este sentido, Sagües afirma que el Consejo es como el “órgano de gobierno” del Poder Judicial e incide en la organización y dirección de ese poder. Ver, SAGÜES, Néstor Pedro. **Constitución de la Nación Argentina**. Buenos Aires: Astrea, 1994, p. 27.

¹⁰⁵ El artículo 114 de la CN expresamente habla de órganos políticos resultantes de la elección popular, de jueces de todas las instancias, abogados de la matrícula federal y por otras personas del ámbito académico y científico.

¹⁰⁶ Texto ordenado por Decreto 816/99.

¹⁰⁷ A los fines de profundizar en la conformación del Consejo de la Magistratura remitimos a BARRAZA, Javier Indalecio. El Consejo de la Magistratura y su modo de conformación. **Derecho Administrativo - Revista de Derecho Administrativo**, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007. p. 425 a 438.

¹⁰⁸ Ver por todos, GELLI, María Angélica. **Constitución de la Nación Argentina**: comentada y concordada 4 ed. Buenos Aires: La Ley, 2009. p. 224 y ss.

¹⁰⁹ Ver, art. 1, ley 24.937, no modificado por la ley 26.080. Una breve reseña de la discusión acerca de la procedencia o improcedencia de esta inclusión puede verse en COMADIRA, Julio Rodolfo. **Derecho procesal administrativo**. Buenos Aires: Hammurabi, 2004. p. 439 a 441. Según este autor este órgano es integrante del Poder Judicial.

¹¹⁰ Es acertada la crítica de Barraza cuando señala que la ley modificatoria ha roto el equilibrio que la Constitución intentaba preservar, al privilegiar a los representantes políticos –siete– en la conformación del Consejo.

¹¹¹ La distribución anterior, conforme las leyes 24.937 y 24.939, establecía que el Presidente del Consejo de la Magistratura era el Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Además, se previó la representación de cuatro jueces, ocho legisladores, cuatro representantes de los abogados de la matrícula federal, un representante del Poder Ejecutivo y dos representantes del ámbito académico y científico.

Poder Ejecutivo, dos abogados matriculados¹¹² y un representante académico¹¹³ -ver art. 1 ley 26080.

El Consejo actúa a través de un plenario que se divide en cuatro comisiones; a saber: **i)** de selección de Magistrados y Escuela judicial; **ii)** de Disciplina y de Acusación; **iii)** de Administración y Financiera y **iv)** la comisión de Reglamento y de los organismos auxiliares que se creen al efecto.

El Consejo de la Magistratura adopta las decisiones en forma representativa y democrática. En el artículo 7° de la ley 26.080 se establecen las facultades del plenario. A nuestro entender, las más relevantes a los fines de nuestro estudio son las siguientes; a saber:

- i.** Selecciona mediante concursos públicos a los jueces de la Nación;
- ii.** Ejerce la potestad reglamentaria, entre otras hipótesis, a los fines de “garantizar una eficaz prestación de la administración de justicia” (art. 7, apartado 2);
- iii.** Designa al administrador general del Poder Judicial de la Nación, al secretario general del Consejo y al secretario del cuerpo de Auditores del Poder Judicial;
- iv.** Decidir la apertura del procedimiento de remoción de magistrados;
- v.** Decide formular la acusación correspondiente ante el Jurado de Enjuiciamiento;
- vi.** Ordena, en su caso, la suspensión del magistrado¹¹⁴. En cuanto a esta facultad, la ley establece en el apartado 2 del artículo 7 textualmente: “Esta decisión no será susceptible de acción o recurso judicial o administrativo alguno”;
- vii.** Aplica las sanciones a los magistrados a propuesta de la Comisión de Disciplina y Acusación.

e) Las personas privadas y su articulación con los “poderes” y órganos constitucionales.

Más allá de las múltiples y variadas interacciones que se configuran entre los poderes y órganos constitucionales con la sociedad civil, lo cierto es que la reforma de 1994 ha previsto expresamente la “necesaria participación” de las asociaciones de consumidores y usuarios en los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional (art. 42 CN).

¹¹² Los abogados de la matrícula federal son designados por el voto directo de los profesionales que posean esa matrícula. Uno de los representantes deberá tener domicilio real en cualquier punto del interior del país.

¹¹³ El representante académico debe ser profesor regular de cátedra universitaria de facultades de derechos nacionales y es elegido por el Consejo Interuniversitario Nacional por mayoría absoluta de sus integrantes.

¹¹⁴ El texto legal establece que la decisión no será susceptible de acción o recurso judicial o administrativo alguno.

En consonancia el artículo 43 CN otorga legitimación procesal a las asociaciones¹¹⁵ que propendan a los siguientes fines: **i)** cualquier forma de discriminación; **ii)** derechos que protegen el ambiente; **iii)** la competencia del usuario y el consumidor; **iv)** derechos de incidencia colectiva en general.

La legitimación procesal no se agota en la acción de amparo sino que se ha reconocido también la acción declarativa de inconstitucionalidad en procesos de conocimientos más amplios, por la vía del “recurso” directo en el marco de los servicios públicos.

9. CONCLUSIONES GENERALES

El nuevo paradigma se erige sobre la noción de Estado constitucional de derecho que se decodifica a la luz de un sistema de normas “metalegales” destinadas al legislador y a la Constitución. Todas las normas se someten ciertos parámetros o estándares en cuanto a la forma de producción y en cuanto a los contenidos producidos. En el estado de derecho los poderes nunca son “absolutos”.

En lo que respecta al sistema de representación y la “división de poderes” todavía se vinculan con dos fuentes de legitimación: la representación política y la vinculación al derecho. Ambos planos campean en un binomio que todavía se encuentra presente en la organización del poder público: Gobierno y Administración.

Sin embargo, el nuevo paradigma todavía construye la “división de poderes” sobre la combinación de variables políticas y jurídicas, aunque esta alquimia se asienta sobre premisas radicalmente diversas.

La “división del poder”, su distribución, tiene su epicentro en el plano funcional. Se orienta a la estandarización de los procedimientos en cada una de las principales funciones de los órganos.

La separación, en cambio, se orienta hacia las funciones de “garantía”; se refiere a los órganos encargados de verificar la juridicidad en el obrar estatal.

La división de poderes, en sentido amplio, pretende situar a los órganos jurisdiccionales, como guardianes del Estado constitucional de derecho, a los fines de afianzar la independencia e imparcialidad.

En lo que respecta a la articulación entre el Estado constitucional y la “división de poderes” podemos observar que ésta última se presenta como una norma que atribuye competencia formal (como esquema organizacional macro) y a la vez debe representar un instrumento de tutela de los derechos fundamentales.

¹¹⁵ La norma constitución establece expresamente que las asociaciones deberán estar registradas conforme a la ley que determinará los requisitos y formas de su organización (ver, art. 43, segundo párrafo CN). Ver asimismo artículos 52 y 56 de la ley 24.240.

La “división de poderes” adquiere un nuevo cariz positivo. Ya no basta con el hecho de que se presente como una herramienta para limitar y controlar el poder. Debe, asimismo -para ser compatible con el nuevo paradigma-, coadyuvar a garantizar la concreción de los cometidos estatales y el pleno goce de los derechos fundamentales.

El nuevo paradigma asigna una doble finalidad al principio de la división de poderes y al derecho administrativo como rama autónoma del derecho público.

Por un lado, deben satisfacer la ordenación, disciplina y modulación del poder. Al mismo tiempo, y por otro lado, deben ser flexibles, dinámicos y funcionales de modo tal que se tornen eficaces y eficientes en su conjugación en el marco del accionar estatal.

En otro orden de cosas el fenómeno torna obsoleta la formulación y explicación de la construcción clásica de la organización del poder público.

Los esquemas conceptuales de los siglos anteriores, constituyen una herramienta obsoleta que no puede tutelar la problemática actual.

Aún cuando subsiste el eje principal que determina que ciertas funciones –más precisamente un núcleo esencial- sólo pueden ser asumidas por un solo órgano, el propio sistema tiende a fragmentar, eliminar y/o a morigerar la exclusividad absoluta en todo o en parte de la facultad de decidir.

En los estados modernos, resulta difícil e injustificado hallar un acto o decisión que de modo absoluto sea “privativa” y ajena a todo otro “poder” u órgano de control.

El nuevo paradigma se ocupa de reglar “quién” ejerce tal o cual función, no obstante pone especial énfasis en afianzar el “cómo”. En las “formas” del ejercicio de las funciones o potestades es donde pretende situarse el epicentro del Estado constitucional.

El nuevo escenario pretende asegurar la “interconexión de los ordenamientos jurídicos” a través de la utilización de reglas y técnicas universalmente aceptadas.

En este contexto, podemos afirmar que el objetivo de la división de poderes no es estrictamente (o únicamente) frenar al poder en la tutela de las libertades públicas. Debe “potenciar”, “efectivizar”, la defensa y tutela de las libertades y la concreción de los derechos en un marco de flexibilidad. El rol de la eficacia no puede ser visto como la contracara de la tutela.

La eficacia del Gobierno y de la división de poderes, es indispensable siempre y cuando: i) se ponga al servicio de la efectiva tutela de los derechos fundamentales, y ii) utilice reglas y técnicas universalmente aceptadas en el marco del Estado constitucional.

La “división de poderes” -concebida como una “norma de competencia”- asigna a los jueces domésticos o internacionales la última palabra en lo relativo a los conflictos jurídicos.

La posible ausencia de todo control o la existencia única de un control político, no resultan suficientes ni se ajustan a los postulados que emergen del nuevo paradigma.

Cualquier acto de los poderes públicos puede y debe ser controlado jurídicamente; cuando menos, en sus contornos externos.

Desnudar el epicentro de la división de poderes implica situarse de lleno en la difícil e intrincada relación entre política y derecho. La problemática referida a ambas nociones se vincula con la modificación radical que determina el nuevo paradigma que invierte la ecuación entre ambas.

Antes, el derecho se subordinaba a la política como instrumento. Actualmente, la política se ha convertido en instrumento de actuación del derecho al ser sometida a numerosos y múltiples límites internos, externos, verticales, horizontales, positivos y negativos.

El avance del derecho por sobre la política, no tiene el debido correlato que adecue éste fenómeno al entramado político-jurídico sobre el que se erige el sistema teórico y normativo.

El principio de división de poderes resulta atravesado y modulado por la configuración de parámetros jurídicos supranacionales de actuación cuyo control se ejerce a través de órganos jurisdiccionales específicos.

Es decir, se produce un entrelazamiento de ordenamientos y sistemas que ocasiona, en ciertos casos, que una solución que se pensaría arraigada y legítima va a ser desplazada por la regla de otro ordenamiento supranacional.

Como hemos visto también estas notas se encuentra presente en el marco institucional argentino. Así, el diseño y la interrelación estipulada por las constituciones respecto de los tres principales y máximos órganos del Estado, no pueden ser conducidas en forma íntegra bajo el esquema abstracto o dogmático clásico de la “división” o “separación” de poderes.

La eficiencia y el impacto que las medidas o decisiones tienen para los derechos fundamentales, se erigen como pilares de interpretación sistémica que trazan o tienen a delinear los contornos de la doctrina.

La división de poderes se legitima a partir de una concepción dinámica y flexible, que concrete de forma efectiva la eficacia de los derechos fundamentales.

Los órganos constitucionales que no se han situado como “poderes” en sentido estricto por la Constitución nacional, se vinculan y articulan de diferente modo con los tres poderes instituidos en las diferentes secciones de la segunda parte de la norma fundamental.

Los rasgos esenciales del esquema, en relación a los órganos constitucionales, podría enunciarse del siguiente modo:

i. *En cuanto a la composición:*

1. Los poderes políticos, en todos los casos y con diferente intensidad, participan en la integración de los órganos constitucionales;

2. Luego de la reforma de 1994, también se ha incluido a la sociedad civil que, en forma concurrente con los poderes políticos, determina la integración de uno de los órganos que integra el poder judicial;
 3. La AGN y el Defensor del pueblo son órganos integrados por el Poder Legislativo;
 4. El Ministerio Público se integra en forma análoga al Poder Judicial y posee misiones sustancialmente trascendentales en la tutela de los derechos, protección y afianzamiento progresivo de los derechos fundamentales;
 5. El Consejo de la Magistratura es un “órgano permanente” del Poder Judicial y se integra por la representación de los tres poderes y de la sociedad civil¹¹⁶.
- ii. *En cuanto a la autonomía, autarquía y/o independencia:*
1. Órganos constitucionales con *plena autonomía funcional e independencia*: Defensor del Pueblo y Ministerio Público;
 2. Órgano constitucional con *independencia (no plena), autonomía funcional, y autarquía financiera*: Auditoría General de la Nación;
 3. Órgano constitucional integrante de otro Poder: Consejo de la Magistratura de la Nación;
- iii. *n cuanto a las funciones:*
1. Órgano constitucional de mero control en sentido estricto: Auditoría General de la Nación;
 2. Órgano constitucional de control, defensa, protección y tutela de los derechos, garantías e intereses: Defensor del Pueblo y Ministerio Público.
- iv. *En cuanto a la relación con los “poderes del Estado”:*
1. Órgano constitucional de coordinación: Ministerio Público;
 2. Órganos constitucionales coadyuvantes -en diferente medida, forma e intensidad-, de las funciones del Poder Judicial: Ministerio Público, Defensor del Pueblo y Consejo de la Magistratura de la Nación;
 3. Órgano constitucional coadyuvante de las funciones del Poder Legislativo: Auditoría General de la Nación y Defensor del Pueblo¹¹⁷.
- v. *En cuanto al criterio formal en la toma de decisiones:*
1. Órgano constitucional que adopta las decisiones de forma democrática representativa: Consejo de la Magistratura de la Nación;
 2. Órgano constitucional instituido a la luz del principio de jerarquía funcional.

10. REFERENCIAS

¹¹⁶ En la “dimensión sociedad civil”, entre otros sujetos, se encuentran los ciudadanos y las personas jurídicas no estatales.

¹¹⁷ Artículo 1º ley 24.284.

ALIANAK, Raquel Cynthia. El renovado Derecho Administrativo, a la luz del control de convencionalidad. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 15, n. 59, p. 29-46, jan./mar. 2015.

ACKERMAN, Bruce. **La nueva división de poderes**. [s.l.]: Fondo de Cultura Económica, México, 2007.

ARIAS, Luis Federico. La alquimia, el derecho y la política, Res Pública Argentina. **RAP**, Junio-Septiembre, 2006.

BACIGALUPO, Mariano. **La discrecionalidad administrativa**. Madrid: Marcial Pons, 1997.

BALBÍN, Carlos. **Tratado de Derecho administrativo**. Buenos Aires: La Ley, 2011.

BARRA, Rodolfo C. La resolución judicial de los denominados Conflictos de los Poderes. **Temas de Derecho Público**, RAP, Buenos Aires, 2008.

BARRA, Rodolfo. **Tratado de derecho administrativo**. Buenos Aires: Ábaco, 2002.

CASSAGNE, Juan Carlos (Org.). **Derecho procesal administrativo**. Buenos Aires: Hammurabi, 2004.

CASSAGNE, Juan Carlos. La jerarquía y regulación de los Tratados en la Constitución argentina. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 10, n. 40, p. 199-216, abr./jun. 2010.

DELPIAZZO, Carlos E. Centralidad del administrado en el actual Derecho Administrativo: impactos del Estado Constitucional de Derecho. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 1, n. 3, p.7-32, set./dez. 2014. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v1i3.40514>.

DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. Estado Constitucional de Derecho y servicios públicos. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 15, n. 60, p. 39-62, abr./jun. 2015.

DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la perspectiva del Derecho Administrativo. Especial referencia al caso Gelman vs. Uruguay. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 1, n. 2, p. 103-130, maio/ago. 2014. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v1i2.40512>.

FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris**: Teoría del derecho y de la democracia. Madrid: Trotta, 2011.

FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. 2 ed. Madrid: Trotta, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías**: La ley del más débil. 2 ed. Traducción de Perfecto Andrés Ibañez. Madrid: Editorial Trotta, 2001.

GELLI, María Angélica. **Constitución de la Nación Argentina**: comentada y concordada 4 ed. Buenos Aires: La Ley, 2009.

GORDILLO, Agustín. **Tratado de Derecho Administrativo**: Parte general. 9 ed. Buenos Aires: Fundación de derecho administrativo, 2006.

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

HACHEM, Daniel Wunder. A construção de uma nova configuração jurídica para o mandado de injunção. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 9, n. 38, p. 129-166, out./dez. 2009.

HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. La división de poderes como principio de ordenamiento. **Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano**, 13° año, T. I, Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, 2007.

JEANNERET DE PÉREZ CORTÉS, María. Las partes y la legitimación procesal en el proceso administrativo. In: CASSAGNE, Juan Carlos (Dir.). **Derecho Procesal Administrativo**. T. I. Buenos Aires: Hammurabi, 2004.

KELSEN, Hans. **Teoría Pura del Derecho**. Traducción del original en alemán de Roberto J. Vernengo. Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, 1979.

LÓPEZ GUERRA, Luis. **Democracia y división del poder**: La democracia post-liberal. Madrid: José Félix Tezanos ed., 1996.

LUHMANN, Niklas. **Los derechos fundamentales como institución**: Aportación a la sociología política Colección Teoría Social. México: Universidad Iberoamericana, 2010.

MONTI, Laura. Alcance del control judicial del Defensor del Pueblo de la Nación. In: **Cuestiones de Control de la Administración Pública**: Jornadas organizadas por la Universidad Austral. Buenos Aires: RAP, 2009.

MUÑOZ MACHADO, Santiago. **Tratado de derecho administrativo y derecho público general**. 2 ed. Madrid: Lustel, 2009.

OLIVEIRA, Aline Silva de. Discrecionalidade administrativa e controle judicial: a vinculação pelos princípios. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 11, n. 43, p. 197-231, jan./mar. 2011.

ORTEGA, Luis. El reto dogmático del principio de eficacia. **Revista de Administración Pública española**, n 133, ene/abr 1994.

PEREIRA, Bruno Cláudio Penna Amorim. A legitimidade da jurisdição constitucional do processo legislativo face ao princípio da separação dos poderes no contexto do paradigma do Estado Democrático de Direito. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 11, n. 46, out./dez. 2011.

PETER SCHNEIDER, Jeans. **Estructuras de la unión administrativa europea**. Madrid: Marcial Pons, 2008.

QUIROGA LAVIÉ, Humberto. Nuevos órganos de control en la Constitución. In: **La Reforma de la Constitución**. Santa Fé: Rubinzal Culzoni, 1994.

RETORTILLO BAQUER, Lorenzo Martín. **La jurisprudencia de Estrasburgo y el control de quien controla a la Administración**: Libro Homenaje a Rafael Entrena Cuesta. Barcelona: Atelier, Barcelona, 2003.

RIVERO, Jean; WALINE, Jean. **Droit Administratif**. 21 ed. País: Dalloz, 2006.

RODRÍGUEZ, César. **La decisión judicial**: El debate Hart-Dworkin. Bogota: Siglo del Hombre Editores, 1997.

RUFFERT, Matthias. **De la europeización del derecho administrativo a la unión administrativa europea**: la unión administrativa europea. Madrid: Marcial Pons, 2008.

SAGÜES, Néstor Pedro. **Constitución de la Nación Argentina**. Buenos Aires: Astrea, 1994.

SAGÜES, Nestor Pedro. Nuevas fronteras del control de convencionalidad: el reciclaje del derecho nacional y el control legisferante de convencionalidad. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 1, n. 2, p. 23-32, maio/ago. 2014. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v1i2.40509>.

SALOMONI, Jorge Luis. Denuncia de ilegitimidad, seguridad jurídica y derechos fundamentales. In: **Jornadas sobre cuestiones de procedimiento administrativo**. Buenos Aires: RAP, 2006.

SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. **La teoría general del derecho administrativo como sistema**. Barcelona: Marcial Pons, 2003.

SPOTA, Alberto Antonio. Designación y remoción de magistrados. Precisiones en torno al Consejo de la Magistratura. In: ASOCIACIÓN ARGENTINA DE DERECHO CONSTITUCIONAL. **Comentarios a la Constitución**. Buenos Aires: Editorial de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, 1995.

VANOSI, Jorge Reinaldo A; DALLA VIA, Alberto Ricardo. **Régimen constitucional de los tratados**. 2 ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2000.



Storiografia giuridica e autonomie locali nell'Italia contemporanea

Juridical historiography and local autonomies in the Italy's contemporary age

GIANFRANCO STANCO*

Università LUM "Jean Monnet" (Italia)
gstanco@libero.it

Recebido/Received: 07.10.2014 / October 07th, 2014

Aprovado/Approved: 24.10.2014 / October 24th, 2014

Riassunto

Lo studio mira a indagare il contributo della storiografia giuridica, tradizionalmente impegnata nell'analisi della legislazione statutaria delle Città e delle comunità locali nell'epoca medievale e moderna, alla luce dell'attuale disciplina costituzionale italiana sull'autonomia normativa degli enti locali.

Parole-chiave: diritto statutario; governo locale; storia del diritto amministrativo; identità urbana; policentrismo.

Abstract

This essay aims at studying the interpretations made by the current juridical historiography in relation with the Italian Cities' Statutory Law, as traditionally conceived during the Middle and Modern Ages, also taking into account the fact that the Statutory Law is important for the existing Italian constitutional system.

Keywords: statutory law; local government; history of administrative law; civic identity; polycentrism.

Como citar esse artigo/How to cite this article: STANCO, Gianfranco. Storiografia giuridica e autonomie locali nell'Italia contemporanea. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 2, n. 1, p. 257-292, jan./abr. 2015. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v2i1.43662>

* Assistant Professor in History of Medieval and Modern Law at Università LUM "Jean Monnet" (Casamassima, Italy). In 2006 he became researcher fellow in History of Medieval and Modern Law at the same university. Degree in Law at the Università degli studi di Salerno (Fisciano, Italy). He had different scholarships financed by: the Università degli studi di Salerno; the Second University of Naples; the European Centre for Norman Studies (Ariano Irpino, Italy), the University of Naples "Frederick II"; the University of Naples "Suor Orsola Benincasa". He is fellow in the following academic institutions: the Italian Society for the History of Law; the Neapolitan Society of National History; the European Centre of Norman Studies. E-mail: gstanco@libero.it

SOMMARIO

1. Il «ritorno di fiamma» di «una fonte di complessa tipologia»; **2.** Dallo «statuto redivivo» all'«orizzonte ermeneutico post statutale» dell'autonomia; **3.** Riferimenti.

1. IL «RITORNO DI FIAMMA» DI «UNA FONTE DI COMPLESSA TIPOLOGIA»

Gli interventi del legislatore italiano a cavaliere dei secoli XX-XXI, culminati con la costituzionalizzazione del principio di autonomia normativa di comuni, province e città metropolitane, tramite l'esercizio dell'autonomia statutaria e regolamentare¹, hanno impresso un'accelerazione nello sviluppo di nuovi moduli interpretativi diretti a uno studio comparativo tra la legislazione statutaria delle *civitates* e quella dei centri minori e una diversa attitudine intorno al rapporto tra 'storia delle città' e 'storia delle comunità'², al fine di far emergere i tratti peculiari dell'universo policentrico d'antico regime.

¹ Cfr.: artt. 2, co. 4, e 4, l. 8 giugno 1990, n. 142; l. 25 marzo 1993, n. 81; art. 1, l. 3 agosto 1999, n. 265; artt. 3, 6-7, d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267; l. cost. 18 ottobre 2001, n. 3; art. 114, co. 2, art. 117, co. 6, e art. 119, co. 1, Cost. Cfr., infine, l'art. 4, l. 5 giugno 2003, n. 131: «1. I Comuni, le Province e le Città metropolitane hanno potestà normativa secondo i principi fissati dalla Costituzione. La potestà normativa consiste nella potestà statutaria e in quella regolamentare. 2. Lo statuto, in armonia con la Costituzione e con i principi generali in materia di organizzazione pubblica, nel rispetto di quanto stabilito dalla legge statale in attuazione dell'articolo 117, secondo comma, lettera p), della Costituzione, stabilisce i principi di organizzazione e funzionamento dell'ente, le forme di controllo, anche sostitutivo, nonché le garanzie delle minoranze e le forme di partecipazione popolare. 3. L'organizzazione degli enti locali è disciplinata dai regolamenti nel rispetto delle norme statutarie. 4. La disciplina dell'organizzazione, dello svolgimento e della gestione delle funzioni dei Comuni, delle Province e delle Città metropolitane è riservata alla potestà regolamentare dell'ente locale, nell'ambito della legislazione dello Stato o della regione, che ne assicura i requisiti minimi di uniformità, secondo le rispettive competenze, conformemente a quanto previsto dagli articoli 114, 117, sesto comma, e 118 della Costituzione. 5. Il potere normativo è esercitato anche dalle unioni di Comuni, dalle Comunità montane o isolate. 6. Fino all'adozione dei regolamenti degli enti locali, si applicano le vigenti norme statali e regionali, fermo restando quanto previsto dal presente articolo».

² «"chi fa storia della città dà a vedere, e spesso in modo assai esplicito" di fare "qualcosa di diverso dalla storia delle comunità, e ciò discende dal punto di vista prescelto, che è, o è sentito come, ideologicamente privilegiato"; la città, in quanto centro urbano di rilievo e di solito sede di organismi politico-amministrativi tendenzialmente decisionali o comunque di governo *per* e *su* il territorio, resta punto di irradiazione di poteri *verso* le comunità e di riferimento per le comunità; ossia luogo di elaborazione di politiche e di scelte che, per il loro peso, potrebbero determinare in modo inequivocabile i caratteri complessivi di una struttura statale articolata in un reticolo di interdipendenze di cui città, comunità, territori costituiscono gli elementi portanti. "Il rinvio ad una accezione anch'essa ideologicamente privilegiata (ma in realtà solo fuorviante) dello stato è evidente, e mentre per l'età di mezzo i rischi sono ridotti al minimo da quell'oggetto specifico di riflessione che è la città-stato, per l'età moderna le complicazioni paiono accrescersi"... Le comunità, altre dalla città, "sono tali perché 'minori' o 'periferiche' o 'rurali' o 'di valle' o 'di montagna' o di 'confine', ecc..." In sintesi, nello studio delle comunità si istituisce una molteplicità di rapporti tra spazi e tempi, che sono fisici, politici, giurisdizionali, economici, culturali, e che nella loro sequenza finiscono per confluire ma senza dissolversi, in quella struttura complessiva, ma niente affatto omogenea, che è lo stato di antico regime» (TOCCI, G. **Le comunità in età moderna: problemi storiografici e prospettive di ricerca**. Roma: Carocci, 1997, pp. 24-25). Cfr. anche VARANINI, G.M. **Comuni cittadini e stato regionale: ricerche sulla Terraferma veneta nel Quattrocento**. Verona: Libreria editrice universitaria, 1992; CHITTOLINI, G. **Città, comunità e feudi negli stati dell'Italia centro-settentrionale (secoli XIV-XVI)**. Milano: Unicopli, 1996; CHIODI, G. Tra la civitas e il comitatus: i suburbii nella dottrina di diritto comune. In: GALLINA, M. Antico. (cur.). *Dal suburbium al faubourg: evoluzione di una realtà urbana*.

La storiografia giuridica è persa subito interessata a recuperare spazio nell'analisi e nell'indagine dei temi dell'autonomia politico-normativa e finanziaria degli enti locali³, potendo contare su una consolidata tradizione di studi nell'Italia centro-settentrionale,

Milano: Edizioni Et, 2000, pp. 225-331; MARCHETTI, P. De iure finium: **Diritto e confini tra tardo medioevo ed età moderna**. Milano: Giuffrè, 2001.

³ Cfr. ASCHERI, M. Introduzione. Gli statuti: un nuovo interesse per una fonte di complessa tipologia. In: BULGARELLI, G. Pierangeli-S. (cur.). **Biblioteca del Senato della Repubblica, Catalogo della raccolta di statuti, consuetudini, leggi, decreti, ordini e privilegi dei comuni, delle associazioni e degli enti locali italiani dal medioevo alla fine del secolo XVIII**. VII: S. Firenze: La Nuova Italia, 1990, pp. XXXI-XLIX; ASCHERI, M. *Législation italienne du bas moyen âge: le cas de Sienne (ca. 1200-1545)*. In: BOUSMAR, J.-M. Cauchies-E. (cur.). **Faire bans, edictz et statuz: légiférer dans la ville médiévale. Sources, objets et acteurs de l'activité législative communale en Occident, ca. 1200-1550. Actes du colloque international (Bruxelles, 17-20 novembre 1999)**. Bruxelles: Publications des Facultés universitaires Saint-Luis, 2001, pp. 51-83; ASCHERI, M. Statuti e consuetudini tra storia e storiografia. In: DONDARINI, G.M.; VARANINI, M. Venticelli (cur.). **Signori regimi signorili e statuti nel tardo Medioevo. VII Convegno del Comitato Italiano per gli Studi e le Edizioni delle Fonti Normative (Ferrara, 5-7 ottobre 2000)**. Bologna: Pàtron, 2003, pp. 21-31; DANI, A. **Usi civici nello Stato di Siena di età medicea**. Bologna: pref. di D. Quaglioni, Monduzzi, 2003; DANI, A. **Il processo per danni dati nello Stato della Chiesa, secoli XVI-XVIII**. Bologna: Monduzzi, 2006; MONTORZI, M. **Giustizia in contado. Studi sull'esercizio della giurisdizione nel territorio pontederese e pisano in età moderna**. Pisa: Edifir, 1997; VIDARI, G.S. *Pene. Un ritorno di fiamma: l'edizione degli statuti comunali*. In **Studi piemontesi**. n. 25. S.l.: s.n., 1996, pp. 327-343; VIDARI, G.S. *Pene. Introduzione. Atteggiamenti della storiografia giuridica italiana*. In BULGARELLI, S.; CASAMASSIMA, A.; PIERANGELI, G. (cur.), **Biblioteca del Senato della Repubblica, Catalogo della raccolta di statuti, consuetudini, leggi, decreti, ordini e privilegi dei comuni, delle associazioni e degli enti locali italiani dal medioevo alla fine del secolo XVIII**. VIII: T-U. Firenze: Nuova Italia, 1999, pp. XI-XCVI; CASANA, P. **Gli statuti di Vernante e il diritto locale della Contea di Tenda, Società per gli studi Storici**. Cuneo: Archeologici ed Artistici della provincia di Cuneo, 2000; ROSBOCH, M. **Invaldità e statuti medioevali**. Pisa, Bologna, Milano, Ivrea. Roma: Fondazione Sergio Mochi Onory per la Storia del diritto italiano, 2003; PIERGIOVANNI, V. *Lo statuto: lo specchio normativo delle identità cittadine*. In BULGARELLI, S. (cur.). **Biblioteca del Senato della Repubblica, Gli statuti dei comuni e delle corporazioni in Italia nei secoli XIII-XVI**. Catalogo della mostra (8 novembre 1995-8 gennaio 1996). Roma: De Luca, 1995, pp. 13-19; PIERGIOVANNI, V. *Note per la storia degli statuti e delle autonomie locali*. In Menestò, E. (cur.). *Gli statuti delle città: l'esempio di Ascoli nel secolo XIV*. Atti del Convegno di studio (Ascoli Piceno, 8-9 maggio 1998). Spoleto: Centro Italiano di Studi sull'Alto Medioevo, 1999, pp. 3-9; SAVELLI, R. *Gli statuti della Liguria. Problemi e prospettive di ricerca*. In: **Società e Storia**, 21. S.l.: s.n., 1999, pp. 3-33; SAVELLI, R. *Scrivere lo statuto amministrare la giustizia organizzare il territorio*. In: SAVELLI, R. (cur.). **Repertorio degli statuti della Liguria (secc. XII- XVIII)**. Genova: Società ligure di Storia Patria, 2003, pp. 3-191; BRACCIA, R. *Processi imitativi e circolazione dei testi statutari: il ponente ligure*. In: **Studi in onore di Franca De Marini Avonzo**. Torino, Giappichelli, 1999, pp. 55-69; BRACCIA, R. **Diritto della città diritto del contado. Autonomie politiche e autonomie normative di un distretto cittadino**. Milano: Giuffrè, 2004; QUAGLIONI, D. *Legislazione statutaria e dottrina degli statuti nell'esperienza politica tardomedievale*. In: **Statuti e ricerca storica**. Atti del Convegno (Ferentino, 11-13 marzo 1988). Ferentino: Comune di Ferentino, 1991, pp. 61-75; QUAGLIONI, D. *Un bilancio storiografico*. In DONDARINI, R.; VARANINI, G.M.; VENTICELLI, M. (cur.). **Signori regimi signorili e statuti**, cit., pp. 11-20; SANTARELLI, U. *Lo statuto «redivivo»*. In **Archivio storico italiano**. 151. S.l.: s.n., 1993, pp. 519-526; SANTARELLI, U. *La normativa statutaria nel quadro dell'esperienza giuridica bassomedievale*. In: **Diritto generale e diritti particolari nell'esperienza storica. Atti del Congresso internazionale della Società italiana di storia del diritto (Torino, 19-21 novembre 1998)**. Roma: Fondazione Sergio Mochi Onory, 2001, pp. 337-350; SBRICCOLI, M. **L'interpretazione dello statuto. Contributo allo studio della funzione dei giuristi nell'età comunale**. Milano: Giuffrè, 1969, rist. 2002; SBRICCOLI, M. *Legislation, Justice and Political Power in Italian Cities, 1200-1400*. In: SCHIOPPA, A. Padoa (cur.). **Legislation and Justice**. Oxford: Clarendon press, 1997, pp. 37-55; MECCARELLI, M. *Statuti, «potestas statuendi» e «arbitrium»: la tipicità cittadina nel sistema giuridico medievale*. In: MENESTÒ, E. (cur.). **Gli statuti delle città**, cit., pp. 89-124; STORCHI, C. **Storti. Scritti sugli statuti lombardi**. Milano: Giuffrè, 2007.

tanto da suscitare interesse anche negli storici dell'età moderna, accanto ai medievisti, nella logica di un approccio multidisciplinare⁴:

*La storia del diritto che negli ultimi anni ha registrato un imperioso ritorno, dopo un periodo di eclissi, per merito dei suoi studiosi ex-professo, ha conosciuto anche l'attenzione di storici dell'età moderna. La storia delle comunità ha dunque beneficiato (se non promosso in taluni casi) di quello che... abbiamo definito un "ritorno agli statuti"*⁵.

Il «ritorno di fiamma»⁶ degli statuti ha offerto la possibilità agli studiosi di affrontare in modo più articolato anche il tema storiografico del "dualismo italiano", costruito sull'idea di un Regno, nel Sud del paese, che dalla sua nascita, nel XII secolo, aveva mostrato notevoli capacità di sviluppo di un modello di ordinamento pubblico accentrato sulla monarchia e sulle aristocrazie feudali, sacrificando la vitalità economica e commerciale delle comunità urbane, tanto da essere classificato come "area passiva" prevalentemente agricola, destinata ad essere sfruttata commercialmente dalle forze autonome, manifatturiere, mercantili e finanziarie che promanavano dallo sviluppo comunale delle città nel Centro-Nord⁷.

⁴ Un contributo, in materia di ricerca, repertorizzazione e pubblicazione di fonti normative urbane medievali e moderne, è garantito dalla Biblioteca del Senato della Repubblica, dal Comitato italiano per gli Studi e le Edizioni delle Fonti normative (CISEFN), dal Centro di Studi sulla Civiltà del tardo Medioevo di S. Miniato, dal Gruppo Interuniversitario per la Storia dell'Europa Mediterranea (GISEM), dall'Istituto Storico Italiano per il Medio Evo, dal Centro Italiano di Studi sull'Alto Medioevo, dal Centro Interuniversitario per la Storia delle città campane nel Medioevo. Cfr. ALBINI, G. (cur.). **Bibliografia statutaria italiana**: 1985-1995, vol. I. Biblioteca del Senato della Repubblica. Roma: Centro di Studi sulla Civiltà del tardo Medioevo di San Miniato, Comitato per gli Studi e le Edizioni delle Fonti normative, 1998; ANGIOLINI, E. (cur.). **Bibliografia statutaria italiana**: 1996-2005, vol. II. Biblioteca del Senato della Repubblica. Roma: Comitato per gli Studi e le Edizioni delle Fonti normative, 2009. Cfr. SAVELLI, R. (cur.). **Repertorio degli statuti della Liguria (secc. XII- XVIII), cit.; UNGARI, P. (cur.). Statuti cittadini, rurali e castrensi del Lazio. Repertorio (secc. XII-XIX)**. Roma: Cervati, 1993; VIDARI, G.S. Pene. Consuetudini di Alessandria e «ius statuendi». In: **Rivista di Storia del diritto italiano**. 61. S.I.: s.n., 1988, pp. 285-305; VIDARI, G.S. Pene. Censimento ed edizione degli statuti con particolare riferimento al Piemonte. In: **Dal dedalo statutario. Atti dell'incontro di studio dedicato agli statuti**. Ascona: Centro Seminariale Monte Verità, 1993, pp. 262-288; VIDARI, G.S. Pene. Aspetti storico-giuridici. In: SPINA, L. (cur.). **L'Alpe e la Terra. I bandi campestri biellesi nei secoli XVI-XIX**. Biella: Rosso, 1997, pp. 15-52; VASINA, A. (cur.). **Repertorio degli statuti comunali emiliani e romagnoli (secc. XII-XVI)**. Roma: Istituto Storico Italiano per il Medio Evo, 1997-1999; BIANCIARDI, P., OTTAVIANI, M.G. Nico. (cur.). **Repertorio degli statuti comunali umbri**. Spoleto: Centro Italiano di Studi sull'Alto Medioevo, 1992; MENESTÒ, E. (cur.). **Gli statuti comunali umbri. Atti del Convegno di Studi svoltosi in occasione del VII centenario della promulgazione dello Statuto comunale di Spoleto (Spoleto 8-9 novembre 1996)**. Spoleto: Centro Italiano di Studi sull'Alto Medioevo, 1997; VILLANI, V. (cur.). **Istituzioni e statuti comunali nella Marca d'Ancona: dalle origini alla maturità (secoli XI-XIV)**. Ancona: Deputazione di Storia Patria per le Marche, 2005-2007. Cfr. anche le collane "Corpus statutario delle Venezia", diretta da Gherardo Ortalli, Viella, Roma; "Statuti Comunali dell'Umbria", diretta da M.G. Nico Ottaviani, Deputazione di Storia Patria per l'Umbria; "Statuti Comunali della Patria del Friuli", Forum Editrice Universitaria, Udine.

⁵ TOCCI, G. **Le comunità in età moderna: problemi storiografici e prospettive di ricerca**. Roma: Carocci, 1997, p. 93-94.

⁶ VIDARI, G.S. Pene. Un ritorno di fiamma: l'edizione degli statuti comunali. In **Studi piemontesi**. n. 25. S.I.: s.n., 1996.

⁷ Sul tema cfr. GALASSO, G. (cur.). **Alle origini del dualismo italiano. Regno di Sicilia e Italia centro-settentrionale dagli Altavilla agli Angiò (1100-1350)**. Atti del Convegno internazionale di studi (Ariano Irpino,

La chiave di volta, allora, è consistita nel collocare i rapporti tra Nord e Sud d'Italia in una prospettiva di interconnessione, più che di lineare dipendenza economica, tra diverse aree della penisola, badando ad evitare l'applicazione di rigidi schemi di omogeneità e di uniformazione, perché la presenza di una logica di scambio ineguale, certamente evidente, nondimeno si è rivelata suscettibile di significative oscillazioni in relazione alle variabili geografiche, storiche e agli sviluppi dei singoli settori sociali, economici e commerciali, di volta in volta, presi in considerazione. Nello stesso tempo, se si eccettua l'insorgenza del "nuovo dualismo" noto come "questione meridionale", conseguente all'unificazione dell'Italia nel XIX secolo⁸, la storiografia ha colto l'opportunità di allargare gli orizzonti di ricerca, in una prospettiva non soltanto nazionale, ma che, obbligatoriamente, si rivolge in chiave comparatistica ad osservare le trame delle dinamiche relazionali tra le regioni europee e quelle mediterranee⁹.

Sul piano più strettamente giuridico, il "dualismo italiano", riguardante la diversa natura e fondamento degli ordinamenti municipali tra le città del Nord e quelle del Sud,

12-14 settembre 2011). Soveria Mannelli: Rubbettino, 2014.

⁸ «Nettamente preferibile appare, perciò, riconoscere che il dualismo del paese preesiste alla sua unificazione politica, ma che nell'unificazione si sono determinate condizioni per cui la precedente dualità ha assunto la complessa fisionomia economica e sociale della questione meridionale. Il che rende, detto per inciso, opportuno conservare a tale "questione" la sua canonica denominazione e il senso di un problema nato e sviluppatosi nelle condizioni dell'Italia unita e della sua gestione politica, economica e sociale. Condizioni, però, che non sono solo interne, e che, meno che mai, si possono riassumere nella conquista, rapina e sfruttamento del Mezzogiorno, ridotto a "colonia interna" da parte del Nord. Si tratta, infatti, di condizioni che in parte non minore, e per molti versi in misura ben più determinante, dipendono dall'esterno; risiedono, cioè, nella nuova struttura e nei nuovi rapporti maturati nel "grande mercato" dell'economia industriale e capitalistica a un livello che, alla fine del secolo XX, avrebbe fatto parlare di una "globalizzazione"» (GALASSO, G. Dualismo italiano. In: GALASSO, G., (cur.), *Alle origini del dualismo italiano*, cit., p. 308).

⁹ Da qualche decennio, la storiografia italiana sembra sensibilizzata rispetto alla necessità di dare un nuovo impulso alle ricerche sulla documentazione normativa delle *universitates civium*, «nella direzione di individuare organiche strutture dentro le articolazioni regionali del Mezzogiorno» (TREPPA, M. Del. Medioevo e Mezzogiorno: appunti per un bilancio storiografico, proposte per un'interpretazione. In: Rossetti, G. (cur.). *Forme di potere e struttura sociale in Italia nel Medioevo*. Bologna: il Mulino, 1977, p. 251). Dopo il rinnovamento metodologico dello storico del diritto Francesco Calasso, agli inizi del Novecento, il dibattito si è sviluppato intorno all'esigenza di elaborare un modello autonomo, da collocare in una «più larga comparazione con le altre aree dell'Occidente» (TABACCO, G. Il potere politico nel Mezzogiorno d'Italia dalla conquista normanna alla dominazione aragonese. In: LEO, P. De (cur.). *Il Mezzogiorno medievale nella storiografia del secondo dopoguerra*: risultati e prospettive. Atti del IV Convegno nazionale dell'Associazione dei medievisti italiani (Università di Calabria, 12-16 giugno 1982). Soveria Mannelli: Rubbettino, 1985, pp. 65-111). Cfr. anche SERGI, G. La comparazione che cambia: le riletture comunali del Settentrione in una prospettiva italiana. In: SAITTA, B. (cur.). *Città e vita cittadina nei paesi dell'area mediterranea. Secoli XI-XV*. Atti del Convegno Internazionale in onore di Salvatore Tramontana (Adrano-Bronte-Catania-Palermo, 18-22 novembre 2003). Roma: Viella, 2006, pp. 87-95; DELILLE, G. Governo locale e identità urbana: il caso italiano in una prospettiva europea. In: CHACÓN, F., VISCEGLIA, M.A., MURGIA, G., TORE, G. (curr.). *Spagna e Italia in Età moderna: storiografie a confronto. Primo Incontro Internazionale. Identità mediterranee*: Spagna e Italia in una prospettiva comparativa (secoli XVI-XVIII). Roma: Viella, 2009, pp. 119-133); *Les pouvoirs territoriaux en Italie centrale et dans le sud de la France. Hiérarchies, institutions et langages (XII^e-XIV^e siècle)*: études comparées, in «Mélanges de l'École française de Rome. Moyen-Âge», 123 (2011), n. 2; *Codicologie et langage de la norme dans les statuts de la Méditerranée occidentale à la fin du Moyen Âge (XII^e-XV^e siècles)*, in «Mélanges de l'École française de Rome. Moyen-Âge», 126 (2014), n. 2.

era stato già messo a fuoco e calibrato nei primi decenni del Novecento dallo storico del diritto italiano, Francesco Calasso, il primo a «ricostruire anche per l'Italia meridionale una *dottrina degli Statuti*»¹⁰ e a far uscire dallo «stato di minorità» «La legislazione statutaria dell'Italia meridionale»¹¹.

A raccogliere il testimone del maestro salentino è stato uno dei suoi allievi, Mario Caravale, che sin dagli anni ottanta del XX secolo si è reso promotore di iniziative dirette a

*riprendere l'analisi del diritto statutario e consuetudinario delle città dell'Italia meridionale e della Sicilia, senza lasciarsi coinvolgere dalla polemica che ha impegnato gli storici, e soprattutto gli storici del diritto, tra la seconda metà del secolo scorso e la prima metà del nostro... Appare ormai necessario esaminare quel diritto proprio nel suo contenuto, per coglierne la ricchezza e il notevole apporto al quadro complessivo dell'ordinamento giuridico del regno*¹².

¹⁰ Cfr. CALASSO, F. La «dottrina degli statuti» per l'Italia meridionale [1928]. In: **Annali di storia del diritto**, 9. S.l.: s.n., 1965, pp. 283-312. Questa chiave di interpretazione fu contrastata da GAUDIOSO, M. **Natura giuridica delle autonomie cittadine nel «Regnum Siciliae»**. Catania: Casa del libro, 1952. Partendo dalla distinzione tra ordinamenti originari e ordinamenti derivati, lo storico del diritto padovano, Aldo Checchini, allievo di Biagio Brugi e Nino Tamassia, si è spinto, invece, oltre le riflessioni del Calasso: «deve'essere anche esclusa la "diversità" – affermata dal Calasso – della "condizione giuridica dei Comuni dell'Italia superiore da quella in cui si trovano le città del Mezzogiorno". L'indagine svolta sopra dimostra che la "condizione giuridica" delle "città del Mezzogiorno" comprese nel *Regnum Siciliae*, deve considerarsi sostanzialmente eguale a quella dei Comuni dell'Italia superiore compresi nell'unità dell'Impero... interessa qui rilevare: a) che l'essenza, non del concetto medievale, ma del generale concetto giuridico di sovranità emerge con certezza dalle "condizioni politico-giuridiche del Regno di Sicilia", "in perfetta coerenza" con le quali "nasceva il ragionamento... del glossatore meridionale Marino da Caramanico"; b) che dalle condizioni politico-giuridiche del *Regnum Siciliae* si differenziano sostanzialmente quelle, non soltanto degli ordinamenti particolari "delle altre parti d'Italia", ma delle stesse *Universitates terrarum Regni Siciliae*» (CHECCHINI, A. Presupposti giuridici dell'evoluzione storica dalla «bartoliana» teoria degli statuti al moderno diritto internazionale. In: SEGOLONI, D. (cur.), **Bartolo da Sassoferrato. Studi e documenti per il VI centenario**, vol. II. Milano: Giuffrè, 1962, pp. 90 e 70).

¹¹ Cfr. CALASSO, F. **La legislazione statutaria dell'Italia meridionale, parte prima**. Roma: Signorelli, 1929, rist. an. Centro librario, Multigrafica, Bari-Roma 1971. Cfr. anche CALASSO, F. La città nell'Italia meridionale dal sec. IX al XI [1959]. In: **Annali di storia del diritto**, 9. S.l.: s.n., 1965, pp. 235-260; CALASSO, F. La città nell'Italia meridionale durante l'età normanna [1959], in **Annali di storia del diritto**, 9. S.l.: s.n., 1965, pp. 263-279. Questa «caratteristica, della spontaneità dell'evoluzione, è l'indice di un orientamento della vita pubblica che il mondo del diritto con la sua particolare sensibilità, e quasi attuando una sintesi *a priori* di futuri svolgimenti, registra con precocità. E, come già altre volte osservammo, il campo delle fonti normative ne è lo specchio fedele. Mentre nell'età normanna e, ancora più rigidamente, nella sveva le consuetudini e leggi locali avevano potuto serbarsi in vita solo in quanto non contrastassero con le leggi dello Stato, che avevano comunque il primo posto, già nei primi decenni del governo angioino appaiono manifestamente i segni del rapido sviluppo dei diritti locali e troviamo l'esplicita dichiarazione che tali diritti sono validi «*capitulis et legibus Regni non obstantibus in contrarium disponentibus*»: dove è evidente che l'antico rapporto fra diritto locale e diritto statale è del tutto rovesciato» (CALASSO, F. **Gli ordinamenti giuridici del rinascimento medievale**. Milano: Giuffrè, 1949², rist. an. 1965, p. 185).

¹² CARAVALLE, M. La legislazione statutaria dell'Italia meridionale e della Sicilia. In: CARAVALLE, M. **La monarchia meridionale. Istituzioni e dottrina giuridica dai Normanni ai Borboni**. Roma-Bari: s.n., 1998, p. 200. Accanto alla storiografia calassiana cfr. le pionieristiche iniziative di ALIANELLI, N. **Delle antiche consuetudini e leggi marittime delle provincie napoletane**. Napoli: De Angelis, 1871; ALIANELLI, N. **Delle consuetudini e degli statuti municipali delle provincie napoletane**. Napoli: Rocco, 1873; FARAGLIA, N.F. **Il comune nell'Italia**

Per qualificare il livello d'interazione organica tra i compiti amministrativi delle comunità locali del Sud d'Italia in antico regime e la presenza di un ordinamento politico unitario di tipo monarchico, lo storico medievale, Ivan Antonio Pini¹³, ha utilizzato la categoria dell'«ente amministrativo», differenziandola dal modello del «comune politico» dell'Italia centro-settentrionale¹⁴. Una linea interpretativa, questa, descritta con

meridionale (1110-1806). Napoli: Tip. della Regia Università, 1883; CARABELLESE, F. **L'Apulia e il suo Comune nell'alto Medio Evo.** Bari: Vecchi, 1905; CARABELLESE, F. **Il Comune pugliese durante la monarchia normanno-sveva.** Bari: Vecchi, 1924. Per un bilancio sulle riflessioni storiografiche successive cfr., almeno, GALASSO, G. **Dal comune medievale all'unità. Linee di storia meridionale.** Bari: Laterza, 1969; GALASSO, G. Sovrani e città nel Mezzogiorno tardo-medievale. In: GENSINI, S. (cur.), **Principi e città alla fine del Medioevo.** Pisa: Pacini, 1996, pp. 225-247; CASSANDRO, G. Il Comune meridionale nell'età aragonese. In CASSANDRO, G. **Lex cum moribus. Saggi di metodo e di Storia giuridica meridionale**, pref. di M. Caravale, pres. di A. Campitelli, vol. I. Bari: Cacucci, 1994, p. 643-662; VALLONE, G. Riflessioni sull'ordinamento cittadino del Mezzogiorno continentale. In **Rivista internazionale di diritto comune**, 2. S.l.: s.n., 1991, pp. 153-174; CORRAO, P. Città e normativa cittadina nell'Italia meridionale e in Sicilia nel medioevo: un problema storiografico da riformulare. In: DONDARINI, R. (cur.), **La libertà di decidere. Realtà e parvenze di autonomia nella normativa locale del Medioevo**, Atti del Convegno (Cento, 6-7 maggio 1993). Cento: Deputazione provinciale ferrarese di storia patria, 1995, pp. 35-60; ROMANO, A. Consuetudini, statuti e privilegi cittadini nella realtà giuridico-istituzionale del Regno di Sicilia. In DÖLEMEYER, B. (cur.), **Das Privileg im europäischen Vergleich.** vol. 2. Frankfurt am Main: Heinz Mohnhaupt, 1999, p. 117-142; ROMANO, A. Definizione e codificazione dello ius commune siculum. In: BIROCCHI, I., MATTONI, A. (curr.), **Il diritto patrio tra diritto comune e codificazione (secoli XVI-XIX).** Atti del convegno internazionale (Alghero, 4-6 novembre 2004). Roma: Viella, 2006, p. 483-506; MILETTI, M.N. Peregrini in patria. Percezioni del ius regni nella giurisprudenza napoletana d'età moderna. In I. BIROCCHI, I., MATTONI, A. (curr.), **Il diritto patrio tra diritto comune e codificazione (secoli XVI-XIX).** Atti del convegno internazionale (Alghero, 4-6 novembre 2004). Roma: Viella, 2006, p. 401-482; VITOLO, G. (cur.), **Città e contado nel Mezzogiorno tra Medioevo ed età moderna.** Salerno: Laveglia, 2005.

¹³ Per un profilo dello studioso cfr. PINTO, G. Ricordo di Antonio Ivan Pini. In: **Bullettino storico pistoiese.** CV. S.l.: s.n., 2003, p. 3-8.

¹⁴ PINI, A.I. Dal comune città-stato al comune ente amministrativo. In: PINI, A.I. **Città, comuni e corporazioni nel medioevo italiano.** Bologna: Clueb, 1986, pp. 61-62: «Quando il margine di autonomia è assoluto si ha la piena sovranità e quindi la vera e propria città-stato (come nella Grecia antica o nell'Italia preromana). Quando l'autonomia, pur molto ampia in senso amministrativo, non si esplica nel settore giurisdizionale, legislativo e coercitivo, si ha un ente amministrativo tipo il municipio romano, l'università dell'Italia meridionale, il comune odierno. Quando invece si hanno contemporaneamente le due cose, cioè un'autonomia di tale ampiezza di attribuzioni giurisdizionali, legislative, finanziarie e amministrative, da ridurre la potestà sull'ente territoriale dello stato sovrano ad una sovranità più che altro nominale, ma non appunto la piena sovranità, si ha un tipo di comune che potremmo definire "politico", che è la forma di autonomia locale che caratterizza la storia di buona parte dell'Italia centro-settentrionale tra l'XI e il XV secolo, ma che in certe zone (Genova, Venezia, Lucca) giunge sino alla fine del XVIII secolo». Corsivo aggiunto. Recentemente, riguardo alla realtà centro-settentrionale, Mario Ascheri si è soffermato per l'epoca medievale sul concetto di «città-Stato», come *species* del *genus* Comune (ASCHERI, M. **Siena e la città-stato del Medioevo italiano.** Siena: Betti, 2003; ASCHERI, M. **Le città-Stato.** Bologna: Il Mulino, 2006). Luca Mannori ha, invece, evidenziato la presenza, tra basso-medioevo ed età moderna, di uno «Stato» cittadino, come «piccolo Stato» in un «grande Stato», tra «pluralismo istituzionale e accentramento amministrativo» (MANNORI, L. Il «piccolo Stato» nel «grande Stato». Archetipi classici e processi di territorializzazione nell'Italia tardo medievale e proto moderna. In: GABBA, E., SCHIAVONE, A. (curr.), **Polis e piccolo Stato tra riflessione antica e pensiero moderno.** Atti delle Giornate di studio (Firenze, 21-22 febbraio 1997). Como: New press, 1999, pp. 48-66. Sui profili dell'«auto amministrazione» e del «legicentrismo» tra Sette e Ottocento, cfr. anche MANNORI, L. Dall'autonomia all'autoamministrazione: legicentrismo e comunità locali tra Sette e Ottocento, in **Diritto generale e diritti particolari nell'esperienza storica. Atti del Congresso internazionale della Società italiana di storia del diritto (Torino, 19-21 novembre 1998).** Roma: Fondazione Sergio Mochi Onory, 2001, p. 389-420.

una sensibilità affinata dall'esperienza politica anche dallo storico medievale e moderno napoletano, Giuseppe Galasso, secondo il quale:

Nella fissazione del comune come modulo ed ente amministrativo locale l'esperienza del Mezzogiorno ebbe... un suo valore che andava ben oltre i confini del paese, e non si può neppure negare che la «legislazione statutaria» dei comuni meridionali abbia rappresentato un importante contributo alla formazione del grande patrimonio amministrativo italiano e della sua esperienza istituzionale e normativa¹⁵.

Questo tipo di argomentazione mostra, tuttavia, le asperità di una valutazione giuridica che racchiude fattori di criticità, laddove ci si spinga, e non è il caso degli autorevoli maestri summenzionati, ad appiattire il discorso storiografico sulla riduzione del rapporto tra monarchia e città dei Regni di Napoli e di Sicilia in un automatico rapporto di comparazione tra Stato ed enti locali, nell'accezione contemporanea:

Si tratta, infatti, di due relazioni diverse nella sostanza, dato che si tratta oggi della dialettica tra l'unico titolare della sovranità e un ente locale, nel Medioevo di quella tra due titolari di dominium sul territorio municipale. Una differenza che dovrebbe suggerire estrema cautela nell'utilizzare per il Medioevo lo stesso concetto di «autonomia» costruito dalla scienza giuridica del secolo XIX in riferimento alla competenza degli enti territoriali locali definita dalla legge statale¹⁶.

Si aggiunga, poi, che nell'età moderna la tendenza a sviluppare pratiche di governo di stampo assolutistico nel regno di Napoli produsse un modello di Stato giurisdizionale "macrocefalo", vale a dire avviluppato sulla capitale e sui tribunali supremi, con modelli urbani periferici dai tratti giuridici peculiari e nondimeno rilevanti rispetto al contesto nazionale¹⁷, i quali attendono di essere studiati a fondo senza ricorrere agli

¹⁵ GALASSO, G. Il Regno di Napoli. Il Mezzogiorno angioino e aragonese (1266-1494). In: GALASSO, G. (cur.), **Storia d'Italia**. vol. XV/1. Torino: s.n., 1992, p. 439.

¹⁶ M. Caravale, *La legislazione statutaria*, cit., p. 200. «In effetti, nell'Italia meridionale come in ogni altra regione europea l'assetto sociale cittadino esprimeva una gerarchia di poteri che vedeva al vertice della comunità un ristretto gruppo di famiglie. Tra queste e la monarchia si venne per lo più ad instaurare uno stretto rapporto d'intesa, dato che le prime avevano bisogno della protezione – militare, politica, giurisdizionale – della seconda e costei si fondava sul loro controllo territoriale per assicurare pace interna alle popolazioni e per ottenere l'indispensabile consenso. Tale intesa implicava necessariamente uno stabile equilibrio tra le tendenze unitarie della monarchia e le libertà necessarie all'ordinamento cittadino. Perciò, come si è detto prima, le consuetudini non potevano contrastare con le disposizioni regie. Per il medesimo motivo l'autonomia cittadina doveva armonizzarsi con gli altri ordinamenti locali che componevano il Regno» (CARAVALE, M. **Ordinamenti giuridici dell'Europa medievale**. Bologna: Il Mulino, 1994, p. 281).

¹⁷ Mi sia consentito, per ragioni di spazio, rinviare alle riflessioni contenute nelle mie due monografie e alla relativa bibliografia citata (*Scipione de Augustinis, L'«Amor' infinito, ch'alla Patria si deve». La "Descrittione d'Ariano" di un notaio del XVI secolo*, edizione critica a cura di G. Stanco, pref. di G. Galasso, Elio Sellino, Avellino 2008; STANCO, G. **Gli statuti di Ariano. Diritto municipale e identità urbana tra Campania e Puglia**. Ariano Irpino: Centro Europeo di Studi Normanni, 2012).

abusati e anacronistici termini dell'«analogia» o peggio dell'«anomalia» rispetto ai corrispettivi del Centro-nord d'Italia¹⁸:

Un'altra importante caratteristica della storia provinciale del Regno di Napoli, che si viene delineando in età moderna, è l'assenza di un vero e proprio sistema urbano. Le città non mancano: non solo gli ambiti provinciali della Campania e delle Puglie, ma anche altre aree del Mezzogiorno presentano nuclei urbani dotati di una storia vivacissima e dal punto di vista economico-sociale e dal punto di vista civile. Essi hanno potuto sviluppare nel tempo un complesso di funzioni legate al particolare tipo di insediamento, alla vita religiosa, all'economia protoindustriale o agricolo-pastorale, agli scambi commerciali, al servizio politico-amministrativo, alla posizione strategico-militare, ecc. Ma le città meridionali sono intimamente collegate al territorio rurale da una stretta rete di interdipendenze: il continuum città-campagna è un elemento caratterizzante, nel senso che la città dipende largamente dal contado per la formazione del reddito e della ricchezza, e nel senso che la città raramente svolge una funzione di coordinamento e di organizzazione del suo hinterland. Tra il XVI e il XVIII secolo la dimensione prevalente dei comuni meridionali – oltre il 70% – è inferiore agli 8 mila abitanti¹⁹.

Analoghe considerazioni si possono cogliere negli studi dello storico del diritto italiano e delle istituzioni politiche, Andrea Romano, per quanto riguarda il regno di Sicilia:

¹⁸ Cfr. MUSI, A. Né anomalia né analogia: le città del Mezzogiorno in età moderna. In: VITOLO, G. (cur.). VITOLO, G. (cur.), **Città e contado nel Mezzogiorno tra Medioevo ed età moderna**. Salerno: Laveglia, 2005, p. 307-312.

¹⁹ MUSI, A. Il Regno di Napoli dagli Spagnoli all'Unità. In: MUSI, A., VITOLO, G. (curr.). **Il Mezzogiorno prima della questione meridionale**. Firenze: Le Monnier, 2004, pp. 109-211, p. 204. Cfr. anche MUSI, A. (cur.). **Le città del Mezzogiorno nell'Età moderna**. Napoli: Edizioni scientifiche italiane, 2000. «Per il Mezzogiorno d'Italia la 'via napoletana allo Stato moderno' ha continuato a segnare uno degli assi centrali della ricerca. Anche questa, tuttavia, è stata per lo più considerata come una via disseminata di compromessi. Si è insistito sui processi di accentramento e l'erosione degli spazi politici lasciati in periferia alle forze feudali, ma anche sulla non linearità di questi processi, segnati da colpi d'arresto, riprese, crisi. Si è parlato del disciplinamento dei ceti dominanti, da 'potenze' che erano ridotte a 'poteri', ma anche del mancato assorbimento dei 'ceti' da parte dello Stato, a lungo disposto a riconoscerli e garantirli come ordini privilegiati. E nella loro 'dialettica' – che è parsa anche come dialettica tra la capitale, luogo di elezione del 'ceto civile', della 'Repubblica dei togati', e la periferia, a lungo feudale – si è continuato a vedere la chiave della storia del Regno tra Cinque e Seicento. A partire dalle periferie si è d'altra parte sviluppata in anni recenti un'attenzione nuova alla storia dei centri urbani. Così anche nel caso del Regno, alcuni studiosi vedono oggi nelle città dei poli aggregativi territoriali di qualche consistenza, benché soggetti a processi di rapida marginalizzazione: sede, nel tardo Quattrocento, di poteri capaci di interloquire con il governo centrale, prima di diventare nelle sue mani, tra Cinque e Seicento, strumento di disciplinamento dei particolarismi e dei gruppi sociali periferici» (GUARINI, E. Fasano. Centro e periferia, accentramento e particolarismi: dicotomia o sostanza degli Stati in età moderna? In: CHITTOLINI, G., MOLHO, A., SCHIERA, P. (curr.), **Origini dello Stato. Processi di formazione statale in Italia fra medioevo ed età moderna**. Convegno storico (University of Chicago, 26-29 aprile 1993). Bologna: il Mulino, 1994, pp. 164-165).

Prassi statutaria e contrattualismo diventavano espressione degli equilibri politici del Regno che si riflettevano nei capitula e nelle consuetudines seu statuta delle città. Illuminante, in tale prospettiva, può risultare l'indagine diplomatica, a torto sottovalutata da chi disprezza i lettori di carte polverose, colme di particolari... Quelle formule, con il passaggio dai diplomi alle gratiae, nella loro intrinseca diversità, finivano per essere il risultato di equilibri politici e attestavano realtà giuridiche diverse, peraltro non sempre ben comprese, specialmente da chi legge le vicende siciliane e del diritto dell'Isola, in aderenza o in contrapposizione all'altra Italia o da chi guarda alla Sicilia collocandola in un generico "regno meridionale"²⁰.

La fioritura di studi sulle città del Sud d'Italia ha trovato una sintesi tra medievisti, modernisti e storici del diritto, nella consapevolezza di verificare, attraverso attività di ricerca e di valorizzazione del materiale documentario superstite, la possibilità di costruire nuove basi di interpretazione delle vicende urbane per il tramite del tema dell'identità, come si evince dalle riflessioni di Pietro Corrao²¹ e di Giovanni Vitolo:

un campo promettente di indagine è... quello delle città, che appaiono in grado di interagire sempre, sia pur con esiti diversi, con il potere regio, con il ceto baronale e con le

²⁰ ROMANO, A. Le due Italie degli statuti: tra regno, signorie e comuni. Spunti comparativi. In: DONDARINI, R., VARANINI, G.M., VENTICELLI, M. (curr.). **Signori regimi signorili e statuti nel tardo Medioevo. VII Convegno del Comitato Italiano per gli Studi e le Edizioni delle Fonti Normative (Ferrara, 5-7 ottobre 2000)**. Bologna: Pàtron, 2003, p. 49.

²¹ CORRAO, P. La difficile identità delle città siciliane. In: CHITTOLINI, G., JOHANEK, P. (curr.), **Aspetti e componenti dell'identità urbana in Italia e in Germania (secoli XIV-XVI)**. Bologna: il Mulino, 2003, pp. 97-122. «Il fatto che la storia del Mezzogiorno sia stata a lungo prigioniera di una separazione dal resto della storia italiana, e in particolare dal problema della costruzione di assetti statali quali quelli dei secoli XV-XVI, deriva infatti essenzialmente... dall'isterilimento del dibattito storiografico sui regni meridionali attorno alle categorie indiscusse di monarchia e feudalità, largamente insufficienti. Si è supposta la storia sociale e istituzionale meridionale determinata dal confronto fra una monarchia, sempre uguale a se stessa, e una feudalità, anch'essa con caratteristiche analoghe sul lungo periodo. Non cogliere la portata della trasformazione che interessò sia le strutture istituzionali della monarchia, sia l'assetto e le caratteristiche delle classi aristocratiche, sia i rapporti fra le une e le altre; sottovalutare o trascurare del tutto l'esistenza di altri soggetti che agivano nello spazio politico e sociale del regno; non rilevare quanto le due realtà che si suppone contrapposte fossero in realtà compenetrare e intrecciate comporta inevitabilmente l'impossibilità di attingere alle reali dinamiche della storia meridionale e di leggerne le vicende rispettandone la complessità. Il paradigma delle 'due Italie' è d'altronde profondamente radicato nella storiografia italiana e di argomento italiano... E tuttavia si tratta di un paradigma relativamente superficiale, che è stato alla radice di una lettura retrodatata della cosiddetta 'questione meridionale', che ha causato una reciproca estraneità fra gli orientamenti storiografici del Sud e del Centro-Nord, e che ha determinato, dal punto di vista dell'osservatore 'esterno', una sbrigativa identificazione della storia italiana con quella della parte centro-settentrionale della penisola, più fortemente caratterizzata in senso originale dal fenomeno cittadino e dai suoi sviluppi, cui si è sempre attribuito carattere progressivo, in contrapposizione a una vicenda tendenzialmente immobile del Mezzogiorno. Ciò ha generato una visione inevitabilmente distorta, che ha ignorato le strettissime relazioni esistenti fra le due aree della penisola e ha isolato la storia del Mezzogiorno dallo stesso contesto europeo, in cui invece, pur con le sue particolarità, si colloca allo stesso titolo di quella dell'area centro-settentrionale (CORRAO, P. Centri e periferie nelle monarchie meridionali del tardo medioevo. Note sul caso siciliano. In: CHITTOLINI, G., MOLHO, A., SCHIERA, P. (curr.), **Origini dello Stato. Processi di formazione statale in Italia fra medioevo ed età moderna**. Convegno storico (University of Chicago, 26-29 aprile 1993). Bologna: il Mulino, 1994, p. 189-191).

comunità rurali, sviluppando nello stesso tempo una strategia "identitaria" pienamente comparabile con quella di altre realtà urbane dell'Italia e dell'Europa: strategia che fu assai varia e si attuò con tempi diversi, anche se fu soprattutto sul finire del Medioevo che giunse ad esiti tendenzialmente stabili e duraturi, non a caso in coincidenza con i fenomeni di consolidamento delle istituzioni politico-amministrative e di formalizzazione della preminenza sociale e politica. Saldamente inquadrata nelle strutture dello "Stato moderno" spagnolo e sotto la protezione di santi patroni di collaudata potenza, ma nello stesso tempo consapevoli del carattere identitario del proprio patrimonio normativo e della propria storia politica, religiosa e culturale, le città del Mezzogiorno si accingevano ad affrontare una navigazione ancora più difficile e avventurosa di quella medievale, prima, nel "lungo Cinquecento" e poi in quelli che la storiografia chiamava "i tempi grigi della storia d'Italia"²².

Assolutamente speculare all'orientamento metodologico delineato dai due storici medievisti è il quadro d'indagine tracciato dagli storici del diritto Beatrice Pasciuta²³, per il regno di Sicilia, e Aurelio Cernigliaro, per il regno di Napoli, il quale ritiene indispensabile abbandonare il riferimento al

²² VITOLO, G. **Tra Napoli e Salerno. La costruzione dell'identità cittadina nel Mezzogiorno medievale**. Salerno: Carlone, 2001, pp. 8-9. Secondo Francesco Senatore, «L'università non è affatto una "forma", magari percepita come imperfetta, del comune dell'Italia centro-settentrionale. È vero esattamente il contrario: nella dottrina *universitas* è il termine utilizzato per connotare qualsiasi ente corporativo dotato di personalità giuridica e di autonomia: associazioni professionali, comunità religiose, comunità territoriali. Dal punto di vista giuridico, ma anche da quello storiografico, potremmo dire insomma che l'*universitas* è il genere e che il comune è la specie. Assumere i comuni italiani centro-settentrionali – esperienza storica e politica di straordinaria portata – come modello implicito nella storia delle città e persino delle comunità minori è infatti pericoloso, e impedisce un'ampia considerazione del fenomeno cittadino e comunitario su scala italiana ed europea. In quanto stati cittadini sovrani ("autocefali", per dirla con Weber) i comuni del Centro e del Nord d'Italia furono un'eccezione nel panorama europeo (e dunque anche in quello dell'Italia, data la limitatezza geografica dell'area di "civiltà comunale"), dove i centri urbani e rurali furono tutti, o quasi, semplicemente "autonomi", ma non "autocefali"» (SENATORE, F. Gli archivi delle universitates meridionali: il caso di Capua ed alcune considerazioni generali. In: LANGELI, A. B., GIORGI, A., MOSCADELLI, S. (curr.). **Archivi e comunità tra Medioevo ed Età Moderna**. Siena: Ministero per i beni e le attività culturali, Direzione generale per gli archivi, 2009, p. 450-451).

²³ Il «problema delle città nel Regno riacquista importanza, orientandosi adesso verso il superamento della polemica sulla natura giuridica della normativa cittadina e dell'inevitabile confronto – per analogia o per differenza – con le realtà comunali sul modello dell'Italia centro-settentrionale e punta l'attenzione sulle caratteristiche dell'identità cittadina, nel quadro complesso di un sistema politico policentrico, nel quale viene a cadere la tradizionale subordinazione gerarchica città-corona, ed emerge invece un rapporto dialettico fra le varie componenti del Regno. In questa ottica lo studio sulle normative locali riprende vigore: lo *ius proprium* delle città assume una diversa caratterizzazione, essendo indagato come il prodotto di una identità cittadina che tuttavia non si afferma 'contro' o 'grazie' al favore regio, ma che è dotata per sua stessa natura di una *iurisdictio* sua propria della quale sono garanzia ed insieme espressione le magistrature locali che ne assicurano il rispetto e la vigenza» (PASCIUTA, B. Due falsi privilegi fredericiani su Corleone: la normativa cittadina e il paradigma della falsificazione. In: **Annali del Seminario giuridico dell'Università di Palermo**. 48. n. 2. Palermo: Università di Palermo, 2003, p. 202).

criterio dell'autonomia²⁴, ossia di uno specifico potere deliberativo, mentre rilievo crescente assume l'identità²⁵ del centro di volta in volta preso in esame: quanto a dire in sede storiografica l'esigenza di chiarirne a fondo i termini peculiari dell'essere in rapporto alle entità finitime od analoghe per condizioni esistenziali ovvero – e sopra tutto – in rapporto alla 'dominante'. Quell'esigenza generale s'impone, d'altra parte, in maniera precipua per la realtà giuridica ed istituzionale del Mezzogiorno quando ci si prefigga d'individuare per i centri minori la sfera di specifica identità innanzitutto in riferimento a Napoli come centro-capitale²⁶.

La storiografia giuridica, sull'onda della cornice normativa approntata in Italia tra la fine del XX e gli inizi del XXI secolo, che sembrava avviare una stagione di costruzione di diverse e più aggiornate forme di democrazia partecipativa e di superamento del rigido centralismo statale attraverso il richiamo, nell'esercizio dell'autonomia

²⁴ Il riferimento riguarda soprattutto gli effetti fuorvianti delle incrostazioni statualistiche della categoria autonomia assimilata spesso a quella di indipendenza. Circa l'autonomia nel Medioevo come «nozione relativa» cfr. GROSSI, Paolo. **L'ordine giuridico medievale**. Roma-Bari: Laterza, 1997, p. 51: «Autonomia qui significa dunque storicità autentica del diritto, capacità di interpretare e rappresentare il gioco delle linee propulsive presenti nella società, insuscettibile a essere ridotta a voce di un principe, di un ceto ristretto, di una classe. Autonomia significa disincagliamento da forze specifiche e particolari, ma significa immersione completa senza preclusioni nel profondo strutturale d'una età e d'un luogo e, al tempo stesso, sensibilità a quanto in quel profondo si muove e preme».

²⁵ Sulle problematiche relative all'appartenenza civica cfr. ASCHERI, M. Lo straniero nella legislazione e nella letteratura giuridica del Tre-Quattrocento: un primo approccio. In: **Rivista di Storia del diritto italiano**. 60. S.l.: s.n., 1987, pp. 179-194; QUAGLIONI, D. Le radici teoriche della dottrina bartoliana della cittadinanza. In: QUAGLIONI, D. **'Civilis sapientia'. Dottrine giuridiche e dottrine politiche fra medioevo ed età moderna. Saggi per la storia del pensiero giuridico moderno**. Rimini: Maggioli, 1989, pp. 127-144; STORCHI, C. Storti. **Ricerche sulla condizione giuridica dello straniero in Italia dal tardo diritto comune all'età preunitaria. Aspetti civilistici**. Milano: Giuffrè, 1990; ASCHERI, M. Lo straniero: aspetti della problematica giuridica. In: ROSSETTI, G. (cur.). **Dentro la città. Stranieri e realtà urbane nell'Europa dei secoli XII-XVI**. Napoli: Liguori, 1999², pp. 37-50; TREPPO, M. Del. Stranieri nel regno di Napoli. Le élites finanziarie e la strutturazione dello spazio economico e politico. In: ROSSETTI, G. (cur.). **Dentro la città. Stranieri e realtà urbane nell'Europa dei secoli XII-XVI**. Napoli: Liguori, 1999, p. 193-251; COSTA, Pietro. **Civitas. Storia della cittadinanza in Europa. 1. Dalla civiltà comunale al Settecento**. Roma-Bari: Laterza, 1999; CHITTOLINI, G., JOHANEK, P. (curr.). **Aspetti e componenti dell'identità urbana in Italia e in Germania (secoli XIV-XVI)**. Bologna: il Mulino, 2003; ASCHERI, M. Un'altra cittadinanza: nei privilegi e nella fedeltà pre-comunali. In: PRODI, P. (cur.). **La fiducia secondo i linguaggi del potere**. Bologna: Il Mulino, 2007, pp. 311-323; VENTURA, P. Il linguaggio della cittadinanza a Napoli tra ritualità civica, amministrazione e pratica politica (secoli XV-XVII). In: BALBI, G. Petti, Vitolo, G. (curr.). **Linguaggi e pratiche del potere. Genova e il Regno di Napoli tra Medioevo ed Età moderna**. Salerno: La-veglia, 2007, p. 347-375; COSTA, Pietro. **Civitas, respublica, corpus**. Immagini dell'ordine e dell'appartenenza fra 'antico' e 'moderno'. In: CARILLO, G. (cur.). **Unità e disunione della polis**. Avellino: Elio Sellino, 2007, p. 559-645; **Cittadinanza e disuguaglianze economiche: le origini storiche di un problema europeo (XIII-XVI secolo)**, in «Mélanges de l'École française de Rome. Moyen-Âge», 125 (2013), n. 2; VARANINI, G.M. (cur.). **Storiografia e identità dei centri minori italiani tra la fine del Medioevo e l'Ottocento**. Atti del XIII Convegno di studi organizzato dal Centro di studi sulla civiltà del tardo medioevo (San Miniato, 24-26 settembre 2010). Firenze: Firenze University Press, 2013; CASSI, A. (cur.). **Ai margini della civitas: figure giuridiche dell'altro fra Medioevo e futuro**. Soveria Mannelli: Rubbettino, 2013. Circa l'identità del *ius Regni* cfr. MILETTI, M.N. Ermeneutica del *Ius Municipale* nella giurisprudenza napoletana d'età moderna. In: STORTI, C. (cur.). **Il ragionamento analogico. Profili storico-giuridici**. Napoli: Jovene, 2010, p. 299 ss.

²⁶ CERNIGLIARO, A. **Civitas et insula de Yscla**. Un centro marinaro tra Aragonesi e Asburgo. In: **Studi Veneziani**, 52. S.l.: s.n., 2006, p. 20.

normativa degli enti locali, alle specificità territoriali e storiche, è ritornata, quindi, a Nord come a Sud del paese, ad occuparsi della legislazione statutaria delle città d'antico regime. L'attenzione metodologica si è presto configurata come esigenza accademica di fornire agli estensori dei nuovi statuti la ricostruzione di una documentazione storica, che, affiancata ai dati paesaggistici, archeologici e linguistici, potesse essere in grado di restituire vitalità a una fonte giuridica d'antico regime, non nella dimensione comparativa in quanto a natura e fondamento, ma nella veste di recuperato patrimonio genetico e identitario funzionale alla contemporanea gestione del patrimonio culturale ed ambientale locale.

La storiografia politica italiana, invece, dal 1945 in poi, ha mostrato una pressoché indifferenza in merito al tema del particolarismo territoriale, ritenendolo un inutile fardello di cui la modernità si era presto liberata attraverso la scelta dell'accentramento e del potere statale innervato su scala nazionale. È pur vero che le interpretazioni romantiche e risorgimentali sul tema della libertà dei liberi comuni medievali italiani, rese in musica anche da Giuseppe Verdi²⁷, hanno fatto breccia nelle teorie indipendentiste e federaliste assorbite e proposte da alcuni movimenti territoriali nel Nord d'Italia, confluiti nei primi anni novanta del secolo scorso nel partito della Lega Nord²⁸. Ma proprio queste tendenze hanno finito per innalzare uno steccato nella valutazione negativa degli enti locali come "anti-Stato", causa di frammentazione del potere politico e di debolezza dell'autorità pubblica centrale asservita agli interessi particolaristici delle fazioni e dei gruppi di interesse territoriali²⁹.

Verso la fine degli anni novanta del XX secolo, è stato coinvolto nel dibattito storiografico sul tema statutario anche lo storico del diritto, Mario Sbriccoli, autore di un'insuperata monografia nel 1969 sul ruolo dei giuristi nel funzionamento delle istituzioni comunali, non a caso ristampata nel 2002³⁰, che gli aveva consentito di indagare «i rapporti di potere, le ideologie politiche, gli strumenti di mediazione di cui

²⁷ CORO: Viva l'Italia! un sacro patto / Tutti stringe i figli suoi: / Esso alfin di tanti ha fatto / Un sol popolo d'eroi! / Le bandiere in campo spiega, / O Lombarda invitta Lega, / E discorra un gel per l'ossa / Al feroce Barbarossa. / Viva l'Italia forte ed una / Colla spada e col pensier / Questo suol che a noi fu cuna, / Tomba sia dello stranier!» (*La battaglia di Legnano. Tragedia lirica in quattro atti di Salvatore Cammarano posta in musica da Giuseppe Verdi*, G. Ricordi, Milano s.d., p. 33).

²⁸ Cfr. MIGLIO, G. *Per un'Italia federale*. Milano: Il Sole 24 ore, 1990; MIGLIO, G. *Federalismo e secessione. Un dialogo* (con A. Barbera). Milano: Mondadori, 1997; BUCHANAN, A. *Secessione. Quando e perché un paese ha il diritto di dividersi*, presentazione di G. Miglio, A. Milano: Mondadori, 1994. Sul pensiero dello studioso cfr. BUSSOLETTI, A. Autonomia e federalismo tra diritto e scienza politica: il pensiero di Gianfranco Miglio. In: *Quaderni Fiorentini*, vol. I 43. Firenze: s.n., 2014, p. 393-414.

²⁹ Cfr. NAJEMY, J.M. Stato, comune e «universitas». In: CHITTOLINI, G., MOLHO, A., SCHIERA, P. (curr.), *Origini dello Stato. Processi di formazione statale in Italia fra medioevo ed età moderna*. Convegno storico (University of Chicago, 26-29 aprile 1993). Bologna: il Mulino, 1994, p. 651-652.

³⁰ SBRICCOLI, M. *L'interpretazione dello statuto. Contributo allo studio della funzione dei giuristi nell'età comunale*. Milano: Giuffrè, 1969

l'interpretatio iuris dei giuristi è parte integrante attraverso la scrittura, l'uso e la revisione [degli statuti]»³¹.

Al fine di agevolare l'individuazione di strumenti più aggiornati di analisi, lo storico di Macerata ha indicato il percorso da seguire per rinnovare la letteratura storico-giuridica. Una fonte certamente giuridica, ma di «complessa tipologia»³², come quella statutaria, richiede sul piano metodologico un più intenso dialogo tra giuristi e storici della società. Non stupisca, dunque, il monito agli studiosi del

rilievo della legislazione statutaria non solo nella storia del giuridico, ma anche – e forse soprattutto – nella storia politica delle città, perché è ormai acquisita anche per gli storici non giuristi la convinzione che la storia delle città sta in grandissima parte nella storia della loro costituzione formale e materiale. Ma negli statuti c'è molto di più che questo: c'è la traccia stabile delle culture, dei conflitti, della crescita anche materiale della comunità, della loro produzione artistica, del loro sviluppo economico e della loro maturazione civile... Ma lo statuto non è una legge, nel senso che noi diamo a questa espressione, e tanto meno una «carta costituzionale» moderna. Lo statuto è il risultato stratificato di una storia, ed in questa misura registra e conserva elementi storici che possono sembrare, e magari sono, contraddittori e incoerenti... Questo elemento della lunga durata è, per così dire, l'indizio probante della valenza simbolica dello statuto, considerato alla stregua di un baluardo, un'ancora della autonomia; in tempi più tardi, tra XVII e XVIII secolo, sarebbe stato tenuto come l'antico testimone della identità, o meglio ancora, forse, della speranza di una comunità, che ha perso la sua autonomia e che rischia di perdere la sua riconoscibilità storica: la speranza di conservare esistenza ed immagine in una realtà statale che minaccia di cancellarle... Cosa che in qualche misura ed in un certo modo è avvenuta: perché io credo che il mantenimento del senso delle municipalità, quello che l'ottocento ha identificato con i campanili e che l'esperienza politica recente sta rivalorizzando con l'affermazione ed il progressivo rafforzamento del principio delle autonomie locali, altro non sia se non il lontano esito di quella vicenda storica»³³.

³¹ L. Lacchè, **Sbriccoli, Mario**, in **Dizionario Biografico dei Giuristi Italiani (XII-XX secolo)**, diretto da I. Biocchi- E. Cortese-A. Mattone-M.N. Miletta, vol. II, il Mulino, Bologna 2013, p. 1810.

³² ASCHERI, M. **Introduzione. Gli statuti**: un nuovo interesse per una fonte di complessa tipologia, cit. Cfr. anche ASCHERI, M. *Législation et coutumes dans les villes italiennes et leur 'contado' (XIIe-XIVe siècles)*. In: MOUSNIER, M., POUMARÉDE, J. (cur.). **La coutume au village dans l'Europe médiévale et moderne**. Toulouse: Presses Universitaires du Mirail, 2001, pp. 73-92.

³³ SBRICCOLI, M. Conclusioni. In: MENESTÒ, E. (cur.), **Gli statuti delle città**, cit., p. 167-168; 171; 172; 174.

2. DALLO «STATUTO REDIVIVO» ALL'«ORIZZONTE ERMENEUTICO POST STATUALE» DELL'AUTONOMIA

Il processo di riforma, iniziato con la l. n. 142/90³⁴ e proseguito negli anni successivi con la l. n. 59/1997, l. n. 265/1999, t.u. e.l. n. 267/2000, l. cost. n. 3/2001³⁵, l. n. 131/2003 etc., aveva come obiettivo la valorizzazione delle autonomie regionali e locali, assecondando l'idea di realizzare una «Repubblica delle autonomie»³⁶ fondata sulla coesione e solidarietà sociale. L'evoluzione di una simile prospettiva è apparsa agli studiosi accorti subito impervia, in un quadro istituzionale e normativo giammai coerente e organico³⁷, alla perenne ricerca di una sintesi, al netto delle ideologie e delle strategie dei partiti, tra coscienza civica e interessi nazionali³⁸.

Le nuove formulazioni degli artt. 114 e 118 Cost. sembravano, tuttavia, in grado di garantire agli enti locali, nella qualità di «enti autonomi», una formale posizione di equiordinazione tra gli elementi costitutivi della Repubblica e una pari dignità costituzionale rispetto al ruolo delle regioni ex art. 117 Cost. Le amministrazioni locali, tramite

³⁴ Cfr. SALA, G. **Sui caratteri dell'amministrazione comunale e provinciale dopo la riforma del Titolo V della Costituzione**, in *Studi in onore di Giorgio Berti*, vol. III. Napoli: Jovene, 2005, p. 2241-2242: «Non a caso il riconoscimento, con la legge 142 del 1990, di una autonomia statutaria era dapprima parso il segno più forte di rottura con l'esperienza passata, per divenire ben presto uno dei punti di maggior delusione. La legislazione successiva, da quella elettorale alle riforme della dirigenza pubblica, hanno compresso l'autonomia statutaria non solo quanto alla forma di governo dell'ente ma anche per la distribuzione delle competenze interne, tra organi e uffici. Che ciò sia avvenuto per fini anche condivisibili, come l'assegnazione dei compiti di gestione a soggetti legittimati non da una rappresentanza elettorale ma da una capacità professionale, non fa venir meno la constatazione che, di fatto, lo statuto, nel testo unico del 2000, è ridotto a poco più di un regolamento di organizzazione».

³⁵ «Nel corso della XIII legislatura (maggio 1996-maggio 2001) si possono individuare in proposito tre fasi. Un primo periodo (che ha termine nel maggio 1998) contrassegnato dal tentativo di "grande riforma" costituzionale avviato con la commissione bicamerale per le riforme costituzionali e dalla parallela approvazione della legge Bassanini (la legge n. 59/1997) con la quale si è dato avvio al cosiddetto "federalismo amministrativo"; un secondo periodo che attraversa il 1999 – la breve ma molto produttiva stagione delle "riforme parziali"; un'ultima fase, quella che comprende l'anno 2000 e gli ultimi mesi della legislatura, nel corso della quale ha luogo propriamente la formazione del testo successivamente divenuto la legge cost. n. 3/2001» (RIZZONI, G. La riforma del sistema delle autonomie nella XIII legislatura. In: GROPPI, T., OLIVETTI, M. (curr.). **La Repubblica delle autonomie. Regioni ed enti locali nel nuovo titolo V**. Torino: Giappichelli, 2003, p. 23).

³⁶ Cfr. T. Groppi-M. Olivetti (curr.), **La Repubblica delle autonomie**, cit.; PIOGGIA, A., VANDELLI, L. (curr.). **La repubblica delle autonomie nella giurisprudenza costituzionale**: regioni ed enti locali dopo la riforma del titolo V. Bologna: il Mulino, 2006.

³⁷ «In verità, le riforme degli assetti territoriali dei pubblici poteri non hanno costituito tanto lo sviluppo 'armonico' di un modello chiaramente precostituito quanto piuttosto la risultante di interventi riformatori parziali e settoriali. Come è stato osservato da più parti, infatti, tali interventi, nel corso degli anni '90, hanno avuto ciascuno una "storia abbastanza autonoma" e sono stati prodotti dall'interazione di diversi attori politici ed istituzionali coinvolti nella formazione delle politiche istituzionali, "senza attribuire grande risalto alla razionalità a priori di un dato modello"» (GAMBINO, S. Regioni e autonomie locali nella riforma del Titolo V della Costituzione. In: **Scritti in memoria di Livio Paladin**, vol. II. Napoli: Jovene, 2004, p. 933-934).

³⁸ ROMANELLI, R. Centralismo e autonomie. In: ROMANELLI, R. (cur.). **Storia dello Stato italiano dall'Unità a oggi**. Roma: Donzelli, 1995, p. 186.

il conferimento di una significativa autonomia statutaria³⁹ e regolamentare⁴⁰, avrebbero potuto finalmente, nei limiti dell'ordinamento statale, individuare una cornice normativa idonea a rappresentare i moduli di governo e di amministrazione a misura delle specificità territoriali⁴¹.

La ricerca storico-giuridica sulla legislazione statutaria e sulle consuetudini delle città italiane d'antico regime, prima della loro definitiva abolizione nel XIX secolo, è apparsa, allora, indispensabile non solo per ricostruire le matrici identitarie locali, ma soprattutto per agevolare la realizzazione di modelli strutturali ed organizzativi in grado di coniugare il radicamento di una comunità con i suoi possibili sviluppi futuri. Il lessico delle patrie, della cittadinanza e delle comunità è in continua evoluzione, sotto la pressione della mondializzazione delle economie, dell'integrazione transnazionale della società civile e «della crisi di uno degli elementi centrali del concetto di Stato, il territorio». In questo quadro di «spazio giuridico globale» che depotenzia, ma non dissolve, lo Stato-nazione e le sue matrici borghesi, si delinea la sfida di salvaguardare la coesistenza delle identità territoriali e dei «microsistemi» nelle nuove realtà, pluriordinamentale, nazionale, europea ed internazionale, perseguendo l'obiettivo di coniugare le spinte all'autonomia con l'integrazione nell'ordinamento del «macrosistema»⁴².

Contro le nuove identità fittizie dei fondamentalismi, costruite in contrapposizione al processo di globalizzazione, occorre recuperare il senso del radicamento territoriale, con i «vexilla» e le specificità geo-storiche. Ma non basta, altrimenti si corre il

³⁹ Cfr. art. 114, co. 2, Cost. «È chiaro – e sul punto non vi sono incertezze – che gli statuti degli enti locali sono una tipica espressione di autonomia, ma anche che essi sono comunque subordinati alla legge ordinaria, della quale devono rispettare i principi... Va, invece, escluso che principi-limite dell'autonomia statutaria possano essere contenuti in leggi regionali. Circa la natura dello statuto, si ritiene esatta la qualificazione di esso come fonte *sub* primaria, per evidenziarne la diretta legittimazione costituzionale... ed il suo potere di deroga anche a determinate norme primarie (ossia, come accennato, alle norme non di principio)» (STADERINI, F. **Diritto degli enti locali**. Padova: Cedam, 2006, pp. 76-78).

⁴⁰ Cfr. art. 117, co. 6, Cost.

⁴¹ Secondo F. Staderini, **Diritto degli enti locali**, cit., pp. 91-93, tuttavia, «È difficile, anche per l'insufficienza delle fonti documentali disponibili, dare giudizi sulla c.d. fase costituente degli enti locali, seguita alla legge 142; ma la prima impressione è di un uso assai limitato e prudente del nuovo strumento a disposizione. Insomma non sembra proprio che l'esercizio dell'autonomia statutaria abbia consentito di realizzare l'auspicato superamento dell'uniformità degli ordinamenti locali... Se le forze politiche locali di fronte al nuovo strumento statutario hanno mostrato scarsa propensione a sfruttare le molteplici potenzialità che esso consentiva, il parlamento nazionale nello stesso tempo ne ha addirittura ignorato l'esistenza, continuando a legiferare come se nulla fosse cambiato nei contenuti dell'autonomia locale. Per il futuro, peraltro – secondo il nuovo criterio stabilito dalla L. 265/99 e ripetuto nell'art. 1.3 del T.U. – soltanto le innovazioni in materia statutaria dichiarate espressamente inderogabili dal legislatore vincoleranno le autonomie locali».

⁴² Cfr. CASSESE, S. **Lo Stato introvabile. Modernità e arretratezza delle istituzioni italiane**. Roma: Donzelli, 1998; FERRARESE, M.R. **Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale**. Bologna: il Mulino, 2000; DI GENIO, G. **Ordinamento europeo e fonti di autonomia locale**. Napoli: Edizioni scientifiche italiane, 2000; CHIEFFI, L. (cur.). **Regioni e dinamiche di integrazione europea**. Torino: Giappichelli, 2003; Grossi, P. **Globalizzazione, diritto, scienza giuridica**. In: *Il Foro Italiano*. 127. S.I.: s.n., 2002, p. 151-164; CASSESE, S. **La crisi dello Stato**. Roma-Bari: Laterza, 2002; CASSESE, S. **Lo spazio giuridico globale**. Roma-Bari: Laterza, 2003; CASSESE, S., CONTICELLI, M. (curr.), **Diritto e amministrazioni nello spazio giuridico globale**. Milano: Giuffrè, 2006.

rischio di alimentare pittoreschi, quanto sterili, atteggiamenti folcloristici. Il localismo in Italia, stretto tra la «deteritorializzazione» dovuta alla globalizzazione, l'integrazione europea e l'«autocentralizzazione», è determinante solo se lo si inquadra in un modello policentrico delle autonomie, «non semplicemente [in] un sistema bipolare (federazione-Stati membri o Stato-regioni)»⁴³.

Il recupero della dimensione locale, del paesaggio e della memoria storica con la possibilità di nuove forme di partecipazione e di responsabilità, nonché di una più diretta applicazione dei principi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza⁴⁴, va, però, fecondamente integrato con altri valori identitari. Non inquadrabili in un modello d'identificazione univoco, perché sempre più al servizio di comunità fluttuanti, questi ultimi potranno, in ogni modo, ben adeguarsi ai profili giuridici di una nuova amministrazione pubblica che dimostri, consapevolmente, di sapersi organizzare intorno alla centralità delle «autonomie» e dell'integrazione tramite diritti-doveri intimamente connessi alla vita e al sentire locale.

In base ad un orientamento autorevole, il radicamento identitario può interpretarsi, non solo come un valore di chiusura alimentato dalle paure della crisi economica e dalle legittime preoccupazioni di sicurezza e ordine pubblico, ma, più fecondamente, come parte essenziale delle fondamenta di una «casa aperta» agli abbellimenti e alle ristrutturazioni, anche perché nessuna cultura inizia da una tabula rasa e «l'identità, come la musica, è una cosa bastarda, e rimane viva solo quando non è fissa ma aperta»⁴⁵:

⁴³ OLIVETTI, M. Lo Stato policentrico delle autonomie (art. 114, 1° comma). In: GROPPI, T., OLIVETTI, M. (curr.). **La Repubblica delle autonomie. Regioni ed enti locali nel nuovo titolo V**. Torino: Giappichelli, 2003, p. 45. La « nuova formulazione dell'art. 114 Cost. sostituisce un modello di relazioni di tipo gerarchico e piramidale ("La Repubblica si riparte in Regioni, Province e Comuni") con un altro di natura policentrica (o "a rete")», ispirata alle moderne realtà del *multilevel constitutionalism*. Ciò che emerge dagli artt. 114, 117 e 118 Cost. è un sistema istituzionale a più livelli, costituito da una pluralità di ordinamenti giuridici integrati, che interagiscono reciprocamente: riprendendo quanto la Corte costituzionale ha affermato a proposito delle relazioni tra l'ordinamento comunitario e quello italiano, si potrebbe dire che la Repubblica italiana risulta composta da una pluralità di «ordinamenti reciprocamente autonomi, ma tra loro coordinati e comunicanti». Con la nuova disciplina costituzionale dei comuni e delle province si assiste contemporaneamente al tramonto delle teorie monistiche e ad una evoluzione delle teorie fondate sul riconoscimento della necessità pluralistica degli ordinamenti giuridici. Integrazione ed autonomia, salvaguardia di esigenze unitarie e valorizzazione delle discipline locali sembrano essere gli orientamenti principali che contrassegnano il sistema istituzionale repubblicano» (ROLLA, G. L'autonomia dei comuni e delle province. In: GROPPI, T., OLIVETTI, M. (curr.). **La Repubblica delle autonomie. Regioni ed enti locali nel nuovo titolo V**. Torino: Giappichelli, 2003, p. 212-213).

⁴⁴ Cfr. MONACO, F. Roversi (cur.). **Sussidiarietà e Pubbliche Amministrazioni**. Atti del Convegno (Bologna, 25-26 settembre 1995). Rimini: Maggioli, 1997; RINELLA, A., COEN, L., SCARCIGLIA, R. **Sussidiarietà e ordinamenti costituzionali. Esperienze a confronto**. Padova: Cedam, 1999; DE PASQUALE, P. **Il principio di sussidiarietà nell'ordinamento comunitario**. Napoli: Editoriale Scientifica, 1996. «Il criterio costituzionale d'origine è stato quello dell'interesse esclusivamente locale, il criterio della Costituzione riformata è quello della sussidiarietà, integrato dalla differenziazione e dall'adeguatezza» (MARENGHI, E.M. Lo statuto comunale: l'altro modo di essere dell'autonomia. In: SALA, G. **Sui caratteri dell'amministrazione comunale e provinciale dopo la riforma del Titolo V della Costituzione, in Studi in onore di Giorgio Berti**. vol. II. Napoli: Jovene, 2005, p. 1452).

⁴⁵ Prendo in prestito alcune riflessioni di Patrizia Laquidara, cantante d'origine siciliana ma vicentina d'adozione, in occasione del suo lavoro, «Il canto dell'anguana», tra recupero delle radici e tentativi di sperimentazione nella musica popolare italiana («Jam», XVIII (2011), n. 179, p. 15).

A partire dalla seconda metà del XX secolo, infatti, nel mondo occidentale la postmodernità si è connotata con il crescente venir meno della pretesa di spiegare il mondo attraverso l'applicazione di principi unitari, come nel recente passato avevano voluto i grandi movimenti della modernità quali l'illuminismo, l'idealismo e il marxismo. Ciò ha implicato che la realtà si manifestasse come differenza, molteplicità 'irriducibile', mutamento 'non ingabbiabile entro uno schema unico', con un trend positivo atto a produrre maggiore ricchezza culturale, laddove prima il principio unico pretendeva di costringere ogni cosa entro la sua rigida legge, negando, a ben vedere, ogni effettiva innovazione. Bisogna per vero riconoscere che nella nuova temperie si è connotata altresì come fallace anche la pretesa di trovare per la morale un fondamento certo e stabile, con l'implicazione della crisi del senso esistenziale stesso dell'individuo, motivo per cui ciascuno perde ogni riferimento forte che poteva determinarne con sicurezza l'identità... Nella odierna società, 'avanzata', ma troppo spesso dimentica di essere comunità, senza indulgere a vacue nostalgie, è proprio in termini di 'dovere' che si propone con immediatezza una nuova 'sfida', più 'degnà' e forse decisiva per l'umanità intera: è in essa che si scorge il compito non effimero di ogni uomo «deciso ad avere ancora un profondo destino»⁴⁶.

In Italia, lo statuto, quale «carta fondamentale»⁴⁷ dell'ente locale «autonomo» e fonte del diritto costituzionalmente necessaria⁴⁸ che lascia al legislatore statale soltan-

⁴⁶ CERNIGLIARO, A. Dall'età dei diritti all'età dei doveri: la dissoluzione della soggettività nelle ragioni complessive dell'umanità. In: LORUSSO, S. (cur.). **Costituzione e ordinamento giuridico**. Convegno per il decennale della Facoltà di Giurisprudenza (Foggia, 24-25 novembre 2006). Milano: Giuffrè, 2009, pp. 43-44; 46.

⁴⁷ Cfr. Tar Puglia, Sede di Bari, 20 luglio 2002, sez. II, n. 3518.

⁴⁸ Secondo GAMBINO, S. **Regioni e autonomie locali**, cit., p. 935: «Lo statuto degli enti locali conserva la sua natura giuridica di atto amministrativo generale; tuttavia, esso non trova più la sua fonte di legittimazione in una legge generale della Repubblica, che ne fissa i principi, bensì direttamente nella Costituzione». Cfr. Q. Camerlengo, **Statuti comunali e provinciali, in Dizionario di diritto pubblico**, diretto da S. Cassese, vol. VI, Giuffrè, Milano 2006, pp. 5744-5746: «La novella costituzionale del 2001 parrebbe testualmente assoggettare gli statuti in parola ai soli "principi fissati dalla Costituzione", suscitando così aspettative circa una promozione di tali fonti al rango primario proprio degli atti legislativi ... Ebbene lo statuto è un atto normativo confezionato dagli organi di governo degli enti locali... compete al legislatore statale disciplinare la potestà statutaria, in modo uniforme su tutto il territorio nazionale. Stando così le cose, lo statuto locale è una fonte subordinata alla legge, secondo il criterio gerarchico. Da questo punto di vista, perciò, la riforma del 2001 non ha introdotto alcuna soluzione di continuità rispetto alla pregressa disciplina legislativa, che aveva senza esitazione plasmato lo statuto quale fonte secondaria del diritto. Minoritaria appare la tesi volta a dimostrare la natura primaria della fonte statutaria... L'autonomia, nel cui intangibile nucleo essenziale risulta inclusa la potestà statutaria, non può essere svilita da disposizioni così puntuali e mirate da lasciare agli enti locali soltanto lo spazio per la produzione di norme di mero dettaglio. Ebbene, questo modello trova riscontro nell'art. 4, co. 2, l. 5 giugno 2003, n. 131... Pertanto, l'assetto organizzativo dell'ente locale è rimesso alla disciplina statutaria, entro la cornice abbozzata dal legislatore... Un atteggiamento realisticamente disincantato consiglia una certa dose di cautela quanto alla concreta dinamica di questo assetto di rapporti tra le fonti considerate. La labilità di confine tra norme di principio e norme di svolgimento è una condizione ampiamente confermata... Lo stesso testo unico reca non poche disposizioni estremamente puntuali, tali da concedere scarsi margini di manovra agli statuti locali... Non è difficile immaginare che la futura legge statale ex art. 117, lett. p, nel definire soprattutto la disciplina elettorale, finirà col discostarsi dal modello, ponendo così norme di principio e regole di dettaglio». Circa la garanzia costituzionale del potere normativo locale cfr. DI FOLCO, M. **La garanzia costituzionale del**

to la fissazione dei 'principi generali'⁴⁹, avrebbe potuto, in relazione alla diversità dimensionale ed organizzativa del comune, fornire un contributo decisivo, in quanto

*non... più strumento dell'autonomia amministrativa sub lege, ma... fonte basilare della democraticità della nostra forma di Stato... Non vi sono più alibi interpretativi per ridurre (di fatto e, tanto meno, di diritto) gli statuti ad un passaggio amministrativo-burocratico dell'autonomia: i cittadini e le Comunità locali dovranno prenderne assoluta consapevolezza se non vorranno essere intaccati in ben altro che nei loro interessi di natura patrimoniale*⁵⁰.

In realtà, nonostante la crisi delle strutture verticali di autorità⁵¹, gli abusati termini di democrazia, bilancio e urbanistica partecipativi o partecipati non si sono mai

potere normativo locale. Statuti e regolamenti locali nel sistema delle fonti tra tradizione e innovazione costituzionale. Padova: Cedam, 2007.

⁴⁹ «Si tratta, dunque, di partire – per dare coerenza e razionalità al processo di adeguamento e di implementazione della riforma costituzionale – da un lato dalla determinazione delle funzioni fondamentali degli Enti locali e dall'altro dalla chiarificazione dei livelli essenziali delle prestazioni connesse a diritti civili e sociali: il tutto nell'ambito di una prospettiva di riassetto della finanza pubblica in sintonia con il nuovo orizzonte. Il che è certo assai complesso sul piano tecnico, ma è comunque condizionato dalla volontà politica di andare in tale direzione» (DE MARTIN, G.C. Il processo di riassetto dei ruoli istituzionali dello Stato, delle regioni e degli enti locali, in **Studi in onore di Giorgio Berti**, cit., vol. II, p. 975). Cfr. GAMBINO, *Regioni e autonomie locali*, cit., p. 944: «Ne discende che la determinazione dei "livelli essenziali" su tutto il territorio nazionale e la relativa garanzia sono condizionati, da una parte, dall'entità dei fondi destinati a fini perequativi e, dall'altra, dalla concreta possibilità da parte degli enti autonomi di poter incidere collaborativamente con il Parlamento sui criteri della perequazione medesima. Cosicché, se ne deve concludere che l'attribuzione in capo al legislatore nazionale di una potestà legislativa esclusiva in materia di perequazione acquista significato effettivo (solo ed) in quanto essa persegue le finalità poste dalla prima parte della Costituzione – e tra queste, in particolare, la garanzia dei principi e dei diritti fondamentali – piuttosto che una mera ed astratta 'eguaglianza' fra le autonomie territoriali». Cfr. DE CHIARA, A. La funzione normativa della Regione e degli enti locali. In: SAN LUCA, G. Clemente di. (cur.). **Comuni e funzione amministrativa**. Torino: Giappichelli, 2007, p. 150-152: «non pare dubitabile che l'art. 114, co. 1, Cost., nella sua attuale formazione, esprima la "configurazione equiordinata degli elementi costitutivi della Repubblica" e la presenza tra questi, a pieno titolo, di Comuni, Province e Città metropolitane, oltre che Regioni e Stato... Anche in considerazione di ciò, dunque, stanti l'espresso radicamento della funzione normativa statutaria direttamente nella Costituzione e l'implicito rifiuto della legge dello Stato come fonte di disciplina generale in materia di ordinamento degli enti locali, non sembra possibile che la legislazione statale si spinga oltre la competenza espressamente riconosciuta dall'art. 117, co. 2, lett. p), Cost., in materia di "legislazione elettorale, organi di governo e funzioni fondamentali"».

⁵⁰ MARINO, I. M. **Sulla funzione statutaria e regolamentare degli enti locali**, in **Id.**, **Aspetti della recente evoluzione del diritto degli enti locali**. Palermo: Quattrosoli, 2002, p. 88-89. Secondo G. Sala, **Sui caratteri dell'amministrazione comunale**, cit., pp. 2267-2270: «L'impressione è dunque che il processo di riordino dei livelli di amministrazione resti ancora alla ricerca di un assetto da consolidare... L'evoluzione finora dell'ordinamento rafforza la consapevolezza che, in una società complessa e in un'organizzazione dei pubblici poteri, di conseguenza, necessariamente articolata su diversi livelli di governo, non è proponibile un modello di amministrazione imperniato per ambiti di competenze riservate, e tendenzialmente separate; l'autonomia si realizza nella creazione di un sistema integrato non come una sommatoria di una pluralità di enti, ma piuttosto di responsabilità attribuite a soggetti diversi necessariamente partecipi al processo di soddisfazione delle attese dei cittadini... l'amministrazione locale non è strumento dell'amministrazione dello Stato, secondo il modello dell'autarchia, ma è la parte a diretto contatto con i cittadini, di cui rappresenta gli specifici interessi quali membri della collettività locale, dell'amministrazione della Repubblica».

⁵¹ Cfr. FERRARESE, M.R. **La governance tra politica e diritto**. Bologna: il Mulino, 2010.

concretizzati in strutture originali di governi locali protesi ad integrare le tradizionali forme rappresentative e a garantire l'adeguato esercizio di un'autonomia politico-amministrativa⁵². A dispetto dei tentativi di scardinamento del modello geometrico uniforme della l. 25 marzo 1993, n. 81 e della radicale riforma della l. cost. 18 ottobre 2001, n. 3, con il formale superamento del principio gerarchico in luogo del principio paritario tra legge e fonti locali, il contesto dottrinale e giurisprudenziale, soprattutto della Corte Costituzionale, nega ai Comuni sia l'esistenza di un'autonomia normativa rispondente ai soli principi costituzionali, in ragione dell'unità ed indivisibilità della Repubblica, sia la piena autonomia finanziaria di spesa dovendo coesistere e soccombere ai vincoli delle politiche di bilancio⁵³. In questa chiave di lettura va collocato il fallimento della l. 5 giugno 2003, n. 131, detta "La Loggia" dal nome del proponente ministro per gli affari regionali, che dando attuazione alla l. cost. 3/2001 intendeva chiarire i confini della legislazione concorrente, gli ambiti della sussidiarietà verticale, e assicurare nuove prospettive di ulteriori conferimenti in favore degli enti locali. Ancor più difficoltosa appare oggi la possibilità di risolvere le problematiche relative al ruolo degli stranieri, nella direzione di affiancare alla "cittadinanza statale" una "cittadinanza locale", «intesa come uno *status* che ricomprende diritti e doveri previsti dallo statuto e che viene attribuita a tutti coloro che risiedono nel territorio locale», dovendosi registrare soluzioni ad elastico condizionate dallo scatenamento di pulsioni di respingimento causate o da eventi straordinari, come quelli conseguenti a drammatici eventi di terrorismo, oppure dal disagio dei quotidiani rapporti di convivenza, specie nelle periferie urbane⁵⁴.

Il rischio che si corre è che le scelte politiche e le soluzioni giuridiche sui temi del welfare municipale, della recente riforma delle province in luogo delle "aree vaste"

⁵² «Nonostante la novella costituzionale ridisegni dalle fondamenta il rapporto tra i soggetti che costituiscono la Repubblica, individuando nel Comune il 'centro motore' di un sistema dinamico di governo della cosa pubblica, Stato e Regioni continuano a 'tenere' numerose e rilevanti funzioni anche laddove non sembrano sussistere necessità di esercizio unitario tali da giustificare – ex art. 118, co. 2 Cost. – la sottrazione al livello comunale» (SAN LUCA, G. Clemente di. Introduzione. Titolarità ed esercizio della funzione amministrativa nel nuovo assetto del sistema autonomistico locale. In: SAN LUCA, G. Clemente di. (cur.). **Comuni e funzione amministrativa**. Torino: Giappichelli, 2007, p. 15-16).

⁵³ Cfr. SIANO, A. De. **La funzione amministrativa degli enti locali. Attuazione del principio di sussidiarietà e adeguatezza delle risorse finanziarie allo svolgimento dei compiti**. In: SAN LUCA, G. Clemente di. (cur.). **Comuni e funzione amministrativa**. Torino: Giappichelli, 2007, p. 237-292.

⁵⁴ «In effetti, essendo le istituzioni locali degli enti non burocratici ma comunitari, esponenti degli interessi propri della società civile alla quale forniscono delle prestazioni di tipo assistenziale e culturale, tali soggetti non possono non porre al centro della loro considerazione la persona umana, considerata nella sua storica concretezza. Ne deriva allora la necessità per gli statuti locali di presupporre, ai fini dell'attribuzione di pretese partecipative nei confronti degli organi amministrativi, un collegamento effettivo tra l'interesse di chi partecipa ed il territorio locale, la cui individuazione non può avvenire mediante il ricorso ad una nozione formale di cittadinanza, richiedendo invece criteri sostanziali quali appunto la residenza nel territorio oppure lo svolgimento in esso di attività di studio o di lavoro» (PAOLA, I. Pluricittadinanza, cittadinanza amministrativa e partecipazione all'attività dell'amministrazione. In: MANGANARO, F., TASSONE, A. Romano. (curr.). **Persona ed amministrazione. Privato, cittadino, utente e pubbliche amministrazioni**. Torino: Giappichelli, 2004, p. 269).

di secondo livello, e del superamento del bicameralismo perfetto⁵⁵, possano incagliarsi ai lacci di un federalismo rintracciabile, al momento, solo nella veste di missione 'fiscale', condizionato, com'è, dalle dinamiche cogenti della centralizzazione sull'argomento intricato dei costi nelle manovre governative, non apparendo all'orizzonte

un vero «progetto locale», le cui ambizioni non si tengono alla pura innovazione delle forme di democrazia interna, ma che aspirano a sottrarre il locale al suo imprigionamento nelle spire della globalizzazione – in cui non può che comportarsi da «glocale» –, trasferendo il ruolo degli enti territoriali tradizionali «dal governo dei servizi al governo dello sviluppo», collaborando ad attivare «utopie concrete» in direzione di una riappropriazione e rivitalizzazione del «territorio», secondo la vocazione particolare di ciascun «luogo»⁵⁶.

In questo ambito la storiografia giuridica ha ancora da dire molto. La comprensibile disillusione e il relativo disincanto sul tema statutario, anche se, in realtà, non sono mai mancati studi accurati nel solco di una profonda tradizione disciplinare⁵⁷, giun-

⁵⁵ Cfr. POGGI, A. Introduzione. In: **Il Piemonte delle Autonomie**. N. 1. S.l.: s.n., 2014, p. 3-7; CIARLO, P., PITRUZZELLA, G. Monocameralismo: unificare le due camere in un unico Parlamento della Repubblica. In: **Il Piemonte delle Autonomie**. N. 1. S.l.: s.n., 2014, p. 8-10; DOGLIANI, M. Appunto sulla possibile riforma del Senato: una seconda Camera, non una Camera secondaria. In: **Il Piemonte delle Autonomie**. N. 1. S.l.: s.n., 2014, p. 11-13; VIOLINI, L. *Le prospettive di riforma del bicameralismo italiano*. In: **Il Piemonte delle Autonomie**. N. 1. S.l.: s.n., 2014, p. 14-21; *Dossier di documentazione e approfondimento. Le province e la riforma del sistema bicamerale*, In: **Il Piemonte delle Autonomie**. N. 1. S.l.: s.n., 2014, p. 81-84; LUTHER, J. *Il bicameralismo si supera se si reinventa (ma anche se si rottama)*. In: **Il Piemonte delle Autonomie**. N. 1. S.l.: s.n., 2014, p. 22-36.

⁵⁶ Cfr. ALLEGRETTI, U. La pubblica amministrazione e il sistema delle autonomie. In: FIORAVANTI, M. (cur.). **Il valore della Costituzione. L'esperienza della democrazia repubblicana**. Roma-Bari: Laterza 2009, p. 157-158, che argomenta le sue tesi anche in merito agli spunti forniti dall'urbanista Alberto Magnaghi.

⁵⁷ Per qualche esempio sulle diverse direzioni intraprese dalla storiografia giuridica negli ultimi anni, cfr. ASCHERI, M. Famiglia, potere e legislazione nelle città-Stato 'popolari' (secc. XIII-XIV). In: PAGLIANTINI, S., QUADRÌ, E., SINESIO, D. (curr.). **Scritti in onore di Marco Comporti**. vol. I. Milano: Giuffrè, 2008, p. 71-86; ASCHERI, M. La pace negli statuti dei Comuni toscani: una introduzione. In: COLLI, V., CONTE, E. (curr.). **Iuris Historia. Liber Amicorum Gero Dolezalek**. Berkeley: Robbins Collection, 2008, p. 73-87; ASCHERI, M. Statutory Law of Italian Cities from Middle Ages to Early Modern. In: DROSSBACH, G. (cur.). **Von der Ordnung zur Norm: Statuten in Mittelalter und Früher Neuzeit**. Paderborn: F. Schöningh, 2010, p. 201-216; ASCHERI, M. Agli albori della primavera statutaria. In: CONTE, E., MIGLIO, M. (curr.), **Il diritto per la storia: gli studi storico giuridici nella ricerca medievistica**. Roma: Istituto Storico Italiano per il Medio Evo, 2010, pp. 19-23; ASCHERI, M. Siena nel 1310: la giustizia s'offende et la verità si cela. **Mélanges de l'École française de Rome - Moyen Âge** [Online], 126-2|2014, Messo online il 06 agosto 2014, consultato il 02 ottobre 2014. URL: <http://mefrm.revues.org/2122>; BAMBI, F. «Alle origini del volgare del diritto. La lingua degli statuti di Toscana tra XII e XIV secolo», **Mélanges de l'École française de Rome - Moyen Âge** [Online], 126-2|2014, Messo online il 06 agosto 2014, consultato il 02 ottobre 2014. URL: <http://mefrm.revues.org/2112>; STORTI, C. Gli statuti tra autonomie e centralizzazioni nel medioevo. In: CONTE, E., MIGLIO, M. (curr.), **Il diritto per la storia: gli studi storico giuridici nella ricerca medievistica**. Roma: Istituto Storico Italiano per il Medio Evo, 2010, pp. 35-52; ASCHERI, M., DANI, A. **La mezzadria nelle terre di Siena e Grosseto**: dal medioevo all'età contemporanea. Siena: Pascal, 2011; DANI, A. **Le risorse naturali come beni comuni**. Arcidosso: Effigi, 2013; DANI, A. Il concetto giuridico di "beni comuni" tra passato e presente. In: *Historia et ius* [www.historiaetius.eu], 6 (2014), paper 7, pp. 1-48; DANI, A., RONDONI, A. (curr.). **Chianciano e i suoi statuti in età moderna**: una comunità federata dello Stato di Siena, introduzione di M. Ascheri. Monteriggioni: Il Leccio, 2014; FIORAVANTI, M. Costituzionalismo dei beni comuni. In: *Storica*, 19, 2013, pp. 103-137; FIORAVANTI, M. Diritto alla città e azione popolare, (a proposito di Paolo Maddalena, Il territorio bene comune degli Italiani. Proprietà collettiva, proprietà privata e interesse pubblico, Introduzione

gono alla fine di una stagione politica e giuridica che, oltre ai motivi tratteggiati, si è caratterizzata anche per la pigrizia di alcuni amministratori locali, avvezzi a seguire pedissequamente le linee guida della modulistica ministeriale, nella stesura delle normative cittadine, invece di ricercare soluzioni originali, nei limiti prefissati dall'ordinamento giuridico, tramite il confronto con il mondo accademico. Le recenti scelte politiche e normative di promozione dell'Unione dei Comuni e delle Città metropolitane⁵⁸, invece, hanno bisogno dell'autorevolezza dell'analisi comparativa sulle "aree statutarie" per il disvelamento del radicamento identitario che collega zone geograficamente ben definite, per cultura e tradizione storico-giuridica, sociale ed economica, e si impone per la difesa del territorio e, quindi, per la soluzione di conflitti identitari e ambientali.

Non è un caso, che nel 2014 i curatori dei «Quaderni Fiorentini» abbiano avvertito il bisogno di dedicare l'intero numero 43 della rivista al tema dell'«Autonomia. Unità e pluralità nel sapere giuridico fra Otto e Novecento», al fine di verificare in

che modo la parola 'autonomia' si è collocata nel divenire del linguaggio giuridico dei secoli XIX e XX? Quale ruolo ha giocato nel discorso dei giuristi? Com'è stata riscoperta, utilizzata, trasformata, levigata, dal sapere giuridico per rappresentare l'ordine, il rapporto fra le parti e il tutto, tra pluralità e unità?... Più che l'indefinibilità dell'etimo, a conferire polisemia a 'autonomia' è la sua disponibilità a rinascere e ad assumere funzioni diverse, a si può dire con Michel Foucault moltiplicarsi e disperdersi: ora si piega docile entro una gerarchia, graduata e subordinata a un'unità vincolante, a un sistema di regole e confini; ora invece si sottrae a degradazioni e subordinazioni, rifiutando perfino un riconoscimento proveniente dall'estero... Non s'intende, dunque, ricercare l'originaria purezza della parola per verificare se, e come, è stata falsata e tradita, ma seguirne l'esistenza nel sapere dei giuristi, nel modo di fissare nessi tra unità e pluralità, e nel farsi delle pratiche istituzionali nei diversi momenti storici⁵⁹.

di Salvatore Settis, Roma, Donzelli, 2014). In: **Historia et ius** [www.historiaetius.eu], 5 (2014), paper 18, pp. 1-5; ANNICHINI, A. Legnani. **Il paradigma della giustizia locale in una terra emiliana**: gli statuti di San Felice sul Panaro del 1464. In: **Historia et ius** [www.historiaetius.eu], 2 (2012), paper 3, pp. 1-28; MAZZANTI, G. Rileggendo gli Statuti di Gemonia nel Friuli. In: **Historia et ius** [www.historiaetius.eu], 1 (2012), paper 6, pp. 1-16; STANCO, G. **Gli statuti di Ariano. Diritto municipale e identità urbana tra Campania e Puglia**, cit.; GAMBA, C. **Comunità e statuti della provincia romana**. Roma: Aracne, 2012; EDIGATI, D., TANZINI, L. **Ad statutum florentinum. Egesi statutaria e cultura giuridica nella Toscana medievale e moderna**. Pisa: Ets, 2009.

⁵⁸ Cfr. FIORILLO, F., ROBOTTI, L. (curr.). **L'unione dei comuni. Teoria economica ed esperienze concrete. Milano: F. Angeli, 2006; Dall'unione alla fusione dei comuni**. Rimini: Maggioli, 2012; COMINI, I., MOI, F. Le città metropolitane nella riforma "Delrio". In: **Il Piemonte delle Autonomie**, 1 (2014), n. 3, pp. 57-70.

⁵⁹ CAZZETTA, G. Pagina introduttiva. Autonomia: per un'archeologia del sapere giuridico fra Otto e Novecento. In: **Quaderni Fiorentini**, 43, vol. I, 2014, pp. 1-2; Cfr. anche SORDI, B. **Selfgovernment, Selbstverwaltung, autarchia: fondali inglesi per scenografie continentali**, in «Quaderni Fiorentini», 43 (2014), vol. I, pp. 135-163; OLIVETTI, M. L'autonomia statutaria tra omogeneità e differenziazione, in L'affermazione dell'autonomia-Federalismo, Unità, Regioni. Atti del convegno (Torino, 13 maggio 2011). In: **Il Piemonte delle Autonomie**, 1 (2014), n. 1, pp. 38-51; PASTORI, G. **Le autonomie territoriali nell'ordinamento repubblicano, in L'affermazione dell'autonomia**, cit., pp. 52-60. Per una storia semantica di 'autonomia' cfr. MANNORI, L. Autonomia. Tracciato di un lemma nel vocabolario amministrativo italiano dal Settecento alla Costituente. In: **L'affermazione**

In attesa dell'esplicazione del programma di riforme avviato da alcuni decenni in Italia, troppo spesso ondivago sui temi del federalismo fiscale, demaniale, municipale, regionale⁶⁰, e della verifica dell'effettivo grado di incisività nel supportare le attese trasformazioni strutturali, appare proficuo concludere con le considerazioni espresse nel 1945 dallo storico e federalista, Gaetano Salvemini:

Da quel tanto che arriva qui in America di quanto si pubblica oggi in Italia, ho l'impressione che ben pochi in Italia si interessino di questa materia [federalismo]. Tutti si dicono rivoluzionari e tutti sono conservatori. Tutti dicono male del governo, come tutti ne dicevano male anche quando si stava meglio e quando si stava peggio. Ma invece di domandare al «governo», cioè ai padreterni di Roma, che non si occupi di affari che non lo riguardano, tutti domandano qualcosa al governo. Naturalmente il governo dà quel che solamente può dare: moneta cartacea che aggrava l'inflazione, e burocrati che contribuiscono alla inflazione coi loro stipendi e per giunta paralizzano le iniziative private usurpando per sé funzioni che dovrebbero essere lasciate ai privati. Si grida contro la burocrazia e nello stesso tempo si accettano, anzi si domandano, governatori al di sopra dei prefetti, cioè nuove ruote burocratiche, per la Sicilia e la Sardegna, come se un superprefetto possa dare alla Sardegna e alla Sicilia quel che egli stesso non ha. È la storia delle quattro guardie che guardano le due guardie che guardano la guardia che guarda la figlia del re⁶¹.

dell'autonomia, cit., pp. 26-37; MANNORI, L. 'Autonomia' Fortuna di un lemma nel vocabolario delle libertà locali tra Francia ed Italia. In: **Quaderni Fiorentini**, 43 (2014), vol. I, pp. 65-134; COSTA, Pietro. Così lontano, così vicino: il Comune medievale e la sua 'autonomia'. In: **Quaderni Fiorentini**, 43 (2014), vol. II, pp. 689-782. «Nel momento in cui 'allontaniamo' il Comune medievale per sottrarlo dal cono d'ombra della moderna statualità, non possiamo comunque evitare di interrogarlo a partire dal nostro orizzonte ermeneutico (post statutale e, se si vuole, post moderno) e rendiamo quindi, di nuovo, problematica la sua 'alterità'. Lo 'allontaniamo' per cogliere la sua originale forma di vita e assumiamo al contempo la lontananza ad esso restituita come l'orizzonte entro il quale la rappresentazione del passato diviene un momento della nostra autocomprensione» (Ivi, p. 782). Per qualche breve riflessione mi permetto di rinviare a STANCO, G. Le prospettive del policentrismo in Italia. Radici e costruzioni identitarie tra storiografia e dottrina giuridica. In: **A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, n. 49, 2012, pp. 67-108.

⁶⁰ Cfr. TREMONTI, G., VITALETI, G. **Il federalismo fiscale. Autonomia municipale e solidarietà sociale**. Roma-Bari: Laterza, 1994; GIARDA, P. **Regioni e federalismo fiscale**. Bologna: il Mulino, 1995; BORDIGNON, M. (cur.). **Federalismo fiscale. Proposta per un modello italiano**, Milano: F. Angeli, 1996; JANZ, O., SCHIERA P., SIEGRIST, H. (curr.). **Centralismo e federalismo tra Ottocento e Novecento. Italia e Germania a confronto**. Bologna: il Mulino, 1997; PICA, F. **Del federalismo fiscale in Italia. Scritti sul tema dal 1994 al 2003**. Napoli: Grimaldi, 2004; ANTONINI, L. (cur.). **Verso un nuovo federalismo fiscale**. Milano: Giuffrè, 2005; AMATUCCI, F., SAN LUCA, G. Clemente di. (curr.). **I principi costituzionali e comunitari del federalismo fiscale**. Torino: Giappichelli, 2008; GIARDA, P. **La favola del federalismo fiscale**. Milano: Università cattolica del Sacro Cuore, 2009; FERRARI, G.F. (cur.). **Federalismo, sistema fiscale, autonomie. Modelli giuridici comparati**. Roma: Donzelli, 2010; RUFFINI, E.M. **Federalismo fiscale: la grande illusione**. Milano: pref. di V. Visco, Novecento media, 2010; PEZZANI, F., PREITE, D. **L'attuazione del federalismo fiscale: quale autonomia finanziaria?** Milano: Egea, 2011; URICCHIO, A. (cur.). **I percorsi del federalismo fiscale**. Bari: Cacucci, 2012; GAMBINO, S. (cur.). **Il federalismo fiscale in Europa**. Milano: Giuffrè, 2014.

⁶¹ SALVEMINI, G. **Federalismo, regionalismo, autonomismo** [1945], In: SALVEMINI, G. **Scritti sulla questione meridionale (1896-1955)**. Torino: Einaudi, 1955, doc. LVII, p. 595.

3. RIFERIMENTI

ALBINI, G. (cur.). **Bibliografia statutaria italiana**: 1985-1995, vol. I. Biblioteca del Senato della Repubblica. Roma: Centro di Studi sulla Civiltà del tardo Medioevo di San Miniato, Comitato per gli Studi e le Edizioni delle Fonti normative, 1998.

ALIANELLI, N. **Delle antiche consuetudini e leggi marittime delle provincie napoletane**. Napoli: De Angelis, 1871.

ALIANELLI, N. **Delle consuetudini e degli statuti municipali delle provincie napoletane**. Napoli: Rocco, 1873.

ALLEGRETTI, U. La pubblica amministrazione e il sistema delle autonomie. In: FIORAVANTI, M. (cur.). **Il valore della Costituzione. L'esperienza della democrazia repubblicana**. Roma-Bari: Laterza 2009.

AMATUCCI, F., SAN LUCA, G. Clemente di. (curr.). **I principi costituzionali e comunitari del federalismo fiscale**. Torino: Giappichelli, 2008.

ANGIOLINI, E. (cur.). **Bibliografia statutaria italiana**: 1996-2005. vol. II. Biblioteca del Senato della Repubblica. Roma: Comitato per gli Studi e le Edizioni delle Fonti normative, 2009.

ANNICHINI, A. Legnani. **Il paradigma della giustizia locale in una terra emiliana**: gli statuti di San Felice sul Panaro del 1464. In: **Historia et ius** [www.historiaetius.eu], 2, 2012.

ANTONINI, L. (cur.). **Verso un nuovo federalismo fiscale**. Milano: Giuffrè, 2005.

ASCHERI, M. Agli albori della primavera statutaria. In: CONTE, E., MIGLIO, M. (curr.), **Il diritto per la storia: gli studi storico giuridici nella ricerca medievistica**. Roma: Istituto Storico Italiano per il Medio Evo, 2010.

ASCHERI, M. Famiglia, potere e legislazione nelle città-Stato 'popolari' (secc. XIII.-XIV). In: PAGLIANTINI, S., QUADRI, E., SINESIO, D. (curr.). **Scritti in onore di Marco Comporti**. vol. I. Milano: Giuffrè, 2008.

ASCHERI, M. Introduzione. Gli statuti: un nuovo interesse per una fonte di complessa tipologia. In: BULGARELLI, G. Pierangeli-S. (cur.). **Biblioteca del Senato della Repubblica, Catalogo della raccolta di statuti, consuetudini, leggi, decreti, ordini e privilegi dei comuni, delle associazioni e degli enti locali italiani dal medioevo alla fine del secolo XVIII**. VII: S. Firenze: La Nuova Italia, 1990.

ASCHERI, M. La pace negli statuti dei Comuni toscani: una introduzione. In: COLLI, V., CONTE, E. (curr.). **Iuris Historia. Liber Amicorum Gero Dolezalek**. Berkeley: Robbins Collection, 2008.

ASCHERI, M. **Le città-Stato**. Bologna: Il Mulino, 2006.

ASCHERI, M. Législation et coutumes dans les villes italiennes et leur 'contado' (XIIe-XIVe siècles). In: MOUSNIER, M., POUMARÈDE, J. (cur.). **La coutume au village dans l'Europe médiévale et modern**. Toulouse: Presses Universitaires du Mirail, 2001.

ASCHERI, M. Législation italienne du bas moyen âge: le cas de Sienne (ca. 1200-1545). In: BOUSMAR, J.-M. Cauchies-E. (cur.). **Faire bans, edictz et statuz: légiférer dans la ville médiévale. Sources, objets et acteurs de l'activité législative communale en Occident, ca. 1200-1550. Actes du colloque international** (Bruxelles, 17-20 novembre 1999). Bruxelles: Publications des Facultés universitaires Saint-Luis, 2001.

ASCHERI, M. Lo straniero nella legislazione e nella letteratura giuridica del Tre-Quattrocento: un primo approccio. In: **Rivista di Storia del diritto italiano**. 60. S.l.: s.n., 1987.

ASCHERI, M. Lo straniero: aspetti della problematica giuridica. In: ROSSETTI, G. (cur.). **Dentro la città. Stranieri e realtà urbane nell'Europa dei secoli XII-XVI**. Napoli: Liguori, 1999.

ASCHERI, M. **Siena e la città-stato del Medioevo italiano**. Siena: Betti, 2003.

ASCHERI, M. Siena nel 1310: «la giustitia s'offende et la verità si cela. **Mélanges de l'École française de Rome - Moyen Âge** [Online], 126-2|2014. Messo online il 06 agosto 2014, consultato il 02 ottobre 2014. URL: <http://mefrm.revues.org/2122>.

ASCHERI, M. Statuti e consuetudini tra storia e storiografia. In: DONDARINI, G.M.; VARANINI, M. Venticelli (cur.). **Signori regimi signorili e statuti nel tardo Medioevo. VII Convegno del Comitato Italiano per gli Studi e le Edizioni delle Fonti Normative (Ferrara, 5-7 ottobre 2000)**. Bologna: Pàtron, 2003.

ASCHERI, M. Statutory Law of Italian Cities from Middle Ages to Early Modern. In: DROSSBACH, G. (cur.). **Von der Ordnung zur Norm: Statuten in Mittelalter und Früher Neuzeit**. Paderborn: F. Schöningh, 2010.

ASCHERI, M. Un'altra cittadinanza: nei privilegi e nella fedeltà pre-comunali. In: PRODI, P. (cur.). **La fiducia secondo i linguaggi del potere**. Bologna: Il Mulino, 2007.

ASCHERI, M., DANI, A. **La mezzadria nelle terre di Siena e Grosseto: dal medioevo all'età contemporanea**. Siena: Pascal, 2011.

BAMBI, F. Alle origini del volgare del diritto. La lingua degli statuti di Toscana tra XII e XIV secolo. **Mélanges de l'École française de Rome - Moyen Âge** [Online], 126-2|2014, Messo online il 06 agosto 2014, consultato il 02 ottobre 2014. URL: <http://mefrm.revues.org/2112>.

BIANCIARDI, P., OTTAVIANI, M.G. Nico. (cur.). **Repertorio degli statuti comunali umbri**. Spoleto: Centro Italiano di Studi sull'Alto Medioevo, 1992.

BIROCCHI, I., CORTESE, E., MATTONE, A., MILETTI, M.N. **Dizionario Biografico dei Giuristi Italiani (XII – XX secolo)**. Vol II. Bologna: Il Mulino, 2013.

BORDIGNON, M. (cur.). **Federalismo fiscale. Proposta per un modello italiano**. Milano: F. Angeli, 1996.

BRACCIA, R. **Diritto della città diritto del contado. Autonomie politiche e autonomie normative di un distretto cittadino**. Milano: Giuffrè, 2004.

BRACCIA, R. Processi imitativi e circolazione dei testi statutari: il ponente ligure. In: **Studi in onore di Franca De Marini Avonzo**. Torino, Giappichelli, 1999.

BUCHANAN, A. **Secessione. Quando e perché un paese ha il diritto di dividersi**, presentazione di G. Miglio, A. Milano: Mondadori, 1994.

BUSSOLETTI, A. Autonomia e federalismo tra diritto e scienza politica: il pensiero di Gianfranco Miglio. In: **Quaderni Fiorentini**. vol. I 43. Firenze: s.n., 2014.

CALASSO, F. La città nell'Italia meridionale dal sec. IX al XI [1959]. In: **Annali di storia del diritto**, 9. S.I.: s.n., 1965.

CALASSO, F. **Gli ordinamenti giuridici del rinascimento medievale**. Milano: Giuffrè, 1949.

CALASSO, F. La «dottrina degli statuti» per l'Italia meridionale [1928]. In: **Annali di storia del diritto**, 9. S.I.: s.n., 1965.

CALASSO, F. La città nell'Italia meridionale durante l'età normanna [1959], in **Annali di storia del diritto**, 9. S.I.: s.n., 1965.

CALASSO, F. **La legislazione statutaria dell'Italia meridionale, parte prima**. Roma: Signorelli, 1929.

CARABELLESE, F. **Il Comune pugliese durante la monarchia normanno-sveva**. Bari: Vecchi, 1924.

CARABELLESE, F. **L'Apulia e il suo Comune nell'alto Medio Evo**. Bari: Vecchi, 1905.

CARAVALE, M. La legislazione statutaria dell'Italia meridionale e della Sicilia. In: CARAVALE, M. **La monarchia meridionale. Istituzioni e dottrina giuridica dai Normanni ai Borboni**. Roma-Bari: s.n, 1998.

CARAVALE, M. **Ordinamenti giuridici dell'Europa medievale**. Bologna: Il Mulino, 1994.

CASANA, P. **Gli statuti di Vernante e il diritto locale della Contea di Tenda, Società per gli studi Storici**. Cuneo: Archeologici ed Artistici della provincia di Cuneo, 2000.

CASSANDRO, G. Il Comune meridionale nell'età aragonese. In: CASSANDRO, G. **Lex cum moribus. Saggi di metodo e di Storia giuridica meridionale**, pref. di M. Caravale, pres. di A. Campitelli, vol. I. Bari: Cacucci, 1994.

CASSESE, S. **La crisi dello Stato**. Roma-Bari: Laterza, 2002.

CASSESE, S. **Lo spazio giuridico globale**. Roma-Bari: Laterza, 2003.

CASSESE, S. **Lo Stato introvabile. Modernità e arretratezza delle istituzioni italiane**. Roma: Donzelli, 1998.

CASSESE, S., CONTICELLI, M. (curr.), **Diritto e amministrazioni nello spazio giuridico globale**. Milano: Giuffrè, 2006.

CASSI, A. (cur.). **Ai margini della civitas: figure giuridiche dell'altro fra Medioevo e futuro**. Soveria Mannelli: Rubbettino, 2013.

CAZZETTA, G. Pagina introduttiva. Autonomia: per un'archeologia del sapere giuridico fra Otto e Novecento. In: **Quaderni Fiorentini**, 43, vol I, 2014.

CERNIGLIARO, A. Civitas et insula de Yscla. Un centro marinaro tra Aragonesi e Asburgo. In: **Studi Veneziani**, 52. S.l.: s.n., 2006.

CERNIGLIARO, A. Dall'età dei diritti all'età dei doveri: la dissoluzione della soggettività nelle ragioni complessive dell'umanità. In: LORUSSO, S. (cur.). **Costituzione e ordinamento giuridico**. Convegno per il decennale della Facoltà di Giurisprudenza (Foggia, 24-25 novembre 2006). Milano: Giuffrè, 2009.

CHECCHINI, A. Pressupposti giuridici dell'evoluzione storica dalla «bartoliana» teoria degli statuti al moderno diritto internazionale. In: SEGOLONI, D. (cur.), **Bartolo da Sassoferrato. Studi e documenti per il VI centenario**, vol. II. Milano: Giuffrè, 1962.

CHIEFFI, L. (cur.). **Regioni e dinamiche di integrazione europea**. Torino: Giappichelli, 2003.

CHIODI, G. Tra la civitas e il comitatus: i suburbi nella dottrina di diritto comune. In: GALLINA, M. Antico. (cur.). *Dal suburbium al faubourg: evoluzione di una realtà urbana*. Milano: Edizioni Et, 2000.

CHITTOLINI, G. **Città, comunità e feudi negli stati dell'Italia centro-settentrionale (secoli XIV-XVI)**. Milano: Unicopli, 1996.

CHITTOLINI, G., JOHANEK, P. (curr.), **Aspetti e componenti dell'identità urbana in Italia e in Germania (secoli XIV-XVI)**. Bologna: il Mulino, 2003.

CIARLO, P., PITRUZZELLA, G. Monocameralismo: unificare le due camere in un unico Parlamento della Repubblica. In: **Il Piemonte delle Autonomie**. n. 1. S.l.: s.n., 2014.

COMINI, I., MOI, F. Le città metropolitane nella riforma "Delrio". In: **Il Piemonte delle Autonomie**, 1, 2014.

CORRAO, P. Centri e periferie nelle monarchie meridionali del tardo medioevo. Note sul caso siciliano. In: CHITTOLINI, G., MOLHO, A., SCHIERA, P. (curr.), **Origini dello Stato. Processi di formazione statale in Italia fra medioevo ed età moderna**. Convegno storico (University of Chicago, 26-29 aprile 1993). Bologna: il Mulino, 1994.

CORRAO, P. Città e normativa cittadina nell'Italia meridionale e in Sicilia nel medioevo: un problema storiografico da riformulare. In: DONDARINI, R. (cur.). **La libertà di decidere. Realtà e parvenze di autonomia nella normativa locale del Medioevo**, Atti del Convegno (Cento, 6-7 maggio 1993). Cento: Deputazione provinciale ferrarese di storia patria, 1995.

CORRAO, P. La difficile identità delle città siciliane. In: CHITTOLINI, G., JOHANEK, P. (curr.), **Aspetti e componenti dell'identità urbana in Italia e in Germania (secoli XIV-XVI)**. Bologna: il Mulino, 2003.

COSTA, Pietro. *Civitas, respublica, corpus. Immagini dell'ordine e dell'appartenenza fra 'antico' e 'moderno'*. In: CARILLO, G. (cur.). **Unità e disunione della polis**. Avellino: Elio Sellino, 2007.

COSTA, Pietro. *Civitas*. **Storia della cittadinanza in Europa. 1. Dalla civiltà comunale al Settecento**. Roma-Bari: Laterza, 1999.

COSTA, Pietro. *Così lontano, così vicino: il Comune medievale e la sua 'autonomia'*. In: Quaderni Fiorentini, 43, vol II, 2014.

DANI, A. **Il processo per danni dati nello Stato della Chiesa, secoli XVI-XVIII**. Bologna: Monduzzi, 2006.

DANI, A. **Le risorse naturali come beni comuni**. Arcidosso: Effigi, 2013.

DANI, A. Il concetto giuridico di "beni comuni" tra passato e presente. In: **Historia et ius** [www.historiaetius.eu], 6, 2014.

DANI, A. **Usi civici nello Stato di Siena di età medicea**. Bologna: pref. di D. Quaglion, Monduzzi, 2003.

DANI, A., RONDONI, A. (curr.). **Chianciano e i suoi statuti in età moderna: una comunità federata dello Stato di Siena**, introduzione di M. Ascheri. Monteriggioni: Il Leccio, 2014.

DE CHIARA, A. La funzione normativa della Regione e degli enti locali. In: SAN LUCA, G. Clemente di. (cur.). **Comuni e funzione amministrativa**. Torino: Giappichelli, 2007.

DE MARTIN, G.C. Il processo di riassetto dei ruoli istituzionali dello Stato, delle regioni e degli enti locali. In: SALA, G. **Sui caratteri dell'amministrazione comunale e provinciale dopo la riforma del Titolo V della Costituzione**, in *Studi in onore di Giorgio Berti*. vol. II. Napoli: Jovene, 2005.

DE PASQUALE, P. **Il principio di sussidiarietà nell'ordinamento comunitario**. Napoli: Editoriale Scientifica, 1996.

DELILLE, G. Governo locale e identità urbana: il caso italiano in una prospettiva europea. In: CHACÓN, F., VISCEGLIA, M.A., MURGIA, G., TORE, G. (curr.). **Spagna e Italia in Età moderna: storiografie a confronto. Primo Incontro Internazionale. Identità mediterranee**: Spagna e Italia in una prospettiva comparativa (secoli XVI-XVIII). Roma: Viella, 2009.

DI FOLCO, M. **La garanzia costituzionale del potere normativo locale. Statuti e regolamenti locali nel sistema delle fonti tra tradizione e innovazione costituzionale**. Padova: Cedam, 2007.

DI GENIO, G. **Ordinamento europeo e fonti di autonomia locale**. Napoli: Edizioni scientifiche italiane, 2000.

DOGLIANI, M. Appunto sulla possibile riforma del Senato: una seconda Camera, non una Camera secondaria. In: **Il Piemonte delle Autonomie**. N. 1. S.I.: s.n., 2014.

EDIGATI, D., TANZINI, L. **Ad statutum florentinum. Esegesi statutaria e cultura giuridica nella Toscana medievale e moderna**. Pisa: Ets, 2009.

FARAGLIA, N.F. **Il comune nell'Italia meridionale (1110-1806)**. Napoli: Tip. della Regia Università, 1883.

FERRARESE, M.R. **La governance tra politica e diritto**. Bologna: il Mulino, 2010.

FERRARESE, M.R. **Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale**. Bologna: il Mulino, 2000.

FERRARI, G.F. (cur.). **Federalismo, sistema fiscale, autonomie. Modelli giuridici comparati**. Roma: Donzelli, 2010.

FIORAVANTI, M. Costituzionalismo dei beni comuni. In: **Storica**, 19, 2013.

FIORAVANTI, M. Diritto alla città e azione popolare, (a proposito di Paolo Maddalena, Il territorio bene comune degli Italiani. Proprietà collettiva, proprietà privata e interesse pubblico, Introduzione di Salvatore Settis, Roma, Donzelli, 2014). In: **Historia et ius** [www.historiaetius.eu], 5, 2014.

FIORILLO, F., ROBOTTI, L. (curr.). **Dall'unione alla fusione dei comuni**. Rimini: Maggioli, 2012.

FIORILLO, F., ROBOTTI, L. (curr.). **L'unione dei comuni. Teoria economica ed esperienze concrete**. Milano: F. Angeli, 2006.

GALASSO, G. **Dal comune medievale all'unità. Linee di storia meridionale**. Bari: Laterza, 1969.

GALASSO, G. Sovrani e città nel Mezzogiorno tardo-medievale. In: GENSINI, S. (cur.). **Principi e città alla fine del Medioevo**. Pisa: Pacini, 1996.

GALASSO, G. (cur.). **Alle origini del dualismo italiano. Regno di Sicilia e Italia centro-settentrionale dagli Altavilla agli Angiò (1100-1350)**. Atti del Convegno internazionale di studi (Ariano Irpino, 12-14 settembre 2011). Soveria Mannelli: Rubbettino, 2014.

GALASSO, G. Il Regno di Napoli. Il Mezzogiorno angioino e aragonese (1266-1494). In: GALASSO, G. (cur.), **Storia d'Italia**. vol. XV/1. Torino: s.n., 1992.

GAMBA, C. **Comunità e statuti della provincia romana**. Roma: Aracne, 2012.

GAMBINO, S. Regioni e autonomie locali nella riforma del Titolo V della Costituzione. In: **Scritti in memoria di Livio Paladin**, vol. II. Napoli: Jovene, 2004.

GAMBINO, S. (cur.). **Il federalismo fiscale in Europa**. Milano: Giuffrè, 2014.

GAUDIOSO, M. **Natura giuridica delle autonomie cittadine nel "Regnum Siciliae"**. Catania: Casa del libro, 1952.

GIARDA, P. **La favola del federalismo fiscale**. Milano: Università cattolica del Sacro Cuore, 2009.

GIARDA, P. **Regioni e federalismo fiscale**. Bologna: il Mulino, 1995.

GROPPI, T., OLIVETTI, M. (curr.). **La Repubblica delle autonomie. Regioni ed enti locali nel nuovo titolo V**. Torino: Giappichelli, 2003.

Grossi, P. **Globalizzazione, diritto, scienza giuridica**. In: Il Foro Italiano. 127. S.I.: s.n., 2002.

GROSSI, Paolo. **L'ordine giuridico medievale**. Roma-Bari: Laterza, 1997.

GUARINI, E. Fasano. Centro e periferia, accentramento e particolarismi: dicotomia o sostanza degli Stati in età moderna? In: CHITTOLINI, G., MOLHO, A., SCHIERA, P. (curr.), **Origini dello Stato. Processi di formazione statale in Italia fra medioevo ed età moderna**. Convegno storico (University of Chicago, 26-29 aprile 1993). Bologna: il Mulino, 1994.

JANZ, O., SCHIERA P., SIEGRIST, H. (curr.). **Centralismo e federalismo tra Ottocento e Novecento. Italia e Germania a confronto**. Bologna: il Mulino, 1997.

LEO, P. De (cur.). **Il Mezzogiorno medievale nella storiografia del secondo dopoguerra**: risultati e prospettive. Atti del IV Convegno nazionale dell'Associazione dei medievisti italiani (Università di Calabria, 12-16 giugno 1982). Soveria Mannelli: Rubbettino, 1985.

LUTHER, J. **Il bicameralismo si supera se si reinventa (ma anche se si rottama)**. In: **Il Piemonte delle Autonomie**. N. 1. S.I.: s.n., 2014.

MANNORI, L. 'Autonomia' Fortuna di un lemma nel vocabolario delle libertà locali tra Francia ed Italia. In: **Quaderni Fiorentini**, 43, vol. I, 2014.

MANNORI, L. Autonomia. Tracciato di un lemma nel vocabolario amministrativo italiano dal Settecento alla Costituente. L'affermazione dell'autonomia-Federalismo, Unità, Regioni. Atti del convegno (Torino, 13 maggio 2011). In: **Il Piemonte delle Autonomie**, 1, 2014.

MANNORI, L. Dall'autonomia all'autoamministrazione: legicentrismo e comunità locali tra Sette e Ottocento, in **Diritto generale e diritti particolari nell'esperienza storica. Atti del Congresso internazionale della Società italiana di storia del diritto (Torino, 19-21 novembre 1998)**. Roma: Fondazione Sergio Mochi Onory, 2001.

MANNORI, L. Il «piccolo Stato» nel «grande Stato». Archetipi classici e processi di territorializzazione nell'Italia tardo medievale e proto moderna. In: GABBA, E., SCHIAVONE, A. (curr.). **Polis e piccolo Stato tra riflessione antica e pensiero moderno**. Atti delle Giornate di studio (Firenze, 21-22 febbraio 1997). Como: New press, 1999.

MARCHETTI, P. De iure finium: **Diritto e confini tra tardo medioevo ed età moderna**. Milano: Giuffrè, 2001.

MARENGHI, E.M. Lo statuto comunale: l'altro modo di essere dell'autonomia. In: SALA, G. **Sui caratteri dell'amministrazione comunale e provinciale dopo la riforma del Titolo V della Costituzione**, in **Studi in onore di Giorgio Berti**. vol. II. Napoli: Jovene, 2005.

MARINO, I. M. **Sulla funzione statutaria e regolamentare degli enti locali**, in Id., **Aspetti della recente evoluzione del diritto degli enti locali**. Palermo: Quattrosoli, 2002.

MAZZANTI, G. Rileggendo gli Statuti di Gemona nel Friuli. In: **Historia et ius** [www.historiaetius.eu], 1, 2012.

MECCARELLI, M.. Statuti, «potestas statuendi» e «arbitrium»: la tipicità cittadina nel sistema giuridico medievale. In: MENESTÒ, E. (cur.). *Gli statuti delle città: l'esempio di Ascoli nel secolo XIV*. Atti del Convegno di studio (Ascoli Piceno, 8-9 maggio 1998). Spoleto: Centro Italiano di Studi sull'Alto Medioevo, 1999.

MENESTÒ, E. (cur.). **Gli statuti comunali umbri. Atti del Convegno di Studi svoltosi in occasione del VII centenario della promulgazione dello Statuto comunale di Spoleto (Spoleto 8-9 novembre 1996)**. Spoleto: Centro Italiano di Studi sull'Alto Medioevo, 1997.

MIGLIO, G. **Federalismo e secessione. Un dialogo** (con A. Barbera). Milano: Mondadori, 1997.

MIGLIO, G. **Per un'Italia federale**. Milano: Il Sole 24 ore, 1990.

MILETTI, M.N. Ermeneutica del Ius Municipale nella giurisprudenza napoletana d'età moderna. In: STORTI, C. (cur.). **Il ragionamento analogico. Profili storico-giuridici**. Napoli: Jovene, 2010.

MILETTI, M.N. Peregrini in patria. Percezioni del ius regni nella giurisprudenza napoletana d'età moderna. In I. BIROCCHI, I., MATTONE, A. (curr.). **Il diritto patrio tra diritto comune e codificazione (secoli XVI-XIX)**. Atti del convegno internazionale (Alghero, 4-6 novembre 2004). Roma: Viella, 2006.

MONACO, F. Roversi (cur.). **Sussidiarietà e Pubbliche Amministrazioni**. Atti del Convegno (Bologna, 25-26 settembre 1995). Rimini: Maggioli, 1997.

MONTORZI, M. **Giustizia in contado. Studi sull'esercizio della giurisdizione nel territorio pontederese e pisano in età moderna**. Pisa: Edifir, 1997.

MUSI, A. (cur.). **Le città del Mezzogiorno nell'Età moderna**. Napoli: Edizioni scientifiche italiane, 2000.

MUSI, A. Il Regno di Napoli dagli Spagnoli all'Unità. In: MUSI, A., VITOLO, G. (curr.). **Il Mezzogiorno prima della questione meridionale**. Firenze: Le Monnier, 2004.

OLIVETTI, M. L'autonomia statutaria tra omogeneità e differenziazione. L'affermazione dell'autonomia-Federalismo, Unità, Regioni. Atti del convegno (Torino, 13 maggio 2011). In: **Il Piemonte delle Autonomie**, 1, 2014.

OLIVETTI, M. Lo Stato policentrico delle autonomie (art. 114, 1° comma). In: GROPPI, T., OLIVETTI, M. (curr.). **La Repubblica delle autonomie. Regioni ed enti locali nel nuovo titolo V**. Torino: Giappichelli, 2003.

PAOLA, I. Pluricittadinanza, cittadinanza amministrativa e partecipazione all'attività dell'amministrazione. In: MANGANARO, F., TASSONE, A. Romano. (curr.), **Persona ed amministrazione. Privato, cittadino, utente e pubbliche amministrazioni**. Torino: Giappichelli, 2004.

PASCIUTA, B. Due falsi privilegi fredericiani su Corleone: la normativa cittadina e il paradigma della falsificazione. In: **Annali del Seminario giuridico dell'Università di Palermo**. 48. n. 2. Palermo: Università di Palermo, 2003.

PASTORI, G. **Le autonomie territoriali nell'ordinamento repubblicano**. L'affermazione dell'autonomia-Federalismo, Unità, Regioni. Atti del convegno (Torino, 13 maggio 2011). In: **Il Piemonte delle Autonomie**, 1, 2014.

PEZZANI, F., PREITE, D. **L'attuazione del federalismo fiscale**: quale autonomia finanziaria? Milano: Egea, 2011.

PICA, F. **Del federalismo fiscale in Italia. Scritti sul tema dal 1994 al 2003**. Napoli: Grimaldi, 2004.

PIERGIOVANNI, V. Lo statuto: lo specchio normativo delle identità cittadine. In BULGARELLI, S. (cur.). **Biblioteca del Senato della Repubblica, Gli statuti dei comuni e delle corporazioni in Italia nei secoli XIII-XVI**. Catalogo della mostra (8 novembre 1995-8 gennaio 1996). Roma: De Luca, 1995.

PIERGIOVANNI, V. Note per la storia degli statuti e delle autonomie locali. In MENESTÒ, E. (cur.). Gli statuti delle città: *l'esempio di Ascoli nel secolo XIV*. Atti del Convegno di studio (Ascoli Piceno, 8-9 maggio 1998). Spoleto: Centro Italiano di Studi sull'Alto Medioevo, 1999.

PINI, A.I. Dal comune città-stato al comune ente amministrativo. In: PINI, A.I. **Città, comuni e corporazioni nel medioevo italiano**. Bologna: Clueb, 1986.

PINTO, G. Ricordo di Antonio Ivan Pini. In: **Bullettino storico pistoiese**. CV. S.l.: s.n., 2003.

PIOGGIA, A., VANDELLI, L. (curr.). **La repubblica delle autonomie nella giurisprudenza costituzionale**: regioni ed enti locali dopo la riforma del titolo V. Bologna: il Mulino, 2006.

POGGI, A. Introduzione. In: **Il Piemonte delle Autonomie**. n. 1, 2014.

QUAGLIONI, D. Le radici teoriche della dottrina bartoliana della cittadinanza. In: QUAGLIONI, D. **'Civilis sapientia'. Dottrine giuridiche e dottrine politiche fra medioevo ed età moderna. Saggi per la storia del pensiero giuridico moderno**. Rimini: Maggioli, 1989.

QUAGLIONI, D. Legislazione statutaria e dottrina degli statuti nell'esperienza politica tardomedievale. In: **Statuti e ricerca storica**. Atti del Convegno (Ferentino, 11-13 marzo 1988). Ferentino: Comune di Ferentino, 1991.

QUAGLIONI, D. Un bilancio storiografico. In: DONDARINI, R.; VARANINI, G.M.; VENTICELLI, M. (cur.). **Signori regimi signorili e statuti nel tardo Medioevo. VII Convegno del Comitato Italiano per gli Studi e le Edizioni delle Fonti Normative (Ferrara, 5-7 ottobre 2000)**. Bologna: Pàtron, 2003.

RINELLA, A., COEN, L., SCARCIGLIA, R. **Sussidiarietà e ordinamenti costituzionali. Esperienze a confronto**. Padova: Cedam, 1999.

RIZZONI, G. La riforma del sistema delle autonomie nella XIII legislatura. In: GROPPi, T., OLIVETTI, M. (curr.). **La Repubblica delle autonomie. Regioni ed enti locali nel nuovo titolo V**. Torino: Giappichelli, 2003.

ROLLA, G. L'autonomia dei comuni e delle province. In: GROPPi, T., OLIVETTI, M. (curr.). **La Repubblica delle autonomie. Regioni ed enti locali nel nuovo titolo V**. Torino: Giappichelli, 2003.

ROMANELLI, R. Centralismo e autonomie. In: ROMANELLI, R. (cur.). **Storia dello Stato italiano dall'Unità a oggi**. Roma: Donzelli, 1995.

ROMANO, A. Definizione e codificazione dello ius commune siculum. In: BIROCCHI, I., MATTONE, A. (curr.). **Il diritto patrio tra diritto comune e codificazione (secoli XVI-XIX)**. Atti del convegno internazionale (Alghero, 4-6 novembre 2004). Roma: Viella, 2006.

ROMANO, A. Consuetudini, statuti e privilegi cittadini nella realtà giuridico-istituzionale del Regno di Sicilia. In: DÖLEMEYER, B. (cur.). **Das Privileg im europäischen Vergleich**. vol. 2. Frankfurt am Main: Heinz Mohnhaupt, 1999.

ROSBOCH, M. **Invalidità e statuti medievali**: Pisa, Bologna, Milano, Ivrea. Roma: Fondazione Sergio Mochi Onory per la Storia del diritto italiano, 2003.

RUFFINI, E.M. **Federalismo fiscale**: la grande illusione. Milano: pref. di V. Visco, Novecento media, 2010.

SALA, G. **Sui caratteri dell'amministrazione comunale e provinciale dopo la riforma del Titolo V della Costituzione, in Studi in onore di Giorgio Berti**. vol. III. Napoli: Jovene, 2005.

SALVEMINI, G. Federalismo, regionalismo, autonomismo. In: SALVEMINI, G. **Scritti sulla questione meridionale (1896-1955)**. Torino: Einaudi, 1955.

SAN LUCA, G. Clemente di. Introduzione. Titolarità ed esercizio della funzione amministrativa nel nuovo assetto del sistema autonomistico locale. In: SAN LUCA, G. Clemente di. (cur.). **Comuni e funzione amministrativa**. Torino: Giappichelli, 2007.

SANTARELLI, U. La normativa statutaria nel quadro dell'esperienza giuridica bassomedievale. In: **Diritto generale e diritti particolari nell'esperienza storica. Atti del Congresso internazionale della Società italiana di storia del diritto (Torino, 19-21 novembre 1998)**. Roma: Fondazione Sergio Mochi Onory, 2001.

SANTARELLI, U. Lo statuto «redivivo». In **Archivio storico italiano**. 151. S.I.: s.n., 1993.

SAVELLI, R. Gli statuti della Liguria. Problemi e prospettive di ricerca. In: **Società e Storia**, 21. S.I.: s.n, 1999.

SAVELLI, R. Scrivere lo statuto amministrare la giustizia organizzare il territorio. In: SAVELLI, R. (cur.). **Repertorio degli statuti della Liguria (secc. XII- XVIII)**. Genova: Società ligure di Storia Patria, 2003.

SBRICCOLI, M. Legislation, Justice and Political Power in Italian Cities, 1200-1400. In: SCHIOPPA, A. Padoa (cur.). **Legislation and Justice**. Oxford: Clarendon press, 1997.

SBRICCOLI, M. Conclusioni. In: MENESTÒ, E. (cur.). Gli statuti delle città: *l'esempio di Ascoli nel secolo XIV*. Atti del Convegno di studio (Ascoli Piceno, 8-9 maggio 1998). Spoleto: Centro Italiano di Studi sull'Alto Medioevo, 1999.

SBRICCOLI, M. **L'interpretazione dello statuto. Contributo allo studio della funzione dei giuristi nell'età comunale.** Milano: Giuffrè, 1969.

SENATORE, F. Gli archivi delle universitates meridionali: il caso di Capua ed alcune considerazioni generali. In: LANGELI, A. B., GIORGI, A., MOSCADELLI, S. (curr.). **Archivi e comunità tra Medioevo ed Età Moderna.** Siena: Ministero per i beni e le attività culturali, Direzione generale per gli archivi, 2009.

SERGI, G. La comparazione che cambia: le riletture comunali del Settentrione in una prospettiva italiana. In: SAITTA, B. (cur.). **Città e vita cittadina nei paesi dell'area mediterranea. Secoli XI-XV.** Atti del Convegno Internazionale in onore di Salvatore Tramontana (Adrano-Bronte-Catania-Palermo, 18-22 novembre 2003). Roma: Viella, 2006.

SIANO, A. De. **La funzione amministrativa degli enti locali. Attuazione del principio di sussidiarietà e adeguatezza delle risorse finanziarie allo svolgimento dei compiti.** In: SAN LUCA, G. Clemente di. (cur.). **Comuni e funzione amministrativa.** Torino: Giappichelli, 2007.

SORDI, B. Selfgovernment, Selbstverwaltung, autarchia: fondali inglesi per scenografie continentali. In: **Quaderni Fiorentini**, 43, vol I, 2014.

STADERINI, F. **Diritto degli enti locali.** Padova: Cedam, 2006.

STANCO, G. **Gli statuti di Ariano. Diritto municipale e identità urbana tra Campania e Puglia.** Ariano Irpino: Centro Europeo di Studi Normanni, 2012.

STANCO, G. Le prospettive del policentrismo in Italia Radici e costruzioni identitarie tra storiografia e dottrina giuridica. In: **A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, n. 49, 2012.

STORCHI, C. Storti. **Ricerche sulla condizione giuridica dello straniero in Italia dal tardo diritto comune all'età preunitaria. Aspetti civilistici.** Milano: Giuffrè, 1990.

STORCHI, C. Storti. **Scritti sugli statuti lombardi.** Milano: Giuffrè, 2007.

STORTI, C. Gli statuti tra autonomie e centralizzazioni nel medioevo. In: CONTE, E., MIGLIO, M. (curr.), **Il diritto per la storia: gli studi storico giuridici nella ricerca medievistica.** Roma: Istituto Storico Italiano per il Medio Evo, 2010.

TOCCI, G. **Le comunità in età moderna: problemi storiografici e prospettive di ricerca.** Roma: Carocci, 1997.

TREMONTI, G., VITALETTI, G. **Il federalismo fiscale. Autonomia municipale e solidarietà sociale.** Roma-Bari: Laterza, 1994.

TREPPO, M. Del. Medioevo e Mezzogiorno: appunti per un bilancio storiografico, proposte per un'interpretazione. In: Rossetti, G. (cur.). **Forme di potere e struttura sociale in Italia nel Medioevo.** Bologna: il Mulino, 1977.

TREPPPO, M. Del. Stranieri nel regno di Napoli. Le élites finanziarie e la strutturazione dello spazio economico e politico. In: ROSSETTI, G. (cur.). **Dentro la città. Stranieri e realtà urbane nell'Europa dei secoli XII-XVI**. Napoli: Liguori, 1999.

UNGARI, P. (cur.). **Statuti cittadini, rurali e castrensi del Lazio. Repertorio (secc. XII-XIX)**. Roma: Cervati, 1993.

URICCHIO, A. (cur.). **I percorsi del federalismo fiscale**. Bari: Cacucci, 2012.

VALLONE, G. Riflessioni sull'ordinamento cittadino del Mezzogiorno continentale. In **Rivista internazionale di diritto comune**, 2. S.l.: s.n., 1991.

VARANINI, G.M. (cur.). **Storiografia e identità dei centri minori italiani tra la fine del Medioevo e l'Ottocento**. Atti del XIII Convegno di studi organizzato dal Centro di studi sulla civiltà del tardo medioevo (San Miniato, 24-26 settembre 2010). Firenze: Firenze University Press, 2013.

VARANINI, G.M.. **Comuni cittadini e stato regionale: ricerche sulla Terraferma veneta nel Quattrocento**. Verona: Libreria editrice universitaria, 1992.

VASINA, A. (cur.). **Repertorio degli statuti comunali emiliani e romagnoli (secc. XII-XVI)**. Roma: Istituto Storico Italiano per il Medio Evo, 1997-1999.

VENTURA, P. Il linguaggio della cittadinanza a Napoli tra ritualità civica, amministrazione e pratica politica (secoli XV-XVII). In BALBI, G. Petti, Vitolo, G. (curr.). **Linguaggi e pratiche del potere. Genova e il Regno di Napoli tra Medioevo ed Età moderna**. Salerno: Laveglia, 2007.

VIDARI, G.S. Pene. Aspetti storico-giuridici. In: SPINA, L. (cur.). **L'Alpe e la Terra. I bandi campestri biellesi nei secoli XVI-XIX**. Biella: Rosso, 1997.

VIDARI, G.S. Pene. Censimento ed edizione degli statuti con particolare riferimento al Piemonte. In: **Dal dedalo statutario. Atti dell'incontro di studio dedicato agli statuti**. Ascona: Centro Seminareale Monte Verità, 1993.

VIDARI, G.S. Pene. Consuetudini di Alessandria e «ius statuendi». In: **Rivista di Storia del diritto italiano**. 61. S.l.: s.n., 1988.

VIDARI, G.S. Pene. Introduzione. Atteggiamenti della storiografia giuridica italiana. In BULGARELLI, S.; CASAMASSIMA, A.; PIERANGELI, G.(cur.), **Biblioteca del Senato della Repubblica, Catalogo della raccolta di statuti, consuetudini, leggi, decreti, ordini e privilegi dei comuni, delle associazioni e degli enti locali italiani dal medioevo alla fine del secolo XVIII**. VIII: T-U. Firenze: Nuova Italia, 1999.

VIDARI, G.S. Pene. Un ritorno di fiamma: l'edizione degli statuti comunali. In **Studi piemontesi**. n. 25. S.l.: s.n., 1996.

VILLANI, V. (cur.). **Istituzioni e statuti comunali nella Marca d'Ancona: dalle origini alla maturità (secoli XI-XIV)**. Ancona: Deputazione di Storia Patria per le Marche, 2005-2007.

VIOLETTI, L. **Le prospettive di riforma del bicameralismo italiano**. In: **Il Piemonte delle Autonomie**. N. 1. S.l.: s.n., 2014.

VITOLO, G. **Tra Napoli e Salerno. La costruzione dell'identità cittadina nel Mezzogiorno medievale**. Salerno: Carlone, 2001.

VITOLO, G. (cur.), **Città e contado nel Mezzogiorno tra Medioevo ed età moderna**. Salerno: Lavaglini, 2005.



A necessária relação entre democracia e controle social: discutindo os possíveis reflexos de uma democracia “não amadurecida” na efetivação do controle social da Administração Pública

The necessary link between democracy and social control: discussing the possible consequences of a “not mature” democracy in the effectiveness of social control of Public Administration

CAROLINE MÜLLER BITENCOURT*

Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC (Brasil)
caroline.mb@terra.com.br

EDUARDA SIMONETTI PASE**

Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC (Brasil)
eduarda.pase@gmail.com

Resumo

O presente estudo tem por objetivo principal construir uma inter-relação com as problemáticas geradas por uma democracia “não-amadurecida” em relação aos possíveis entraves existentes para a efetividade do controle social no Brasil contemporâneo. Para tanto, buscará enfrentar e debater ao longo da história contemporânea o que pode ser considerado como uma democracia “não-amadurecida”, perpassando assim pelas problemáticas do Estado Moderno, o qual pressupõem principalmente

Abstract

This study's main objective is to build an inter-relationship with the problems generated by a developing democracy against the possible existing obstacles to the effectiveness of social control in Contemporary Brazil. So, seek to confront and debate throughout contemporary history which can not be considered as a developed democracy, permeating in the problems of the Modern State, which presuppose a political mobilization of society. Also, seeks to address underlying issues such as the need for formation of a civil

Como citar esse artigo/How to cite this article: BITENCOURT, Caroline Müller; PASE, Eduarda Simonetti. A necessária relação entre democracia e controle social: discutindo os possíveis reflexos de uma democracia “não amadurecida” na efetivação do controle social da administração pública. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 2, n. 1, p. 293-311, jan./abr. 2015. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v2i1.43663>

* Doutora em Direito pela UNISC. Especialista em Direito Público. Professora do PPGD – Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul, da disciplina Teoria do Direito. Professora da graduação pós-graduação *lato sensu* da Universidade de Santa Cruz do Sul. Coordenadora do grupo de pesquisa, “A decisão jurídica a partir do normativismo e suas interlocuções críticas”, vinculado ao CNPq. Advogada.

** Graduanda do Curso de Direito na Universidade de Santa Cruz do Sul. Bolsista de Iniciação Científica do CNPq (PIBIC ano 2014/2015).

uma mobilização política da sociedade. Também, buscar-se-á abordar temas latentes como a necessidade da formação de uma sociedade civil com tradição de organização e consciência do seu papel em um Estado Democrático. A par disto, investiga-se a efetivação ou não de uma democracia substancial e não apenas formal e as suas respectivas implicações no que tange a busca pela libertação do cidadão enquanto cidadão de um Estado Democrático. Ou seja: quais os ônus suportados pela sociedade na qual as arenas de debate e reflexão são timidamente proporcionadas ou quase não efetivadas, buscando-se, portanto, romper-se com o modelo de Estado burocrata e decisor que predominou na formação do modelo de administração da coisa pública no Brasil.

Palavras-chave: administração pública; controle social; democracia deliberativa; Estado Democrático de Direito; esfera pública.

society organization with tradition and awareness of their role in a Democratic State. From this, the work investigates the effectiveness or not of a substantial democracy and not only formal and its implications regarding the search for the liberation of the citizen as a citizen of a Democratic State. That is: which are the burdens borne by the society in which the arenas of debate and reflection are tentatively offered or hardly effected, seeking to break up with bureaucrats and state decision-making model that prevailed in the formation of the management model of res public in Brazil.

Keywords: public administration; social control; deliberative democracy; democratic rule of law; public sphere.

SUMÁRIO

1. Introdução; **2.** A ideia de Estado Democrático de Direito; **3.** A democracia e a esfera pública no constitucionalismo contemporâneo: uma perspectiva de uma democracia “não-amadurecida” no Brasil; **4.** Democracia formal x democracia real (substancial): os fatores da não consolidação de uma cidadania efetiva no Brasil pós 1988; **5.** Definindo democracia não amadurecida; **6.** Conclusão; **7.** Referências.

1. INTRODUÇÃO

Estudar o controle social requer uma abertura de horizontes para permitir que o objeto de estudo seja pensado de forma complexa, da mesma forma que naturalmente o é. Sabe-se que todo controle social requer participação, e que toda participação só é possível em estados que mais do que se intitulem democráticos, recebem e desenvolvem em seu meio pressupostos culturais, sociais, políticos e educacionais que privilegiam a existência de cenários de interlocução das demandas públicas, permitindo uma verdadeira atuação da sociedade sobre ela mesma. Nesse sentido, impossível cindir a conexão entre democracia e controle social, sendo a primeira, uma verdadeira mola propulsora, ou mesmo pressuposto para a existência do controle.

Ante o exposto, o presente estudo buscará enfrentar e debater esta relação necessária para responder de que forma uma democracia não amadurecida reflete na questão da efetividade do controle social, partindo da inter-relação entre democracia e controle social a partir do constitucionalismo contemporâneo.

Para tanto, propõe-se discutir ao longo da história contemporânea o que pode ser considerado como sendo uma democracia “não-amadurecida”, perpassando assim pelas problemáticas do Estado Moderno, o qual pressupõe principalmente uma mobilização política da sociedade; da mesma forma que se busca analisar as teorias da democracia e as suas recepções no Brasil Contemporâneo, trabalhando-se assim os

principais segmentos da democracia direta, representativa, participativa e deliberativa, indicando-se qual dos modelos analisados está mais próximo do pano de fundo ideal para a efetivação da ideia de controle social; para ao final, construir a necessária relação entre esta democracia “não-amadurecida” e os entraves a efetivação do controle social no Brasil contemporâneo.

Buscar-se-á abordar temas latentes como a necessidade da formação de uma sociedade civil (organizada e não organizada) com tradição de organização e consciência do seu papel em um Estado Democrático, o esquecimento das concepções republicanas que uma democracia desenvolvida pressupõe, a crise de ideologia e o sentimento de não pertencimento, que desencadeia a crise de representatividade, em que ambos os temas estão conexos com o problema da corrupção, haja vista que o distanciamento do sentimento de pertença à coisa pública, do cenário público como o espaço para demandas públicas, está desenhado o palco para os benefícios pessoais, egocentrista, da preponderância dos interesses individuais sobre os interesses públicos.¹ Não obstante, dar-se-á espaço a discutir a influência da mídia como meio de alienação social ou de fomento à sociedade, dependendo de como e com qual finalidade a informação é veiculada, bem como a codificação da informação ou a manipulação da mesma e dos sentidos de fala por meio das concepções de discursos populistas, que visam privilegiar determinados interesses privados de certos grupos sociais.

O paradoxo entre administração centralizada, precariedade de qualidade na elaboração do que, de fato, é uma demanda pública e Estado democrático faz surgir questionamentos acerca da viabilidade das normas constitucionais vistas como elemento material de realização de uma sociedade justa socialmente. Isso porque, o distanciamento da comunidade dos momentos de decisões vinculantes, bem como a falta de identidade do cidadão com o espaço público, por força de um Estado centralizado, agindo muitas vezes paternalmente e assistencialmente, gerenciador do cotidiano e suas demandas, em face de uma suposta apatia política por parte da sociedade civil gera a necessidade de se (re) discutir as teorias de controle e da democracia para trabalhar na busca pelo aprimoramento dos procedimentos de controle existentes e até na criação de novos espaços de deliberação.²

Assim, o distanciamento dos cidadãos da esfera pública, a falta de qualidade na produção do que efetivamente é uma demanda pública, acabam por resultar nas graves crises de representatividade e legitimidade que ocorrem em boa parte dos Estados Democráticos Modernos, em especial, no Brasil. Daí porque se justificar o tema

¹ Criticando esse cenário de prevalência dos interesses privados sobre os públicos: HACHEM, Daniel Wunder. A dupla noção jurídica de interesse público em direito administrativo. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 11, n. 44, p. 59-110, abr./jun. 2011.

² Um panorama dos procedimentos de controle existentes é apresentado por: LEAL, Rogério Gesta. Controle da Administração Pública no Brasil: anotações críticas. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 5, n. 20, abr./jun. 2005.

proposto, isto é, na medida em que os moldes de democracia direta, representativa ou participativa não dão conta de satisfazer ou propiciar ânimo social de participação no gerir das demandas sociais e públicas, relevante se mostra construir uma relação entre a democracia e os problemas à efetivação do controle social no Brasil.

Em um momento ímpar do cenário democrático brasileiro, em que se põe em pauta a função, o desempenho e, sobretudo, a legitimidade do Estado enquanto ente representante da sociedade e gerenciador dos interesses públicos, discutir e analisar os elementos teóricos que legitimam o controle social das decisões públicas e se são eficientes naquilo que almejam ou não e quais os entraves à sua maior efetivação, mostra-se uma forma de reforçar a democracia em épocas de crise para não se incorrer no descrédito total no Estado e sua representação enquanto realizador e garantidor de direitos fundamentais e humanos.³

Com isso, pretende-se construir a interligação entre democracia e controle social, já que este é intrínseco ao conceito de democracia, o que torna possível a construção da relação de uma democracia não amadurecida com uma série de entraves a efetividade do controle social. O estudo não possui a pretensão de esgotar o tema, mas sim acrescentar considerações e dúvidas que merecem ser abordadas e discutidas acerca do controle social no Brasil contemporâneo.

2. A IDEIA DE ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

As relações entre poder (aqui tratando do poder político), sociedade e governo (em suas formas)⁴, mostram-se significativamente presentes no decorrer da história ocidental, sobretudo ao se observar as transformações ocorridas em termos de organização política. Nesse sentido, o Estado foi uma necessidade da sociedade que se organizou ao longo de sua história com tamanha complexidade. Não há Estado sem poder, mas este poder deve ser controlado e exercido nos moldes pré-estabelecidos pela sociedade que o constitui, do contrário, coloca-se em prova a própria legitimidade da existência do Estado.⁵ Aqui quer-se discutir as relações de poder em uma democracia,

³ Sobre essa relação entre democracia e direitos fundamentais, cf.: SANTOS, Gustavo Ferreira. Direitos fundamentais e democracia: tensões e compromissos. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 6, n. 23, jan./mar. 2006.

⁴ Nestes termos, BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade**: para uma teoria geral da política. Tradução: Marco Aurélio Nogueira. 13. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2007. p.104: “na teoria geral do Estado distinguem-se, embora nem sempre com uma clara linha demarcatória, as formas de governo dos tipos de Estado. Na tipologia das formas de governo, leva-se mais em conta a estrutura de poder e as relações entre os vários órgãos dos quais a constituição solicita o exercício do poder; na tipologia dos tipos de Estado, mais as relações de classe, as relações entre o sistema de poder e a sociedade subjacente, as ideologias e os fins, as características históricas e sociológicas”.

⁵ NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Uma ideia de Constituição. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 1, n. 1, p. 111-145, jan./abr. 2014. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v1i1.40251>. p. 118.

logo, o controle social como uma forma de barrar o próprio poder em uma sociedade que se adjectiva democrática.

Os temas tratados neste capítulo estão conectados com a filosofia política, ao menos em termos de abordagem. Entretanto, não se analisará a filosofia política sobre todas as suas formas. Dar-se-á prioridade a investigação do fundamento do Estado ou do poder político, com a respectiva (in) justificação da obrigação política, visto que o tema se relaciona profundamente com o objeto de estudo.

Para se discutir o controle social da Administração Pública,⁶ é essencial que primordialmente se discorra, ainda que brevemente, acerca da legitimidade ou justificação do Estado (enquanto instituição com poder político) e, a partir daí, sobre as implicações decorrentes que incidem sobre a sociedade civil. Não se quer aqui entrar na discussão sobre se as formas de sociedade que precederam a forma de Estado Moderno podem ou poderiam ser referidas também como Estado (na concepção moderna). Busca-se ao invés, discorrer acerca da forma de Estado a partir do surgimento e instauração dos Estados Liberais. Isto é, tratar-se-á aqui do Estado que surge para denominar a forma organizada de sociedade moderna.

Daí porque um dos principais problemas que a teoria política moderna se depara, é a necessidade de justificar a ideia de representação política e a sua respectiva consequência imediata que é o Estado. Isto é, “como o Estado soberano deve se relacionar com o povo soberano, que é reconhecido como a fonte legítima dos poderes institucionais”⁷. Assim é que “diferentemente da família ou da sociedade senhorial, a sociedade política começa a ser entendida de modo prevalente [...] como um produto voluntário dos indivíduos, que com um acordo recíproco decidem viver em sociedade e instituir um governo”⁸.

E, por conta disso também, que a filosofia política moderna buscou superar a ideia justificadora do poder político emanado do Estado que advinha de bases divinas ou supernaturais, passando então, a exigir dessa forma de fundamentação, meios argumentativos laicos, que guardassem coerência com o novo viés científico exigido pela razão de independência do indivíduo, os quais hoje, devem atentar aos princípios republicanos da democracia, tais como liberdade e igualdade dos sujeitos.

Desta forma, essa legitimidade do Estado aborda concomitantemente dois aspectos: *i*) uma situação e *ii*) um valor social de convivência, na qual essa situação se manifesta na aceitação do Estado pela maioria de uma sociedade, enquanto o valor se

⁶ Já incluído o controle social dos serviços públicos. Cf.: LEAL, Rogério Gesta. O controle social dos serviços públicos no Brasil como condição de sua possibilidade. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 3, n. 13, jul./set. 2003.

⁷ LEAL, Rogério Gesta. **Estado, administração pública e sociedade: novos paradigmas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 20.

⁸ BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade: para uma teoria geral da política**. Tradução: Marco Aurélio Nogueira. 13. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2007. p. 64.

mostra como consenso manifestado de forma livre pelos indivíduos que formam essa comunidade, os quais pressupõem-se serem conscientes e possuidores de considerável autonomia, resumida, em especial, nos valores de liberdade e igualdade⁹.

Daí porque se dizer que quando se analisam as formas de se exercer a soberania ou esse poder soberano de que se fala, o qual, inevitavelmente pressupõe uma efetiva participação desse indivíduo que forma essa comunidade dentro do processo de decisão política sobre os temas que lhe afetam,¹⁰ é possível perceber então, que tanto a esfera política como individual a que está inserido esse sujeito, em tese independente, está contida em uma esfera maior, mais ampla, que é, portanto, a própria sociedade da qual faz parte. Da mesma forma, é possível perceber que uma vez considerando-se tais pressupostos, nenhuma decisão política tomada por tais indivíduos estará desvinculada ou incondicionada aos fatos e ações que ocorrem ou fazem aquela sociedade. Isso por que “A função das instituições políticas é a de dar respostas às demandas provenientes do ambiente social ou, segundo uma terminologia corrente, de converter as demandas em respostas. As respostas das instituições políticas são dadas sob a forma de decisões coletivas vinculatórias para toda a sociedade”¹¹.

Assim, essa fundamentação que se busca sobre a instituição do Estado Moderno “nasce” de um “contrato” no qual os indivíduos que formam a comunidade transferem parte de seus direitos à ela. Com significativa proximidade ao conceito de contrato social se encontra a vontade geral, a qual não pode ser confundida com a vontade de todos, mas sim com a vontade de cada um, isto é, a vontade de cada indivíduo na sua individualidade. De outra forma, a vontade geral é a vontade de cada indivíduo que deverá coincidir com a vontade dos demais, enquanto membros integradores da sociedade.

Nesse sentido, “o contrato social é a grande narrativa em que se funda a obrigação política moderna, uma obrigação complexa e contraditória porque foi estabelecida entre homens livres e, pelo menos em Rousseau, para maximizar e não para minimizar essa liberdade. O contrato social é assim a expressão de uma tensão dialética entre regulação social e emancipação social que se reproduz pela polarização constante entre vontade individual e vontade geral, entre o interesse particular e o bem comum”¹².

⁹ LEAL, Rogério Gesta. **Teoria do Estado:** cidadania e poder político na modernidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

¹⁰ Alguns autores sugerem que a participação não se trata apenas de um direito, mas também de um *dever* do cidadão: FARIA, Júlio Herman. O controle do Poder Legislativo como direito-dever de participação do cidadão. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 10, n. 42, p. 191-218, out./dez. 2010.

¹¹ BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade:** para uma teoria geral da política. Tradução: Marco Aurélio Nogueira. 13. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2007. p. 60.

¹² SANTOS, Boaventura de Sousa. Reinventar a democracia: entre o pré-contratualismo e o pós-contratualismo. In: OLIVEIRA, Francisco de; PAOLI, Maria Célia (org.). **Os sentidos da democracia:** Políticas do dissenso e hegemonia global. São Paulo: Vozes, 1999. p. 84.

E o que legitima esse contrato social é o conteúdo ideológico que permeia e identifica os indivíduos com a comunidade, enquanto comunidade. É possível dizer ainda que a política é o modo pelo qual os homens se unem (união no sentido de associação) com objetivos comuns, de instaurar, cultivar e conservar entre si a vida social¹³.

Sendo possível então, adotar a concepção de Max Weber sobre o Estado Moderno, na qual o sociólogo estabelece que o Estado vem definido sob dois elementos fundadores: i) um conjunto de formas administrativas que possuem a função da prestação de serviços para a comunidade e ii) o exercício exclusivo do poder, por meio do monopólio legítimo da força. Isto é, os indivíduos acordam em “alienar” os seus direitos ao Estado para que este, legitimado pela vontade geral garanta a prestação de serviços à comunidade e detenha o uso exclusivo da força para que os indivíduos possam conservar a sua vida em sociedade. Entretanto, esse poder legítimo da força pelo Estado não é suficiente para justificá-lo. Esse poder precisa estar acompanhado de razões de exercício que façam com que a obediência dos que por ele são afetados se dê não por um simples acatamento impositivo de caráter externo, mas sim por meio de uma aceitação de caráter interno e intelectual, isto é, do sentimento ideológico em comum¹⁴

Nesse sentido, poder-se-ia questionar acerca da compatibilidade do exercício do poder de forma direta pelos cidadãos em um Estado que possui o poder político conferido por convenção e acordo (consenso) entre os que o constituem. Há que se referir, e aí já adentrando mais especificamente no tema central do presente capítulo, que o exercício do poder de decisão por parte dos cidadãos não se mostra incompatível com a forma de exercício indireta do poder por meio de representantes eleitos. Isso, pois, como se pode perceber já na atual Constituição brasileira, a preservação dos institutos do referendo popular e do plebiscito, os quais são compatíveis com a forma representativa de poder, descendem de um princípio comum, o da soberania popular,¹⁵ embora se diferenciem pelas formas como essa soberania é exercida¹⁶. Porque uma questão é a titularidade (todo poder emana do povo) e outra é o exercício (que o exerce de forma direta ou indiretamente nos termos dessa Constituição).

Assim, é com os Estados de ideias liberais que os sistemas políticos de representação surgem, visto que estes ideais tendem a expressar o desenvolvimento e

¹³ BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade**: para uma teoria geral da política. Tradução: Marco Aurélio Nogueira. 13. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2007.

¹⁴ LEAL, Rogério Gesta. **Estado, administração pública e sociedade**: novos paradigmas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

¹⁵ É justamente essa centralidade do cidadão no cenário jurídico-político que tem se tornado, nos últimos tempos, uma das principais características do Direito Administrativo. Nesse sentido: DELPIAZZO, Carlos E. Centralidad del administrado en el actual Derecho Administrativo: impactos del Estado Constitucional de Derecho. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 1, n. 3, p.7-32, set./dez. 2014. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v1i3.40514>.

¹⁶ LEAL, Rogério Gesta. **Estado, administração pública e sociedade**: novos paradigmas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

amadurecimento das sociedades capitalistas e por consequência a ideia de trabalho livre. Ainda, a democracia representativa hoje é a forma de viabilidade dos governos democráticos, visto que “o próprio Rousseau estava convencido de que uma verdadeira democracia jamais existiria, pois exigia entre outras condições um Estado muito pequeno, no qual ao povo seja fácil reunir-se e cada cidadão possa facilmente conhecer todos os demais”¹⁷. Isto é, com a formação dos Estados territoriais, pode-se dizer que a única forma não autocrática de governo possível, considerando-se as extensões dos atuais Estados, é o governo na forma democrática por representação, embora em alguns casos corrigida e limitada por institutos de democracia direta, como é o caso do Brasil, por exemplo. Por isso,

*um governo ou uma sociedade pois, nos termos modernos, está vinculado a um outro pressuposto que se apresenta como novo em face das Idades Antiga e Média, a saber: a própria idéia (sic) de democracia. Para ser democrático, pois, deve contar, a partir das relações de poder estendidas a todos os indivíduos, com um espaço político demarcado por regras e procedimentos claros, que efetivamente assegurem, de um lado, espaços de participação e interlocução com todos os interessados e alcançados pelas ações governamentais e, de outro lado, que assegure o atendimento às demandas públicas da maior parte da população, demarcadas por aquelas instâncias participativas, sejam elas oficiais ou espontâneas, fruto da organização de segmentos comunitários*¹⁸.

Assim é que se sustenta o problema proposto por este trabalho, isto é, sabe-se que para que tal modelo de sociedade se fortaleça são necessárias formas eficientes de instrumentos de realização, de reflexão e debate público das questões sociais atinentes à administração dos interesses coletivos. Assim, o que interessa pensar daqui em diante é como amenizar a tendência cada vez mais burocrática e centralizada de processo de decisão, a qual distancia desta sociedade a oportunidade de participar e debater os temas a que lhe são de interesse, gerando assim a fragilidade do sistema de Estado democrático e todas as suas implicações decorrentes que serão analisadas no decorrer deste estudo.

3. A DEMOCRACIA E A ESFERA PÚBLICA NO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO: UMA PERSPECTIVA DE UMA DEMOCRACIA “NÃO-AMADURECIDA” NO BRASIL

¹⁷ BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade**: para uma teoria geral da política. Tradução: Marco Aurélio Nogueira. 13. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2007. p. 150.

¹⁸ LEAL, Rogério Gesta. **Estado, administração pública e sociedade**: novos paradigmas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p.27.

Como brevemente explanado anteriormente, os Estados democráticos modernos pressupõem em seus mecanismos de administração e exercício do poder político que sejam atendidos precipuamente os ideais que uma democracia requer, para que tenham legitimidade em suas decisões políticas, vez que vinculam toda a comunidade que transferiu a sua soberania, seja na forma representativa ou não.

Para tanto, entende-se que tais ideais devem ser resgatados e revividos através não de uma nova, mas da forma mais próxima da ideia de democracia pela comunidade. Assim é que a administração pública de demandas sociais precisa viabilizar uma racionalidade civilizatória que busque incluir o compromisso de atuação comunitária junto ao Estado¹⁹. Em decorrência disso, a administração precisa ser vista (tanto pela sociedade civil como por seus representantes legítimos) como espaço onde a participação social seja livre e igualitária, de forma a permanentemente se propiciar o controle no que tange a administração e gestão dos interesses dessa sociedade.

Daí porque se falar em democracia “não-amadurecida”, isto é, não se pode admitir que o exercício da cidadania se reduza apenas a configurar um eleitorado temporário, por exemplo. Ou que venha esporadicamente ser suscitado a atuar em pesquisas de opinião política. Requer-se ao invés que seja visto como “ator da política, mesmo não podendo sempre decidir de forma direta, pois a democracia direta não é nem a única forma nem a forma legitimamente superior”²⁰. Também não se tem a visão romântica de que tudo se resolverá proporcionando esses espaços de participação à comunidade, até porque estes espaços existem e via de regra são apenas formalmente ocupados. O que se busca indicar como essencial para a realização da democracia em países em desenvolvimento como o Brasil, é a qualificação desses espaços de discussão, onde a participação deliberativa ocorra de forma espontânea, livre e igualitária, sem que se empregue meios tão somente formais de realização.

Os Estados Nacionais hodiernos, resultantes do processo de transformação do mundo capitalista do pós-guerra em que o Estado assumiu o papel de promover o bem estar social de seus cidadãos para tentar minimizar os impactos das guerras sobre a comunidade,²¹ sobretudo na Europa, fez resultar o sentimento de Estado paternalista e assistencial, acentuando ainda mais o papel centralizador e burocratizador do Estado, sendo o único legitimado a escolher e decidir sobre as prioridades e formas de executar políticas públicas, abarcado pelo princípio da legalidade. Tal expressão de monopólio da administração e do exercício do poder político fez crescer o sentimento apático/

¹⁹ LEAL, Rogério Gesta. **Estado, administração pública e sociedade**: novos paradigmas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

²⁰ HÖFFE, Otfried. **A democracia no mundo de hoje**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 131.

²¹ Sobre o caráter dirigente da Constituição brasileira de 1988, ver: BERCOVICI, Gilberto. Revolution through Constitution: the Brazilian's directive Constitution debate. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 1, n. 1, p. 7-18, jan./abr. 2014. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v1i1.40249>.

conformista por parte da sociedade civil que passou a não mais compreender a sua função dentro de um Estado Democrático, qual seja, de compromisso de atuação na gestão de seus interesses, de modo a transmitir passivamente ao Estado, por meio das democracias representativas, a competência exclusiva de administração e poder político, distanciando-se cada vez mais da esfera pública.

Assim é que surgiram com força os políticos profissionais, ou que se obrigaram a aceitar o sistema para estarem incluídos ou que já se encontravam em postos de destaque e liderança, como detentores da confiança dessa sociedade apática e confortável²². Entretanto, “nos casos em que os cidadãos não confiam seus interesses à política profissional, vê-se apenas uma pequena parcela que habitualmente se engaja: a democracia adquire um elemento aristocrático, e os respectivos grupos alcançam um peso desproporcional”²³.

Daí porque se insistir que em se tratando de Estados democráticos, a democracia é mais do que uma forma de poder, é antes uma prática social e exige que seja real, não meramente formal.²⁴ E, caso não seja vista sob tal ângulo, incorre-se no que hoje se vive em países como o Brasil, uma crise de legitimidade e eficácia do Estado enquanto exteriorização de vontade democrática e do Poder Político intrínseco a tais conceitos, visualizada no descrédito sobre os procedimentos de exercício de gestão dos interesses públicos. Assim, o Estado Democrático de Direito brasileiro “deve ser pensado e constituído a partir de suas particularidades sociais, culturais e econômicas, evidenciadoras de profundos *défices* de inclusão social e participação política”²⁵.

Pensando-se na realidade brasileira, sabe-se que existem meios institucionalizados de democracia participativa previstos na Constituição Federal de 1988, os quais não são suficientes, pois não se aprofundam as formas de compreensão do fenômeno político e governamental aos destinatários das ações do Estado, que almejem uma sociabilidade maior e mais igualitária nesse processo de tomada de decisões. Diante disso, é Habermas que auxilia nesse processo contínuo de transformação de compreensão, a partir da sua política deliberativa e democracia procedimental,²⁶ a partir da

²² Assim, HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. II, p. 96., [...] temos que fazer uma distinção entre atores que surgem do público e participam na reprodução da esfera pública e atores que ocupam uma esfera pública já constituída, a fim de aproveitar-se dela. Tal é o caso, por exemplo, de grandes grupos de interesses, bem como organizados e ancorados em sistemas de funções, que exercem influência no sistema político *através* da esfera pública.

²³ HÖFFE, Otfried. **A democracia no mundo de hoje**. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 132.

²⁴ SALGADO, Eneida Desiree. Sob os olhos do Grande Irmão: a luta pela democracia na sociedade de controle. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 4, n. 16, abr./jun. 2004.

²⁵ LEAL, Rogério Gesta. **Estado, administração pública e sociedade**: novos paradigmas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 34.

²⁶ A respeito das diferenças entre a sua concepção de democracia procedimental e a concepção de democracia substancial de Ronald Dworkin, ver: LEAL, Mônia Clarissa Hening. Dworkin X Habermas, uma discussão acerca da legitimidade da jurisdição constitucional entre substancialismo e procedimentalismo: novas perspectivas. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 4, n. 17, jul./set. 2004.

qual se forçariam “os cidadãos a ter de justificar suas decisões e opiniões apelando, em alguma medida, a interesses comuns, argumentando com proposições assertóricas que todos pudessem discordar”²⁷.

Mas sabe-se também que tal forma de gestão exige um mínimo de condições realizáveis por parte dos seus interlocutores, necessárias especialmente por dois motivos. Primeiro para que os interlocutores estejam em condições tais que consigam realizar um debate sem que um se imponha ao outro por falta de conhecimento de uma das partes. E segundo para que não se manipule a esfera pública com base em influências direcionadas a interesses específicos. Assim,

*as opiniões públicas podem ser manipuladas, porém não compradas publicamente, nem obtidas à força. Essa circunstância pode ser esclarecida pelo fato de que nenhuma esfera pública pode ser produzida a bel-prazer. Antes de ser assumida por atores que agem estrategicamente, a esfera pública tem que reproduzir-se a partir de si mesma e configurar-se como uma estrutura autônoma. E essa regularidade, que acompanha a formação de uma esfera pública capaz de funcionar, permanece latente na esfera pública constituída – e só reaparece nos momentos em que uma esfera pública é mobilizada*²⁸.

Por conta disso, onde não se fizer presente a capacidade de manifestação livre e igual da vontade do indivíduo como ator da sua própria história, em face da sua debilidade política, carecendo-lhe de forças e perspectivas sobre os termos e possibilidades de gestão que circunda o seu mundo da vida, só se irá reforçar a sua impropriedade social no âmbito das formas institucionalizadas de exercício do poder político, para então apenas fortificar o conforto de acomodação em torno do Estado paternal. Por isso a preocupação para com a situação da democracia e esfera pública no Brasil. A consequência lógica desse processo de anomia social é que “mesmo naquelas circunstâncias em que há uma previsão formal de participação política, ela não é exercitada material e eficazmente por estar marcada pela manipulação e pelo esvaziamento provocados pela ausência daquelas condições mínimas necessárias à comunicação e ao entendimento”²⁹.

Faz-se necessário, portanto, antes mesmo de se pensar em se criarem novos espaços públicos para discussão e deliberação, restaurar-se a prolixidade da esfera pública a fim de torná-la mais inclusiva a partir dos meios já instituídos e não aprimorados.

²⁷ LEAL, Rogério Gesta. **Estado, administração pública e sociedade: novos paradigmas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 61.

²⁸ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. II. p. 97.

²⁹ LEAL, Rogério Gesta. **Estado, administração pública e sociedade: novos paradigmas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 63.

E aqui, apenas exemplificativamente, pode-se citar os diversos conselhos populares, sejam eles municipais ou regionais, implantados com a Constituição de 1988.

4. DEMOCRACIA FORMAL X DEMOCRACIA REAL (SUBSTANCIAL): OS FATORES DA NÃO CONSOLIDAÇÃO DE UMA CIDADANIA EFETIVA NO BRASIL PÓS 1988

Já foi estudado que os ideais de um Estado Democrático estão além de apenas referir os princípios de liberdade e igualdade. Que por conta dos elementos intrínsecos ao próprio conceito de democracia, todo Estado que se declara democrático deveria buscar a efetivação de uma democracia substancial, avançando da forma de governo enquanto democracia formal, ainda que por ora tal esforço pertença ao gênero dos objetivos futuríveis.

Por isso, a democracia não é apenas uma forma jurídico-política criada como compromisso de realização da autonomia do cidadão por conta da impossibilidade da efetivação de um governo direto do povo nas grandes nações. É, antes disso, uma experiência de liberdade compartilhada entre os sujeitos que formam uma sociedade, a qual se conserva a partir da tentativa de manutenção de um projeto de comunidade projetada por meio da representação de vontade que devem convergir para se buscar possibilidades de aperfeiçoamento das condições atuais dos indivíduos, das classes e inclusive das gerações vindouras³⁰.

Dito isto, não se pode ter por encerrado o debate sobre democracia se não se dá conta de percebê-la como um princípio além da forma de governo, como se falou até agora. Há que se trabalhar a linguagem política sob o aspecto não apenas da forma, mas sobretudo conteudisticamente de regimes democráticos e não democráticos. Almeja-se aqui tratar, portanto, da busca pela consecução de uma igualdade não apenas a igualdade jurídica que já foi introduzida em boa parte das constituições liberais, ainda que não democráticas, mas sim de uma igualdade social.

Assim foi introduzida a distinção entre democracia formal, que diz respeito precisamente à forma de governo, e democracia substancial, que diz respeito ao conteúdo dessa forma. Estes dois significados podem ser encontrados em perfeita fusão na teoria rousseauniana da democracia, já que o ideal igualitário que a inspira se realiza na formação da vontade geral, e portanto são ambos historicamente legítimos³¹.

³⁰ BOURETZ, Pierre. Repensar a democracia. In: DARNTON, Robert; DUHAMEL, Oliver. **Democracia**. Rio de Janeiro: Record, 2001. p.143-151.

³¹ BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade**: para uma teoria geral da política. Tradução: Marco Aurélio Nogueira. 13. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2007. p. 157-158.

No Brasil especificadamente, tende-se a petrificar os institutos tradicionais da democracia, ainda que previstos na Constituição de 1988, nos termos e nos espaços definidos em lei o que gera por consequência a redução da ideia de democracia a uma simples técnica de comportamentos institucionais. De outra forma, proporcionando-se pseudo espaços de discussão ou de implementação de arenas deliberativas onde se possa agir democraticamente já basta para a cultura de redução da democracia a tais formas. Ponto este criticado nesta pesquisa. Ainda que não seja o suficiente, necessita-se de uma ampliação da experiência democrática para se chegar na democracia substancial e não permanecer apenas na democracia formal.

Por ora, é inviável tratar da identificação dos fatores responsáveis pela não consolidação de uma cidadania ativa no Brasil, mas pode-se indicar que boa parte de tais causas está intimamente ligada com a questão do predomínio de uma democracia formal tão somente. Não se pretende afirmar que o modelo democrático atual foi superado. Muito pelo contrário, afinal o modelo democrático para ser, de fato, assim considerado precisa trabalhar os seus mecanismos existentes para o fim de aperfeiçoá-los para que se possa aplicar princípios de fala universalizantes a partir de uma cidadania emancipada, para que então a qualidade da participação e decisão tenha efeitos positivos no que se refere ao controle, portanto, do Estado e, assim caminhe-se para a ideia de efetivação de uma democracia substancial.

Daí porque ser necessário o reconhecimento de que a administração pública no Brasil, tem se pautado pela profunda indiferença em relação às aspirações e reais demandas da comunidade alcançadas por suas práticas oficiosas, gerida por corporações que se apoderam do Estado e o transformam em aparelho ou instrumento de seus interesses privados³². A partir desta perspectiva que se torna imperioso lembrar o ônus que carrega o cidadão por estar ausente da esfera pública em que está inserido, ou, deixar que ela se transforme em esfera eminentemente privada. Impõem-se, portanto, a aceitação da diferença e do pluralismo desse universo de sujeitos interessados e alcançados pelas políticas públicas que são levadas a cabo pelo Estado Administrador, para com isso garantir a diversidade, almejando-se a unidade na gestão de interesses e bens. Não obstante, com tal objetivo, busca-se romper com a espécie autoritária de poder e de modelo de Estado burocrata e decisor, o qual predominou na formação dos quadrantes administrativos da coisa pública no Brasil³³.

³² LEAL, Rogério Gesta. **Estado, administração pública e sociedade: novos paradigmas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

³³ LEAL, Rogério Gesta. **Estado, administração pública e sociedade: novos paradigmas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

5. DEFININDO DEMOCRACIA “NÃO-AMADURECIDA”

O desafio do presente tópico é claro e a partir do conteúdo até aqui trabalhado, pode começar com o seguinte questionamento: considerando-se que não basta para a configuração de uma democracia substancial apenas a previsão de procedimentos que autorizem e permitam a todos participarem do processo de produção de decisões e acompanhamento da máquina estatal.³⁴ Considerando-se que esse processo democrático é oriundo de um pacto onde o poder é exercido por governantes escolhidos representativamente e, portanto, em tese legitimados. Considerando-se que em determinadas sociedades democráticas e aqui se fala, sobretudo, da sociedade brasileira, o processo de instalação do Estado Moderno se deu voltado à sua realidade e, portanto, diferentemente dos países originários da democracia moderna, ou seja, com culturas cívicas e políticas diversas, é possível dizer que todas essas sociedades ou a grande maioria que não possuem os seus direitos civis, políticos e sociais devidamente implantados e compartilhados estarão cotadas a serem democracias incompletas?

Para responder a tal pergunta e construir um pacto semântico acerca do que será considerado como democracia “não-amadurecida”, através de Habermas, tem-se um importante meio de se conseguir êxito, pois ele propõe um modelo deliberativo de democracia na qual subscreve “o argumento deontológico do liberalismo, mas buscam novas instituições de participação política e de fortalecimento da sociedade civil que superem os limites da democracia representativa formal”³⁵.

Assim, a partir do processo deliberativo proposto por Habermas a condução natural de justificação das decisões e opiniões dentro da esfera pública por parte dos cidadãos, levaria a uma qualificação desses discursos, pois sempre se estaria em contraponto com a opinião alheia, buscando sempre a melhor argumentação e, consequentemente dos indivíduos.

Desta forma, uma das possíveis resposta para o questionamento inicial é de que não, as sociedades que não possuem seus direitos sociais, políticos ainda totalmente compartilhados não estarão condenadas a serem democracias incompletas, sendo a forma de alterar essa realidade a emancipação dos seus cidadãos. Emancipação esta que deve se refletir em uma cidadania participativa e engajada no controle da administração, efetivando assim os procedimentos formais de democracia participativa previstos em suas constituições. Nesse sentido,

³⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O Direito Administrativo do século XXI: um instrumento de realização da democracia substantiva. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 11, n. 45, p. 13-37, jul./set. 2011.

³⁵ EISENBERG, José. **A democracia depois dos liberalismos**: ensaio sobre ética, direito e política. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2003. p. 185.

na tradição liberal, bem como na republicana, a participação política dos cidadãos é compreendida em um sentido essencialmente voluntarioso: todos devem possuir a mesma chance de fazer valer de modo efetivo as suas preferências ou de expressar com comprometimento a sua vontade política, seja no intuito de seguir os seus interesses privados (Locke) ou para atingir o usufruto da autonomia política (J.S. Mill). Mas se nós, no entanto, atribuímos à formação democrática da vontade também uma função epistemológica, o seguir os interesses próprios e a efetivação da liberdade política ganham ainda a dimensão do uso público da razão (Kant). Então o procedimento democrático retira a sua força legitimadora não mais apenas – e nem sequer em primeira linha – da participação e da expressão da vontade, mas antes do acesso universal a um processo deliberativo cuja natureza fundamenta a expectativa de resultados racionalmente aceitáveis³⁶.

Assim, considerando-se a possibilidade de emancipação do sujeito, uma democracia amadurecida pressupõe que os seus membros reconheçam o outro e suas necessidades enquanto sujeitos, desejem algo, tenham uma ideia, um ideal que os identifique como comunidade e leve os cidadãos a saírem da apatia política e do paternalismo estatal para serem partícipes atuantes do controle das decisões vinculantes. Nesse sentido, uma democracia “não-amadurecida” não se resume a, por exemplo, a ser apenas uma democracia formal. Levará em consideração todas as deficiências que envolvem determinada comunidade, suas contradições econômicas e culturais, sobretudo, a sua consciência política.

É nesse ponto que a proposta de uma ação comunicativa tem sua importância revelada, isto é, o momento em que se dá a interação entre os sujeitos através da linguagem, oportunidade em que se busca um consenso de uma forma livre e não coartada.

Uma vez que o agir comunicativo depende do uso da linguagem dirigida ao entendimento, ele deve preencher condições mais rigorosas. Os atores participantes tentam definir cooperativamente os seus planos de ação, levando em conta uns aos outros, no horizonte de um mundo da vida compartilhado na base de interpretações comuns da situação. Além disso, eles estão dispostos a atingir esses objetivos mediatos da definição da situação e da escolha dos fins assumindo o papel de falantes e ouvintes, que falam e ouvem através de processos de entendimento. O entendimento através da linguagem funciona da seguinte maneira: os participantes da interação unem-se através da validade pretendida de suas ações de fala ou tomam em consideração os dissensos constatados. Através das ações de fala são levantadas pretensões de validade criticáveis, as quais apontam para um reconhecimento intersubjetivo. A oferta contida num ato de

³⁶ HABERMAS, Jürgen. **A constelação pós-nacional**. São Paulo: Littera mundi, 2001. p. 140.

*fala adquire força obrigatória quando o falante garante, através de sua pretensão de validade, que estão em condições de resgatar essa pretensão, caso seja exigido, empregando o tipo correto de argumentos*³⁷.

Assim, é através do modelo de política procedimentalista que se pode captar uma série de opiniões esparsas,³⁸ que no procedimento democrático, transformam-se em poder comunicativo – que em si não domina o uso do poder administrativo, mas pode de certa forma, direcioná-lo.³⁹ Não obstante, “para Habermas, o princípio democrático está inserido no princípio do discurso e vem ao encontro da necessidade da integração social a partir do entendimento mútuo e não mais mediante a autoridade de fundamentos metafísicos⁴⁰”.

6. CONCLUSÃO

A partir das premissas expostas no decorrer do estudo, pode-se perceber que o processo de desenvolvimento democrático pressupõe uma relação entre o processo de democratização da sociedade e processo de transformação desta mesma sociedade. Isso implica dizer que esse processo de democratização do poder e da própria sociedade é permanente e longo, o qual deverá ser mediado pela linguagem e comunicação política que inclua e se abra para a atuação do cidadão e também pela interação dos valores da esfera social que se encontram as instituições políticas e também pelos movimentos sociais organizados ou espontâneos.

Para operacionalizar tal perspectiva, é imprescindível construir uma linguagem comum capaz de ser codificada e compreendida pelo homem comum, que a principal fonte e também destinatário de toda e qualquer ação administrativa estatal, ultrapassando, pois, os signos nebulosos dos códigos linguísticos jurídicos tradicionais, que se projetaram e demarcaram a Administração Pública contemporânea, sobretudo em sua seara própria de técnica e burocracia, o que dificultou a aproximação política dos seus termos e práticas por parte da cidadania em geral, enclausurando-os nas mãos dos já iniciados e institucionalizados agentes sociais e negando a natureza mediadora e integrativa que deveria ter esta linguagem.

³⁷ HABERMAS, Jürgen. **Pensamento pós-metafísico**. Estudos filosóficos. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Universitário, 1990. p. 72.

³⁸ A contraposição desse com outros modelos é feita por: GALVÃO, Rodrigo. Por um conceito contemporâneo de democracia. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 6, n. 24, p. 175-187, abr./jun. 2006.

³⁹ HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

⁴⁰ BITENCOURT, Caroline Müller. **Controle jurisdicional de políticas públicas**. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2013. p. 190.

Qualquer Administração Pública para se configurar como democrática e comunicativa precisa, então, construir o maior número possível de adesão social legítima, adquirida através de ações comunicativas permanentes, que podem ser tensionais e conflituosas em face de estarem em pauta interesses ocasionalmente opostos, com todos os agentes envolvidos e alcançados pelo exercício do poder político – institucionais ou não. Além do mais, as ações administrativas devem ser suscetíveis de fundamentação e crítica constantes, o que retroalimenta o controle e a depuração social.

Daí porque se insistir na necessidade do reconhecimento da complexidade que marca as relações sociais contemporâneas, as quais estão sempre em permanente mutação e ampliação de suas demandas e conflitos. Entretanto, para isso o que deve ser buscado na Administração Pública e com ela, é garantir os espaços públicos de enfrentamento e debate de todas as particularidades deste cenário, acolhendo a diversidade e a diferença como elementos imprescindíveis para o debate, a deliberação e a execução das políticas públicas norteadoras das ações públicas voltadas à comunidade como um corpo político orgânico e ativo. Este, portanto, é o plano de visibilidade que deve orientar o modelo administrativo de gestão, isto é, o que crie condições (objetivas e subjetivas) para a participação política da cidadania como condição de uma administração pública democrática.⁴¹

Assim, o conceito de democracia procedimental implica outros conceitos estruturais de poder político e de participação política, relacionado não apenas com a formação da vontade política institucionalizada na perspectiva parlamentar, mas inclusive com uma noção de esfera pública revitalizada, a qual organiza um conjunto orgânico de arenas políticas informais, composta de velhos e novos atores/cidadãos. O argumento habermasiano centra-se nesta ideia de democracia procedimental porque envolve a todos e outorga a todos responsabilidades indissociáveis no processo de construção dos seus cotidianos. Assim, uma esfera pública que realiza do procedimento pela ação comunicativa, abandonando a ação instrumental, possibilita a construção de uma expectativa de racionalidade dos procedimentos em sede de esfera pública.

7. REFERÊNCIAS

BERCOVICI, Gilberto. Revolution through Constitution: the Brazilian's directive Constitution debate. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 1, n. 1, p. 7-18, jan./abr. 2014. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v1i1.40249>.

BITENCOURT, Caroline Müller. **Controle jurisdicional de políticas públicas**. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2013.

⁴¹ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. La participación en el Estado social y democrático de Derecho. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 12, n. 48, p. 13-40, abr./jun. 2012. p. 27.

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade**: para uma teoria geral da política. Tradução: Marco Aurélio Nogueira. 13. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2007.

BOURETZ, Pierre. Repensar a democracia. In: DARNTON, R.; DUHAMEL, O. **Democracia**. Rio de Janeiro: Record, 2001.

DELPIAZZO, Carlos E. Centralidad del administrado en el actual Derecho Administrativo: impactos del Estado Constitucional de Derecho. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 1, n. 3, p.7-32, set./dez. 2014. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v1i3.40514>.

EISENBERG, José. **A democracia depois dos liberalismos**: ensaio sobre ética, direito e política. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2003.

FARIA, Júlio Herman. O controle do Poder Legislativo como direito-dever de participação do cidadão. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 10, n. 42, p. 191-218, out./dez. 2010.

GALVÃO, Rodrigo. Por um conceito contemporâneo de democracia. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 6, n. 24, p. 175-187, abr./jun. 2006.

HABERMAS, Jürgen. **A constelação pós-nacional**: ensaios políticos. São Paulo: Littera Mundi, 2001.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v. II.

HABERMAS, Jürgen. **Pensamento pós-metafísico**. Estudos filosóficos. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Universitário, 1990.

HACHEM, Daniel Wunder. A dupla noção jurídica de interesse público em direito administrativo. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 11, n. 44, p. 59-110, abr./jun. 2011.

HÖFFE, Otfried. **A democracia no mundo de hoje**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

LEAL, Mônia Clarissa Hening. Dworkin X Habermas, uma discussão acerca da legitimidade da jurisdição constitucional entre substancialismo e procedimentalismo: novas perspectivas. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 4, n. 17, jul./set. 2004.

LEAL, Rogério Gesta. Controle da Administração Pública no Brasil: anotações críticas. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 5, n. 20, abr./jun. 2005.

LEAL, Rogério Gesta. **Estado, administração pública e sociedade**: novos paradigmas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

LEAL, Rogério Gesta. O controle social dos serviços públicos no Brasil como condição de sua possibilidade. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 3, n. 13, jul./set. 2003.

LEAL, Rogério Gesta. **Teoria do Estado**: cidadania e poder político na modernidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O Direito Administrativo do século XXI: um instrumento de realização da democracia substantiva. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 11, n. 45, p. 13-37, jul./set. 2011.

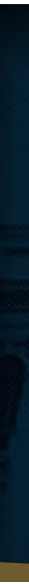
NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Uma ideia de Constituição. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 1, n. 1, p. 111-145, jan./abr. 2014. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v1i1.40251>.

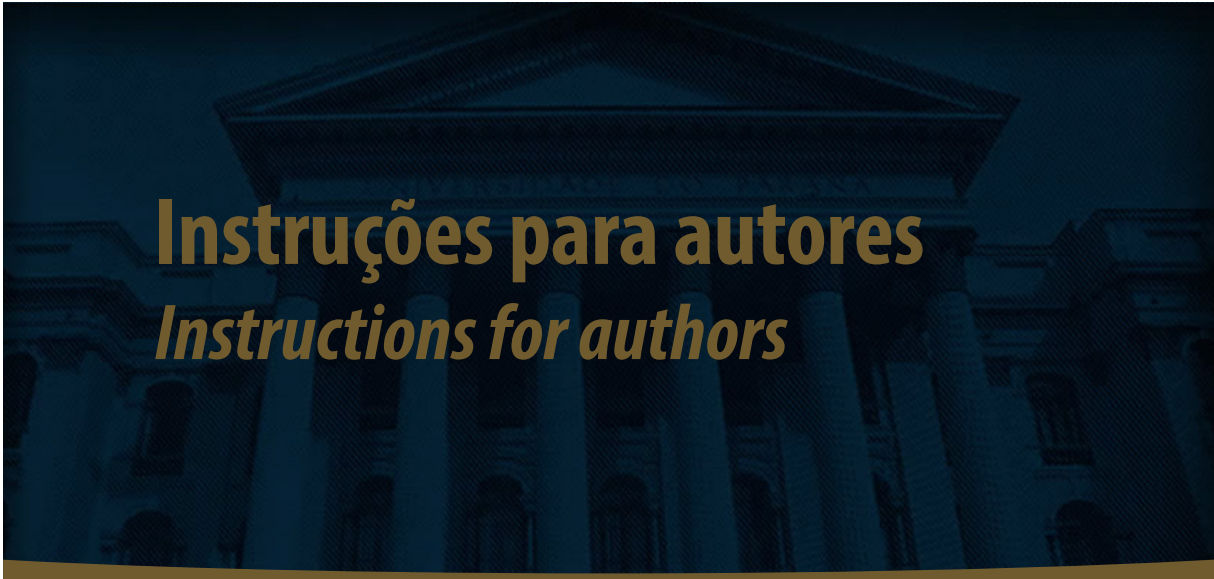
RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. La participación en el Estado social y democrático de Derecho. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 12, n. 48, p. 13-40, abr./jun. 2012.

SALGADO, Eneida Desiree. Sob os olhos do Grande Irmão: a luta pela democracia na sociedade de controle. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 4, n. 16, abr./jun. 2004.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Reinventar a democracia: entre o pré-contratualismo e o pós-contratualismo. In: OLIVEIRA, Francisco de; PAOLI, Maria Célia (Org.). **Os sentidos da democracia**: Políticas do dissenso e hegemonia global. São Paulo: Vozes, 1999. p. 83-129.

SANTOS, Gustavo Ferreira. Direitos fundamentais e democracia: tensões e compromissos. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 6, n. 23, jan./mar. 2006.





Instruções para autores

Instructions for authors

1. Submissão de artigos

As propostas de artigos para publicação na *Revista de Investigações Constitucionais* deverão ser enviadas através do sistema eletrônico de submissões, por meio de cadastro no Sistema Eletrônico de Revistas da UFPR e acesso mediante login e senha a ser realizado **neste link**. Não serão aceitas propostas enviadas por e-mail. A revista reserva-se o direito de aceitar ou rejeitar qualquer original recebido, de acordo com as recomendações do seu corpo editorial, como também o direito de propor eventuais alterações.

2. Qualificação dos autores

Ao menos um dos autores do artigo deverá possuir o título de Doutor (Dr.), Doctor of Juridical Science (J.S.D. ou S.J.D), Doctor juris (Dr. iur. ou Dr. jur.), Doctor of Philosophy (Ph.D.) ou Legum Doctor (LL.D.). A exigência poderá ser relativizada, nunca extrapolando o percentual de 30% por edição, em casos excepcionais de: (i) artigos de autores afiliados a instituições estrangeiras; (ii) artigos escritos em inglês.

3. Ineditismo e exclusividade

Os textos para publicação na *Revista de Investigações Constitucionais* deverão ser inéditos e para publicação exclusiva, salvo no caso de artigos em língua estrangeira que tenham sido publicados fora do país. Uma vez publicados nesta revista, também poderão sê-lo em livros e coletâneas, desde que citada a publicação original. Roga-se aos autores o compromisso de não publicação em outras revistas e periódicos, bem como de que as propostas de artigo não se encontrem postulados de forma simultânea em outras revistas ou órgãos editoriais.

4. Idiomas

Podem ser submetidos artigos redigidos em Português, Espanhol, Inglês, Italiano, Alemão ou Francês.

5. Apresentação do texto e elementos pré-textuais

5.1. Recomenda-se que o trabalho tenha entre 15 e 30 páginas (tamanho A4 – 21 cm × 29,7 cm), compreendendo a introdução, desenvolvimento, conclusão (não necessariamente com esses títulos) e uma lista de referências bibliográficas.

5.1. As margens utilizadas deverão ser: esquerda e superior de 3 cm e direita e inferior de 2 cm.

5.2. No corpo do texto deverá ser utilizada Fonte Times New Roman, tamanho 12, espaçamento entre linhas de 1,5, e espaçamento de 0 pt antes e depois dos parágrafos.

5.3. Nas notas de rodapé deverá ser utilizada Fonte Times New Roman, tamanho 10, espaçamento simples entre linhas.

5.4. No desenvolvimento do texto, os parágrafos deverão conter recuo de 1,5 cm em relação à margem esquerda. Títulos e subtítulos deverão estar alinhados à margem esquerda, sem recuo.

5.5. A estruturação deverá observar a seguinte ordem:

5.5.1. Título no idioma do artigo, com apenas a primeira letra da sentença em maiúscula e em negrito, centralizado.

5.5.2. Nos casos de necessidade de indicar informações a respeito do artigo (financiamento por agências de fomento, agradecimentos, tradutores do texto, etc.), deverá ser inserida uma nota de rodapé com um asterisco (e não com número) situada à direita do título no idioma do artigo.

5.5.3. Título em inglês, com apenas a primeira letra da sentença em maiúscula, em negrito e em itálico, centralizado. No caso de artigos redigidos em inglês, este elemento deverá ser substituído pelo título em português.

5.5.4. Qualificação do(s) autor(es), compreendida em:

5.5.4.1. Indicação do nome completo do(s) autor(es) em negrito e em caixa alta;

5.5.4.2. Indicação da sua principal filiação institucional ou das duas principais, caso o vínculo com ambas possua a mesma importância (instituição à qual encontra-se vinculado como docente ou discente, ou, caso não seja docente ou discente, a instituição onde foi obtido o seu maior título acadêmico, como doutorado, mestrado, especialização, etc.). O nome da instituição deverá constar por extenso e na língua original da instituição (ou em inglês quando a escrita não for latina), seguida da indicação do país de origem da instituição entre parênteses. Caso o autor seja docente e esteja cursando

mestrado ou doutorado em outra instituição, a filiação principal será a da instituição na qual o autor figura como mestrando ou doutorando.

5.5.4.3. Indicação de endereço de e-mail para contato.

5.5.4.4. Os três elementos anteriores deverão ser indicados um abaixo do outro em linhas distintas, com alinhamento à direita.

5.5.4.5. Em nota de rodapé com um asterisco (e não com número), situada à direita do nome do autor, deverá constar o seu mini-currículo, iniciando com a indicação da instituição onde figura como docente, seguida de cidade, sigla do Estado e país entre parênteses, indicação das titulações acadêmicas (começando pela mais elevada), outros vínculos com associações científicas, profissão, etc. Caso tenha sido utilizada a nota de rodapé ao lado do título com informações sobre o artigo, a nota com o mini-currículo do primeiro autor deverá ser indicada com dois asteriscos, a do segundo autor com três asteriscos, e assim sucessivamente.

5.5.5. Resumo no idioma do artigo (fonte Times New Roman 12, espaçamento entre linhas simples, sem parágrafo ou citações e referências, com até 200 palavras), antecedido da palavra “Resumo” escrita no idioma do artigo.

5.5.6. Indicação de 5 palavras chave no idioma do artigo (em letras minúsculas e separadas por ponto e vírgula), antecidas da expressão “Palavras-chave” redigida no idioma do artigo.

5.5.7. Resumo em inglês (Fonte Times New Roman 12, espaçamento entre linhas simples, sem parágrafo ou citações e referências, com até 250 palavras), antecedido da palavra “Abstract”. No caso de artigos redigidos em inglês, este elemento deverá ser substituído pelo resumo em português.

5.5.8. Indicação de cinco palavras chave em inglês (em letras minúsculas e separadas por ponto e vírgula), antecidas da expressão “Keywords”. No caso de artigos redigidos em inglês, este elemento deverá ser substituído pelas palavras-chave em português.

5.5.9. Sumário com a identificação dos títulos das seções e das subseções, com numeração progressiva em números arábicos.

5.5.10. Desenvolvimento do trabalho científico: a numeração progressiva, em número arábicos, deve ser utilizada para evidenciar a sistematização do conteúdo do trabalho.

5.5.11. Lista das referências bibliográficas efetivamente utilizadas no artigo, ao final do trabalho, separadas por um espaço simples, alinhadas à margem esquerda (sem recuo).

5.5.12. Aplicam-se, para os demais aspectos de formatação, as normas técnicas brasileiras (ABNT NBR 14724:2011).

5.6. Todo destaque que se queira dar ao texto deve ser feito com o uso de itálico, ficando vedada a utilização de negrito, sublinhado ou caixa alta para fins de dar destaque ao texto.

5.7. Figuras e tabelas devem estar inseridas no texto, e não no final do documento na forma de anexos.

6. Metodologia científica

6.1. As referências dos livros, capítulos de obras coletivas, artigos, teses, dissertações e monografias de conclusão de curso de autores citados ou utilizados como base para a redação do texto devem constar em nota de rodapé, com todas as informações do texto, em observância às normas técnicas brasileiras (ABNT NBR 6023:2002), e, especialmente, com a indicação da página da qual se tirou a informação apresentada no texto logo após a referência.

6.1.1. O destaque dado ao título dos livros (ou revistas) citados deverá constar em negrito, ficando vedada a utilização de itálico.

6.1.2. Os artigos redigidos no formato AUTOR:DATA não serão aceitos para publicação.

6.1.3. As referências deverão constar da seguinte forma:

6.1.3.1. Livros: SOBRENOME, Nome. **Título da obra em negrito:** subtítulo sem negrito. número da edição. Cidade: Editora, ano.

Exemplo: CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade legislativa do Poder Executivo.** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

6.1.3.2. Capítulos de livros coletivos: SOBRENOME, Nome. Título do capítulo sem negrito. In: SOBRENOME DO 1º ORGANIZADOR, Nome do organizador; SOBRENOME DO 2º ORGANIZADOR, Nome do 2º organizador e assim sucessivamente, separados por ponto e vírgula (Org. ou Coord.). **Título da obra ou coletânea em negrito:** subtítulo sem negrito. número da edição. Cidade: Editora, ano. página inicial-página final [antecedidas de “p.”].

Exemplo: SALGADO, Eneida Desiree; COUTO, Mariele Pena de. Uma proposta para o controle social: um olhar prospectivo sobre a transparência e a probidade. In: BLANCHET, Luiz Alberto; HACHEM, Daniel Wunder; SANTANO, Ana Claudia (Coord.). **Estado, direito e políticas públicas:** homenagem ao professor Romeu Felipe Bacellar Filho. Curitiba: Íthala, 2014. p. 149-164.

6.1.3.3. Artigos em revistas: SOBRENOME, Nome. Título do artigo sem negrito. **Título da Revista em negrito,** cidade, volume, número, página inicial-página final [antecedidas de “p.”], meses da publicação [abreviados com as três primeiras letras do mês seguidas de ponto e separados por barra]. ano.

Exemplo: PERLINGEIRO, Ricardo. Brazil's administrative justice system in a comparative context. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 1, n. 3, p. 33-58, set./dez. 2014.

6.1.3.4. Teses de Titularidade, Livre-Docência, Doutorado, Dissertações de Mestrado, Monografias de Conclusão de Curso de Graduação e Pós-Graduação: SOBRENOME, Nome. **Título do trabalho em negrito:** subtítulo sem negrito. Cidade, ano. número de folhas seguido de "f". Modalidade do trabalho (Grau obtido com a defesa) – Órgão perante o qual o trabalho foi defendido, Nome da instituição.

Exemplo: HACHEM, Daniel Wunder. **Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais:** por uma implementação espontânea, integral e igualitária. Curitiba, 2014. 614 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná.

6.1.4. Os elementos das referências devem observar o seguinte padrão:

6.1.4.1. Autor: SOBRENOME em maiúsculas, vírgula, Nome com as iniciais em maiúsculas, seguido de ponto final.

6.1.4.2. Edição: deve ser incluída a informação somente a partir da segunda edição, sem ordinal, seguido de ponto e "ed.". Exemplo: 2. ed.

6.1.4.3. Ano: grafado com algarismos arábicos, sem ponto no milhar, antecedido de vírgula e seguido de ponto.

6.1.5. Nos casos em que for absolutamente impossível obter alguma das informações acima, a ausência deverá ser suprida da seguinte forma:

6.1.5.1. Ausência de cidade: substituir por [s.l.].

6.1.5.2. Ausência de editora: substituir por [s.n.].

6.1.5.3. Ausência de ano: indicar entre colchetes o ano aproximado, seguido de ponto de interrogação. Exemplo: [1998?].

6.2. As citações (palavras, expressões, períodos) deverão ser cuidadosamente conferidas pelos autores e/ou tradutores.

6.2.1. Citações diretas devem seguir o seguinte padrão de registro: transcrição com até quatro linhas devem constar do corpo do texto, com letra e espaçamento normais, e estar entre aspas.

6.2.2. Recomenda-se fortemente que citações textuais longas (mais de quatro linhas) não sejam utilizadas. Entretanto, se imprescindíveis, deverão constituir um parágrafo independente, com recuo de 1,5 cm em relação à margem esquerda (alinhamento justificado), utilizando-se espaçamento entre linhas simples e tamanho da fonte 10. Neste caso, aspas não devem ser utilizadas.

6.2.3. Fica vedado o uso do op. cit., ibidem e idem nas notas bibliográficas, que deverão ser substituídas pela referência completa, por extenso.

6.2.4. Para menção de autores no corpo do texto, fica vedada sua utilização em caixa alta (ex.: para Nome SOBRENOME...). Nestes casos todas as menções devem ser feitas apenas com a primeira letra maiúscula (ex.: para Nome Sobrenome...).

7. Redação

7.1. Os textos devem ser revisados, além de terem sua linguagem adequada a uma publicação editorial científica.

7.2. No caso de artigos redigidos na língua portuguesa, a escrita deve obedecer às novas regras ortográficas em vigor desde a promulgação do ACORDO ORTOGRÁFICO DA LÍNGUA PORTUGUESA, a partir de 1º de janeiro de 2009.

7.3. As citações de textos anteriores ao ACORDO devem respeitar a ortografia original.

8. Artigos resultantes de pesquisas financiadas

Os artigos resultantes de projetos de pesquisa financiados deveram indicar em nota de rodapé, situada ao final do título do artigo no idioma do texto, a informação relativa ao financiamento da pesquisa.

9. Declaração de direitos autorais

Autores que publicam nesta revista concordam com os seguintes termos:

9.1. Não serão devidos direitos autorais ou qualquer outra remuneração pela publicação dos trabalhos.

9.2. Autores mantém os direitos autorais e concedem à *Revista de Investigações Constitucionais* o direito de primeira publicação, com o trabalho simultaneamente licenciado sob a **Licença Creative Commons Attribution** que permite o compartilhamento do trabalho com reconhecimento da autoria e publicação inicial nesta revista. Ainda, em virtude de aparecerem nesta revista de acesso público, os artigos são de uso gratuito, com atribuições próprias, com aplicações educacionais e não comerciais.

9.3. Autores têm permissão e são estimulados a publicar e distribuir seu trabalho online (ex.: em repositórios institucionais ou na sua página pessoal) a qualquer ponto antes ou durante o processo editorial, já que isso pode gerar alterações produtivas, bem como aumentar o impacto e a citação do trabalho publicado (ver **O Efeito do Acesso Livre**).

10. Responsabilidade dos autores

10.1. Autores são responsáveis pelo conteúdo publicado, comprometendo-se, assim, a participar ativamente da discussão dos resultados de sua pesquisa científica, bem como do processo de revisão e aprovação da versão final do trabalho.

10.2. Autores são responsáveis pela condução, resultados e validade de toda investigação científica.

10.3. No momento da submissão os autores deverão enviar, juntamente com a proposta de artigo, declaração de autoria assinada e digitalizada.

10.4. Autores devem noticiar a revista sobre qualquer conflito de interesse.

10.5. As opiniões emitidas pelos autores dos artigos são de sua exclusiva responsabilidade.

11. Conflito de interesses

A confiabilidade pública no processo de revisão por pares e a credibilidade de artigos publicados dependem em parte de como os conflitos de interesses são administrados durante a redação, revisão por pares e tomada de decisões pelos editores.

11.1. É obrigatório que o autor do manuscrito declare a existência ou não de conflitos de interesse. Mesmo julgando não haver conflitos de interesse, o autor deve declarar essa informação no ato de submissão do artigo, marcando esse campo específico.

11.2. Conflitos de interesses podem surgir quando autores, pareceristas ou editores possuem interesses que, aparentes ou não, podem influenciar a elaboração ou avaliação de manuscritos. O conflito de interesses pode ser de natureza pessoal, comercial, política, acadêmica ou financeira.

11.3. Quando os autores submetem um manuscrito, eles são responsáveis por reconhecer e revelar conflitos financeiros ou de outra natureza que possam ter influenciado seu trabalho.

11.4. Os autores devem reconhecer no manuscrito todo o apoio financeiro para o trabalho e outras conexões financeiras ou pessoais com relação à pesquisa. As contribuições de pessoas que são mencionadas nos agradecimentos por sua assistência na pesquisa devem ser descritas, e seu consentimento para publicação deve ser documentado.

11.5. Manuscritos não serão rejeitados simplesmente por haver um conflito de interesses, mas deverá ser feita uma declaração de que há ou não conflito de interesses.

11.6. Os pareceristas devem, igualmente, revelar aos editores quaisquer conflitos de interesse que poderiam influir em suas opiniões sobre o manuscrito, e devem declarar-se não-qualificados para revisar originais específicos se acreditarem que esse procedimento é apropriado. Assim como no caso dos autores, se houver silêncio por

parte dos pareceristas sobre conflitos potenciais, isso significará que os conflitos não existem.

11.7. No caso da identificação de conflito de interesse da parte dos pareceristas, o Conselho Editorial encaminhará o manuscrito a outro parecerista *ad hoc*.

11.8. Se os autores não tiverem certos do que pode constituir um potencial conflito de interesses, devem contatar a secretaria editorial da Revista.

11.9. Para os casos em que editores ou algum outro membro publiquem com frequência na Revista, não serão atribuídos tratamentos especiais ou diferenciados. Todos os artigos submetidos serão avaliados através do procedimento *double blind peer review*.

12. Outras informações

12.1. Os trabalhos serão selecionados pelo Coordenador Editorial e pelo Conselho Editorial da Revista, que entrarão em contato com os respectivos autores para confirmar o recebimento dos textos, e em seguida os remeterão para análise de dois pareceristas do Conselho de Pareceristas.

12.2. Os originais recebidos e não publicados não serão devolvidos.

12.3. Asseguram-se aos autores o direito de recurso das decisões editoriais.

12.3.1. Serão concedidos 5 (cinco) dias, contados da data da decisão final do Conselho Editorial.

12.3.2. O arrazoado escrito deverá ser enviado para o e-mail: <revista@ninc.com.br>.

12.3.3. O recurso será analisado pelo Conselho Editorial no prazo de 30 (trinta) dias.