LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO EN BRASIL Y EL RÉGIMEN JURÍDICO-ADMINISTRATIVO: LOS PARADIGMAS DE LA LEGITIMIDAD, NEUTRALIDAD, ÉTICA, TRANSPARENCIA Y EFECTIVIDAD EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

THE CONSTITUTIONALIZATION OF LAW IN BRAZIL AND THE LEGAL-ADMINISTRATIVE REGIME: THE PARADIGMS OF LEGITIMITY, NEUTRALITY, ETHICS, TRANSPARENCY AND EFFECTIVENESS IN PUBLIC ADMINISTRATION

EMERSON AFFONSO DA COSTA MOURA

Profesor adjunto en la Universidad Federal del Estado de Río de Janeiro (UNIRIO) y la Universidad Federal Rural de Río de Janeiro (UFRRJ). Doctor en Derecho por la Universidad Estatal de Río de Janeiro (UERJ). Máster en Derecho Constitucional y Especialista en Derecho Administrativo en la Universidad Federal Fluminense (UFF). Vicepresidente de la Comisión de Derecho Administrativo del Instituto de abogados brasileños (IAB).

RESUMEN: Las transformaciones ocurridas en el derecho administrativo que promueven una relectura del contenido del principio de legalidad, impersonalidad, moralidad, publicidad y eficiencia es el tema en debate a partir del ascenso del neoconstitucionalismo y del proceso de constitucionalización del derecho. Se investiga en qué medida, el fenómeno de la filtración constitucional en el ámbito del régimen administrativo, promueve la relectura de los principios de la materia bajo la óptica de la ley fundamental auxiliando en la reestructuración de la dogmática a la centralidad ocupada por el hombre en el orden jurídico y dimensión material de la democracia, en una sustancial modificación en la relación entre Administración y Administrado.

PALABRAS CLAVES: Neoconstitucionalismo; Constitucionalización; Régimen Administrativo; Legitimidad; Neutralidad; Ética; Transparencia; Efectividad.

ABSTRACT: The transformations occurred in administrative law that promote a rereading of the content of the principle of legality, impersonality, morality, publicity and efficiency is the subject under debate as of the rise of neo-constitutionalism and the process of constitutionalization of law. It is investigated to what extent, the phenomenon of constitutional filtration in the scope of the administrative regime, promotes the rereading of the principles of the subject under the optics of the fundamental law helping in the restructuring of dogmaticism to the centrality occupied by man in the legal order and material dimension of democracy, in a substantial modification in the relationship between Administration and Administration.

KEYWORDS: Neoconstitutionalism; Constitutionalization; Administrative Regime; Legitimacy; Neutrality; Ethics; Transparency; Effectiveness.

I. CONSIDERACIONES INICIALES

De origen *regaliana* y basado en un padrón burocrático se estructura la dogmática administrativa sobre las inconsistencias lógico-conceptuales oriundas de una tradición *autoritaria, jerarquizada e ineficiente,* que en descompás con las transformaciones ocurridas en la sociedad, imponen la revisión de las premisas teóricas estructurantes de la disciplina[105].

La crisis del Estado de Bien-Estar marcada por la inviabilidad de cuidar de las complejas demandas sociales y el creciente desequilibrio de las finanzas públicas, destaca la inviabilidad de la burocracia como modelo de gestión inoperante y económicamente insostenible para atender el interés público y de las viejas categorías administrativas en la adecuación a las nuevas expectativas sociales.

Las deficiencias y falencias del proceso político mayoritario en razón de la reducción del proceso democrático al proceso electivo, del predominio persistente de la ineficiencia, corrupción y clientelismo en la gestión pública, y del creciente desinterés por la participación política, amplía el debilitamiento de la ciudadanía conduciendo a un déficit de *legitimidad* de la actuación administrativa.

El surgimiento de la globalización expresado en la integración económica y la expansión del conocimiento y de la técnica, mediante el flujo de transferencias de informaciones y la difusión de nuevas formas de tecnologías y medios de comunicación refuerzan la crisis de gobernabilidad estatal e impone la llegada de transformaciones en la Administración Público.

En este contexto, el ascenso del Estado Constitucional de Derecho con el reconocimiento de la fuerza normativa de la Constitución y la irradiación de las reglas y principios fundamentales en el orden jurídico, convergen con estos fenómenos, en la deconstrucción de viejos paradigmas y proposiciones de nuevos prototipos, que exteriorizan la formación de un modelo administrativo posmoderno.

[105] Delante de la crisis teórica del Derecho Administrativo, se inicía un movimiento doctrinario de amplia revisión de las categorias e institutos administrativos, formado entre otros por: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e Discricionariedade*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988: Interpretação e Crítica. São Paulo: Revista dos Tribunais*, 1990. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização e Outras Formas.* São Paulo: Atlas, 1999. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. 2 ed. actual y ampliada Rio de Janeiro: Renovar, 2001. SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Desestatização, Privatização, Concessões, Terceirizações e Regulações*. 4 ed rev, actual y amplida. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. ARAGÃO, Alexandre. *Agências Reguladoras e Evolução do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

En el marco del régimen administrativo, el proceso de filtración constitucional promueve la relectura de los principios de la materia bajo la óptica de la ley fundamental ayudando en la reestructuración de la dogmática de la centralidad ocupada por el hombre en el orden jurídico y en la dimensión sustantiva de la democracia, en una sustancial modificación en la relación entre Administración y Administrado.

Desde éste punto de partida, busca el presente trabajo investigar las transformaciones promovidas por el fenómeno de la constitucionalización del derecho sobre el régimen administrativo, de las formas para definir las alteraciones en el contenido axiológico del principio de legalidad, impersonalidad, moralidad, publicidad y eficiencia y sus respectivos efectos sobre la actividad administrativa.

Partimos del análisis de la llegada del neoconstitucionalismo y de sus elementos comunes, para extraer entre los paradigmas producidos en el campo de la dogmática, teoría y práctica jurídica, el fenómeno de irradiación de las reglas y principios constitucionales en el orden jurídico, delimitando sus requisitos, características y efectos producidos en algunas ramas jurídicas.

A continuación, se aborda el estudio de la constitucionalización en el derecho administrativo con foco de investigación en las transformaciones ocurridas en los pilares fundamentales del régimen administrativo - *supremacía del interés público y discrecionalidad administrativa* - y en la reorientación de las relaciones entre Administración Pública e individuos, en razón de la erradicación de los derechos fundamentales.

Por último, presentadas las premisas necesarias para el debate, el examen se restringe a los cambios paradigmáticos de la filtración constitucional en el marco de los principios generales administrativos, que transmutan la legalidad restringida en *juridicidad* amplia la impersonalidad en *neutralidad*, convergen en la moralidad de la conducta en la *ética* de los resultados, la publicidad en *transparencia* y conllevan el postulado de la eficiencia en el deber de *efectividad.*

La metodología utilizada para la elaboración en este trabajo se basa en la crítica dialéctica como medio de investigación bibliográfica, fundada en la doctrina jurídica nacional y extranjera apoyandonos en los principales exponentes del Derecho Público, así como de aquellas ramas del Derecho Privado necesarias, en lo que cabe a la fundamentación de ese trabajo en razón de su gran valía doctrinal.

II. NEOCONSTITUCIONALISMO Y CONSTITUCIONALIZACIÓN

Se observa con la finalización de la segunda guerra mundial en Europa y el proceso de redemocratización de Brasil, una serie de transformaciones en la forma de organización política y jurídica estatal, que marcan el advenimiento del Estado Constitucional de Derecho y el ascenso de los pilares fundamentales del constitucionalismo contemporáneo[106].

La designación neoconstitucionalismo comprende distintas vertientes[107] que consolidan los nuevos paradigmas del fenómeno político-jurídico produciendo cambios en la comprensión del Derecho en el campo de la dogmática, teoría y práctica jurídica, garantizando la creciente reaproximación entre Derecho y los valores de ética y justicia en contraposición al distanciamiento del modelo anterior[108].

La vertiente dogmática, incorpora amplios elementos de derechos fundamentales a los textos constitucionales, con el reconocimiento más allá de su dimensión subjetiva de protección de situaciones individuales frente al poder público y de los particulares, de su ángulo objetivo representando la consagración del orden objetivo de los valores esenciales a la sociedad.[109]

Con la expansión de la jurisdicción constitucional, mediante la ampliación del elenco de legitimados para la proposición de las acciones de control de constitucionalidad y la creación de nuevos instrumentos de control concentrado, se garantiza la preservación de los derechos fundamentales del proceso político mayoritario reservando su tutela al Poder Judicial[110].

---

[106] Se toma como marco normativo la promulgación de la Ley Fundamental de Bonn en Alemaña y la Constitución de Italia, y posteriormente las cartas fundamentales de Portugal y Espanã Alcanza el fenómeno más allá del viejo continente, encontrando en Brasil el fin de la dictadura militar y la edición de la Constitución de la República, el ambiente propicio para la garantía de la estabilidad instituconal y la aplicabilidad de las normas constitucionales.. Sobre el tema: CARBONELL, Miguel. *Nuevos Tiempos para el Constitucionalismo* in: CARBONELL, Miguel (Org). *Neoconstitucionalismo(s)*. 1 ed. Madrid: Editorial Trotta, 2003. p. 9. BARROSO, Luis Roberto. *Neoconstitucionalismo e a Constitucionalização do Direito. O Triunfo Tardio no Direito Constitucional no Brasil* in: SARMENTO, Daniel e SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Orgs). *A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 205.

[107] Abarca, por lo tanto, las teorias de Luigi Ferrajoli, Gustavo Zagrebelsky, Luis Prieto Sanchís, Carlos Nino, Robert Alexy, Ronald Dworkin entre otros. Sobre las distintas perspectivas teóricas y sus características comunes ver: POZZOLO, Susana. *Neoconstitcuionalismo Y Especifidad de La Interpretacion Constitucional.* Doxa. N. 21-II 1998. p. 340 y siguientes.

[108] Se adopta como punto de partida para este breve estudio del fenomeno, los planes de analisis propuestos por Miguel Carbonell, mediante el abordage de las transformaciones ocurridas en las Constituciones, en las práticas judiciales y en el desarrollo teórico de los modelos constitucionales. CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo: Elementos para una definición* in: MOREIRA, Eduardo Ribeira e PUGLIESI, Maurício. *20 Anos da Constituição Brasileira*. São Paulo: Editora Saraiva, 2009. p. 197-208.

[109] Se relaciona con la dimensión objetiva, la comprensión de que los derechos fundamentales consagran los valores más importantes de la comunidad política potencializando su irradiación para todos los campos del Derecho, y su eficacia en cuanto fines o valores comunitarios sobre una mirada de relaciones jurídicas. SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 371.

[110] Se inserta, por lo tanto, el ejercicio de la jurisdicción constitucional orgánica y de las libertades en el complejo de mecanismos de naturaleza normativa, institucional o procesal tendientes a asegurar la plena realización de los

En el campo de la *práctica judicial,* se refiere a la reelaboración de la interpretación constitucional con el redimensionamiento de la norma jurídica como vehiculadora sólo de los elementos iniciales para la solución del problema, la asunción de los hechos como instrumento de delimitación de los resultados posibles y el intérprete siendo uno de los sujetos que participa en el proceso de creación del Derecho[111].

Sugiere la definición de métodos interpretativos más flexibles y compatibles con las hipótesis donde hay incidencia multidimensional de normas jurídicas y complejidad de los hechos en cuestión, permitiendo mediante concesiones recíprocas la preservación de los bienes e intereses en juego y la definición del derecho precedente en caso, siempre reconduciendo al derecho jurídico y a la concordancia práctica[112].

En la vertiente de la *teoría jurídica*, importa el reconocimiento de la fuerza normativa de la Constitución, como el rompimiento de la concepción de la ley fundamental como un mero documento político que vehicula invitación a la actuación de los poderes públicos, pero la atribución del ***status*** de norma jurídica colocando límites e imponiendo deberes de actuación para el Estado[113],[114].

Comprende, además, la posición de centralidad asumida por los derechos fundamentales en el sistema jurídico, instituyendo un orden objetivo de valores e irradiando su fuerza

derechos fundamentales.COELHO, Rosa Júlia Plá. *Mecanismos de Proteção dos Direitos Fundamentais.* 1 ed. Brasília: Ordem dos Advogados do Brasil, 2005. p. 34.

[111] Se cambia el papel del Poder Judicial que pasa a tener una amplia competencia para invalidar actos legislativos y administrativos considerados como inconstitucionales e interpretar las normas jurídicas a la luz de la Constitución, con el llenado de las antinomias y lagunas.FERRAJOLI, Luigi. *Pasado Y Futuro Del Estado De Derecho*. In: CARBONELL, Miguel (Org). Neoconstitucionalimo(s)… Ob. cit. p. 18.

[112] El empleo de la técnica legislativa de conceptos *jurídicos indeterminados* dotados de mayor plasticidad y textura abierta y el reconocimiento de normatividad de los *principios* con menor densidad jurídica, inviabilizan que el intérprete extraiga de las normas en abstracto los elementos necesarios para su aplicación, sujetándose a sus valoraciones y elegir entre las posibles soluciones, mediante la ponderación entre los bienes involucrados y la argumentación como elemento de control de la racionalidad de la decisión pronunciada. Sobre el tema: REIS, Jane. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. En especial el capitulo III.

[113] Una de las obras precursoras sobre el tema es *A Força Normativa da Constituição* de Konrad Hesse extraída a partir de su clase inaugural en la cátedra de la Universidad de Friburgo. Según el autor, la norma constitucional no tiene existencia autónoma frente a la realidad, pero tan poco se limita al reflejo de las condiciones fácticas: su esencia reside en la pretensión de eficacia, de su concreción en la realidad imprimiendo orden y conformidad.HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. p 14-15.

[114]En nuestra experiencia constitucional antes restringida a las Constituciones con garantías que tutelaban las libertades formales como repositorios de promesas vagas significa la interrupción del ciclo inicial de *baja normatividad* de las disposiciones que vehiculaban los derechos fundamentales, en especial, de las normas que declaraban los derechos sociales, con el reconocimiento de la aplicación directa e inmediata de sus preceptos. Sobre el tema: BARROSO, Luis Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*: *Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira*. 7 ed. Rio de Janeiro, Renovar, 2003. En especial Capitulo IV.

normativa por todo el ordenamiento, condicionando la interpretación de las normas e institutos de las ramas del Derecho y vinculando la actuación de los poderes públicos[115].

Por efecto, con la expansión de la jurisdicción constitucional, el Poder Judicial asume un nuevo papel en la promoción de los derechos fundamentales, que aliado a la suma de la demanda social por justicia y la recuperación de sus garantías institucionales, resulta en su ascenso político-*institucional* y en la expresiva *judicialización de las cuestiones políticas y sociales.*[116]

A través del reconocimiento de la supremacía axiológica de la Constitución y del nuevo *status* de los derechos fundamentales en el orden jurídico, deriva un proceso de aprehensión del sistema bajo la óptica de la Constitución con el objetivo de realizar los bienes y valores fundamentales transmitidos, en un proceso designado de *constitucionalización del Derecho*[117].

Corresponde al fenómeno, por lo tanto, a la transformación del ordenamiento jurídico oriundo de su impregnación por las normas constitucionales, que pasan a redimensionar las actividades legislativas, judiciales y doctrinarías al nuevo papel de centralidad asumido por la Constitución en las relaciones con los poderes públicos y con la sociedad.

El marco de la *legislación*, abarca la limitación del espacio de conformación del Poder Legislativo, restando de su esfera de libertad la definición de los bienes e intereses a ser perseguidos, reservando a éste principalmente la elección de los *medios* necesarios para la concreción de los fines y objetivos anhelados por la sociedad y transmitidos por la Constitución[118].

El campo de la *jurisprudencia,* implica la ampliación de la competencia del Poder Judicial oriunda del *poder-deber* de aplicar los preceptos constitucionales, que importa en la

[115] Presentan los derechos fundamentales, por lo tanto con dos sentido: como vínculos axiológicos, que condicionan el valor material de las normas produzidas y como fines que orientan el Estado Constitucional de Direito. FERRAJOLI, Luigi. *Derechos e Garantias: La ley del mais débil.* 1 ed. Madrid: Trotta, 1999. p. 22.

[116] Corresponde a la llamada omnipotencia judicial, derivada de la comprensión que siendo la Constitución una norma jurídica presente en todo tipo de conflicto, en razón de su denso contenido material, la gran mayoría de las cuestiones de la vida social y política se someten al control por el Poder Judicial. SANCHÍS, Luis Pietro. *Neoconstitucionalismo Y Ponderación Judicial* in CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismos.* Ob. cit. p. 122.

[117] La fuerza irradiante de la Constitución, por lo tanto, no se limitó a la reconstrucción dinámica de sus propios enunciados de norma en una especie previsible de auto-alimentación constitutiva, sino que se proyectó para todo el sistema jurídico, revisando el sistema de fuentes y reestructurando sus pilares deontológicos. SAMPAIO, José Adércio Leite. *Mito e História da Constituição: Prenúncios Sobre a Constitucionalização do Direito* in: SOUZA NETO, Cláudio Pereira e SARMENTO, Daniel. *A Constitucionalização...* Ob. cit. p. 200.

[118] En el Estado Constitucional de Derecho la Constitución no sólo disciplina las formas de producción legislativa, sino que impone también el contenido de las leyes, adecuados a los bienes e intereses fundamentales que se ve en las normas constitucionales, garantizando límites a los poderes de la mayoría. FERRAJOLI, Luigi. Ob. cit. p. 18-19.

posibilidad de invalidación de los actos emanados por los poderes públicos u originarios de los particulares a través de la interpretación creativa de las normas jurídicas a la luz Constitución[119].

El espacio de la *doctrina*, incluye la relectura de los preceptos e institutos de los distintos ramos jurídicos con la reconducción de sus fundamentos axiológicos a las normas constitucionales y la alineación de su contenido normativo como revelación de los preceptos fundamentales transmitidos por la Constitución garantizando la superioridad de sus normas y la realización de los valores de la sociedad.[120]

Aunque la constitucionalización del Derecho se deriva principalmente del reconocimiento de la fuerza vinculante de los preceptos constitucionales y del papel de centralidad de los derechos fundamentales en el orden jurídico, para que se opere la *completa* impregnación del orden jurídico por las normas constitucionales, se hace necesario el cumplimiento de otras condiciones necesarias.[121].

En principio, se impone la existencia de una Constitución rígida ajustada a través de la definición de un procedimiento de modificación de las normas constitucionales distinto del proceso ordinario de formación de las leyes, que garantice la distinción de niveles jerárquicos normativos en el orden jurídico y la preeminencia de los preceptos constitucionales sobre las demás normas jurídicas[122].

En este sentido, se como demuestra esencial la creación de un mecanismo de *garantía* de la Constitución capaz de preservar la jerarquía de sus preceptos exteriorizados en la previsión de uno o más órganos políticos o judiciales encargados de ejercer el control en conformidad

[119] Cuando el Poder Judicial desempeña una función creadora del Derecho en su sentido fuerte, con la interpretación creativa de la Constitución no importa su desvinculación con la ley como propuesta por el Derecho Libre, sino en el empleo de normas constitucionales capaces de imprimir mayor determinación frente al contenido vago, inconcreto o poroso de la legislación.
SANCHÍS, Luis Prietro. *Sobre el Neoconstitucionalismo y Sus Implicaciones* in: *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales.* Madrid: Trotta, 2003. p 129-131.

[120] En este vértice, la Constitución corresponde a un centro de convergencia, que condiciona los contenidos de producción del derecho, sujetos a heterogeneidad y ocasionalidad de las presiones sociales, a los principios y valores constitucionales superiores sobre los que existe un consenso social suficientemente amplio. ZAGREBELSKY, G. *El Derecho Dúctil: ley, derechos y justicia.* 4 ed. Madrid: Editorial Trotta, 2002. p. 14 e 39-40.

[121] Se adopta el modelo propuesto por Riccardo Guastini donde se consideran ciertas condiciones para que un ordenamiento jurídico pueda ser considerado completamente impregnado por las normas constitucionales.GUASTINI, Riccardo. *La Constitucionalizacion Del Ordenamiento Juridico* in: CARBONELL, Miguel (Coord.) *Neoconstitucionalismo(s)...* Ob. cit. p. 50-56.

[122] En este orden de ideas, la constitucionalización se presentará más acentuada en los ordenamientos jurídicos marcados por la súper rigidez, o sea, por la existencia de un núcleo inmodificable del texto constitucional, formado por preceptos que no son sujetos a procedimiento de modificación, en consecuencia de su estatus político o Carga valorativa. VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua Reserva de Justiça: Um Ensaio Sobre Os Limites Materiais Ao Poder de Reforma.* São Paulo: Malheiros, 1999.

con las leyes y actos normativos emanados de los poderes públicos a las normas constitucionales[123].

Implica la comprensión de que toda decisión legislativa es pre-disciplinada por normas constitucionales, idóneas, por lo tanto, a regular de forma explícita o implícita cualquier aspecto de la vida política y social. Esto importa en el reconocimiento de la inexistencia de cualquier cuestión que no esté sujeta al control de parametricidad con la Constitución.[124]

La hermenéutica constitucional, abarca el empleo de la técnica de elección entre las distintas formas de interpretación aquella capaz de armonizar el contenido de la ley con la Constitución, para preservar el principio mayoritario, evitando su contrariedad con las normas constitucionales y garantizando el mantenimiento de la validez de la ley[125].

Por último, incluye la influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas, representada a través de la atribución a los órganos de control de constitucionalidad de la resolución de conflictos de competencia relativa al ejercicio del poder estatal, del control del ejercicio de la discrecionalidad legislativa por el Poder Judicial y del empleo normas constitucionales en la argumentación de los actores políticos[126].

En nuestro orden jurídico, el fenómeno de constitucionalización se inicia con la promulgación de la Constitución de la República de 1988, en un proceso que resultó en su

[123] Entre los variados sistemas de control de constitucionalidad, se destaca el modelo francés de control concentrado y preventivo ejercido por el órgano político y el americano de control abstracto y preventivo ejercido por un órgano judicial. El modelo brasileño es ecléctico adoptando todas las especies y modalidades admitidas en el Derecho Comparado é eclético adotando todas as espécies y modalidades admitidas del Direito Comparado. Sobre el tema: CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*. 1 ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1984.

[124]Esto no significa desconsiderar que existen cuestiones de naturaleza política sujetas al principio mayoritario, sin embargo, comprender que existen otros principios a ser preservados en el orden constitucional. Es responsabilidad del Poder Judicial, por tanto, resguardar el proceso democrático y promover los valores fundamentales constitucionales, así como asegurar la libertad institucional. BARROSO, Luís Roberto. *Dez Anos da Constituição Brasileira de 1988*. Revista de Direito Administrativo nº 214.

[125] Corresponde a la llamada *interpretación conforme a la constitución* que implica que la duda en relación a la constitucionalidad de una norma jurídica plurisignificativa debe el órgano eliminar las opciones incompatibles con el ordenamiento jurídico, optando por la interpretación que se demuestre en consonancia con la Constitución, mediante la reducción del contenido normativo sempre que no afecte la expresión literal de la norma. MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de Constitucionalidade na Alemanha: A Declaração de Nulidade da Lei Inconstitucional, a Interpretação Conforme à Constituição e a Declaração de Constitucionalidade da Lei na Jurisprudência da Corte Constitucional Alemã* in: Revista de Direito Administrativo, nº 193, 1993 p. 22-27.

[126] Corresponde a los efectos políticos producidos por la constitucionalización sobre las relaciones entre los poderes estatales, entre las cuales se destaca el papel de protagonismo ocupado por el Poder Judicial, que es objeto de críticas ya que podría generar la *judiocracia*, o sea, con la transferencia de las decisiones políticas de los representantes elegidos para los jueces. Sobre el tema: SARMENTO, Daniel. *O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e Possibilidades* in: SARMENTO, Daniel (Coord). *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 133-139.

desplazamiento hacia el eje central del sistema jurídico y reconocimiento de su supremacía axiológica, potenciada por la erradicación de aquellos factores mencionados.[127]

En el marco de una experiencia constitucional marcada por una inflación legislativa y una insinceridad normativa [128], donde las Constituciones garantistas dominaban las libertades formales como repositorios de promesas no concretas, la difusión de un amplio elenco de derechos fundamentales y su inserción entre las restricciones al poder de reforma, reforzó la rigidez de la Constitución[129].

La previsión exhaustiva de los bienes e intereses sociales en la ley fundamental produjo la sustracción de distintas cuestiones de la vida política y social del alcance del legislador, que pasaron a encontrar fundamentos inmediatos en las normas constitucionales sujetándose, por lo tanto, al control de adecuación con la ley fundamental.[130]

En este punto, la expansión de la jurisdicción constitucional, mediante la creación de nuevos mecanismos de control de constitucionalidad y ampliación del elenco de legitimados activos para la proposición de las acciones abstractas, garantizó la protección de las normas constitucionales y la preservación de su jerarquía mediante actuación por el Poder Judicial[131].

Por efecto, la ampliación de la competencia del Poder Judicial para el control de constitucionalidad de los actos emanados por los poderes públicos y el creciente ejercicio de las acciones abstractas por los actores políticos y sociales, permitiendo un proceso de

[127] En este contexto, realiza el mismo movimiento translativo ocurrido en Alemania donde bajo la égida de la Ley Fundamental de 1949 y consagrando el desarrollo doctrinario, el Tribunal Constitucional Federal asienta que los derechos fundamentales instituyen un orden objetivo de valores, condicionando la interpretación de todas las normas y vinculando los poderes públicos.

[128]No fue inusual la existencia formal de Constituciones que invocaron lo que no estaba presente, afirmaban lo que no era verdad y prometían lo que no sería cumplido. Como ejemplo tenemos la Constitución de 1969 que garantiza los derechos a la integridad física y la vida, con las prisiones ilegales, la tortura y la desaparición de personas en la dictadura. BARROSO, Luís Roberto. O *direito constitucional*... Ob cit. p. 61.

[129] Se acentúa el proceso de constitucionalización en los ordenamientos donde además de la previsión de un procedimiento especial de modificación de las normas constitucionales, existen principios constitucionales no sujetos a la reforma por el poder constituyente derivado. Esto ocurre en nuestro ordenamiento jurídico donde está previsto además de un proceso legislativo específico (artículo 60 caput) principios sensibles que no pueden ser objeto de deliberación de propuesta de enmienda (artículo 60 §4º todos de la Constitución). GUASTINI, Riccardo. Ob. cit. p. 51.

[130] El hospedaje en el texto constitucional de innumerables principios vagos, incluso, algunos de dudosa dignidad constitucional, dotados de fuerte carga axiológica y poder de irradiación, favorecieron el proceso de constitucionalización del Derecho. SARMENTO, Daniel. *O Neoconstitucionalismo*...Ob cit. p. 125.

[131] Se amplía el objeto y el alcance de la jurisdicción constitucional a través de la ampliación del elenco de legitimados activos para la proposición de la acción directa de inconstitucionalidad (artículo 103 inciso I a IX), de la creación del control de inconstitucionalidad por omisión (artículo 103 § 2º). La acción directa y el mandamiento de requerimiento (artículo 102 "q"), de la previsión de la argumentación de incumplimiento de precepto fundamental (artículo 102 §1º) entre otros.

judicialización de la política, que amplía la influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas[132].

La necesidad de reelaboración doctrinaria de la hermenéutica constitucional para resguardar el proceso democrático y la estabilidad institucional en la promoción de los valores fundamentales, conduciendo a la interpretación de la ley conforme a la Constitución cuando sea posible evitando la contrariedad con sus preceptos y garantizando el mantenimiento de la validez de la ley[133].

Aunque el proceso de constitucionalización ha permeado las distintas ramas del ordenamiento jurídico, promoviendo el realineamiento de los preceptos e institutos a las normas constitucionales, el fenómeno ha alcanzado especial relieve en la órbita de tres grandes dominios infraconstitucionales, al que se le sucede el análisis: *el derecho civil, Penal y administrativo.*

En la órbita civil, se observa un desplazamiento del Código Civil de la posición central antes ocupada en el sistema jurídico, con la sumisión de sus normas e institutos a un redimensionamiento axiológico a partir de la Constitución y la respectiva imposición de un nuevo complejo de valores y principios que pasan a regir la interpretación del derecho civil[134].

En un vértice, se destaca la irradiación del principio de la *dignidad de la persona humana* sobre las relaciones privadas, promoviendo una *despatrimonialización y repersonalización* del derecho civil, con el reconocimiento de la centralidad del hombre y el desarrollo de sus derechos de personalidad y, por efecto, la preeminencia de su tutela en las relaciones patrimoniales[135].

---

[132] Como ilustraciones se tienen las decisiones del Supremo Tribunal Federal en cuanto a los límites de investigación de las Comisiones Parlamentarias, la fidelidad partidaria, la Reforma de la Jubilación y la Reforma del Poder Judicial. En cuanto a los derechos fundamentales se tiene la interrupción de la gestación de fetos inviables, las investigaciones con células madre embrionarias y las políticas públicas de distribución de medicamentos.

[133] Corresponde al Poder Judicial preservar las condiciones esenciales de funcionamiento del Estado Democrático mediante la tutela de los principios fundamentales y procedimientos adecuados a la participación y deliberación, Sobre el tema: SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *Jurisdição, Democracia e Racionalidade Prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

[134] Asume la Constitución el papel integrador del orden jurídico, mediante el liderazgo axiológico frente a los microsistemas normativos que pasan a ser asociados a los valores y principios constitucionales, como los regímenes jurídicos aplicables a la función social de la propiedad, la protección del consumidor, la nueva configuración de la familia basada en la igualdad entre los cónyuges e hijos y en la pluralidad de su constitución, la tutela al medio ambiente entre otros.
CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais*: *Ensaio Sobre o Constitucionalismo Pós-Moderno e Comunitário*. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 16.

[135] Corresponde al principio ético-jurídico atribuir unidad valorativa y sistemática al Derecho Civil, reglamentando autonomía de voluntad en favor de la solidaridad social, posibilitando el libre desarrollo de la personalidad de cada uno de los miembros de la comunidad. MORAES, Maria Celina Bodin de. *Constituição e Direito Civil: Tendências* in: Revista dos Tribunais. Vol. 779 set. 2000 p. 55 e 59.

En otro ángulo, engloba la *aplicabilidad de los derechos fundamentales a las relaciones privadas,* que en la vertiente dominante, importa en el reconocimiento de que dichas normas constitucionales se aplican con eficacia directa e inmediata, mediante la ponderación entre el principio de libre iniciativa y autonomía de voluntad y el derecho fundamental en juego[136].

En el campo penal, se observa el reajuste de las normas e institutos penales a los preceptos constitucionales, mediante la sujeción de la *producción, validez e interpretación* de las normas que disciplinan los crímenes y el proceso al amplio catálogo de derechos fundamentales y, aún, la sustracción de la esfera de conformación del legislador de la criminalización y despenalización de algunas conductas.

Por lo que se refiere a la *producción y la validez*, aunque prevista la reserva de ley en materia penal con libertad del legislador en la definición de los crímenes y sanciones, la Constitución actúa como fuente de limitación material de esta conformación, imponiendo la necesidad de existencia de lesividad social en la conducta y de adecuación del bien jurídico tutelado a los demás valores vehiculados por la ley fundamental[137].

En cuanto a la *interpretación*, se revela en la tensión entre la pretensión punitiva del Estado y los derechos individuales del acusado, la necesaria observancia de las garantías fundamentales transmitidas por la Constitución y la proporcionalidad en la ponderación de los bienes y valores conflictivos, para evitar una aplicación arbitraria o desmedida de la pena y de su régimen de ejecución.[138]

Bajo el prisma administrativo, la asunción por la Constitución del epicentro del orden jurídico representa la fuerza motriz de consolidación de los cambios que ha sufrido el derecho administrativo con la impregnación de sus institutos, normas y categorías administrativas por

[136] No se ignora, sin embargo, la existencia de la doctrina americana de la *state action* que niega basada en la autonomía privada y en el pacto federativo la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones privadas, así como en el derecho patrio la teoría de la eficacia indirecta e inmediata de los derechos fundamentales en la legislación privada, que sólo reconoce la irradiación de los derechos fundamentales en la interpretación de las normas. Sobre el tema: SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

[137] Teniendo el Derecho Penal por finalidad primordial la tutela de los bienes jurídicos esenciales al individuo y la comunidad, inserto en el marco axiológico constitucional del Estado democrático de Derecho, se reviste esa orientación en la vinculación de la legitimidad de la tutela penal sólo en su utilización cuando socialmente necesaria para asegurar las condiciones de vida y desarrollo de la paz social, teniendo en cuenta los dictámenes superiores de la dignidad y de la libertad de la persona humana. PRADO, Luis Régis. *Bem Jurídico-Penal e Constituição.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 50

[138] A este respecto, la sujeción del juzgador de la ley, no se limita a su literalidad independiente de cuál es significado, pero depende de la coherencia de su contenido con la Constitución. De ello se desprende que corresponde al juzgador elegir, entre los significados, aquel que se demuestre más compatible con las normas constitucionales sustanciales y los derechos fundamentales. FERRAJOLI, Luigi. Ob. cit. p. 26.

los principios y reglas fundamentales, además de generar su reaproximación con el derecho constitucional.[139]

En este contexto, la constitucionalización del derecho administrativo, opera en un escenario donde la tesitura constitucional y las transformaciones sufridas por el Estado, convergen con la irradiación de las reglas y principios fundamentales, para la formación de un modelo administrativo posmoderno a través de la deconstrucción de viejos paradigmas y proposiciones de nuevos prototipos.

El tema se abordará a continuación.

III. CONSTITUCIONALIZACIÓN Y RÉGIMEN ADMINISTRATIVO

Bajo la égida del Estado Constitucional de Derecho se sujeta a los poderes públicos a un complejo de normas que emergen de la matriz constitucional para disciplinar sus actividades, imponiéndole límites y deberes de actuación en un régimen propio y adecuado a un sistema abierto y que responde a las mutaciones del núcleo social donde figura en el vértice la Constitución.

Establece el régimen administrativo el punto nuclear de convergencia y articulación de las reglas y principios que rigen la actividad de la Administración Pública, resultante de la caracterización normativa de los bienes e intereses peculiares y pertinentes a la sociedad y de la imposición de cargas y concesión de prerrogativas que la conforman adecuadamente al efectivo cumplimiento de sus fines[140].

No obstante, la Constitución ejerce una función de directriz normativa legitimadora con la disciplina fundamental de las materias esparcidas por los ramas jurídicos, en lo que atañe al derecho administrativo la configuración *instrumental*, *estructural y final* de su actividad se

[139] Por más que tengan un origen común, el derecho administrativo ha experimentado a lo largo de su recorrido histórico, un proceso de desprendimiento del derecho constitucional, que ha contribuido a la formación de categorías, institutos y principios propios de cierta forma ajenos a las sucesivas mutaciones constitucionales, que con la constitucionalización del derecho administrativo se somete a una relectura por la óptica constitucional. BINENBOJM, Gustavo. *Temas de Direito Constitucional e Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 24-25.

[140]Se observa que ante el orden global instituido, con la intensificación del fenómeno de integración, la Administración Pública se somete no sólo a un régimen jurídico en el ordenamiento patrio, sino a las normas de los organismos internacionales, las jurisprudencias de los entes jurisdiccionales supranacionales y los tratados multilaterales. El advenimiento de la internacionalización de los derechos humanos impone límites y condiciona su actuación y la integración regional, hace necesaria la armonización del derecho comunitario, adecuando la estructura administrativa, a ese contexto, para actuar como agente de esos sistemas distintos.SUNDFELD, Carlos Ari. A Administração Pública na Era do Direito Global. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, ano I, vol 1, nº 2, maio, 2001. p. 1-3 e 6-7.

encuentra unida, en su mayor parte, en la propia ley fundamental corroborada con el proceso de constitucionalización[141].

La institucionalización constitucional de un régimen administrativo, con la enunciación de los principios fundamentales, la disociación de la función administrativa de la actividad de gobierno, la ampliación de los mecanismos de control entre otros, permite la inmediata incautación de los bienes e intereses fundamentales a la sociedad con la irradiación de sus preceptos por las otras normas administrativas[142].

El complejo de transformaciones sufridas por el Estado, que denota el declive de un modelo organizacional *burocrático* con epicentro en el poder *racional-legal*, basado en el formalismo, jerarquía y control rígido de los procesos y la implantación de un perfil gerencial, basado en los vectores de *eficiencia y desempeño* se convierte en otro elemento importante en el filtrado constitucional[143].

Las sucesivas reformas constitucionales que ofrecen los instrumentos necesarios para la racionalización de la gestión pública y las organizaciones estatales existentes, imprimiendo *legitimidad, eficiencia y ética* en la persecución del interés público, imponen el realineamiento de los institutos, categorías y normas al nuevo perfil administrativo-constitucional del Estado Brasileño[144].

Sin embargo, es con la irradiación de las reglas y principios fundamentales que no versan sobre la materia administrativa, que se consolida la constitucionalización del derecho administrativo promoviendo la superación de los paradigmas tradicionales y los cambios en el

[141] Se trata de un rasgo característico de las constituciones latinoamericanas, que se alejan del modelo europeo, atribuyen las normas de organización y funcionamiento de la Administración Pública un status constitucional, asumiendo la ley fundamental un papel de fuente primaria de derecho administrativo. BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 79-80.

[142] Se destacan, sin embargo, los riesgos de ese proceso de incorporación de materia eminentemente ordinaria al texto constitucional, que puede generar desde el estancamiento de la actividad administrativa, hasta su reformismo crónico o permitir la perniciosa influencia del corporativismo o del casuismo en la definición del régimen jurídico-Constitucional administrativo.BINENBOJM, Gustavo. *Temas*... Ob. cit. p. 26-27.

[143] La ascensión del modelo gerencial en la Administración Pública con el análisis de las principales transformaciones jurídico-institucionales que buscaron atribuir con el empleo del profesionalismo, neutralidad y técnica en la actividad administrativa, un aumento en el grado de legitimidad, eficiencia y racionalidad a la persecución del interés público, fue ampliamente abordado en: MOURA, Emerson Affonso da Costa. *Agência, Expertise e Profissionalismo: O Paradigma da Técnica na Administração Pública*. mimeografado. 2010.

[144] Las sucesivas reformas administrativas buscaron aumentar la capacidad del Estado de forma a disponer de los medios necesarios para intervenir efectivamente en la sociedad a través de la reducción expresiva de su actuación económica con la transferencia de su actividad hacia el campo de la regulación y fiscalización de los servicios delegados al sector privado.
SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Desestatização, Privatização, Concessões, Terceirizações e Regulações*. 4 ed rev, actual e ampliada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 434-435.

régimen jurídico-administrativo, adecuando la relación entre Administración y Administrado a la óptica constitucional[145].

Como es conocido por todos, a pesar del origen liberal y función de limitación del poder estatal, el derecho administrativo encontró su construcción teórica en las decisiones de la jurisdicción administrativa francesa, que disociada de la actuación jurisdiccional importó en la sujeción de la Administración la voluntad heterónoma de la ley, sin embargo, en su inmunización al control por los demás poderes públicos o la sociedad[146].

Se estructuró, por lo tanto, la dogmática administrativa en premisas teóricas que refexionaban sobre la tensión dialéctica entre la lógica de la *autoridad*-exteriorizada en la continuidad y preservación de las instituciones -y la lógica de la *libertad*- antes vistas en la promoción de las conquistas liberales y democráticas, el instrumental normativo de mantenimiento de la parcialidad y desigualdad que componían el *status quo*[147].

En este contexto, el régimen administrativo moderno erigió como sus pilares fundamentales, el polisémico concepto de *interés público* con el dogma de su supremacía abstracta e insuperable, y el amplio margen de la *discrecionalidad administrativa* con la proposición de un mérito insindible, ajenos a los principios y reglas constitucionales y al control material por el Poder Judicial[148].

Bajo un ángulo, por Supremacía del Interés Público, se proclamó la superioridad del interés del grupo social, asegurando su prevalencia sobre el interés particular y otorgando un

[145] Con la constitucionalización del derecho y la irradiación de los derechos fundamentales, se observa una funcionalización de la actividad administrativa, para la efectiva, eficiente y legítima realización de los derechos de las personas. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Quatro Paradigmas do Direito Administrativo Pós Moderno: Legitimidade: Finalidade: Eficiência: Resultados*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 44-45.

[146] Se rompe, por lo tanto, con el mito del surgimiento de la Administración Pública por la milagrosa sumisión de la burocracia estatal a la ley y a los derechos fundamentales. El modelo administrativo francés, donde la burocracia edita sus leyes y tiene su propia jurisdicción para juzgarla es la propia antítesis de la separación de los poderes. Sobre el tema: BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

[147]Importa en la consolidación de un modelo *patrimonialista* marcado por el predominio de la corrupción, el nepotismo y la ineficiencia en la gestión estatal. Aunque en nuestra realidad administrativa, ocurra la transición juspolítica del modelo burocrático para gerencial es posible verificar aún resquicios de este modelo, exteriorizados en la corrupción persistente, en las políticas paternalistas y en la ineficiencia de los servicios públicos. Sobre el tema: FAORO, Raymundo. *Os Donos do Poder*. 15 ed. São Paulo: Editora Globo, 2000. FREYRE, Gilberto. *Casa-grande e Senzala*. 39 ed. Rio de Janeiro: Record, 2000 e NUNES, Edson. *A gramática política do Brasil – clientelismo e insulamento burocrático.* Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1997.

[148] En este contexto, curiosamente la revolución liberal cede al surgimiento de dos regímenes jurídicos distintos exteriorizados en una disciplina propia para la Administración Pública donde se otorgan prerrogativas sin equivalente en las relaciones privadas, y un complejo de normas para los individuos, cuya esfera de libertad de acción es restringida por esas sujeciones.
FALLA, Fernando Garrido. *Las Transformaciones Del Regime Administrativo*. Madri: Instituto de Estudios Politicos,1962. p. 44-45.

complejo de privilegios a la Administración Pública que la habilitaría al desempeño eficiente en la persecución de los objetivos socialmente anhelados[149].

Aunque la Administración Pública se dirige bajo el influjo de intereses públicos, de eso no se deriva una ilimitada esfera de libertad en su definición, tampoco, su precedencia abstracta sobre los intereses privados, en la concepción de un axioma, cuya presunta validez y posición jerárquica, haría dispensable el examen previo de su referencia en el ordenamiento jurídico[150].

Falta a la supremacía del interés público sobre el privado los fundamentos jurídico-positivos de validez necesarios para un principio fundamental inminente, en razón de su descripción abstracta y referida prevalencia absoluta, así como de su incompatibilidad con otros postulados normativos, en particular, de la proporcionalidad y la concordancia práctica[151].

Bajo la óptica constitucional debe considerarse no una jerarquía preexistente de supremacía del interés colectivo, sino una axiológica y elemental con el reconocimiento de la precedencia natural de los derechos y garantías fundamentales, permitida su excepcional restricción por el interés público siempre que esté justificada su limitación[152].

Se invierte de esta manera en la tensión promovida entre intereses públicos y privados la imposición de la carga argumentativa para los intereses del grupo social que deben ser capaces de sobrepasar los derechos individuales, en el examen del caso concreto con el empleo

[149]Se forma una *verticalización* en la relación entre Administración Pública y administrado, que genera en el conflicto entre el interés de la colectividad y el derecho del individuo a la prevalencia del primero sobre otros. En la aplicación de la ley, corresponde al juzgador establecer el equilibrio entre los privilegios estatales y los derechos individuales, pero sin perder jamás la supremacía. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 30 ed atual por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo, José Emmanuel Burle Filho. Malheiros: São Paulo, 2005. p. 49.

[150] Correspondería a uno de los cánones del derecho público, en razón de su reconocimiento en el ordenamiento jurídico y de su aceptación pacífica en la doctrina, que lo haría insuseptible de cualquier limitación o temperamento por otros principios que componen el orden jurídico.
MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo.* 21. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiro, 2006. p. 69-70.

[151] Es evidente la incongruencia entre el principio de la supremacía del interés público sobre el privado que quiere su superposición a cualquier interés y el principio de proporcionalidad que dirige la interpretación para la máxima realización de los intereses implicados, que resulta en la imposibilidad de la coexistencia de ambos postulados en el mismo sistema jurídico.
. ÁVILA, Humberto. *Repensando o "Princípio da Supremacia do Interesse Público Sobre o Particular"* SARMENTO, Daniel (Org). *Interesses Públicos vs. Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 186-190.

[152] Habiendo por lo tanto, colisión entre intereses públicos y privados, siendo los últimos derechos fundamentales, en razón de su precedencia *prima facie*, sólo tras un examen atento en el caso concreto, fundado en el principio de proporcionalidad y mediante la demostración de las razones que justifiquen su dominación, prevalecerá el interés público sobre lo privado.
Si el conflicto se refiere a derechos distintos de los fundamentales, se somete el procedimiento a la misma ponderación excepto que incurriendo en duda, prevalece la decisión adoptada por el poder público.SARMENTO, Daniel. *Interesses Públicos vs. Interesses Privados na Perspectiva da Teoria e da Filosofia Constitucional*. In: SARMENTO, Daniel (cood.).Interesses Públicos... Ob. cit. p. 103 e 115.

del principio de proporcionalidad, en cumplimiento de la centralidad asumida por los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico[153].

Con este desplazamiento del fundamento de la dogmática administrativa de la supremacía del interés público para la precedencia de los derechos fundamentales, las restricciones y privilegios concedidos en la realización de las finalidades estatales, alzan un nuevo fundamento de validez bajo la óptica ampliativa de una Administración Pública garante.

En cuanto a las especies de *potestad pública* concedidas a los agentes estatales en razón de las tareas de las que incumben realizar, las prerrogativas administrativas no se aplican igualmente en abstracto y con prevalencia absoluta, sin embargo, en la medida de su necesidad a la persecución del interés público y siempre que en equilibrio con los derechos de los administrados[154].

Sujeta su incidencia, de este modo, la ponderación con los demás bienes y valores conflictivos, teniendo como foco la precedencia natural de los derechos fundamentales en el orden jurídico y el sólido sistema de garantías proyectado por la Constitución, que buscan compensar la sujeción de lo administrativo a las prerrogativas concedidas a la Administración Pública[155].

Por otro lado, con discrecionalidad administrativa se comprende el espacio de libertad decisoria concedida a la Administración Pública en la elección entre los indiferentes jurídicos, inserto en la esfera de atribución concedida por la norma jurídica y de acuerdo con la formulación de los juicios de conveniencia y oportunidad promovidos[156].

Aunque se adecue a la necesaria dinámica de la actividad administrativa, en un contexto de multiplicidad y complejidad de las demandas sociales que escapa a la previsibilidad del

[153] La imposición de un argumento al derecho individual en su tensión con los intereses del grupo social se demuestra incompatible con un Estado Constitucional de Derecho marcado por la centralidad del hombre y reconocida la fundamentalidad de sus derechos. Así, en el conflicto deben existir mayores razones para la solución exigida por los bienes colectivos de que para aquellas exigidas por los derechos individuales. AVILA, Humberto. Ob. cit. p. 187.

[154]Las prerrogativas administrativas con predominio de la excepción y de la exorbitancia del derecho común son de origen francés inexistentes en el derecho anglosajón, donde la Administración se sujeta a las mismas reglas y armas que los particulares para el cumplimiento de sus tareas. Incluidos en nuestro ordenamiento jurídico, esos privilegios han sido manejados, en particular, en el campo procesal, para reforzar la desigualdad en la relación entre Administración y Administrado, inviabilizando la aplicación de la ley. Sobre el tema: BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas.* São Paulo: Saraiva, 2002. p. 118-135.

[155]Las garantías constitucionales forman un mecanismo que preservan la seguridad jurídica del administrado y constituyen en su esencia un poder general abstracto e irrenunciable cuyo ejercicio se convierte en un derecho subjetivo o interés legítimo en la relación singular que se forma entre el Estado y los administrados. CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho Administrativo.* Tomo 3. 8. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2006. p. 25.

[156] En este orden, comprende el mérito administrativo los juicios formulados por la Administración Pública acerca de la conveniencia, oportunidad, equidad y demás criterios utilizados en la decisión administrativa que son definitivos e incuestionables ante el poder Judicial. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Da Discricionariedade Administrativa.* São Paulo: Atlas, 1990. p. 92.

legislador, la existencia de un campo de elección en la actuación administrativa no representa intangibilidad de su mérito a los límites impuestos por el orden jurídico[157].

Hay fines esperados y exigibles de la actuación estatal, exteriorizado en la realización de los bienes e intereses fundamentales de la sociedad vehiculados por la Constitución, inclusive, con la definición de prioridades y el gasto de los recursos estatales, que vinculan los poderes públicos construyendo en el espacio de su actuación límites objetivos inviolables[158].

Se transmuta, por lo tanto, la concepción de la discrecionalidad administrativa de una amplia esfera de elección en la persecución del interés público no sujeto a control por los poderes públicos a un campo de ponderaciones proporcionales y razonables entre los bienes e intereses constitucionales, sujeto a control ejercido por el Poder Judicial[159].

Esto importa en el estrechamiento del mérito administrativo por los procedimientos técnicos y jurídicos definidos por la Constitución o leyes que permitan el ejercicio de la opción política capaz de garantizar la optimización del grado de legitimidad de la decisión administrativa con la integración dentro de los límites de su competencia a la atención del interés público[160].

También implica la sumisión del espacio decisorio a la cantidad de principios constitucionales, que pasan a orientar los juicios de valoración del administrador por los

[157] La libertad administrativa conferida por una norma de derecho no significa libertad de elección entre indiferentes jurídicos, sino la providencia del acto capaz de alcanzar la finalidad de la ley que tendrá su campo restringido a las soluciones posibles de acuerdo con el caso concreto y *adecuados* conforme al deber de la buena administración.MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional.* São Paulo: Malheiros, 1992. p. 44-48.

[158] Hay casos en que la Constitución consagra de forma explícita los fines esperados, como ocurre con la obligatoriedad de la prestación universal de la educación fundamental y medicina de urgencia, de modo que condicionar su promoción a la discrecionalidad administrativa y conformación legislativa sería violación de los derechos individuales y políticos, cuyo ejercicio presupone la garantía mínima del bienestar, que implica la realización de condiciones económicas y sociales básicas.BARCELLOS, Ana Paula de. *Constitucionalização das Políticas Públicas em Matéria de Direitos Fundamentais: O Controle Político-Social e o Controle Jurídico no Espaço Democrático* in Revista de Direito do Estado. Ano 1. n. 3. 2006. p. 37. e MOURA, Emerson Affonso da Costa. *Do Controle Jurídico ao Controle Social das Políticas Públicas: Parâmetros a Efetividade dos Direitos Sociais*. Mimeografado. 2010. p. 10

[159] En este contexto, corresponde al Poder Judicial la corrección de la discrecionalidad, direccionando su conformidad con el Derecho, la racionalidad del discurso que la legitima, la atención al código de los valores dominantes y a la proporcionalidad en la correlación lógica entre motivos, medios y fines, para preservar la elección del medio menos gravoso y proporcional a los fines a ser alcanzados.CUNHA, Rubem Dário Peregrino. *A juridicização da discricionariedade administrativa*. Salvador: Vercia, 2005. p. 168-172.

[160]Siendo la discrecionalidad competencia de la Administración para integrar la voluntad de la ley o Constitución, corresponde a un *residuo de legitimidad* de la opción política, que tendrá su alcanzada legitimidad por su fundamentación y eficiencia, traducida en la mejor realización de los bienes e intereses socialmente anhelados. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e Discricionariedade.* 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 7-8 e 32-33.

criterios de razonabilidad, isonomía y demás, asegurando la congruencia de la decisión administrativa al interés legal y el deber de impedir su traducción en arbitrariedad[161].

Además, el reconocimiento de la sumisión inmediata de la acción administrativa a la obediencia de los preceptos constitucionales conduce a la superación de la clásica dicotomía entre actos vinculados y discrecionales con el redimensionamiento de la acreditación de todos los actos administrativos a cierto grado de juridicidad, definida por el establecimiento de criterios para el objetivo equilibrio entre los poderes[162].

Se propone una menor vinculación a la juridicidad con rasa injerencia judicial en los actos donde haya predominio de la especialización técnico-funcional de la burocracia o acentuado lastre político de la materia, y mayor vínculo y un control denso por el Poder Judicial en aquellos capaces de imponer restricciones a los derechos fundamentales[163].

La erradicación de las normas constitucionales al régimen jurídico-administrativo abarca también la reorientación de la persecución estatal a la *promoción de los derechos y garantías fundamentales* reordenando la relación entre la Administración Pública y el Administrado al eje nodal en la *dignidad de la persona humana* y la centralidad de los derechos del hombre en el ordenamiento jurídico[164].

Notoriamente se asentuó la dogmática administrativa en un modelo formal subordinado de relación entre Administración Pública y el administrado de naturaleza notadamente *unilateral, subordinado y esporádico* con el predominio de la coerción y de la exclusividad estatal en la definición y persecución de los intereses sociales y equidistancia y jerarquía en relación con los intereses particulares[165].

---

[161] La comprensión del Derecho como un sistema formado no sólo de reglas, sino también por principios de reconocida normatividad e incuestionable fuerza vinculante, impuso limitaciones al espacio decisorio discrecional que pasó a ser considerado como un espacio sujeto a la ponderación, reservando en los casos difíciles, la competencia entre principios.BAPTISTA, Patrícia. Ob. cit. p. 91.

[162] Reconocido que la discrecionalidad no es campo inmune a la jurisdicción se define la densidad del control mediante el establecimiento de criterios de una dinámica distributiva de tareas y responsabilidades entre la Administración Pública y el Poder Judicial.KRELL, Andreas J. *Discricionariedade Administrativa e Proteção Ambiental: o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais. Um Estudo Comparativo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 45.

[163] Se preserva, por lo tanto, el principio democrático evitando una indeseable judicialización administrativa y se garantiza la protección a los derechos fundamentales en su conjugación con los intereses colectivos y la creación de restricciones desproporcionadas o irrazonables. Sobre el tema, vide: BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria...* Ob cit. Capítulo V.

[164] La centralidad asumida por los derechos fundamentales en el orden jurídico produce una inversión epistemológica fundamental, que hace al ser humano protagonista del derecho administrativo y el Estado instrumento para su realización, extrayendo la legitimidad de su actuación en la medida de la realización de estos derechos. JUSTEN FILHO, Marçal. *O Direito Administrativo de Espetáculo*. Fórum Administrativo Direito Público. Belo Horizonte, ano 9, n 100 jun. 2009. p. 150-152.

[165] La Administración Pública Subordinada de irradiación jerarquizada y lineal empieza a presentar agotamiento de sus formas de actuación coercitiva en el campo de la gestión de los intereses públicos con la inviabilidad de atención de las múltiples demandas sociales oriunda

Con ascenso axiológico de los derechos fundamentales, se aprehende un nuevo orden consensuado de relación entre Administración y Ciudadano, con un carácter eminentemente multilateral, coordinador y continuo, basado en la centralidad del individuo y en la ampliación de los espacios que propicien su participación en la gestión pública y la durabilidad de las relaciones administrativas[166].

Bajo un vértice conduce al realineamiento de los niveles de concentración del poder público en la persecución de los intereses sociales mediante la *subsidiariedad* de la actuación estatal y la intervención precípua de las organizaciones privadas en las actividades que no demanden en razón de la complejidad o necesidad una acción estatal concentrada e imperativa[167].

Abarca en otro ángulo, la expansión de la *participación de los ciudadanos* en el proceso de formación de la decisión administrativa, que implica desde la apreciación de sus legítimas expectativas acerca de la actuación estatal hasta las deliberaciones colectivas promovidas en el ámbito de la Administración Pública o la provocación de los órganos de control, racionalizando y legitimando la gestión pública[168].

Se hace hincapié en los juicios discrecionales en la Administración Pública en que se tornan instrumentos de decisiones *consensuadas y prospectivamente* responsables, evitando los arbitrios, casuísmos e ineficiencia en la persecución del interés social cuando se construyen a partir de la manifestación del individuo, en especial con el empleo de la *previsibilidad técnica*[169].

---

de la creciente complejidad de la sociedad. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. 2 ed. actual y ampliada. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 26-27.

[166] Con la centralidad del individuo en el orden jurídico, la Administración Pública tiende al centro de convergencia de intereses y de dignificación de la persona humana, elevando el administrado a la condición de ciudadano y sustituyendo el modelo autoritario de gestión pública para la ordenación de los múltiples intereses sociales mediante la participación de ese individuo influenciando y persuadiendo la toma de decisiones BAPTISTA, Patrícia. Ob. cit. p. 128-130.

[167] Considerado el interés público un haz de intereses colectivos e individuales, se propone la creación de una subsidiariedad en su atención en razón de la complejidad, con mayor importancia del individuo en la realización de tareas públicas y en la satisfacción de los intereses sociales. Así, corresponde *primariamente* a los individuos la actuación en la realización de sus intereses individuales, a los grupos sociales las actividades relativas a sus intereses restringidos y a la sociedad civil, como un todo por la atención de la realización de los intereses generales. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações*.... p. 20-21.

[168] Comprende, por lo tanto, el ejercicio de la ciudadanía en el ámbito administrativo, mediante la participación en el proceso de promoción de los intereses sociales en los niveles de distribución de los bienes materiales e inmateriales indispensables a la sociedad, de forma a atribuir racionalidad, legitimidad y eficiencia a la actuación estatal. MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. *Transparência Administrativa, Publicidade, Motivação e Participação Popular*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 298, 304 e 331.

[169] La participación de sujetos que puedan traer diferentes perspectivas de resolución, a veces, con conocimientos específicos sobre el tema, mejora la calidad de las decisiones administrativas por la mejor comprensión de la *dimensión y posibles soluciones* del problema, además de permitir con la apertura del proceso decisorio a los diversos actores sociales, la mayor facilidad de aceptación por sus destinatarios. SILVA, Vasco Manuel Pascoal Pereira da. *Em busca do Acto Administrativo Permitido*. Coimbra: Almedina, 1998. p. 402.

Por último, se resalta que los cambios paradigmáticos promovidos por el proceso de constitucionalización del derecho administrativo no importan en una *privatización del derecho público*, con la sumisión de su régimen jurídico a institutos o categorías oriundos de la órbita privada, en un fenómeno correlato a una supuesta publicidad del derecho privado.[170]

Con la irradiación de las normas constitucionales por el ordenamiento jurídico se produce sólo una *reducción de la dualidad* entre el derecho público y privado mediante la creación de áreas de confluencia entre ambos y la redefinición de su campo de actuación, no por los sujetos involucrados, sino por la evaluación de la prevalencia de los intereses en juego[171].

Sin embargo, la constitucionalización del derecho produce un reflejo peculiar en el ámbito del régimen administrativo al promover la relectura de los principios generales bajo la óptica de las normas constitucionales, adecuando su comprensión a la nueva postura de centralidad del hombre en el orden jurídico y la dimensión sustantiva de la democracia[172].

El tema será abordado a continuación.

IV. RELECTURA DE LOS PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS

Bajo la égida del neoconstitucionalismo, la dogmática jurídica se estructura en el reconocimiento de la normatividad de los principios y de su centralidad en el sistema jurídico, garantizando además de su dimensión ética la aplicabilidad directa e inmediata en el caso concreto, así como, se apoya en su distinción cualitativa con las reglas, rescatando la primacía de valores en el orden constitucional[173].

---

[170] El proceso de divulgación del Derecho Privado sería identificado, entre otras innovaciones, por la valorización de la función social de la propiedad, para atender a los fines colimidos por el Estado y por otra la privatización del Derecho Público, individualizado, entre otras novedades, por la transferencia de actividades estatales para los entes privados. GIORGIANNI, Michele. *O Direito Privado e as suas Atuais Fronteiras* in: Revista dos Tribunais, n 747, 1998 p. 38-40.

[171] No es posible, por lo tanto, determinar el campo del derecho público o privado por la inexistencia de la intervención pública en la autonomía privada o por la ausencia de participación del ciudadano en las esferas de la Administración Pública, pero probablemente por la prevalencia del interés público o privado en la relación.. TEPEDINO, Gustavo. *Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil* in: TEPEDINO, Gustavo (Org). *Temas de Direito Civil*. Vol 3. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 19.

[172] El reconocimiento de los derechos fundamentales y de la democracia sustancial se proyecta en el derecho administrativo generando la inserción de nuevos paradigmas capaces de imprimir petica, legitimidad y eficiencia en la actuación administrativa. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Quatro paradigmas...* Ob. cit. p.19.

[173] Se inserta, por lo tanto, en la aproximación entre Derecho y Ética propuesto por el post-positivismo que inspirada en la teoría de la justicia y de la legitimidad democrática, propone la reentronización de los valores en la interpretación jurídica, la rehabilitación de la razón práctica y de la argumentación jurídica y el desarrollo de una teoría de los derechos fundamentales edificada sobre la dignidad de la persona humana
Sobre el tema: BARROSO, Luis Roberto. *Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro: Pós-Modernidade, Teoria Crítica e Pós-Positivismo* in: QUARESMA, Regina e OLIVEIRA, Maria

Ordinariamente, las reglas corresponden a proposiciones normativas de reducido grado de abstracción y generalidad, que describen una situación de hecho definiendo su consecuencia jurídica con, por lo tanto, aplicación inmediata a través de la subsunción al caso concreto y la resolución de conflictos resueltos en la dimensión de la validez[174].

Por lo tanto, tienen menor fundamento ético que los principios como enunciados normativos dotados de alto grado de abstracción y generalidad, que vehiculan los valores o decisiones fundamentales, que orientan la producción, interpretación y aplicación de las reglas, sujetos a aplicación óptimizada en el caso concreto y la resolución de conflictos resueltos en la dimensión del peso[175].

Con el proceso de constitucionalización del derecho, se promueve la irradiación de los principios fundamentales por el orden jurídico, condicionando la interpretación de los institutos, categorías y normas afines a los ramos jurídicos, a los valores a ser preservados o a los objetivos a ser alcanzados por la directiva política y social trazada en la Constitución.

En la órbita administrativa, la incidencia de los preceptos constitucionales fundamentales produce un proceso de redimensionamiento de los principios generales administrativos, adecuándolos a los valores fundamentales del orden jurídico y las transformaciones paradigmáticas de esta rama jurídica, que erigimos en los pilares de un derecho administrativo posmoderno[176].

Comprende el régimen administrativo proposiciones normativas esenciales que informan y orientan la gravitación general de sus institutos y categorías para preservar la unidad, racionalidad y coherencia sistemática de la ciencia, entre las cuales extraemos el principio de *legalidad, impersonalidad, moralidad, publicidad y eficiencia* para efectos de breve análisis.

Lucia de Paula. *Direito Constitucional Brasileiro: Perspectivas e Controvérsias Contemporâneas*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 49-61.

[174] Las reglas direccionan, por lo tanto, *mandatos de definición* que tienen una naturaleza biunívoca, es decir, admitiendo sólo la posibilidad de su incidencia cuando es válida o de su no aplicación cuando no es válida. Los principios, al contrario, exteriorizan *mandatos de optimización*, que permiten su aplicación en distintos grados, de acuerdo con las posibilidades del caso concreto y del derecho. ALEXY, Robert. *Teoria de Los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 81 e 86

[175] Se identifican, por lo tanto, los principios por el *contenido ético* que vehiculan, imponiendo su obediencia antes por el reflejo de la exigencia de justicia, equidad u otra dimensión de la moralidad que vehiculan, que por la autoridad o procedimiento que lo originan.DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 36.

[176]Se trata del principal reflejo de la constitucionalización del derecho administrativo la influencia del nuevo principio constitucional que ocasiona la atracción del derecho administrativo a la zona de irradiación del constitucionalismo moderno, que se funda sobre su régimen valores como democracia, dignidad de la persona humana y moralidad, y volviendo su actuación a la realización de los intereses del ciudadano. BAPTISTA, Patricia. Ob. cit. p. 88

Desde el advenimiento del Estado Liberal, se ha empleado la legalidad como vinculación del accionar estatal la legislación emanada por el poder competente según las prescripciones formales independiente del grado de adecuación material a la voluntad de sus titulares y los eventuales límites de la representatividad, como parámetro para medir la jurisdicción de la Administración Pública[177].

Sin embargo, el reconocimiento de la normatividad de la Constitución con la consolidación de su supremacía jerárquica y axiológica en el orden jurídico, así como el advenimiento de la pluralización de las fuentes normativas redimensionan la juridicidad más allá del fundamento positivista, adecuando la expansión del Derecho más allá de la ley y dando una nueva configuración al principio de legalidad[178].

Con la elevación de la Constitución al parámetro de validez formal y material de todos los actos y normas que componen el ordenamiento jurídico, la legalidad pasa a corresponder, en *primer grado*, a la compatibilidad de los actos oriundos de la Administración Pública con la carta magna y no con la ley o con la especie normativa próxima[179].

Se observa, por lo tanto, una vinculación directa e inmediata de la actividad administrativa a la Constitución independiente de la conformación legislativa, sin que resulte en la exclusión como parámetro de validez de la actividad administrativa la reglamentación dada por el legislador ordinario a través de la ley o de las demás especies normativas adecuadas[180].

---

[177] Se restringe, por lo tanto, la actuación administrativa a la previa prescripción o autorización legal, independiente del contenido del diploma legal, aunque producido por régimen de dudosa legitimidad o con patente violación a derechos de la propia sociedad. Es clásica la lección de Hely Lopes Meirelles, de quien mientras a los particulares es lícito hacer todo lo que la ley no prohíbe en la Administración Pública sólo está permitido hacer lo que la ley autoriza.MEIRELLES, Hely Lopes. Ob. cit. p. 88.

[178] Concurren, por lo tanto, con la crisis de la concepción liberal del principio de legalidad resultante entre otros, por la inflación legislativa y el ascenso de la sociedad de conocimiento que amplía la complejidad de las demandas sociales y la demanda por celeridad en la persecución del interés público. Sobre el tema: OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *A Constitucionalidade do Direito Administrativo: O Princípio da Juridicidade, a Releitura da Legalidade Administrativa e a Legitimidade das Agências Reguladoras*. Lumen Juris, 2009. Capítulo II

[179] Esto representa la sustitución del parámetro de juridicidad, es decir, de la reserva vertical de la ley por la reserva vertical de la Constitución. En este contexto, la introducción por la Enmienda Constitucional n ° 45 de 2004 del efecto vinculante de súmula??? editada por el Supremo Tribunal Federal para la Administración Pública, demuestra que la Constitución pasa a ser el fundamento primero de validez de la actividad administrativa, y no el último, se verifica después de la compatibilidad con el decreto, reglamento, portaria o demás que lo propugnó.
CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2002. p. 836.

[180] En el último grado, la concesión al agente administrativo de una ampliación de su margen de discrecionalidad, de modo que pueda suponer bajo la falsa alegación de aplicación de la Constitución, una burla a la obligatoriedad de la ley, con fundamento en eventual desinterés político en la realización del interés público en ella expuesto, afectando, por consiguiente, la seguridad jurídica, derivada del carácter general, abstracto y obligatorio de la ley, al asegurar la previsibilidad de las conductas y estabilidad de las relaciones sociales.
OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública: O sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 735.

La Administración Pública permanece en grado inferior adscrita a la legislación, no pudiendo, bajo la asertiva de encontrar fundamento directo en la ley fundamental y su supuesta aplicación optimizada, desvincular la actuación administrativa más allá de los dominios de la ley o eventualmente contraria a sus prescripciones, ignorando la deliberación promovida en el ámbito infraconstitucional[181].

Pierde la ley el status de fuente normativa *única* de la juridicidad, para asumir el papel de especie normativa *privilegiada* en un dominio fraccionado por la normatividad complementaria, o sea, por un complejo de normas editadas por la propia Administración Pública, dentro del campo normativo trazado por el legislador o de la competencia de los órganos autónomos[182].

Se agrega a la legalidad revisada de valores materiales, la legitimidad como indisociable proyección del principio democrático, para exigir de la actuación de la Administración Pública no sólo su conformidad con el orden jurídico globalmente considerado, sino también con la voluntad emanada de la sociedad pluralistamente definido[183].

En un primer ángulo, la legitimidad se construye a partir de un contexto abierto, libre e igualitario de deliberación pública, donde todos los ciudadanos puedan participar con iguales capacidades para influir y persuadir en las decisiones *administrativas*, garantizando una mayor legitimidad y racionalidad en la gestión pública[184].

En el segundo vértice, es evaluada por los resultados producidos en el ejercicio de la actividad administrativa, a partir de la necesaria coincidencia entre los intereses públicos

[181]El desplazamiento de la Constitución al centro del ordenamiento jurídico, no puede importar en la ocupación de todo el espacio jurídico en el Estado Democrático de Derecho. No es posible, que ante el Principio Democrático, el administrador haga una aplicación óptima de la Constitución con la ponderación directa entre sus valores, en detrimento de la norma infraconstitucional sin que importe en sustracción de la legitimidad conferida por el pueblo al legislador que la editó, así como violación al sensible equilibrio de los poderes, en razón de la ingerencia indebida en la función típicamente afectada a ese poder orgánico.BARROSO, Luís Roberto. *A Reconstrução*... Ob. cit. p. 38.

[182] En la constelación de normas editadas por la Administración Pública para regular las materias originariamente de origen de la competencia legislativa mediante delegación, conserva la ley su primacía en la vinculación de la Administración Pública, bajo la égida de la Constitución. En este sentido:MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Público*. Renovar: Rio de Janeiro, 2006. p. 39.

[183] Con las transformaciones ocurridas en la concepción de la legalidad y la percepción de áreas de la actividad administrativa que escapan del dominio de la ley formal, la legitimidad de la Administración Pública que antes permanecía circunscrita a la propia ley editada según las prescripciones formales se vuelven insuficientes, siendo necesarios nuevos fundamentos capaces de garantizar el fundamento de su actuación. BAPTISTA, Patrícia. Ob. cit. p. 112-116.

[184] Esto porque, el intercambio de argumentos y contra-argumentos racionaliza y legitima la gestión de la res publica, pues si determinada política logra superar las críticas formuladas por los demás participantes de la deliberación, de inicio puede ser considerada legítima y racional. Sobre el tema: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa*. Renovar: Rio de Janeiro, 2006. Capítulo III.

obtenidos en el marco de la deliberación con la sociedad y el desempeño mínimamente eficiente de sus agentes en la persecución de sus respectivos intereses[185].

Se redefine también la juridicidad a partir de la confluencia de la ilicitud mientras la construcción objetiva y precisa de la moralidad administrativa como una moral de resultados, exteriorizada en el comportamiento ético exigido del agente en la consecución de las finalidades anheladas por la sociedad, y no la moral de las intenciones, de índole común y desnuda de fuerza coersitva.[186]

Su irradiación por la ciencia administrativa fundamenta la *prudencia fiscal* explicitada en el *estándar* comportamental de observancia obligatoria en la gestión de los recursos de la sociedad, que impone un elevado grado de cuidado y moderación en los gastos públicos, así como su asignación moralmente adecuada a la protección y promoción de los derechos fundamentales[187].

Se amplía la comprensión de la moralidad administrativa, mientras que un complejo de reglas de conductas y principios éticos extraídos de la disciplina de la Administración Pública que deben observarse en la persecución del interés público, así como, los deberes anexos de lealtad y buena fe que debe proceder en su actuación en relación al administrado[188].

Con la reaproximación del Derecho y Ética exteriorizada en la creciente tutela de los valores morales por los preceptos constitucionales[189] y previsión de instrumentos procesales de

[185] La legitimidad de cualquier sistema juspolitico se basa en su eficiencia en la satisfacción de los intereses de su grupo social. En la Administración Pública, donde la discrecionalidad administrativa representa residuo de esa legitimidad, las opciones legítimas se traducen en el deber de buena administración, o sea, en la elección de los medios que produzcan *mejores resultados* en atención del interés público.MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade*... p. 25-26 e 76.

[186] Corresponde a la ilicitud el fundamento moral de la juridicidad, que busca aproximarse al orden jurídico del concepto ideal de justicia, incorporando una dimensión ética al Estado Democrático de Derecho.MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Público*... Ob cit. p. 34.e *Mutações de Direito Administrativo*... Ob. cit. p. 75.

[187] La improbidad administrativa se configura como una especie de inmoralidad administrativa moralmente calificada, ya que, aunque fundamente la anulación del acto lesivo, la imposición de las sanciones se definirá de acuerdo con el grado de lesión del acto a la moralidad administrativa.MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Público*... Ob. cit. p. 32.

[188] En la relación con el administrado importa en el vedamiento de cualquier conducta astuta o maliciosa producida de manera a confundir, dificultar o minimizar el ejercicio de los derechos del ciudadano, inclusive, con la modificación de orientaciones firmadas por la Administración Pública en materia, sin previa y pública noticia con el fin de sancionar o agravar la situación de los administrados.MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Ob. cit. p. 115-116.

[189] Relaciona la Constitución a numerosos principios y reglas que consagran la directiva moral, entre ellos principios fundamentales (*dignidad de la persona humana, la prevalencia de los derechos humanos, la defensa de la paz ...),* derechos fundamentales (*vedación de la tortura y el trato inhumano, prohibición de asociación para fines ilícitos* ...) normas de organización (*pérdida de mandato por falta de decoro parlamentario)* entre otros.

su garantía[190], se amplía la dimensión ética de la moralidad administrativa, balizando la actuación estatal por parámetros como razonabilidad y justicia.[191].

Orienta y direcciona a la actividad administrativa para preservar también los derechos fundamentales que inciden en su relación con el administrado, así como garantizar la adecuada promoción de la buena administración mediante la sujeción de los poderes públicos a la presentación de los preceptos ético-normativos en el ejercicio de sus actividades.[192]

Se refiere el principio de impersonalidad a la inclusión de la acción administrativa a la *finalidad pública,* vedando la distinción de trato entre los administrados que se encuentren en situaciones jurídicas idénticas y la persecución de intereses privados, así como, impone la *imputabilidad* de los actos emanados de sus agentes al órgano de la Administración Pública[193].

A este respecto, la creación de agencias responsables de la regulación del mercado, con el fin de garantizar la universalidad, calidad y accesibilidad de los servicios públicos prestados a la sociedad, así como el fomento de la competencia y el lucro para la iniciativa privada, trajo como reflejo un nuevo paradigma para este principio administrativo[194].

En cuanto autarquías dotadas de autonomía reforzada, la actuación de las agencias reguladoras está revestida de carácter *técnico*, derivada de las innovaciones tecnológicas y creciente complejidad del sistema social, que impone a sus dirigentes y agentes, conocimientos

[190] Se destacan la acción popular para anular actos lesivos de la moralidad administrativa, mandato de seguridad contra abuso de poder, suspensión de los derechos políticos por acción de improbidad administrativa, la denuncia de irregularidades a los Tribunales de Cuenta sobre irregularidades, ilícitas o inmorales, en la gestión pública, impeachment del Presidente de la República que atenten contra la probidad de la Administración entre otros.

[191] Corresponde a la moralidad juridica, que impone al Administrador no sólo el estricto cumplimiento de la legalidad, sino el ejercicio de sus deberes y prerrogativas balizado por parámetros de razonabilidad y justicia, de modo regular e informado por los principios éticos.
FERREIRA, Sérgio de Andréa. *Comentários à Constituição*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1991. p 89-90.

[192] Aunque el modelo liberal propuso la democratización del poder, se observó con la sumisión de la Administración Pública al derecho, el alejamiento de los ciudadanos en las decisiones políticas con fortalecimiento de la burocracia y la democracia indirecta, lo que ocasionó el alejamiento de las decisiones públicas de los principios morales. Se propone con la vuelta kantiana esa reaproximación del derecho con los valores de la ética y la justicia y la respectiva sumisión de los poderes públicos.BRAGA, Pedro. *Ética, Direito e Administração Pública*. 2 ed. rev. y atual. Brasília: Senado Federal, 2006. Capítulo V.

[193] Se trata también, sobre el ejercicio de hecho de la acción administrativa, para reconocer la validez de los actos practicados por un agente irregularmente invertido en el cargo o función, una vez que, pertenecen a la Administración Pública siendo emanados del órgano y no del sujeto administrativo .DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2002. 64-65.

[194] Se hace necesaria la distinción entre agencias reguladoras destinadas a la intervención en el mercado sobre el prisma de la relación oferta-demanda de los servicios prestados bajo la ejecución de la iniciativa privada, garantizando la viabilidad y continuidad de la competición, así como la accesibilidad de los precios y calidad de los servicios públicos, de las agencias ejecutivas responsables de poner en vigencia directamente las políticas formuladas por el núcleo estratégico de la Administración Pública.SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo* Regulatório. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p 226-228.

especializados para el ejercicio de su haz de atribuciones normativas, gerenciales fiscalizadoras y arbitrarias[195].

En efecto, hay un rompimiento del *continuum* político-administrativo[196] con delineamiento de una neutralidad política en la Administración Pública, que permite basarse en la *tecnicidad*, lastrear un mayor grado de *eficiencia, racionalidad y legitimidad* a la persecución del interés público, superando las limitaciones del sistema fundado en la *politicidad* y en los espacios libres de discrecionalidad.

El paradigma de la *neutralidad* se restringe no sólo a la regulación económica, sino que tiene aplicación en el ejercicio de la actividad administrativa permitiendo en la resolución de cualquier conflicto de interés, la asunción de una posición valorativa de simultánea e igual consideración y todos los intereses en presencia en relación al valor de justicia y a las reglas de juego isonómicas[197].

Se asocia con el fenómeno de complejidad y multiplicidad de las funciones públicas que impone una acción administrativa más justa y la necesidad de la garantía de estabilidad en la función pública, que permite la actuación de los agentes permanentes independientes de las presiones políticas de un gobierno transitorio, garantizando la persecución eficiente del interés público[198].

Se refiere al principio de la publicidad, el deber de amplia divulgación de los actos emanados por la Administración Pública por los diversos medios de comunicación disponibles para garantizar a los ciudadanos el ejercicio del control del grado de legitimidad de los agentes

[195] Ante los fenómenos industriales y post-industriales la vida social pasa a fundarse no sólo en valores preponderantemente políticos, sino en factores técnicos, de modo que aún donde haya prevalencia de las primeras, su ejercicio no puede ser realizado sin subsidio de los conocimientos especializados. Sobre el tema, consulte: ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e Evolução do Direito Administrativo Econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. Capítulo II.

[196] La expresión se debe al profesor Diogo de Figueiredo Moreira Neto que se refiere en el derecho comparado a la tendencia de creación de entes políticamente neutro en la pirámide político-burocrática del Estado.MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito Regulatório*: *A alternativa participativa e flexível para a Administração Pública de Relações Setoriais Complexas no Estado Democrático*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 159-166.

[197]Observese que la neutralidad no impone al Estado actitudes de abstención, sino propiamente una conducta de exención en la valoración de los intereses en conflictos. MACHADO, João Baptista. *Participação e Descentralização: Democratização e Neutralidade na Constituição de 1976.* Coimbra: Almedina, 1982. p. 145.

[198] El aislamiento de la administración pública, como actividad continua y orientada a la satisfacción de los intereses públicos de las presiones políticas del gobierno en ejercicio, cuyos intereses son modificados de acuerdo con los partidos políticos en el poder, es una de las grandes dificultades de la democracia moderna. Según señala Garrido Falla la necesaria neutralidad administrativa sólo puede obtenerse mediante la profesionalización de la función pública con el acceso condicionado al *merit system*. FALLA, Fernando Garrido. *Tratado de Derecho Administrativo*.Madrid: Tecnos, 1994. v 1-2. p. 60-62.

administrativos y de eficiencia de la promoción de los bienes y servicios esenciales a la sociedad[199].

Bajo la irradiación del principio democrático, la transparencia administrativa se erige como un principio que trasciende el mero deber formal de información, pero conduce la visibilidad de la actuación estatal y la viabilización de la efectividad de la participación popular en la deliberación pública acerca de los intereses socialmente anhelados.[200]

Por cierto, no se ignoran las dificultades en la efectividad de la participación de los ciudadanos en la gestión pública. Se observan actualmente dificultades derivadas del persistente desinterés y apatía de la sociedad por el debate político[201], así como de la actuación burocrática, autoritaria y jerarquizada de los poderes estatales en la gestión político-administrativa de los intereses públicos[202].

En este contexto, se erige el principio de transparencia de los actos estatales, como instrumento capaz de viabilizar mediante la visibilidad en la gestión pública el debate político, el fortalecimiento sociocultural de la ciudadanía y el fomento de la participación popular, así como el perfeccionamiento de la gestión estatal y de los instrumentos jurídicos de control social[203].

[199] Corresponde a un deber que vincula, no sólo a las personas administrativas, sino a cualquier otra que realice la gestión de los intereses públicos, excepto en las hipótesis de secreto en que la eventual excepcionalidad de la situación y los riesgos de eventual divulgación pueden acarrear, permitiendo que en la ponderación constitucional entre la información y el derecho del secreto e intimidad, se preserven los últimos valores.CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Direito Administrativo e Administração Pública.* 17 ed. rev., actual y ampliada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 21-22.

[200] Corresponde, por lo tanto, al principio íntimamente ligado a la propia concepción de Estado Democrático de Derecho, que busca traer la efectividad al ejercicio de los derechos políticos mediante la visibilidad de los actos practicados por los poderes estatales.MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Transparência Administrativa: Publicidade, Motivação e Participação Popular.* São Paulo: Saraiva, 2004. p. 07.

[201] Se trata de un fenómeno con diversos fundamentos, que varían desde la imposibilidad de participación debido a las condiciones de pobreza extrema y bajo nivel de educación de gran parte de la población, de la dificultad de acceso a las informaciones sobre las cuestiones políticas y la falta de tiempo para debatir y manifestar sobre tales asuntos, incluso la incredulidad de que su participación sea capaz de influir en la acción pública. BARCELLOS, Ana Paula de. *Papéis do Direito Constitucional no Fomento do Controle Social Democrático: Algumas Propostas Sobre o Tema da Informação* in RDE ano 3. N. 12. Out/dez 2008. p. 82-84.

[202] El comportamiento autoritario y endógeno de los poderes instituidos, que consideran existir una autosuficiencia gerencial y política en relación a la sociedad, dificulta el ejercicio del control social, creando una relación artificial y de distanciamiento entre los poderes constituidos y la comunidad que deberían servir. LEAL, Rogério. *O Controle social dos serviços públicos no Brasil como condição de sua possibilidade*. Revista de Direito Administrativo e Constitucional, Belo Horizonte, n. 13, jul/set 2003. p. 158.

[203] Es especialmente importante en el control social promovido en el ámbito de las políticas públicas, donde la evaluación de su implantación y monitoreo de la eficiencia de los procesos y resultados en el ofrecimiento de los bienes e intereses socialmente anhelados, mediante la puesta a disposición por los poderes públicos del acceso a la información y los datos obtenidos, auxilia en la promoción de la responsabilización de sus agentes. El tema fue ampliamente abordado en:MOURA, Emerson Affonso da Costa. *Políticas Públicas, Controle Social e Orçamento Participativo*. Mimeografado. 2010.

Por último, comprende el principio de eficiencia el deber de mejor realización de la gestión de los intereses públicos por la Administración Pública para garantizar la plena satisfacción de los derechos de los ciudadanos con los menores costos posibles para la sociedad, en cumplimiento de los preceptos de neutralidad, ética y transparencia[204].

Con el reconocimiento de la aplicabilidad inmediata y directa de los preceptos constitucionales, se consolida en la dogmática constitucional un nuevo plan de análisis normativo, la *eficacia* que impone una mayor aproximación entre el deber de ser normativo y el ser de la realidad social, imponiendo en la interpretación la elección de la alternativa que garantice la actuación de la voluntad constitucional.[205]

En este sentido, la eficiencia debe ser comprendida como la efectividad que debe alcanzarse en el campo a través de su actuación en las relaciones multilaterales de nivel global, regional y bilateral - *económico* - a través del incremento en la producción de bienes y servicios con reducción del insumo - social - con la producción de servicios públicos con celeridad y calidad.[206]

Esto impone el empleo de técnicas administrativas modernas oriundas de la iniciativa privada, que permiten la transmutación de una gestión de naturaleza *burocrática* - volcada a la eficacia organizacional y la obediencia de las prescripciones formales - para una eminentemente *profesional* – que adquiere la eficiencia de los resultados y la flexibilidad de los procesos - en la organización pública.

Comprende, por lo tanto, la racionalización del empleo de los recursos disponibles para la Administración Pública, mediante la *modernización* de sus estructuras, la *gestión responsable* de los bienes públicos y el *perfeccionamiento y calificación* de sus agentes con la constante evaluación de *la celeridad y la economía*, alcanzando la corrección de las distorsiones en la acción administrativa[207].

[204] Se refiere a la eficiencia el direccionamiento de la actividad y de los servicios públicos a la efectividad de los bienes comunes, mediante la observación de la neutralidad, la ética transparencia, así como en la participación y aproximación de los servicios públicos de la población, que impone la desburocratización y la búsqueda de la calidad.MORAES, Alexandre de. *Reforma Administrativa.* 4 ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 34-36.

[205] El tema tiene su origen en la doctrina brasileña de la efectividad, un movimiento jurídico-académico que trató de elaborar las categorías dogmáticas de la normatividad constitucional y superar entre otras cuestiones la insinceridad normativa que vigila en el país. Consultese su más notable percursor: BARROSO, Luís Roberto. O *direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 7 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

[206]En el paradigma de la efectividad se busca la producción de resultados legítimos y eficientes, o sea, aunque postulado que rige la conducta interna de la Administración Pública en su sujeción a la evaluación en función de la satisfacción de los legítimos anhelos y expectativas de los ciudadanos en la realización de los bienes e intereses constitucionales.MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Quatro*... Ob. cit. p. 103.

[207] Sobre este tema, se presentan asociados la gestión responsable y el control de desempeño como formas de garantizar eficiencia en la actividad administrativa. Esto implica necesariamente un cambio de actitud de los entes, órganos y agentes involucrados en ambos procesos.COUTINHO, José Roberto de Andrade. *Gestão Patrimonial na Administração Pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 34-35.

V. CONCLUSIÓN

El constitucionalismo contemporáneo como instrumento que ordena y conforma la realidad político-social, ha ejercido capital importancia en la consolidación de las transformaciones que permean la dogmática administrativa, auxiliando en la construcción de los pilares fundamentales de un derecho administrativo posmoderno adecuado al estado actual de la sociedad y del derecho[208].

Con el reconocimiento de la supremacía axiológica de la Constitución y el nuevo *status* de los derechos fundamentales en el orden jurídico, origina el proceso de aprehensión del sistema bajo la óptica de la Constitución que permite la realización de los bienes y valores fundamentales transmitidos mediante la irradiación de las reglas y principios constitucionales sobre las normas, institutos y categorías jurídicas.

En la órbita administrativa, la constitucionalización del derecho, opera en un escenario donde la existencia de una disciplina instrumental, estructural y finalística de la Administración Pública en la Constitución y las sucesivas reformas administrativas para la implantación de un modelo gerencial, corroboran con el realineamiento del régimen administrativo a los valores constitucionales.

En el primer vértice, la disciplina administrativa basada en la *supremacía del interés público sobre el privado* cede espacio en razón de la inexistencia de fundamentos jurídico-positivos de validez y su incompatibilidad con otros postulados normativos, al reconocimiento de la *precedencia natural* de los *derechos fundamentales*, permitiendo su excepcional restricción cuando esté justificada.

En efecto, las prerrogativas concedidas a la Administración Pública tienden a encontrar nuevo fundamento de validez exteriorizada en la medida de su necesidad a la persecución del interés público y siempre que en equilibrio con los derechos de los administrados, sujeta a su incidencia la ponderación con los demás bienes y valores conflictivos.

En un segundo ángulo, la dogmática estructurada sobre la concepción de la amplia esfera de *discrecionalidad administrativa e intangibilidad del mérito* se transmuta ante la existencia de fines esperados y exigibles de la actuación estatal, en *un campo de ponderaciones*

[208] La estructura teórica del Derecho Administrativo se remonta a las construcciones del siglo XIX como el principio de legalidad, discrecionalidad administrativa y otros institutos, ignorando las transformaciones ocurridas por el Estado en el siglo XX en un contenido que permanece vinculado a una realidad sociopolítica que ya dejó de existir y agrava el desajuste entre las viejas categorías y las reales expectativas de las sociedades contemporáneas en relación a la Administración Pública.BINENBOJM, Gustavo. *Temas...* Ob cit. p. 5.

proporcionales y razonables entre los bienes e intereses constitucionales, sujeta al control ejercido por el Poder Judicial.

En consecuencia, se supera la clásica dicotomía entre actos vinculados y discrecionales con el redimensionamiento de la totalidad de los actos administrativos a la juridicidad, en menor grado cuando se refiera a la materia correspondiente a la especialización técnico-funcional o con acentuado lastre político, o mayor grado, cuando se refiera a restricciones a los derechos fundamentales.

En un tercer prisma, la erradicación de las normas constitucionales en el régimen jurídico-administrativo importa, también, en la sustitución de la concentración por la subsidiariedad en la persecución del interés público y en la expansión de la *participación* de los ciudadanos en los procesos de formación de la decisión administrativa reorientando la actividad administrativa a los derechos esenciales para el hombre.

Sin embargo, el filtrado constitucional produce un reflejo peculiar en el marco de las proposiciones normativas esenciales que componen el régimen administrativo al promover la relectura de los principios generales bajo la óptica de la Constitución, adecuándolos a la dimensión sustantiva de la democracia y la centralidad del hombre en el orden jurídico.

En el principio de la legalidad, corresponde a la superación de una concepción liberal de vinculación estricta a la ley *emanada según las prescripciones legales*, para una visión de la *juridicidad revisitada por valores materiales*, con reconocimiento de su compatibilidad en primer grado a la Constitución y tras la conformación dada por el legislador ordinario a través de la ley o demás especies normativas.

Se trata, además, como proyección del principio democrático, la *legitimidad* exigiendo de la actuación administrativa la conformidad con la voluntad emanada de la sociedad pluralísticamente definida, extraída por la *participación* en los procesos decisorios administrativos y por la *eficiencia* mínima en la realización de los intereses públicos obtenidos en el marco de la deliberación con la sociedad.

En la legalidad, también, la ilicitud como construcción objetiva y precisa de la moralidad administrativa no como moral de las intenciones, de índole común y desnuda de fuerza coersitiva, sino la moral de los resultados, exteriorizada en el comportamiento exigido del agente en la consecución de las finalidades relacionadas con la sociedad.

En el principio de la moralidad importa en la ampliación de su dimensión ética, balizando la actuación estatal por parámetros como razonabilidad y justicia, en razón de la reaproximación del Derecho y Ética exteriorizada en la creciente tutela de los valores morales

por los preceptos constitucionales con la previsión de instrumentos procesales de garantía, así como la centralidad de los derechos fundamentales.

Orienta y dirige la actividad administrativa para preservar también los derechos fundamentales que inciden en su relación con el administrado, así como garantizar la adecuada promoción de la *buena administración* mediante la sujeción de los poderes públicos a la sumisión de los preceptos ético-normativos en el ejercicio de sus actividades.

En el principio de la impersonalidad corresponde a su transmutación en neutralidad, permitiendo en la resolución de cualquier conflicto de interés, la asunción de una posición valorativa de simultánea e igual consideración y todos los intereses en presencia en cumplimiento del valor de justicia y las reglas de juego isonómicas.

Se relaciona con la necesidad de una acción administrativa más justa y la garantía de estabilidad en la función pública, permitiendo la actuación de los agentes públicos dotados de vitalicidad, de forma independiente de las presiones políticas de un gobierno transitorio y la persecución imparcial eficiente del interés público.

Se refiere al principio de la publicidad, el deber de amplia divulgación de los actos emanados por la Administración Pública por los diversos medios de comunicación disponibles para garantizar a los ciudadanos el ejercicio del control del grado de legitimidad de los agentes administrativos y de eficiencia de la promoción de los bienes y servicios esenciales a la sociedad.

En el principio de la impersonalidad, corresponde la ampliación del mero deber formal de información, para el paradigma de la transparencia que conduce a la visibilidad de la actuación estatal y la viabilización de la efectividad de la participación popular en la deliberación pública acerca de los intereses socialmente anhelados, permitiendo el perfeccionamiento de la gestión estatal y del control social.

Por último, comprende el principio de eficiencia el deber de adecuación de los resultados a la legitimidad y eficiencia, permitiendo alcanzar la *efectividad* en la realización de las normas constitucionales, mediante el ofrecimiento de bienes y servicios fundamentales a la sociedad con celeridad y calidad alcanzados precipitadamente con la profesionalización y participación en la acción administrativa.

REFERENCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria de Los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e Evolução do Direito Administrativo Econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

ÁVILA, Humberto. *Repensando o "Princípio da Supremacia do Interesse Público Sobre o Particular"* SARMENTO, Daniel (Org). Interesses Públicos vs. Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Constitucionalização das Políticas Públicas em Matéria de Direitos Fundamentais: O Controle Político-Social e o Controle Jurídico no Espaço Democrático* in Revista de Direito do Estado. Ano 1. n. 3. 2006.

BARROSO, Luís Roberto. *Dez Anos da Constituição Brasileira de 1988.* Revista de Direito Administrativo nº 214.

_____. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira*. 7 ed. Rio de Janeiro, Renovar, 2003.

_____. *Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro: Pós-Modernidade, Teoria Crítica e Pós-Positivismo* in: QUARESMA, Regina e OLIVEIRA, Maria Lucia de Paula. *Direito Constitucional Brasileiro: Perspectivas e Controvérsias Contemporâneas*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. *Neoconstitucionalismo e a Constitucionalização do Direito. O Triunfo Tardio no Direito Constitucional no Brasil* in: SARMENTO, Daniel e SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Orgs). *A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 205.

BINENBOJM, Gustavo. *Temas de Direito Constitucional e Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. *Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas.* São Paulo: Saraiva, 2002.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2002.

CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*. 1 ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1984.

CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo: Elementos para una definición* in: MOREIRA, Eduardo Ribeira e PUGLIESI, Maurício. *20 Anos da Constituição Brasileira*. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

_____. *Nuevos Tiempos para el Constitucionalismo* in: CARBONELL, Miguel (Org). *Neoconstitucionalismo(s)*. 1 ed. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Direito Administrativo e Administração Pública. 17 ed. rev., atual e ampla. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho Administrativo*. Tomo 3. 8. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2006.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A Constituição Aberta e os Direitos Fundamentais: Ensaio Sobre o Constitucionalismo Pós-Moderno e Comunitário*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

COELHO, Rosa Júlia Plá. *Mecanismos de Proteção dos Direitos Fundamentais.* 1 ed. Brasília: Ordem dos Advogados do Brasil, 2005.

COUTINHO, José Roberto de Andrade. *Gestão Patrimonial na Administração Pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

CUNHA, Rubem Dário Peregrino. *A juridicização da discricionariedade administrativa*. Salvador: Vercia, 2005.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Da Discricionariedade Administrativa.* São Paulo: Atlas, 1990.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FALLA, Fernando Garrido. *Las Transformaciones Del Regime Administrativo*. Madri: Instituto de Estudios Politicos,1962.

_____. Tratado de Derecho Administrativo.Madrid: Tecnos, 1994. v 1-2.

FERRAJOLI, Luigi. *Pasado Y Futuro Del Estado De Derecho*. In: CARBONELL, Miguel (Org). *Neoconstitucionalimo(s)*. 1 ed. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

_____. *Derechos e Garantias: La ley del mais débil*. 1 ed. Madrid: Trotta, 1999.

FERREIRA, Sérgio de Andréa. *Comentários à Constituição*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1991.

GIORGIANNI, Michele. *O Direito Privado e as suas Atuais Fronteiras* in: Revista dos Tribunais, n 747, 1998.

GUASTINI, Riccardo. *La Constitucionalizacion Del Ordenamiento Juridico* in: CARBONELL, Miguel (Coord.) *Neoconstitucionalismo(s).* 1 ed. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

JUSTEN FILHO, Marçal. *O Direito Administrativo de Espetáculo. Fórum Administrativo Direito Público*. Belo Horizonte, ano 9, n 100 jun. 2009.

KRELL, Andreas J. *Discricionariedade Administrativa e Proteção Ambiental: o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais*: *Um Estudo Comparativo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

MACHADO, João Baptista. *Participação e Descentralização: Democratização e Neutralidade na Constituição de 1976.* Coimbra: Almedina, 1982.

MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. *Transparência Administrativa, Publicidade, Motivação e Participação Popular*. São Paulo: Saraiva, 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 30 ed atual por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo, José Emmanuel Burle Filho. Malheiros: São Paulo, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 21. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiro, 2006.

_____. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. São Paulo: Malheiros, 1992.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de Constitucionalidade na Alemanha: A Declaração de Nulidade da Lei Inconstitucional, a Interpretação Conforme à Constituição e a Declaração de Constitucionalidade da Lei na Jurisprudência da Corte Constitucional Alemã* in: Revista de Direito Administrativo, nº 193, 1993

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Constituição e Direito Civil: Tendências* in: Revista dos Tribunais. Vol. 779 set. 2000.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito Regulatório: A alternativa participativa e flexível para a Administração Pública de Relações Setoriais Complexas no Estado Democrático.* Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. *Legitimidade e Discricionariedade*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

_____. *Mutações do Direito Administrativo*. 2 ed. atual e ampla Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. *Mutações do Direito Público*. Renovar: Rio de Janeiro, 2006.

_____.*Quatro Paradigmas do Direito Administrativo Pós Moderno: Legitimidade: Finalidade: Eficiência: Resultados*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

MOURA, Emerson Affonso da Costa. *Agência, Expertise e Profissionalismo: O Paradigma da Técnica na Administração Pública*. Mimeografado. 2010.

_____. *Do Controle Jurídico ao Controle Social das Políticas Públicas: Parâmetros a Efetividade dos Direitos Sociais*. Mimeografado. 2010.

_____. *Políticas Públicas, Controle Social e Orçamento Participativo*. Mimeografado. 2010.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *A Constitucionalidade do Direito Administrativo: O Princípio da Juridicidade, a Releitura da Legalidade Administrativa e a Legitimidade das Agências Reguladoras*. Lumen Juris, 2009.

OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública: O sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Coimbra: Almedina, 2003.

POZZOLO, Susana. *Neoconstitcuionalismo Y Especifidad de La Interpretacion Constitucional*. Doxa. N. 21-II 1998.

PRADO, Luis Régis. *Bem Jurídico-Penal e Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

REIS, Jane. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *Mito e História da Constituição: Prenúncios Sobre a Constitucionalização do Direito* in: SOUZA NETO, Cláudio Pereira e SARMENTO, Daniel. *A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SANCHÍS, Luis Pietro. *Neoconstitucionalismo Y Ponderación Judicial* in: CARBONELL, Miguel. Neoconstitucionalismo(s). 1 ed. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

_____. *Sobre el Neoconstitucionalismo y Sus Implicaciones* in: *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales.* Madrid: Trotta, 2003.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

_____. *Interesses Públicos vs. Interesses Privados na Perspectiva da Teoria e da Filosofia Constitucional.* In: SARMENTO, Daniel (Org). *Interesses Públicos vs. Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

_____. *O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e Possibilidades* in: SARMENTO, Daniel (Coord). *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SILVA, Vasco Manuel Pascoal Pereira da. *Em busca do Acto Administrativo Permitido*. Coimbra: Almedina, 1998.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Desestatização, Privatização, Concessões, Terceirizações e Regulações.* 4 ed rev, atual e ampla. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *Jurisdição, Democracia e Racionalidade Prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. *Teoria Constitucional e Democracia Deliberativa*. Renovar: Rio de Janeiro, 2006.

SUNDFELD, Carlos Ari. *A Administração Pública na Era do Direito Global*. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, ano I, vol 1, nº 2, maio, 2001.

TEPEDINO, Gustavo. *Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil* in: TEPEDINO, Gustavo (Org). *Temas de Direito Civil.* Vol 3. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua Reserva de Justiça: Um Ensaio Sobre Os Limites Materiais Ao Poder de Reforma*. São Paulo: Malheiros, 1999.

ZAGREBELSKY, G. *El Derecho Dúctil: ley, derechos y justicia*. 4 ed. Madrid: Editorial Trotta, 2002.