

Derechos y prerrogativas públicas: aspectos de un nuevo orden

Gutiérrez Colantuono, Pablo A.

Publicado en: LA LEY 03/10/2012, 8

Fallo Comentado: Corte Suprema de Justicia de la Nación ~ 2012-06-26 ~ Losicer, Jorge Alberto y otros c. BCRA - Resol. 169/05 (expte. 105666/B6 SUM FIN 708)

Sumario: I. Aspectos de un viejo-nuevo orden.- II. La conexión real con el Estado Constitucional y Convencional de Derecho.- III. Las dos miradas en tensión.- IV. La consolidada doctrina constitucional administrativa de la Corte Federal Argentina.- V. Perspectivas de nuestras administraciones.- VI. El rol del juez en este nuevo escenario.- VII. Una nueva configuración de nuestras administraciones es posible.

I. Aspectos de un viejo-nuevo orden

La Corte Suprema de Justicia mediante el caso Losicer (1) vino a consolidar su doctrina constitucional-convencional en el control de determinadas zonas de la actividad de nuestras administraciones públicas. Parte para ello desde un posicionamiento fuerte en la proyección a nuestras administraciones del nuevo orden que deja atrás esquemas de pensar al derecho administrativo originados en un viejo orden normativo. La confrontación de tal precedente con la decisión en pleno en el caso Navarrine (2) de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal nos permite explicar los nuevos desafíos que nos propone —ya en temas mayores— el sistema constitucional y convencional de derechos el cual subordina a las funciones estatales en la prosecución y defensa de la dignidad del hombre, su libertad e igualdad.

Analicemos aquello que intentamos argumentar en tal contexto.

Hace tiempo ya venimos enderezando nuevas discusiones del derecho administrativo desde un contexto constitucional caracterizado al menos por, a) la fuerza constitucional que se proyecta tanto en el orden de las funciones estatales como de los derechos ciudadanos; b) un sistema constitucional que se enrola en el moderno constitucionalismo tanto por b') contener en su

espacio la interconexión de diversos subsistemas normativos internacionales,(3) como internos en una clara muestra de la multiplicidad de fuentes; b'') adoptar categorías que conectan a los derechos públicos y privados, dentro de un espacio en que se diluyen constantemente sus fronteras; b''') la previsión desde el propio texto constitucional de un variado catálogo de derechos fundamentales, todos en igualdad de jerarquía; y c) por una Constitución que, al menos desde el plano formal en tanto norma, siempre se ha sabido aplicable e invocable. Es, en síntesis, un sistema caracterizado fuertemente por la fuerza normativa de la Constitución con los alcances actuales que resume dicha afirmación.

Tal superficial e incompleta descripción constitucional se enrola, en prieta síntesis, dentro de un nuevo orden jurídico en el cual la fuerza normativa proviene de un mandato constitucional y convencional, antes que legal.

Ello de por sí sólo resiente los cimientos de un derecho administrativo que en parte ha sido edificado sobre la fuerza de la legalidad en términos restrictivos de ley; agravado a su vez por la mayor trascendencia que desde la teoría y práctica del poder se brinda a las competencias reglamentarias en casos como el argentino, de fuerte connotaciones presidencialistas. (4) Ello nos ha llevado hacia el reino del reglamento, antes que la ley. Hablamos así de un esquema normativo muchas veces inmune a la necesaria impregnación constitucional y que emerge antes bien, desde la fuerza que le propone el reglamento y la ley.

Pero ello no ha sido todo, ya que ha operado luego un fuerte giro hacia un orden inferior de la legalidad. La categoría del acto administrativo desplegó toda su fuerza sobre la base de ficciones legales que dan por supuesto su apego a la ley, su exigibilidad y su poder de ejecución, sin importar si nos encontramos ante un acto contrario al núcleo central o fuerte de nuestro constitucionalismo: la dignidad del hombre en toda su extensión. Reglamentamos, entonces, derechos ya ni tan siquiera por la ley en sentido formal, sino principalmente mediante el acto administrativo. (5)

En tal marco general frecuentemente las prerrogativas públicas se ejercen bajo el fundamento de validez reglamentaria antes que legal; y si lo son de esta última, es inusual validarla inmediatamente en la práctica con los principios constitucionales que rigen nuestro nuevo orden jurídico.

Tampoco es acertada la construcción y justificación de algunos institutos del derecho administrativo desde la mirada del interés público, olvidando quizás que tal noción es mayor a aquella que pueda por caso alegar satisfacer las administraciones en un determinado supuesto. El interés público sectorial de éstas no necesariamente puede coincidir con el interés público que está en juego en la relación ciudadano - Administración Pública. Es la realización en concreto de la felicidad del hombre mirada en su triple dimensión de intereses —individuales, colectivos y sociales— (6) la que otorgará contenido real a la noción del bienestar general.

Y así en más podemos esbozar un sinnúmero de miradas que nos permiten percibir al derecho administrativo frente a la necesidad de su redefinición por

estos tiempos; previamente, claro está, a fijarnos unos consensos mínimos sobre cuáles son las bases que sostienen a nuestro nuevo orden jurídico.

En tal tarea, creemos, venimos trabajando hace ya un tiempo intentando aportar a una mirada general nuestra posición sobre algunos temas. Es un avance lento, si se quiere, en esta apasionante tarea de reformular a nuestro derecho en un nuevo espacio constitucional sabiendo que comporta una herramienta más para lograr una convivencia armónica, en paz. Pero claro, quizás todo inicia y todo termina en saber formular al estudio del derecho administrativo desde la perspectiva de un ordenamiento jurídico que en su centralidad adopta a la dignidad del hombre y su libertad en un marco de igualdad social. En este sentido el derecho administrativo es instrumental de los valores constitucionales superiores y desde allí se valida continuamente tanto en su validez como en su propia eficacia.

Así hemos optado, en primer lugar, por revisar al derecho administrativo desde el plano de la vigencia de los derechos fundamentales, de las garantías que protegen la esencia de éstos y el eficaz disfrute de los mismos por los ciudadanos.

II. La conexión real con el Estado Constitucional y Convencional de Derecho

En tal perspectiva, la tutela administrativa y judicial —ambas efectivas—, nos ha interesado especialmente tematizar. Ello con el fin de demostrar que una nueva formulación del derecho administrativo no tan sólo es posible, sino que se impone antes bien como una realidad entre nosotros.

Por eso es que nos alegramos especialmente cada vez que podemos destacar un hito institucional más en la senda de conectar el Estado Constitucional y Convencional de Derecho con alguna porción concreta del obrar de nuestras administraciones. De modo tal de transformarla y adecuarla a los nuevos parámetros de juridicidad. Y, bajo tal excusa, ensayar nuevas teorías del derecho administrativo.

En este sentido, creemos que el precedente Losicer de la C.S.J.N. es uno de estos hitos que destacamos y que merece una especial atención y estudio, como nos hemos propuesto aquí, junto a su confrontación con la doctrina plenaria Navarrine del fuero contencioso administrativo federal. Es que ambos precedentes nos permiten quizás, como pocos supuestos, mostrar claramente las dos posturas en tensión que hoy puede exhibir nuestro derecho administrativo, justamente, mediante la aplicación al caso de la garantía de la tutela administrativa efectiva.

En una mirada tradicional, podríamos decir, ambos casos remiten a la potestad sancionadora de las administraciones, en especial bajo una competencia que expresamente ha sido atribuida, por las características propias del fin que persigue, a un órgano estatal regulador de determinada actividad: la financiera.

La aproximación, en tal mirada, se acompaña generalmente con la clásica deferencia hacia las potestades administrativas a las que se subordinan los derechos del sumariado en pos de satisfacer el interés público en juego. Todo ello sobre la base de alegaciones frecuentes a razones de alta política estatal o fin público esencial. (7) La invocación a la discrecionalidad (8) y el fin superior buscado por el Estado en la potestad sancionadora se traducen generalmente en una brecha mayor de cobertura hacia las administraciones y, en definitiva, un control judicial de menor intensidad. Pese, cabe remarcarlo, a encontrarnos en un sistema estrictamente judicialista en términos de adjudicación y determinación final de derechos.

Ello, como decíamos, es propio de una determinada mirada judicial de las actividades de nuestras administraciones. Paradójicamente observamos que, bajo la idea de estarse respetando la división de poderes al restringir la justicia el ámbito de control de las administraciones, se estaba contribuyendo a mayores niveles de ausencia de control judicial y fortaleciendo el campo del accionar de las administraciones en una porción del ejercicio de la función administrativa, que al menos, calificaríamos de sensible a los derechos y garantías de los ciudadanos. Tal como lo hemos expresado, la competencia de las administraciones en temas sumariales implica desplegar el brazo punitivo estatal ejercido por las administraciones en sus relaciones tanto de jerarquía orgánica, regulatorias como fiscalizadoras. Lo extraño era, al menos para nosotros, que mientras se avanzaba en la aplicación de las garantías del brazo punitivo penal estatal, en el ámbito del derecho administrativo se minimizaban aquéllas al punto de negarse su aplicación. (9)

Ni qué decir del intento de aplicar las garantías al resto de la actuación administrativa ¡¡¡y no tan sólo en las de tipo sancionador!!!

Dentro de los paradigmas con los cuales el juez puede "abordar" (10) un caso, en los temas de los sumarios administrativos estamos convencidos que se partía de la mirada que preservaba los intereses estatales. Ello así, porque el interés público en juego así lo indicaba, en tanto se entendía a éste como la protección de los valores y principios superiores de nuestras administraciones. Las administraciones, conocedoras de esta realidad de la práctica judicial, abusaban generalmente de los plazos en que instruían sus sumarios transformándose ello en una práctica justificada desde el orden legal e infralegal, mas no constitucional ni convencional.

Los efectos de la doctrina sentada en Losicer viene a generar un profundo cambio, a nuestro criterio, en la tensión prerrogativas públicas - derechos, ordenado correctamente la misma a la nueva formulación: la tensión es derechos versus prerrogativas públicas, y ella a su vez se resuelve siempre en más derechos. Ello así, en tanto el interés público comprende la satisfacción general de la dignidad del hombre como fundamento antropológico del derecho.

III. Las dos miradas en tensión

Pocos meses antes del dictado del caso Losicer por la C.S.J.N., la Cámara Nacional con competencia en lo contencioso administrativo en el fallo plenario Navarrine (11) había tenido oportunidad de pronunciarse, en concreto, sobre la aplicación o no a los sumarios administrativos de una mirada mayor: la perspectiva constitucional del obrar administrativo. Para desde allí ejercer el debido control que impone la garantía de la tutela administrativa efectiva como garantía del sistema. Ello le hubiere permitido, a nuestro criterio, realizar un control de adecuación del comportamiento estatal con la base de derechos y garantías que sostiene e informa al actuar administrativo, incluso los de tipo sancionador.

Por el contrario, y según se puede leer en los distintos votos que componen la mayoría del fallo plenario Navarrine, la mirada al caso es desde la perspectiva estrictamente legal y de las funciones estatales y, por consiguiente, del bien superior estatal que se encontraba en juego. Esto es ni más ni menos que la mirada subordinada de los derechos del ciudadano al interés superior sectorial de las administraciones públicas; olvidando el actual alcance que contiene en el caso contencioso administrativo el bienestar general, interés público o bien común, para utilizar indistintamente dichos conceptos tal como lo hace la Corte IDH. (12) Contrariamente a ello en Navarrine el interés público sólo se identifica con el propio fin público regulatorio en materia financiera. Esto es, la tramitación de un sumario administrativo debe perseguir en primer término lograr la finalidad pública que sostiene la competencia del órgano estatal (esto es la regulación financiera) y el consiguiente poder fiscalizador y sancionador de los agentes que son sujetos pasivos de tal regulación.

Es lógico concluir, desde tal mirada tradicional, en que los derechos se encuentran supeditados a tal cumplimiento; aceptando por consiguiente determinadas porciones de infracción a los derechos y garantías bajo la idea de estarse preservando la satisfacción superior de un fin público.

Ello así en tanto el control judicial se emprende desde el preconcepto de respaldar y validar al interés superior de las administraciones.

Nótese que se trataba de un sumario administrativo cuya duración notoria e injustificada permitía introducir la aplicación del instituto de la prescripción. A efectos de quitar certeza a tal defensa, se discute la naturaleza de los actos sustanciales y procedimentales adoptados en el transcurso del sumario con aptitud suficiente de generar la interrupción de la prescripción. Aquello que interesa destacar a los fines de mostrar la clásica mirada de la tensión entre prerrogativas públicas y derechos es la postura rígida bajo la cual se interpretan restrictivamente los efectos de determinados hechos y actos procedimentales (13) a fin de que en la especie no se vean desvirtuados los fines públicos superiores que persigue el Estado en los sumarios de naturaleza financiera en la órbita del BCRA. Es interesante el análisis que en tal sentido se efectúa en los votos que fundamentan la mayoría del acuerdo, con una fuerte argumentación desde las prerrogativas públicas y el interés público

comprometido para desde allí analizar con efectos restrictivos a la prescripción. La siguiente expresión nos parece gráfica de aquello que pretendemos demostrar, por ello la transcribimos:

"...En el ejercicio del poder de policía bancario o financiero que en este sistema se atribuye al Banco Central, resulta razonable que el alcance por otorgar al instituto de la prescripción de la acción sea aún más riguroso, a fin de asegurar que esta institución pueda cumplir sus funciones de fiscalización de las entidades —y su consecuente sanción de las transgresiones al régimen— en atención a las razones de bien público y de necesario gobierno a que responde la legislación financiera y cambiaria, cuya base normativa se encuentra en las cláusulas 75 incs. 6,18 y 32 de la Constitución Nacional. En este sentido, cabe recordar que tratándose de potestades públicas, la inteligencia que corresponda asignar acerca del alcance de su ejercicio, como ocurre en autos, debe guardar adecuada proporción con la necesidad de tutelar el interés público comprometido en su adecuada y efectiva realización..."

Dicha construcción, tan común por cierto en casos contenciosoadministrativos, no respeta en nuestro criterio una correcta formulación constitucional del asunto, cuya resolución judicial se requiere. Leemos detrás de tal fallo esa mirada tradicional de la justicia respecto de determinada porción de la función administrativa: los sumarios administrativos, al tener por finalidad supuesta la concreción del interés público punitivo, habrá de ser de mayor protección que la garantía del ciudadano a que su asunto sea resuelto en un término razonable y, por ende, conforme a la garantía del debido proceso. La juridicidad parece estar encapsulada en la mágica alegación al interés público y no en el respeto irrestricto por los derechos y garantías fundamentales que son el fundamento del Estado Social, Constitucional y Convencional de Derecho.

El yerro del fallo plenario reposa, a nuestro criterio, en no advertir que el interés público de las administraciones debe subsumirse en el interés público general: la protección de la dignidad del hombre y su libertad en un plano de igualdad. No puede analizarse la legalidad del obrar estatal si primero no se escruta al ejercicio de la función administrativa y su apego a un obrar constitucional, antes que legal. Tutelar el interés público sectorial en juego en un sumario descuidando, como en el caso, la garantía del plazo razonable convierte en ilegal la conducta administrativa, ya que el interés público indica la protección de las garantías del ciudadano y su respeto irrestricto en el plano de los poderes.

En este punto deseamos resaltar que, a nuestro criterio, es equivocado acudir en la instancia ya judicial del conflicto al interés público sectorial como justificativo de la actuación de la Administración Pública en violación de los derechos y garantías ciudadanos. Nos llama la atención que la defensa de tal argumentación en juicio sea efectuada enfáticamente por quien es un tercero imparcial en el asunto. La lectura del precedente Navarrine pareciera ensayar una fuerte defensa de aquel interés que es propio de la Administración, la que es una de las partes en el juicio contencioso administrativo. Ello desequilibra, a

nuestro criterio, la igualdad de partes, que debe ser un principio omnipresente en todo proceso judicial.

La decisión judicial plenaria parece partir de la mirada restrictiva del principio de legalidad del obrar estatal, olvidando que éste ha sido incorporado en un escenario mayor que comprende a un nuevo orden jurídico irradiando constitucionalidad a todo el accionar estatal. En estos nuevos tiempos es impracticable una actividad estatal legal no conforme al orden constitucional. Aquí radica la tensión de las dos miradas en este mismo supuesto de hecho: una, estrictamente legal, exhibida por la Cámara en Navarrine y la otra, constitucional, empleada por la C.S.J.N. en el caso Losicer.

IV. La consolidada doctrina constitucional administrativa de la Corte Federal Argentina

La C.S.J.N. en el caso Losicer, en cambio, parte en su análisis de la mirada constitucional ¡y así expresamente lo dice!

Este es el enfoque diferencial y que habla de la mirada del conflicto entre derechos y prerrogativas públicas desde la perspectiva constitucional antes que legal.

Correctamente la Corte Federal parte de aceptar que, en el caso concreto, tan sólo debe corroborarse si la actividad estatal determinativa de derechos se ha ceñido al elenco de garantías del artículo 8 del Pacto de San José de Costa Rica —en adelante el Pacto—. En otras palabras, si el obrar administrativo se integra dentro del nuevo orden jurídico. Su infracción claramente habla de un interés público no satisfecho en sede administrativa y, por ende, carente de legalidad en términos amplios.

El supuesto de hecho es similar al que diera lugar al fallo plenario Navarrine, un sumario administrativo en competencias específicas del BCRA tramitado bajo un retardo importante de tiempo. La manifiesta demora en el despliegue de la función administrativa sumarial es la nota más saliente que atraparà la atención del juzgador a fin de resolver el asunto traído a decisión.

La Corte Federal por unanimidad anuncia a la entrada misma de la sentencia que el caso se resolverà desde el plano constitucional. Verificarà el cumplimiento o no del elenco de garantías que se integran dentro de aquella otra noción mayor de la tutela administrativa efectiva. Especialmente, constatarà si entre las mencionadas por el artículo 8 del Pacto ha sido respetada la garantía del plazo razonable. (14)

Dos temas estructurales, del fallo, para precisar.

Primero: la Corte Federal afirma que la aplicación del elenco de garantías del artículo 8 del Pacto es derecho vigente en nuestro Estado de Derecho vinculando a toda la actividad de las administraciones que tengan por efecto

determinar derechos; más aun enfatiza que le es aplicable a toda la actividad estatal —comprende los distintos poderes del Estado y aquellos órganos extra poderes— y no tan sólo a las administraciones públicas. Así de sencillo, así de contundente.

Segundo: dentro de los parámetros objetivos que toma para determinar si se han excedido o no razonables pautas de tiempo, la C.S.J.N. indica al procedimiento global. Ello es de suma trascendencia para nuestra disciplina.

Veamos más detenidamente cada uno de estos ejes principales del fallo.

Creemos que la Corte Federal consolida finalmente en Losicer la doctrina sentada en Astorga Bratch (15) referente a la tutela administrativa efectiva como garantía incorporada a nuestro sistema con singularidad propia que la diferencia de la más conocida tutela efectiva en el ámbito judicial.

Pero eso no es todo, ya que en nuestra opinión los efectos del fallo se proyectan más allá de tal doctrina judicial.

En efecto en Astorga Bratch, podemos decir, la C.S.J.N. otorgó eficacia concreta interna a la garantía de la tutela administrativa efectiva en un plano más general. Allí expresamente descalificó las cláusulas administrativas que impiden a quien participa en los expedientes administrativos impugnar las decisiones adoptadas en dicha sede, justamente por contrariar el derecho que posee todo ciudadano a obtener protección suficiente y efectiva de sus derechos en la esfera estatal administrativa.

La garantía de la tutela administrativa efectiva incluida en el artículo 8 del Pacto, si bien había sido incorporada por conducto del artículo 75 inc. 22 de nuestra Constitución, no había recibido tratamiento suficiente tanto en el comportamiento de nuestras administraciones como en la doctrina de nuestros tribunales. El precedente Astorga Bratch vino a incorporar efectivamente en el sistema interno a la garantía y a las condiciones de vigencia que contienen a aquélla en el Sistema Americano de Derechos Humanos. (16) La C.S.J.N. extrajo el estándar interpretativo contenido principalmente en dos decisiones de la Corte IDH —Tribunal Constitucional v.s Perú (17) y Baena Ricardo y otros vs. Panamá (18)—, para luego incorporarlo al derecho interno mediante el fallo que venimos citando. (19) La regla de la tutela administrativa efectiva —especialmente para aquellos escépticos del sistema internacional y su impacto en los sistemas internos— definitivamente se transformó así en derecho interno. Es una consecuencia directa de la internacionalización de nuestros ordenamientos jurídicos.

El precedente Losicer viene ahora a otorgarle efectividad cierta a determinadas garantías que rodean los derechos del ciudadano al tiempo que éstos sean determinados por las administraciones. En concreto, se aplica directamente la garantía del plazo razonable como aquella salvaguarda que posee el ciudadano a que su asunto sea resuelto por las autoridades administrativas en tiempo oportuno. Sabiendo que en otros supuestos en que se involucren el

resto del elenco de garantías enunciadas en el artículo 8 del Pacto, las aplicará bajo igual forma y alcance en que lo hizo con la del plazo razonable. Es la aplicación de la tutela administrativa efectiva en su integridad.

Reproducir textual el pasaje de la decisión judicial nos parece acertado justamente por el peso que cada una de las palabras elegidas por la Corte Federal tendrá de aquí en más en nuestras administraciones y, especialmente, en la reformulación del propio derecho administrativo:

"...en el estado de derecho la vigencia de las garantías enunciadas por el art. 8 de la citada Convención refiere a la Convención Americana de Derechos Humanos no se encuentra limitada al Poder Judicial —en el ejercicio eminente de tal función—, sino que deben ser respetadas por todo órgano o autoridad pública al que le hubieran sido asignadas funciones materialmente jurisdiccionales..." —considerando 8—.

Luego, dispone la aplicación directa de las garantías a la actividad de las administraciones públicas en tanto éstas determinen derechos y deberes, con especial mención a la potestad sancionadora de aquellas en las que la garantía del debido proceso posee vigencia plena.

Es, entonces, tajante la C.S.J.N. al descalificar el accionar de la Administración Pública al afirmar que

"... la irrazonable dilación del procedimiento administrativo resulta incompatible con el derecho al debido proceso amparado por el art. 18 de la Constitución Nacional y por el art. 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos."

Enfatizábamos al inicio del presente apartado, la presencia de un segundo eje temático del fallo que nos parecía central: el procedimiento visto integralmente junto al proceso a fin de revisar la justificación o no del plazo de duración de la actividad administrativa.

Como se puede leer del fallo, la C.S.J.N. en el caso concreto entiende que ha operado un retardo injustificado en la toma de decisión, afectando ello la garantía del plazo razonable.

Es en este punto que creemos reside otra de las riquezas de la decisión judicial. Al explicar cuáles son los parámetros objetivo que pueden adoptarse para revisar si se han excedido o no razonables pautas de tiempo, indica al procedimiento global como uno de ellos. Es una mirada distinta a la que tradicionalmente puede llegarse a esperar en estos temas, ya que escapa el Tribunal a la clásica discusión de si los plazos previstos para llevar adelante un sumario administrativo son de tipo ordenatorio o imperativo.

Lejos de ingresar en tal discusión, observa al tiempo transcurrido desde una perspectiva global en la cual se incorporan distintos factores de análisis: el tiempo transcurrido para adoptar la decisión, la conducta procesal del afectado,

la complejidad del asunto que ha dado origen al sumario y el análisis global del procedimiento.

Este último parámetro objetivo es el que nos permitimos indicar como de suma trascendencia para nuestra disciplina del derecho administrativo. Se le brinda relevancia al lapso del tiempo insumido en la instancia administrativa junto con el del proceso judicial para mirarlos a ambos lapsos de tiempo como una unidad temporal.

Nos explicamos. La Argentina, como es sabido, ha incorporado en el sistema federal y en las provincias en general también —desafortunadamente, y dejando de lado la posibilidad de elegir desde el carácter local del derecho administrativo variables más evolucionadas— la regla general de la obligatoriedad del paso por las administraciones como condición para llevar el ciudadano su agravio finalmente ante la justicia. Ello bajo las conocidas condiciones de plazos breves con multiplicidad de vías impugnatorias bajo la amenaza concreta de caducidad de los derechos, si estas no son empleadas en los tiempos establecidos ni activada la instancia judicial en determinados plazos procesales. Es un sistema a nuestro criterio no constitucional, arrogándose la Administración por conducto de la ley la autoridad de brindarle firmeza a sus decisiones aun en aquellas de nulidad absoluta por el solo hecho de la interposición de los medios de impugnación administrativa en forma extemporánea.

Compensa, entonces, en el terreno de los derechos y las garantías del ciudadano, el hecho concreto de que el tiempo transcurrido en la sede administrativa compute junto al insumido en la instancia judicial para decretar si ha existido o no una demora injustificada en el despliegue de las competencias estatales. Más aun la excesiva demora en la instancia administrativa puede, como en el caso fallado, por sí sola ser causal de la declaración de extinción de la competencia estatal sumarial. La llamativa tardanza en resolver el sumario ante el BCRA —más de veinte años— es la que ha configurado la violación a la garantía del plazo razonable, sin tan siquiera computar la C.S.J.N. si ha habido o no retardo judicial en el tratamiento del asunto. Sostener que el plazo transcurrido en sede administrativa opera tanto en contra de las administraciones como del ciudadano es un razonamiento judicial que coloca a la garantía de trato igualitario también dentro de la zona de actuación de las administraciones y no tan sólo en la órbita del proceso judicial ¡No es un dato menor!

La decisión de la C.S.J.N. parece partir de la idea de que el procedimiento administrativo y el proceso judicial se interrelacionan generando una unidad global de la actividad estatal que determina derechos de los ciudadanos. Es tal unidad la que genera la aplicación directa de las garantías previstas en el artículo 8 del Pacto.

Nos encontramos, sin dudas, ante la mirada constitucional y convencional, antes que legal, de la competencia estatal en la alta función de determinar

derechos.

Por otra parte, y ya en forma más general la decisión adoptada comporta, indirectamente, un mandato ético-institucional hacia nuestras administraciones para que abandonen el ejercicio abusivo que efectúan de los tiempos administrativos. En otros términos, es un nuevo y valioso aporte institucional a intentar corregir los vicios de nuestras administraciones que han consolidado aquella dimensión de una administración paralela que tan bien calificara y describiera ya hace mucho tiempo Agustín Gordillo. (20) No se puede seguir sosteniendo la utilidad del procedimiento administrativo como herramienta que permite resolver conflictos si al menos nuestras administraciones no se ocupan de despojarse de los vicios que tradicionalmente han construido de espaldas a los derechos de los ciudadanos. La utilidad de un procedimiento radica en que efectivamente tutele derechos de los ciudadanos. Lo contrario implica aceptar una desviación de poder bajo la excusa de legitimar las prerrogativas públicas al brindarle mayor relevancia al interés público sectorial en juego que a los derechos y garantías ciudadanos.

V. Perspectivas de nuestras administraciones

Hace tiempo ya hemos explicado nuestra posición respecto de sostener un procedimiento administrativo distinto, que en su faz impugnatoria sea sencilla y, esencialmente, optativa para el ciudadano. (21)

También hemos alzado nuestra voz para seguir sosteniendo, optativamente remarcamos cada vez que podemos, (22) al procedimiento administrativo (23) como aquella porción del ámbito de nuestras administraciones que puedan canalizar las tensiones entre los derechos ciudadanos y el interés sectorial de las administraciones, pero bajo los parámetros constitucionales y convencionales vigentes en nuestro Estado de Derecho y no por aquellos otros que han sido incorporados por leyes y reglamentos que hoy claramente parecen no ajustarse a aquéllos.

En este marco creemos en unas administraciones preventivas, que se adelantan con su accionar en la tutela y promoción de los derechos del ciudadano. En tal concepción se revitaliza el bienestar general al que están llamados los poderes a concurrir desde sus competencias. Estas existen para concretar la protección y promoción del hombre, su dignidad, en un espacio de libertad, igualdad y solidaridad. Al menos para quienes le otorgamos tal contenido a nuestro Estado Constitucional y Social de Derecho.

Bueno es advertir, una vez más, que tal formulación de nuestras administraciones debe responder a una toma de decisión que al determinar derechos sea fruto de un acto de autoridad dictado en forma imparcial e independiente, suficientemente motivada y en un plazo razonable, dentro de las garantías que el debido proceso exige. Conscientes, por cierto, que la última palabra en materia de derechos la tiene el poder judicial.

En tal sentido las administraciones deben: 1. comprender en su real dimensión que estamos frente a nuevos tiempos que imponen reformulaciones del contenido, alcances y límites de sus competencias y 2. estructurar a la función administrativa como preventiva y tuitiva de los valores constitucionales.

No advertirlo puede llevarlas a: 1. altos niveles de conflictividad; 2. bajos niveles de legitimidad; y 3. responsabilidades orgánicas y funcionariales en el plano internacional como interno de la responsabilidad estatal.

Cierto es que coexisten en nuestras realidades legales, administrativas y judiciales que rodean a la actividad de las administraciones públicas, tensiones propias de los tiempos de cambios, donde los dogmas de un derecho administrativo autoritario —tal como bien ha indicado Cassagne— (24) perviven en tiempos en que la tutela administrativa y judicial se ha transformado en una de las notas más fuertes que nos ha legado nuestro moderno constitucionalismo y que nos indican la imposibilidad de que subsistan formulaciones legales, jurisprudenciales y doctrinarias ajenas al nuevo orden jurídico.

Nuestra postura incorpora como parte del escenario constitucional a las competencias propias de las administraciones públicas impregnadas de los siguientes principios: 1. las competencias estatales por definición constitucional son excepcionales y limitadas, debiendo expresamente contarse con la norma atributiva de competencia; 2. la dignidad del hombre, su libertad (25) y la igualdad (26) son la base de fundamento y finalidad de las existencia misma de las competencias administrativas; 3. los derechos ciudadanos se desarrollan en tres planos, el individual, el colectivo y el social; 4. en la medida que las acciones de los ciudadanos no afecten el orden, la moral pública o los derechos de terceros, le está vedada a las administraciones ingresar en la zona de libertad del hombre; 5. la habilitación constitucional para reglamentar e interferir en la zona de los derechos impone a las administraciones: a. exhibir el título o razón de la regulación o injerencia estatal, b. argumentar suficientemente las razones que fundan tal ingreso, c. la justificación de la necesidad de la medida, su adecuación a la finalidad perseguida y que ésta es la de menor lesión que pueda acaso generar a los derechos, d. aceptar que la afectación a un derecho fundamental debe tener por causa y finalidad la ampliación de los derechos en términos generales de la comunidad entera, y e. ante cualquier conflicto interpretar que la restricción es en materia de sus efectos, la de menor intensidad posible.

En síntesis, podríamos resumir lo dicho en las propias palabras de Gelli (27) quien —con la riqueza y sencillez intelectual que la caracteriza— hace tiempo ya nos ha enseñado que el artículo 19 de nuestra Constitución contiene dos principios básicos y sustantivos de la democracia liberal, el de privacidad, que incluye el derecho a la intimidad y el de legalidad. Ella nos indica claramente —siguiendo a Carlos Nino— a la privacidad como principio general de no interferencia estatal y la exigencia de ley en sentido formal como fuente jurídica válida para afectar derechos o garantías constitucionales, principio este último que según su mirada ha sido reforzado por la reforma constitucional del año 1994.

VI. El rol del juez en este nuevo escenario

El actual escenario constitucional tanto en su enunciación positiva como axiológica importa a nuestro criterio profundos cambios en la actividad judicial. Es que al haberse cambiado la base de sustentación constitucional, ello torna evidente analizar las consecuencias directas que provoca en la actividad de quienes aplican e interpretan, dentro del nuevo orden jurídico, las normas constitucionales.

Nuestro sistema quizás presente desde siempre algunas ventajas comparadas, al menos respecto del sistema europeo, el cual no hace mucho tiempo atrás viene a reconocer la fuerza constitucional y ya no tan sólo la estrictamente legal (28) del ordenamiento jurídico. La fuerza constitucional comprende desde siempre la invocación y aplicación de la norma constitucional por parte del juez al tiempo de resolver un caso. Más rico es aun nuestro sistema al permitir a cada juez serlo de la propia Constitución de forma tal que cada uno de ellos, podremos decir, se encuentra —más allá de su división en grados— a la misma distancia de los otros del texto constitucional. Y, en parte, en ello reside a nuestro criterio el sostén de su independencia y su imparcialidad, no tan sólo de los otros poderes, sino antes bien de su propio poder y frente a las presiones que reciban tanto de los ciudadanos como de los grupos de presión. Ciertamente, tales garantías de independencia e imparcialidad lo son institucionales y del propio juez, pero se proyectan desde la mirada del ciudadano como un derecho a exigir efectivamente del Estado y de terceros el pleno respeto por la imparcialidad e independencia de sus jueces. Y ello es altamente positivo en términos de democracia social e institucional, pues es el ciudadano quien a nuestro criterio debe velar porque sus jueces decidan las controversias bajo los estándares que la Constitución fija para la judicatura. (29) Este es un derecho-deber del ciudadano no ya tan sólo en el plano de sus derechos subjetivos —para emplear una expresión clásica— sino antes bien de su interés social en sostener, promover y proteger una judicatura independiente e imparcial.

Ahora bien, en este contexto constitucional judicialista argentino, mucho ha cambiado en los últimos tiempos, al menos dentro de la clásica tensión entre administraciones públicas y ciudadanos. (30)

Nos encontramos, entre otros aspectos posibles de indicarse, ante: a. nuevas zonas del control que despliega el juez sobre las administraciones, b. nuevas formulaciones del proceso judicial que decidirá la tensión entre el ciudadano y su Administración, c. alcances posibles diversos de las sentencias dictadas en procesos contenciosos administrativos, d. la incorporación del paradigma protectorio de los derechos humanos antes que del interés público estrictamente visto en el caso procesal administrativo, e. la caracterización, en determinados supuestos, de un caso constitucional-administrativo y ya no estrictamente contencioso administrativo y f. mayor margen de apreciación, interpretación, selección y aplicación de la norma por parte del juez. (31)

Como es sabido en tal contexto emerge una nueva herramienta que tienen a su alcance los jueces: el control de convencionalidad. (32) En palabras de Agustín Gordillo "...así como el control de constitucionalidad debe hacerse de oficio por todos los jueces, lo hayan pedido o no las partes, lo mismo ocurre con lo que se da en llamar el control de convencionalidad, esto es, la adecuación del caso a los tratados internacionales". (33)

El control de convencionalidad en los propios términos de la Corte IDH (34) genera en los jueces del Estado que ha ratificado la Convención Americana de Derechos Humanos "...la obligación de velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial está llamado a ejercer un "control de convencionalidad" ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana".

Tal control permite, entonces, de oficio constatar en el caso concreto la adecuación interna del obrar estatal a los estándares del Sistema Americano de Derechos Humanos. Ello no es menor, al menos en el ámbito del poder, ya que éste generalmente se resiste a todo aquello que importa mayores niveles de control, en especial si se acentúan la protección de los derechos y se proyectan mayores obligaciones en los ámbitos estatales. Más y mejores calidades de derechos para los ciudadanos son el eje que propone cualquier sistema de derechos humanos irradiando obligaciones hacia las estructuras estatales principalmente. En sistemas como el argentino la tensión pueda acaso ser mayor justamente en el ámbito del derecho administrativo, ya que su carácter local permite descentralizar plenamente la obligación de permear los estándares internacionales. Se suma a ello, la competencia también descentralizada de cada uno de los jueces para que en sus ámbitos respectivos desplieguen tal control. Son datos nada menores por lo cual quizás sea esperable una reacción no favorable por quienes se sienten controlados. Basta a tal fin observar la continua oposición de algunos países latinoamericanos para no acatar los fallos de la Corte IDH. Por ello creemos importante en estos tiempos despejar algunas confusiones que bien pueden generarse desde lo discursivo-político respecto del Sistema Americano de Derechos Humanos, el cual simplemente intenta proveer de especial protección a los derechos humanos desde la órbita transnacional para evitar así que ocasionales mayorías de los Estados-miembros despojen a las minorías, o a la ciudadanía ya toda, del núcleo básico de protección de la dignidad del hombre más allá de las ideologías o signos partidarios que en un tiempo determinado cubren los espacios de poder. Pretender salirse del Sistema Americano de Derechos Humanos —sea formalmente o mediante el no cumplimiento de las sentencias— es un mensaje institucional negativo por estos tiempos hacia los derechos de nuestra gente, agravándose aun más ello si como justificativo de tal medida se la ubica dentro de una formulación demagógica de la soberanía por parte del poder político.

Por ello es que nos complace siempre destacar la sólida jurisprudencia de nuestra Corte Federal en sostener altos niveles de convergencia entre sus criterios y los propios de la Corte IDH, ya que es la construcción continua y progresiva del orden público internacional de los derechos humanos aquello que está en juego sustancialmente.

Es indudable que el mecanismo procesal que venimos comentando suscita nuevas y diversas tensiones en el sistema interno, ensayando tanto la doctrina como la jurisprudencia soluciones a las mismas en forma simultánea al despliegue de tal control. Es, por cierto, también una muy buena noticia por estos tiempos encontrar discusiones de primerísimo orden sobre el tema, ya que ello de por sí sólo muestra un formidable avance en el camino de entender y aceptar que estamos frente a sistemas integrados.

Este es parte del cambio paradigmático del rol de los jueces en el moderno constitucionalismo a nuestro criterio.

VII. Una nueva configuración de nuestras administraciones es posible

Los precedentes Losicer y Navarrine, las reglas que sientan, su confrontación entre sí y la adecuación a los términos constitucionales y convencionales de las doctrinas en ellos discutidas, representan una buena excusa para entender la nueva configuración en concreto de las distintas porciones de nuestro derecho administrativo que nos llevará a reformularlo. (35)

La discusión a nuestro criterio deberá discurrir, en parte, en caracterizar el contorno, el contenido y la finalidad de las potestades públicas. Es el cambio de la base de sustentación de nuestra disciplina y la ampliación de la misma desde la perspectiva constitucional y convencional de un Estado Social de Derecho la que impone la esencia y orientación misma de las políticas públicas. Es un paso más en la evolución de nuestras administraciones, que ya no tan sólo se saben limitadas en sus competencias sino también predeterminadas en las orientaciones que deben guiar el despliegue de las mismas, desde el propio texto constitucional. Limitación y orientación de la actividad administrativa desde el orden jurídico integral que, a su vez, permiten e importan mayores márgenes de control judicial. (36)

Las prerrogativas públicas son consecuencias instrumentales de un constitucionalismo que en la diversidad busca eficazmente la felicidad del hombre en un espacio de libertad proponiendo efectivamente mayores niveles de igualdad. Debemos buscar los equilibrios que sostienen la igualdad de nuestros ciudadanos dentro de la preservación de la dignidad y libertad de cada uno de ellos. Las administraciones pueden intervenir y deben hacerlo con el fin de lograr estos márgenes de equilibrio, pero sabiendo que quien en última instancia concreta la relación de convivencia armónica de ambos conceptos es el juez constitucional. La clásica mirada del control judicial de la actividad

administrativa (37) está sometida también a una nueva formulación de éste, donde los jueces están llamados a resolver los casos contenciosoadministrativos bajo la mirada constitucional y convencional del sistema jurídico que aplicarán para resolver la contienda. Hoy ya es regla entre nosotros, por ejemplo, que el control judicial no se detiene frente a los programas sociales en tanto éstos pueden ser revisados en su razonabilidad (38) en aquellos supuestos en que importan discriminaciones no permitidas. (39) Es clara, en nuestro criterio, la fuerza que contiene en los modernos textos constitucionales el mandato de igual protección en los mínimos esenciales de los derechos. Desatenderlo implica una discriminación no aceptada y por ende la ilegalidad del obrar estatal. El control judicial de razonabilidad es la herramienta con que cuenta el juez constitucional para verificar la adecuación en términos de constitucionalidad del obrar estatal a determinados parámetros objetivos en tal sentido. Y ello es sin perjuicio de reconocer y respetar las competencias de los otros poderes tanto en diseñar, planificar como en ejecutar las políticas públicas sociales, económicas y culturales.

Enfatizamos tantas veces como podemos que nuestras administraciones tienen una oportunidad única por estos tiempos de utilizar justamente aquella caracterización de la función administrativa como dinámica, práctica, concreta y continúa para prevenir conflictos y asegurar la vigencia y disfrute de los derechos fundamentales de los ciudadanos. Aquello primero que se debe internalizar en el diseño institucional son los procedimientos que les permitan adaptarse a la nueva realidad. (40) Y está, en parte, viene dada por la vigencia de la tutela administrativa efectiva que reconfigura a nuestras administraciones en lo organizacional y funcional. (41)

Cierto es que muchas de las reflexiones que venimos aportado pueden no resultar novedosas porque la doctrina argentina las ha anunciado ya hace tiempo y con ciertos matices; la diferencia es que actualmente ello ya no es más una cuestión opinable, sino antes bien una determinación constitucional y convencional de nuestro sistema. Son aquellas zonas que deben ser redefinidas de la disciplina del derecho administrativo, como consecuencia de haber mutado el bloque de legalidad hacia un orden jurídico fuertemente impregnado por el nuevo constitucionalismo. Lo único posible en términos de constitucionalidad es la búsqueda de matices en las nuevas herramientas e instituciones administrativas, sabiendo que, en tanto se persiga la determinación de derechos los distintos poderes del Estado, habrán de tener que respetar, entre otras, las garantías del artículo 8 del Pacto.

Mientras continuamos en nuestra tarea de repensar al derecho administrativo, vemos la necesidad de enfatizar su alcance instrumental. Debe brindar respuestas metodológicas y prácticas a las realidades sociales de la cual es parte. No podemos pensarlo sin cuestionarnos previamente acerca de su mayor o menor incidencia en la concreción del bienestar general que pueda acaso generarse desde el diseño de cada uno de sus postulados e instituciones. Es el mandato social epistemológico del derecho en general en tanto ciencia social a la que se somete el derecho administrativo.

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) Losicer, Jorge Alberto y otros c. BCRA-Resolución 169/05, C.S.J.N. 26.06.2012.

(2) Causa Nº 48.408/2006, autos "Navarrine, Roberto Héctor y otros c. BCRA, Resol 208/05 (Expte. 101226/83 SUM FIN 578)", en pleno.

(3) Siempre es bueno – y justo – recordar que ha sido por siempre entre nosotros Agustín Gordillo quien nos indicó prematuramente la existencia de un "...derecho supranacional y supraconstitucional de los derechos humanos...", para luego ya afirmar contundentemente que "...no podemos hacer libre interpretación nacional de los tratados internacionales. El carácter internacional de los derechos humanos es hoy indubitable, pero es apenas un dato más de una realidad jurídica universal bastante mayor...", GORDILLO, Agustín, "Hacia la unidad del orden jurídico mundial", p.54, Res Publica Argentina, RAP, 2009-1.

(4) Sugerimos leer atentamente la opinión de María Angélica Gelli en su artículo "El sistema presidencialista argentino y el control de la actividad administrativa", Res Pública Argentina, RAP 2007-1 p.7.

(5) La postura de Mairal es clara y nos debería mover a una reflexión seria en nuestra disciplina al advertirnos "...Hoy en día —a estar a la opinión que aparece como mayoritaria— cualquier manifestación de voluntad administrativa y que no constituye un acto meramente preparatorio, deviene incuestionable y tiene fuerza de verdad legal una vez transcurridos los quince días hábiles del plazo para interponer el recurso jerárquico sin que el mismo haya sido articulado. En consecuencia, cualquier decisión administrativa puede pretender efectos modificatorios de la posición jurídica del particular aunque no nazca del ejercicio de una potestad.", MAIRAL, Héctor A., "Hacia una noción más acotada del acto administrativo (donde se explica cómo los argentinos pasamos, sin darnos cuenta, de obedecer la ley a obedecer a los funcionarios públicos", Res Pública Argentina, p. 25, año 2011-1 y 2.

(6) Hemos explicado nuestra visión sobre esta triple dimensión en "Apuntes sobre ciudadanía y esferas públicas", REDA, febrero 2012 Número 79, Abeledo Perrot. Sugerimos repasar la muy interesante discusión que encierra el fallo de la C.S.J.N., N.N. O U., V. s/protección y guarda de personas —12.06.2012—. Allí se encontraban en tensión distintos intereses - individuales, colectivos y sociales -. Se enfrentaba el derecho a los padres a elegir un estilo de vida familiar – al menos en materia de salud de sus hijos -, el interés superior del niño y el superior estatal en la prevención general de la salud de la población.

(7) En el caso Navarrine expresamente se invoca el interés público de la regulación estatal en materia financiera como fin principal a proteger en la actividad estatal sumarial cuestionada.

(8) Es bueno recordar junto a Mertehikian que estas potestades discrecionales "...deben ser atribuidas por la ley en ese carácter, es decir que su existencia o

reconocimiento no tienen un origen extra legal o autónomo tal como lo ha dicho nuestra Corte Suprema...", MERTEHIKIAN, Eduardo, "Breves anotaciones acerca del alcance del control judicial sobre la oportunidad, mérito o conveniencia de las conductas de la Administración", p. 24, en la obra colectiva Cuestiones de Control de la Administración Pública – administrativo, legislativo y judicial –, RAP, Buenos Aires, 2010. Por su parte la Corte IDH en el caso Baena Ricardo y otros v. Panamá, 02.02.2001, entre otros tantos, ha sostenido que "...En cualquier materia, inclusive en la laboral y la administrativa, la discrecionalidad de la administración tiene límites infranqueables, siendo uno de ellos el respeto de los derechos humanos. Es importante que la actuación de la administración se encuentre regulada, y ésta no puede invocar el orden público para reducir discrecionalmente las garantías de los administrados. Por ejemplo, no puede la administración dictar actos administrativos sancionatorios sin otorgar a los sancionados la garantía del debido proceso. ..." Sobre el tema de la discrecionalidad —ampliamente tratado por la más diversa doctrina— sugerimos consultar CASSAGNE, Juan Carlos, El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa. Marcial Pons, Buenos Aires, 2009.

(9) Tal postura se construyó sosteniendo: 1. la existencia de diferencias entre un ámbito y otro punitivo justifica la aplicación matizada de determinadas garantías, 2. las administraciones poseen un nivel amplio de discrecionalidad en el ámbito sumarial convirtiéndose ello en una suerte de escudo de inmunidad al cual se lo puede penetrar con mucho esfuerzo argumentativo y probatorio en la idea de acreditar la falta de razonabilidad de la actividad administrativa 3. La teoría de la subsanación permite en sede administrativa o judicial enmendar los errores o vicios en que se hubiere incurrido al tiempo de desplegar la actividad sumarial 4. Los sumarios poseen plazos que por lo general son de carácter ordenatorio, no generándose ante su vencimiento la incompetencia en razón del tiempo para proseguir con aquéllos, salvo los plazos de prescripción establecidos legalmente. 5. Las interrupciones a los plazos son de interpretación restrictiva, ante la duda debe estarse a favor de la vigencia de la competencia estatal para investigar, sancionar o fiscalizar ya que el interés público en juego parece subordinar a los derechos y garantías del investigado.

(10) Para ampliar ver LORENZETTI, Ricardo Luis, Teoría de la decisión judicial. Fundamentos de derecho, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2006.

(11) Ver también el comentario a ambos fallos realizado por GRIFFI, Marcelo, "Luces esperanzadoras", SDC ED 23.08.12.

(12) Tiene dicho la Corte IDH en su OC-6/86, La expresión "Leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos" que debe "interpretarse como elemento integrante del orden público del Estado democrático, cuyo fin principal es la protección de los derechos esenciales del hombre y la creación de circunstancias que le permitan progresar espiritual y materialmente y alcanzar la felicidad".

(13) Concretamente el fallo plenario sienta la siguiente doctrina: "La apertura a

prueba, el cierre del período probatorio, la convocatoria para alegar y sus respectivas notificaciones —como actos y diligencias de procedimientos inherentes a la sustanciación del sumario, una vez abierto por resolución de la autoridad competente que establezca la ley vigente— son idóneos para interrumpir el plazo de prescripción de la acción sancionatoria previsto en el art. 42 de la ley 21.526, modificada por la ley 24.144".

(14) Cabe recordar que La Corte IDH partiendo de la equivalencia entre los artículos 8 de la Convención Americana y 6 de la Europea en este punto ha remitido en el análisis de los elementos necesarios para la definición del concepto al esquema utilizado por el Tribunal de Estrasburgo, para lo cual ha enfatizado la necesidad de abordar la determinación de la razonabilidad del plazo desde un "análisis global del procedimiento". Ver, entre otros, Corte IDH Comunidad Moiwana v. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. 15.06.2005 y Suárez Rosero v. Ecuador. Fondo. 12.11.1997.

(15) C.S.J.N., Astorga Bracht, Sergio y otro c. Comfer - decreto 310/1998 s/amparo ley 16.986", del 14.10.2004. Es el primer caso en la jurisprudencia de la C.S.J.N. en que se hace mención expresa a tal garantía. Allí el Tribunal afirmó que una serie de normas constitucionales y convencionales "resguardan el derecho a la tutela administrativa y judicial efectiva", a la cual se califica como una "garantía" que "supone la posibilidad de ocurrir ante los tribunales de justicia —a lo que cabe agregar, ante las autoridades administrativas competentes— y obtener de ellos sentencia o decisión útil relativa a los derechos de los particulares o litigantes y que requiere, por sobre todas las cosas, que no se prive a nadie arbitrariamente de la adecuada y oportuna tutela de los derechos que pudieren eventualmente asistirle sino por medio de un proceso —o procedimiento— conducido en legal forma y que concluya con el dictado de una sentencia —o decisión— fundada". Se extrapola de esa manera el concepto de defensa en juicio que había desarrollado durante años al ámbito de la Administración Pública y se construye el concepto examinado a partir de reemplazar: "juez" por "autoridad administrativa competente"; "sentencia" por "decisión"; "litigantes" por "particulares", y "proceso" por "procedimiento". Los nombres cambian pero los objetivos son los mismos y por ende todas las construcciones pensadas para la defensa en juicio se vuelven aplicables.

(16) Para una mirada comparada de la jurisprudencia y su impacto en los sistemas internos europeos, se puede consultar la obra "Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", por Díaz Revorio, Francisco Javier – Compilador, Colección jurisprudencia sobre Derechos Fundamentales, Palestra Editores, Lima 2004.

(17) Corte IDH, sentencia del 31.01.2001.

(18) Corte IDH, sentencia del 2.02.2001.

(19) Para ampliar ver nuestra obra Administración Pública, Juridicidad y Derechos Humanos, Juan B. Justo, colaborador, Abeledo Perrot, Buenos Aires.

2009.

(20) Gratamente La Administración Paralela ha sido incorporada a su Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas, bajo el t. 6 —junto al Método en el Derecho—, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires., 2012.

(21) Brasil en esto debería por conducto de los compromisos asumidos en el marco del MERCOSUR contagiarnos de la construcción que ha hecho de este tema bien distinto a nuestro sistema.

(22) Ciertamente es que la misma C.S.J.N. en el caso E.D.E.M.S.A. c. E.N.A. y M.E.O.S.P.N. s/cobro de pesos, 04.08.2009, ha sostenido la validez y utilidad de este sistema legal argentino, más allá de los reparos que a la misma venimos indicando respecto del carácter obligatorio del mismo. Aunque, en nuestro criterio, tal estándar hermenéutico no implica una aplicación automática de las estipulaciones legales en la materia, sino que se matizarán según sea la naturaleza del derecho afectado y de cómo la garantía de igualdad juega en el caso concreto. En otras palabras, no se podrá sostener la caducidad de un derecho en aquellos supuestos en los cuales se encuentren seriamente comprometidos los derechos fundamentales del hombre.

(23) El tema del procedimiento administrativo despierta siempre sumo interés y actualidad en la discusión. Fernando García Pullés, se inclina por entender a la regla del agotamiento de la vía administrativa no ya como un privilegio de la Administración, sino antes bien como una doble posibilidad para que mejore sus fundamentos en término de legalidad de su acto administrativo o bien sea utilizada la misma como una herramienta previa conciliatoria. Ello, sumado al alcance que se le ha dado a la acción de amparo en la reforma constitucional del año 1994, lo llevan a sostener que el instituto del agotamiento de la vía administrativa no genera "...afectación al acceso a la justicia o discriminación en la reglamentación de tal acceso."; GARCIA PULLES, Fernando, Tratado de lo contencioso administrativo, t. 1, p. 405, Hammurabi, Buenos Aires, 2004. Una buena síntesis y estado de la jurisprudencia de nuestra Corte Federal en el tema puede leerse en CANOSA, Armando, "El procedimiento administrativo según la actual Corte Suprema de Justicia de la Nación" JA, Suplemento de Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, 2009-III, p. 99. Sugerimos también consultar las siguientes opiniones: Comadira, Julio R. y Monti, Laura (col.), Procedimientos administrativos. Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, anotada y comentada, La Ley, Buenos Aires, 2002, p. 321; CORVALÁN, Juan Gustavo, "Agotamiento de la vía administrativa versus tutela judicial efectiva (Hacia una modulación razonable del acceso a la justicia)", Lexis Nexis, año 23, 2011, p. 481 y ss.; GONZALEZ MORAS, Juan M. "El contencioso administrativo y la tutela judicial efectiva en el marco del principio de igualdad y no discriminación", RAP 336:115, Año XXVIII; MASSIMINO, Leonardo F., "Las decisiones de los Tribunales de Derechos Humanos y su incidencia en las provincias y municipios, Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública (Revista RAP), año editorial XXXIV- 400, enero 2012, p. 23; TAWIL, Guido Santiago "El futuro del procedimiento administrativo", Revista de Direito Público, Malheiros Editores, Número 56, San Pablo.

(24) "...La aparición de estos nuevos paradigmas, aplicados conforme a las exigencias de la razón práctica, trae consigo la caída de antiguos dogmas que estaban anclados en una concepción autoritaria del derecho administrativo, aunque la tarea de erradicarlos no corra pareja en los diferenciados sistemas comparados ni la transformación se proyecte de la misma manera en cuanto a su intensidad.", CASSANGE, Juan Carlos, en "La proyección de los principios generales al acto administrativo", LL diario del 18.06.2012, p.4.

(25) En palabras de la Corte Federal Argentina, "El pleno ejercicio de las libertades es la regla en un Estado de Derecho, mientras que toda limitación de ellas es de interpretación restrictiva. En consecuencia, quien pretende afectar gravemente un derecho fundamental tiene la carga argumentativa de probar la existencia de una razón que lo justifique – C.S.J.N., 5.09.2007, Editorial Río Negro S.A. c. Provincia del Neuquén s/acción de amparo.

(26) Ver el alcance que se le brinda a la igualdad en el voto de la mayoría de la C.S.J.N. en el caso Recurso de Hecho Álvarez, Maximiliano y otros c. Cencosud S.A. s/acción de amparo., 07.12.2010. El tratamiento que ha recibido por parte de la Corte IDH puede, entre otros, consultarse en la O.C. N° 18/03 Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, 17.09.2003.

(27) GELLI, María Angélica, Constitución de la Nación Argentina, comentada y concordada, 4ta edición actualizada y ampliada, La Ley, Buenos Aires, 2008, t. 1, pp. 328,331 y 371

(28) Esto lo ha expuesto claramente CASSAGNE, Juan Carlos en "Proyección de los ..." cit. p. 1 Allí nos brinda una elocuente explicación comparativa de cómo ha construido Europa y América la normatividad de la Constitución y de cómo ello ha incidido en determinadas áreas del derecho administrativo.

(29) Sugerimos ver nuestras reflexiones efectuadas en "Independencia judicial: ¿un dilema de funciones estatales o de derechos?", Suplemento de Derecho Constitucional, LA LEY, 9.08.2011.

(30) Es bueno recordar la afirmación que efectuara la C.S.J.N. sobre la función de los jueces al sostener que estos tienen "...el rol funcional de buscar los caminos que permitan garantizar la eficacia de los derechos, y el evitar que sean vulnerados, como objetivo fundamental y rector a la hora de administrar justicia" – C.S.J.N., Comunidad Aborigen de Santuario Tres Pozos y otros c. Jujuy, Provincia de y otros s/ acaparo, 27.12.2011.

(31) Tal como certeramente lo ha afirmado Cassagne "...tras la recepción de los principios generales en los derechos públicos internos de los Estados, ya fuere por la jurisprudencia o por las respectivas constituciones, el fenómeno de la globalización y, en su caso, la prevalencia de los derechos supranacionales, generalizan principios que pasan a constituir nuevos paradigmas del derecho administrativo, en el curso de un proceso que favorece la creación por parte de los jueces del derecho, el cual termina caracterizándose por una integración entre elementos estáticos (los principios generales) y dinámicos (los nuevos paradigmas e instituciones).", CASSAGNE, "Proyección de los ..." cit. También

se puede consultar HERNÁNDEZ, Carlos y MAZABEL PINZÓN, Moisés Rodrigo, *Hermenéutica jurídica e interpretación constitucional*, Ara editores, número 9, Perú, 2010.

(32) Sobre el control de convencionalidad mucho se ha comenzado a escribir; remitimos por todos a los siguientes trabajos: *El control de constitucionalidad de oficio y control de convencionalidad*, por los Profesores María Angélica Gelli, Osvaldo Alfredo Gozaíni y Néstor P. Sagüés, *LA LEY*, 16/03/2011, 3, Alberto B. BIANCHI, *Una reflexión sobre el llamado "control de convencionalidad"*, *LA LEY*, Sup. Const. 2010 (septiembre), 15; Gelli, María Angélica, *LA LEY*, SDC17/11/2011, *LA LEY*, "Control de convencionalidad en el orden interno y en el internacional", *El valor de la jurisprudencia internacional. A propósito del caso "Bayarri" en un dictamen de la Procuración General de la Nación*, *LA LEY*, 01/06/2010, 1 y su más reciente "El plazo razonable de la prisión preventiva y el valor de la jurisprudencia internacional", *LA LEY*, 30/07/2012, p. 4.; Gil Domínguez, Andrés, "El funcionamiento del art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional", *LA LEY*, 30/07/2012, p. 4.

(33) GORDILLO, Agustín, *Hacia la unidad...cit.*, p. 54.

(34) Corte IDH caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia, sentencia 1.09.2010 (Fondo, Reparaciones y Costas), entre tantos otros posibles de ser citados.

(35) Es interesante consultar la opinión de Carlos Balbín respecto al proceso contencioso administrativo, en donde acertadamente afirma "...el acceso judicial debe estudiarse e interpretarse desde los derechos de las personas y no desde el privilegio estatal de revisión de sus propios actos. ¿Cuál es básicamente el derecho de las personas en este contexto? El derecho de acceso a la justicia —sin restricciones— y al debido proceso judicial —sin dilaciones—", Balbín Carlos, *Curso de derecho administrativo*, La Ley, t. II, Buenos Aires. 2008, p. 737. Sobre la jurisdicción contenciosa administrativa sugerimos la lectura de TAWIL, Guido Santiago, "La jurisdicción contenciosa administrativa en la Argentina, evolución histórica y organización actual", en la obra colectiva *Derecho Procesal Administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires., 2011, p. 21 y ss. En tal obra, entre otras consideraciones, afirma con contundencia que la regla general en el control judicial de la actividad administrativa "...según emana de los artículos 17,18, 109 y 116, CN, es la revisión de novo, amplia o máxima de todas las cuestiones fácticas y jurídicas vinculadas con la legitimidad." —p. 612—.

(36) De hecho en Losicer la C.S.J.N. aclara que se ha diferido a los jueces "...la casuística determinación de si se ha configurado un retardo injustificado de la decisión..." administrativa —agregamos—. Es quizás una reafirmación del rol del juez en la función de dirimir la tensión que acaso pueda generarse entre derechos y prerrogativas públicas, en tanto garante último de la vigencia de la juridicidad en términos amplios.

(37) Hemos ensayado una mirada mayor del tema del control en nuestro artículo "El control social", en la obra colectiva que recopila las conferencias

brindadas en el IV Congreso de Derecho Disciplinario, publicación de RAP, Año XXXIV-403, Buenos Aires, 2011.

(38) María Laura Clérico, creemos, es una de las principales investigadoras en nuestra doctrina nacional en el tema, se puede sacar muy buen provecho de su obra *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, Eudeba, Buenos Aires, 2009.

(39) La Corte Federal Argentina sentó algunos principios sobre el tema que bien pueden proyectar alguna teoría general sobre el control en materia de derechos sociales y el control de las administraciones públicas. Allí se dijo: a. el derecho a la vivienda como derecho social se encuentra contenido en una norma constitucional cuya naturaleza es de operatividad derivada en tanto consagra obligaciones de hacer a cargo del Estado. b. los derechos fundamentales que consagran obligaciones de hacer a cargo del Estado con operatividad derivada, están sujetos al control de razonabilidad por parte del Poder Judicial y c. La razonabilidad significa entonces que, sin perjuicio de las decisiones políticas discrecionales, los poderes deben atender a las garantías mínimas indispensables para que una persona sea considerada como tal en situaciones de extrema vulnerabilidad —Recurso de Hecho Q. C., S. Y. c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo, Buenos Aires, 24.04.2012—.

(40) Tal garantía trasnacional de vigencia interna maximiza las proyecciones sobre nuestras administraciones de la garantía del artículo 18 de nuestra Constitución.

(41) Certeramente se ha afirmado "...en las últimas décadas, de la mano de la primacía de los tratados de derechos humanos las reformas estatales junto a las nuevas tecnologías en la era de la globalización, obligaron a la adopción de políticas dirigidas a modificar las organizaciones administrativas, sus estructuras y procedimientos.", IVANEGA, Miriam M., "La Administración Pública del siglo XXI: Entre la utopía y la realidad", LA LEY, 2011-B, 676.