

El control de la Administración Pública y el reto de la incorporación de los criterios internacionales en materia de protección de los derechos humanos

Por Pablo Angel Gutiérrez Colantuono
Publicado en JA 2009-I-370-
SJA.11.3.2009

Sumario: I. Introducción. II. El caso. III. La legitimación amplia y el valor del procedimiento administrativo. IV. El principio de legalidad en su faz supranacional y las facultades reglamentarias de la Administración. V. Finalidades administrativas y motivación. Nuevos principios involucrados. VI. Conclusiones y desafíos.

I. Introducción

El fallo aquí comentado¹ da cuenta de las diferentes proyecciones que uno de los hitos centrales del derecho argentino reciente –la jerarquización constitucional de diferentes tratados de protección de los derechos humanos– posee en la actividad cotidiana de la Administración.² El principal valor de la sentencia analizada reside en la *recepción* –por vía de su incorporación al razonamiento judicial–³ de diferentes principios y criterios elaborados en el marco de esos tratados, pues es tal recepción el principal desafío que –como veremos– nos depara el sometimiento del Estado argentino a un nuevo orden jurídico, aglutinado en el artículo 75 inc. 22 de nuestra Carta, que –frente a la clásica relación internacional pensada en términos de soberanía– se encuentra orientado a garantizar el goce de derechos y libertades del ser humano, más que a establecer un equilibrio de intereses entre Estados.⁴

Entre esas proyecciones comentaremos brevemente las siguientes: a) la legitimación amplia como instancia de materialización del principio de juridicidad; b) el principio de legalidad en su faz supranacional y su incidencia frente a las facultades reglamentarias de la Administración; c) el principio de proporcionalidad como pauta de control del elemento finalidad del acto administrativo y, d) la garantía de debida fundamentación como modalidad de consagración supranacional del elemento motivación del acto administrativo.

Finalmente, rescataremos lo que entendemos constituye el principal reto del sistema jurídico argentino de la actualidad, esto es, la gradual pero ineludible incorporación en los cursos de acción doméstica –cualquiera sea el estamento funcional o

1 C. Nac. Cont. Adm. Fed., sala 2ª, *Camara Argentina de la Propiedad Horizontal v. Estado Nacional - Administración Federal de Ingresos Públicos- -AFIP-*, 2 de diciembre de 2008.

2 Como ha puesto de resalto nuestra Corte Federal, la reforma de 1994 significó un “suceso institucional” de primer orden con tres consecuencias determinantes: a) introducción de nuevos derechos y otorgamiento de nuevos contenidos a los ya existentes, b) imposición en cabeza del Estado de obligaciones de respeto, protección y realización de los derechos humanos de toda persona sometida a su jurisdicción, y c) emplazamiento de nuestro país en sistemas internacionales de control del cumplimiento de los aludidos compromisos. (CSJN, Acordada 17/2005, 2 de agosto de 2005).

3 Ver, en esta materia, Lorenzetti, Ricardo L., *Teoría de la decisión judicial. Fundamentos de derecho*, Rubinzal Culzoni, Santa Fé, 2006.

4 Corte IDH, OC-1/82, “*Otros Tratados*” Objeto de la Función Consultiva de la Corte (artículo 64 *Convención Americana sobre Derechos Humanos*), 24 de septiembre de 1982, párrafo 24. Ver también, Nikken, Pedro, *La Protección Internacional de los Derechos Humanos. Su desarrollo progresivo*, Civitas, Madrid, 1987, p. 89 y ss.

territorial involucrado- de los principios, reglas y criterios provenientes del régimen internacional de protección de los derechos humanos.⁵

II. El caso

La Cámara Argentina de la Propiedad Horizontal interpuso una acción de amparo contra la Administración Federal de Ingresos Públicos –AFIP- solicitando la declaración de inconstitucionalidad del artículo 7 del decreto 618/1997, de la resolución general AFIP 2159, y su complementaria 2207, así como la anulación de la resolución 6/2007.

Por conducto del plexo normativo cuestionado el ente recaudador ha implementado un régimen de información a cargo de los administradores de inmuebles sujetos al régimen de propiedad horizontal, respecto de sumas que -en concepto de expensas comunes, contribuciones para gastos y conceptos análogos- aquellos determinan y perciben en cada semestre calendario por bienes ubicados en countries, clubes de campo, clubes de chacra, barrios cerrados, barrios privados, edificios de propiedad horizontal y todo tipo de complejo urbanístico, situados en el país.

Ese deber de información comprende el suministro de datos sobre los ocupantes, propietarios o sujetos obligados al pago de las expensas o contribuciones para gastos del complejo urbanístico, tales como el carácter (propietario, locatario u otro sujeto); Clave Única de Identificación Tributaria (CUIT) o, en su defecto, Código Único de Identificación Laboral (CUIL) o Clave de Identificación (CDI) o, en caso de no poseerse, tipo y número de documento de identidad; domicilio del inmueble; domicilio postal; superficie total que ocupa en metros cuadrados, indicando la superficie cubierta y semicubierta de la edificación o mejora existente, entre otros. Paralelamente, la obligación impuesta a los administradores se encuentra sujeta al régimen de sanciones estatuido en el artículo incorporado a continuación del artículo 38 de la ley 11683, t.o. en 1998 y sus modificatorias, es decir, el referido a infracciones formales al deber de provisión de información al organismo tributario.

El cuestionamiento central de la amparista fincó en la invalidez de las normas analizadas, en cuanto instituyen a los administradores de consorcios en la condición de agentes de información de datos de terceros como son los ocupantes individuales de los inmuebles administrados. Controvirtió, así, la legitimidad de esa obligación con fundamento en la vulneración de los derechos a ejercer una industria lícita, a la propiedad, a la igualdad, de defensa y en la afectación de los principios de legalidad y razonabilidad.

La acción fue desestimada en primera instancia con base en la improcedencia formal de la vía elegida.

Interpuesto recurso de apelación por la demandante, la sala II de la Cámara Nacional Contencioso Administrativa Federal revocó el decisorio, haciendo lugar a la acción y declarando la nulidad de las disposiciones cuestionadas. Para ello, abordó diferentes aspectos, entre los cuales consideramos especialmente relevantes aquellos que son muestra de este desafío de incorporación de los criterios

⁵ Gordillo, Agustín, *Derechos Humanos*, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1999, Capítulo III.

internacionales en el obrar cotidiano de los estamentos domésticos. La especial atención prestada a esas líneas argumentales reside, de esa forma, en que se pone de manifiesto en ellas la decidida evolución de nuestro derecho en punto a su adaptación a las directivas hermenéuticas plasmadas en los textos de los tratados internacionales de protección de los derechos humanos y –con mayor fuerza aún– en las interpretaciones que de ellos han hecho sus órganos propios de aplicación.

De ello nos ocuparemos a continuación.

III. La legitimación amplia y el valor del procedimiento administrativo

Un primer elemento a destacar reside en el rechazo del planteo de falta de legitimación activa formulado por la demandada AFIP. La sentencia comentada se encarga con toda claridad de desestimar cualquier oposición a la facultad de la asociación actora de instar la protección de los derechos de las personas nucleadas en su seno, a partir de una correcta lectura del artículo 43 de la Constitución Nacional y de la ampliación del espectro de legitimados derivada de dicha disposición.

En ese sendero, la Cámara desliza una observación con profundas implicancias en el escenario que venimos comentando, al puntualizar que la reforma constitucional de 1994 ha venido a relativizar la tradicional restricción de la legitimación a los titulares de derechos subjetivos individuales.

Sin pretender ingresar en las diferentes aristas de este tópico –objeto de inestimables aportes doctrinarios y jurisprudenciales– interesa solamente resaltar que una adecuada exégesis del plexo internacional constitucionalizado en 1994 –especialmente el Pacto de San José de Costa Rica– permite quizás avanzar un paso más en ese gradual proceso de ampliación del universo de facultados para instar el control de la actividad administrativa, para llegar hoy al reconocimiento de una legitimación amplia a través de la cual el ordenamiento jurídico tutele la facultad de exigir, para resguardo propio o de la legalidad misma, prestaciones o abstenciones administrativas debidas a los ciudadanos en situación de exclusividad, concurrencia o generalidad.

La idea de una legitimación amplia en el control de la Administración Pública importa aceptar que la vigencia del principio de juridicidad en la acción administrativa constituye un derecho de los ciudadanos. Ello obliga a promover la ampliación del universo de personas facultadas para efectuar peticiones a la Administración, así como para controlar sus actos.⁶

La juridicidad, la participación de los particulares en los asuntos públicos y el principio de máxima divulgación de la información en poder del Estado⁷ son los estándares básicos en esta materia. Es sobre la base de aquellos que deben conferirse a las personas los instrumentos necesarios para activar peticiones e

6 Sobre las virtudes del proceso de ampliación de la legitimación como instrumento de acceso a la justicia, ver Cassagne, Juan Carlos, "El acceso a la justicia administrativa", *LL*, 2004-D, 1218.

7 El principio de máxima divulgación encuentra fundamento normativo en el artículo 13 de la Convención Americana y establece la presunción de que toda información en poder del Estado es accesible. Ese acceso resulta por lo tanto una condición esencial de validez de la actuación de las autoridades estatales en una sociedad democrática (Corte IDH, *Claude Reyes y Otros v. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. 19 de septiembre de 2006, párrafo 92 y cctes).

impugnaciones ante la Administración Pública y los jueces tendientes a la materialización de los derechos y garantías protegidos por el plexo constitucional. Ello no sólo incluye, desde ya, los derechos patrimoniales, sino que abarca la totalidad de derechos protegidos tanto a nivel internacional como doméstico. Su amplitud y el papel esencial que la plena vigencia del Estado de Derecho posee en el sistema americano de protección de los derechos humanos llevan a reafirmar esa posibilidad amplia de acceso al control de la Administración.

Es así que la Convención Americana exige la tutela de los derechos o intereses, tanto en situaciones de exclusividad como de concurrencia o generalidad. No ofrece hoy dudas la posibilidad de defensa de derechos exclusivamente otorgados a una persona; de igual manera, la protección en casos de concurrencia no presenta reparos, pero sí se generan dudas ante circunstancias de generalidad, es decir, cuando el ciudadano procura la preservación de la legalidad misma. Este último supuesto lleva a interrogarnos: *¿puede el ciudadano invocar autónomamente –sin necesidad de alegar ningún otro derecho– a la juridicidad estatal como sustento de su legitimación?* De la respuesta a este interrogante dependerá la “llegada” al control judicial de la actividad administrativa que se reconozca a las personas.

Por nuestra parte, consideramos que existen fundamentos suficientes que permiten responder afirmativamente tal pregunta y sostener en consecuencia una legitimación amplia tanto en el procedimiento como en el proceso administrativos. Observamos en la idea de reducir la legitimación un enfoque incompleto de nuestro sistema jurídico, que ha quedado atravesado durante siglos por la identificación de la noción de derecho subjetivo con los derechos patrimoniales. El fallo comentado nos muestra que ese abordaje resulta actualmente insuficiente, lo cual puede corroborarse con sólo notar la gradual ampliación de la tutela de bienes colectivos y la incidencia que en toda la comunidad producen aquellas decisiones reguladas por el derecho público en general y el administrativo en particular.

1. La juridicidad es una garantía a favor de las personas y la legitimación el primer paso para su materialización

No es posible disociar el pleno sometimiento del Estado al derecho de la protección de los derechos fundamentales y por ende tampoco lo es privar a los ciudadanos de mecanismos tendientes a asegurar ese sometimiento. Juridicidad y derechos humanos forman un conjunto indisoluble y en consecuencia no corresponde separar sus instrumentos de protección ni restringir el acceso al sistema de peticiones que la legitimación implica cuando de lo que se trata es de tutelar en forma autónoma uno de los polos de ese conjunto.

Esta idea se desprende de las siguientes pautas interpretativas.

En primer lugar, “el concepto de derechos y libertades y, por ende, el de sus garantías, es inseparable del sistema de valores y principios que lo inspira. En una sociedad democrática los derechos y libertades inherentes a la persona, sus garantías y el Estado de Derecho constituyen una tríada, cada uno de cuyos componentes se define, completa y adquiere sentido en función de los otros”.⁸

8 Corte IDH, OC-8/87, *El Hábeas Corpus Bajo Suspensión de Garantías (artículos 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, 30 de enero de 1987, párrafo 26; *Yatama v. Nicaragua*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. 23 de junio de 2005, párrafo 191.

El lazo entre Estado de Derecho y protección de los derechos humanos no es, entonces, dudoso. No es posible –en la lógica de la Convención Americana- brindar tutela a los derechos humanos sin proteger la juridicidad. Conferir legitimación a la persona para preservar sus derechos pero no para resguardar el presupuesto de ejercicio de esos derechos, que es la juridicidad en el ejercicio del poder público, aparece como inconsistente.

En segundo lugar, “la protección de los derechos humanos requiere que los actos estatales que los afecten de manera fundamental no queden al arbitrio del poder público, sino que estén rodeados de un conjunto de garantías enderezadas a asegurar que no se vulneren los atributos inviolables de la persona, dentro de las cuales, acaso la más relevante tenga que ser que las limitaciones se establezcan por una ley adoptada por el Poder Legislativo, de acuerdo con lo establecido por la Constitución”.⁹

La juridicidad cumple esa precisa función de evitar el ejercicio arbitrario del poder público y se constituye, por lo tanto, en una de las garantías más relevantes para la eficacia del sistema jurídico de protección de los derechos humanos. En otros términos, *la juridicidad es la primera garantía de los derechos* y por ende deben existir instrumentos para materializarla, entre los cuales la legitimación es el primer paso.

En tercer lugar, “para que los principios de legalidad y reserva de ley constituyan una garantía efectiva de los derechos y libertades de la persona humana, se requiere no sólo su proclamación formal, sino la existencia de un régimen que garantice eficazmente su aplicación y un control adecuado del ejercicio de las competencias de los órganos”.¹⁰ La legitimación amplia se nos presenta como el peldaño inicial para asegurar la eficacia en la aplicación de la legalidad. Por el contrario, establecer los límites legales del obrar estatal pero no conferir a las personas los instrumentos para instar su respeto implica la mera proclamación formal del principio.

En definitiva, la tríada *democracia – derechos y garantías – Estado de Derecho* erige el sometimiento del Estado al ordenamiento jurídico en una garantía fundamental del individuo inserto en el sistema interamericano. El principio de juridicidad no opera como una simple regla organizacional ni como un asunto ajeno a los ciudadanos, sino que su infracción determina una *lesión autónoma a un derecho fundamental*. Si la juridicidad reviste la condición de garantía es elemental que existan instrumentos jurídicos para su materialización, entre los cuales la legitimación amplia es uno de los primeros, al referir a la posibilidad de acceso a la Administración y a los jueces.

2. La protección de la legalidad como derecho implícito

El artículo 33 de la Constitución argentina estipula que, aun cuando no están expresamente enumerados, son derechos protegidos “aquellos que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno”.

9 Corte IDH, OC-6/86, *La Expresión “Leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, 9 de mayo de 1986, párrafo 22.

10 Corte IDH, OC-6/86, cit., párrafo 24.

Indudablemente, que los gobernantes acaten las normas democráticamente sancionadas es un derecho elemental que se deriva de la soberanía popular y el principio republicano. Es ésta la gran diferencia entre un gobierno limitado y uno despótico. Si lo anterior es así, si la preservación de la legalidad es un derecho protegido por la Constitución, necesariamente deben existir los mecanismos para su tutela, pues no es posible pensar en un derecho desprovisto de amparo judicial.

De igual modo, el artículo 29, c) de la Convención Americana prohíbe una interpretación del tratado que conlleve excluir otros derechos o garantías que se deriven de la forma democrática de gobierno, de resultas de lo cual la gama de instrumentos esenciales derivados del principio de juridicidad, el sistema republicano y representativo y demás componentes esenciales del Estado de Derecho, encuentran tutela jurídica. Ello implica reafirmar el sustento constitucional –y la consiguiente exigibilidad por vía de petición administrativa y/o acción judicial– del derecho ciudadano a la juridicidad estatal, al control oportuno de la labor de los funcionarios, al acceso irrestricto a la información pública,¹¹ y –en fin– a todos los mecanismos de resguardo de la premisa democrática de sujeción de los gobernantes a la voluntad popular.

3. El *deber* de proteger el Estado de Derecho

La vigencia del bloque constitucional y de las normas que de él se derivan no sólo configura un derecho de los ciudadanos; es sobre todo un *deber* que asumimos al integrar una sociedad jurídicamente organizada, al punto que el artículo 21 de la Constitución argentina establece que “todo ciudadano argentino está obligado a armarse en defensa de la Patria y de esta Constitución”. De igual manera, el artículo 32 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre establece el deber de toda persona de obedecer a la ley y demás mandamientos legítimos de las autoridades.

Si tenemos el deber de obediencia y defensa del Estado de Derecho no puede negársenos el derecho de preservarlo a través de los cauces institucionales, entre los cuales sobresale el control judicial de la Administración. No es admisible imponer el deber de obediencia pero desplazar a la persona que lo quiere ejercer. Como decía el juez Fayt en sus disidencias en los casos *Gascón Cotti*¹² y *Polino*¹³ “no cabe hablar de dilución de un derecho con relación al ciudadano, cuando lo que el ciudadano pretende es la *preservación de la fuente de todo derecho*. Así como todos los ciudadanos están *a la misma distancia de la Constitución* para acatarla, están también igualmente habilitados para defenderla cuando entienden que ella es desnaturalizada, colocándola bajo la amenaza cierta de ser alterada por maneras diferentes de las que ella prevé”.

Todo lo dicho permite concluir que la sumisión del Estado al Derecho es un *interés autónomamente protegido en cabeza de cada ciudadano* y por ende que éste debe contar con instrumentos eficaces para su concreción, entre los cuales la participación por medio de peticiones, impugnaciones y acciones es el punto de partida. El carácter autónomo de la juridicidad hace, precisamente, que no sea

11 Sobre la relevancia institucional de ese acceso ver Ivanega, Miriam M., *Elementos de derecho administrativo*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2008, p. 172.

12 CSJN, *Gascón Cotti*, 1990, *Fallos*, 313:594, voto disidente del juez Fayt, cons. 21.

13 CSJN, *Polino*, 1994, *Fallos*, 317:335, voto disidente del juez Fayt, cons. 13.

necesario acreditar la lesión a ningún otro derecho "propio" para contar con la posibilidad de instar los mecanismos institucionales pertinentes. La sola ilegalidad configura un gravamen que merece la puesta en práctica de los resguardos procesales y los sistemas que impiden a la persona esa participación por medio de reclamar la invocación de "algún otro derecho" diverso del de la juridicidad contravienen las bases mismas de nuestro ordenamiento.

Trasladado ese razonamiento al caso comentado, y aún resaltando la correcta lectura del artículo 43 de la Constitución Nacional allí brindada, entendemos que el sistema americano nos obliga a dar un paso más, decididamente encaminado al aseguramiento de una legitimación amplia para el control de la actividad administrativa a partir de la comprensión de la juridicidad como interés primordial a tutelar.

4. El valor del procedimiento administrativo

Por último, consideramos especialmente valioso el argumento *obiter dictum* propuesto por la Cámara para desechar la defensa de falta de legitimación planteada por el ente administrativo, consistente en advertir que al momento de dar curso formal al reclamo administrativo interpuesto en los términos del artículo 24 inc. a) del decreto-ley 19549, la AFIP había aceptado la legitimación de la demandante, no siendo admisible un ulterior cuestionamiento. Esta última advertencia, entendemos, rescata el valor esencial del procedimiento administrativo, no ya como un paso ritual para demorar el acceso a la justicia, sino como una instancia de efectiva resolución de los diferendos con la Administración.¹⁴

IV. El principio de legalidad en su faz supranacional y las facultades reglamentarias de la Administración

El fallo advierte que la norma invocada como fuente de competencia para la emisión de las disposiciones cuestionadas, el artículo 107 de la ley 11683, establece la obligación de suministrar información a la AFIP para facilitar la determinación y percepción de los gravámenes a cargo de terceros y tiene como destinatarios a aquellos organismos y entes estatales o privados que se hallan, por específicas relaciones económicas, profesionales o financieras con esas terceras personas, en condiciones de ofrecer datos con trascendencia tributaria. Sentada tal característica, un minucioso análisis de la naturaleza de la función de los administradores lleva a la Cámara a deducir que *no existe relación entre aquellos y los ocupantes del inmueble individualmente*, sino que los primeros se vinculan con el consorcio previsto por el artículo 9 de la ley 13512, ente autónomo y distinto de los propietarios que lo integran cuyo ámbito natural de actuación son las cosas de aprovechamiento común. Como resultado de tal advertencia se concluye en la descalificación de la norma por exceso en el ejercicio de la facultad de reglamentación.

El ejercicio de facultades reglamentarias por parte de la Administración se encuentra sujeto en la actualidad a un escrutinio mucho más severo que el

14 Comadira, Julio R. "Las bases constitucionales del procedimiento administrativo", en AA.VV, *XXXIX Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo*, Rap, Buenos Aires, 2004. p. 244.

admitido usualmente en nuestro ordenamiento interno, a partir de la dimensión asignada al artículo 30 de la Convención Americana. Esa disposición condiciona la aplicación de restricciones al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma a su conformidad con las "leyes que se dictaren por razones de interés general".

En efecto, la Corte Interamericana ha interpretado dicha norma estableciendo que la expresión "leyes", utilizada por esa disposición, no puede tener otro sentido que el de ley formal, es decir, norma jurídica adoptada por el órgano legislativo y promulgada por el Poder Ejecutivo, según el procedimiento requerido por el derecho interno de cada Estado.¹⁵

La directiva de ley formal como garantía orgánica primaria frente a las medidas de limitación de los derechos determina que la delegación en organismos administrativos de facultades reglamentarias deba ser entendida como excepcional y sometida a un control estricto de su recta sujeción a la norma reglamentada. No cabe admitir un laxitud excesiva en materia de facultades reglamentarias y el fallo analizado hace respetar adecuadamente esta frontera.¹⁶

V. Finalidades administrativas y motivación. Nuevos principios involucrados

A partir del examen de los considerandos de la resolución cuestionada, el fallo comentado postula su nulidad absoluta por falta de motivación y por violación al principio de proporcionalidad, en tanto –entiende– se presenta en el caso un supuesto de falta de adecuación entre los fines enunciados y el objeto del acto, es decir, las medidas que ordena.

Esa conclusión deriva de un correcto análisis de la medida estatal examinada, imbricado tanto en la necesaria sujeción de las disposiciones en juego a los parámetros de la norma habilitante, como en el test de proporcionalidad de la misma, todo ello a partir de requerir como punto de partida una adecuada explicitación de los fundamentos de la decisión.

La sentencia destaca que los considerandos de la resolución expresan el objetivo administrativo de implementar un régimen informativo a cargo de los administradores de determinados inmuebles respecto de la sumas que "en concepto de expensas, contribuciones para gastos y conceptos análogos", determinan y perciben periódicamente en complejos sujetos al régimen de propiedad horizontal.

15 Corte IDH, OC-6/86, cit., párrafos 18 y ss. Esa exigencia no es casual, precisamente agrega la Corte Interamericana que "A través de este procedimiento no sólo se inviste a tales actos del asentimiento de la representación popular, sino que se permite a las minorías expresar su inconformidad, proponer iniciativas distintas, participar en la formación de la voluntad política o influir sobre la opinión pública para evitar que la mayoría actúe arbitrariamente". De modo que "La reserva de ley para todos los actos de intervención en la esfera de la libertad, dentro del constitucionalismo democrático, es un elemento esencial para que los derechos del hombre puedan estar jurídicamente protegidos y existir plenamente en la realidad".

16 Ver, en este sentido, Albanese, Susana, "El sistema regional americano de derechos humanos", en Albanese, Susana – Dalla Vía, Alberto – Gargarella, Roberto – Hernández, Antonio - Sabsay, Daniel, *Derecho Constitucional*, Universidad, Buenos Aires, 2004, p. 472.

Ese propósito no brinda cobertura a la exigibilidad de datos de los ocupantes individuales que se termina plasmando en el articulado de la disposición.

La detección de tal falencia habilita dos vertientes de análisis significativas.

1. La consagración supranacional de la motivación del acto administrativo. Garantía de debida fundamentación

Como anticipamos, la sentencia declara la nulidad absoluta de la disposición cuestionada al entender que la exigencia de suministrar datos de ocupantes individuales no encuentra correlato en los fundamentos de la medida, que solo parecen aludir al campo propio de los administradores, es decir, a las expensas y contribuciones destinadas al mantenimiento de los espacios comunes. Se explica que los considerandos del acto en modo alguno expresan los fundamentos de semejante alcance de la medida, faltando de esa forma un elemento esencial.

Este elemento esencial que se ve rescatado en la sentencia posee interesantes contornos en el plano del sistema americano de derechos humanos a partir de la llamada garantía de debida fundamentación. Ella ha sido reconocida por la Corte Interamericana,¹⁷ al indicar que el artículo 8.1 de la Convención consagra, entre otras, la garantía de una debida fundamentación respecto de aquel acto que determina derechos y obligaciones de la persona.

Es esta una garantía autónoma, pues trasciende el interés del individuo protegido por medio del debido proceso para transformarse en un requisito tendiente a posibilitar el escrutinio del público sobre los fundamentos de la acción gubernamental. En el plano doméstico esta garantía alcanza su máxima expresión en la motivación del acto administrativo, erigiéndola como una forma esencial a la cual se condiciona la validez de la declaración.

La motivación del acto administrativo configura una condición elemental para la real vigencia del principio de juridicidad de la actuación de los órganos administrativos. La mención expresa de las razones y antecedentes –fácticos y jurídicos- determinantes de la emisión del acto se encamina a asegurar que los particulares puedan acceder a un efectivo conocimiento de las razones y fundamentos que indujeron a la Administración al dictado de un acto que interfiere en su esfera jurídica, ello en función de un adecuado contralor frente a la arbitrariedad y del pleno ejercicio del derecho de defensa.¹⁸

La plena concreción de esa fundamentación condiciona la validez del acto, que caso contrario es nulo por arbitrariedad.¹⁹ Esto significa que la sola omisión del requisito formal de motivación conlleva un vicio sustancial en la decisión, aun cuando ésta contenga causa y objeto legítimos. Se intenta materializar, por medio de una exigencia autónoma, el deber estatal de explicitar, de difundir, las razones de sus decisiones y ese deber se incumple si -aun existiendo esas razones- el órgano público omite darlas a conocer.

¹⁷ Corte IDH, *Claude Reyes*, cit., párrafo 133.

¹⁸ CSJN, *Goldemberg*, 1999, *Fallos*, 322:3066, voto disidente conjunto de los jueces Moliné O'Connor y Fayt, cons. 4.

¹⁹ Corte IDH, *Palamara Iribarne v. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. 22 de noviembre de 2005, párrafo 216.

Es que si la motivación “es la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión”²⁰ tendiente a proteger el derecho de los ciudadanos a ser juzgados por las razones que el derecho suministra y otorgar credibilidad de las decisiones jurídicas en el marco de una sociedad democrática, es claro que *esa exteriorización debe ser exigible en forma independiente de otros condicionantes*.

En suma, la garantía de debida fundamentación es autónoma, con lo cual no debe acreditarse la lesión a otros factores como la juridicidad o el debido proceso para activar la invalidez de la decisión estatal incorrectamente fundada.²¹ Esto es así por cuanto la misma configura un presupuesto de la decisión estatal y no un dato accesorio de aquella. Los actos no motivados no pueden ser considerados como actos estatales en sentido estricto, ni su conjunto puede ser calificado como verdadero procedimiento que permita llegar a una auténtica resolución.

El interés de la sentencia analizada desde este enfoque consiste en recalcar –a través del carácter esencial de la motivación- el rol autónomo de la garantía de debida fundamentación. La sola constatación de una falencia en este punto determina la invalidez de la medida estatal incorrectamente explicitada, sin demandar la presencia de otras violaciones. En el caso, la mera falta de explicitación de los fundamentos de la decisión de exigir a los administradores de consorcios el suministro de datos de ocupantes individuales, *aún cuando hubiera superado el test de legalidad*, determina su nulidad, sin necesidad de demostrar ningún otro vicio. Es este el razonamiento correcto que se deduce del fallo al postular separadamente la nulidad absoluta de la resolución por vicio en la motivación.

2. El principio de proporcionalidad y la finalidad del acto administrativo

Conjugado con el análisis de la motivación del acto desde el entendimiento propuesto, esto es, desde la jerarquización supranacional de la garantía de debida fundamentación, el fallo comentado se encarga de adicionar otro elemento novedoso de análisis en la jurisprudencia de nuestro país, consistente en la utilización de los componentes del llamado principio de proporcionalidad para el control de la medida.

Específicamente, la falta de adecuación entre los fines enunciados –la puesta en marcha de un sistema de información vinculado con aquellas expensas y contribuciones percibidas por los consorcios en función de los espacios comunes por ellos administrados- y el objeto del acto –la imposición de un deber de información vinculado con cada ocupante en forma individual- es abordada desde el test de proporcionalidad, que nos ofrece una modalidad de control más minuciosa y segura que el principio de razonabilidad en su comprensión tradicional, en tanto permite un examen más exhaustivo de la medida estatal en juego.

Veremos de esa forma que la usual comprensión de la razonabilidad como adecuación entre fines y medios resulta insuficiente hoy para constatar la correspondencia de una medida estatal con las directivas impuestas

20 Corte IDH, *Apitz Barbera y Otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) v. Venezuela*. Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. 5 de agosto de 2008, párrafo 77.

21 Corte IDH, *Claude Reyes*, cit., párrafos 122 y 123.

constitucionalmente, debiendo el intérprete superar los siguientes peldaños de análisis:²²

- i) finalidad legítima de la restricción;
- ii) adecuación entre esa finalidad y los medios utilizados;
- iii) necesidad del medio elegido para conseguir la finalidad perseguida;
- iv) proporcionalidad estricta entre el beneficio obtenido y el sacrificio impuesto.

a) La comprensión usual del principio de razonabilidad

Si bien la jurisprudencia argentina resulta algo errática en esta materia, puede decirse que nuestros tribunales han adoptado a lo largo de los años un criterio de razonabilidad *débil*, en tanto lo han configurado poniendo el acento únicamente en verificar *que las medidas adoptadas sean proporcionalmente adecuadas a los fines tenidos en miras por el legislador*, pero sin avanzar en el control intrínseco de esos fines o en el desarrollo de los componentes de esa proporción. Puede notarse así un cierto acercamiento al modelo del *due process* desarrollado por la Corte estadounidense,²³ el cual se caracteriza por controlar la adecuación entre medios y fines y no los tres subprincipios de la proporcionalidad que examinaremos seguidamente.

El máximo tribunal argentino ha expresado en una infinidad de causas que "el alcance de la razonabilidad admitida por la jurisprudencia de la Corte debe entenderse como adecuación de las normas reglamentarias al fin que requiere su establecimiento y a la ausencia de iniquidad manifiesta".²⁴ En ese cotejo ha declarado que no le compete verificar si los medios elegidos resultan los más acertados, en el sentido de poder controlar si existen otros, señalando que "el análisis de la eficacia de los medios arbitrados para alcanzar los fines que el legislador se ha propuesto es ajeno a la competencia de la Corte Suprema, a la que sólo incumbe pronunciarse acerca de la razonabilidad de los medios elegidos, o sea resolver si son o no proporcionados a dichos fines y, en consecuencia, si es o no admisible la consiguiente restricción de los derechos individuales afectados".²⁵ De modo que -verificado un fin público en la norma- sólo correspondería inspeccionar "la razonabilidad de los medios previstos por el legislador, o sea el grado de adecuación existente entre las obligaciones que la ley impone y los fines cuya realización procura".²⁶

b) La razonabilidad en el plano supranacional. Principio de proporcionalidad

El enfoque descrito anteriormente se ve fuertemente reformulado desde las reglas supranacionales de los derechos humanos, que determinan al principio de proporcionalidad como la modalidad puntual de control de las restricciones a los

22 Corte IDH, *Kimel v. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. 2 de mayo de 2008, párrafo 70 y ss.

23 USSC, *Lochner v. New York* (1905) 198 US 45, entre otros.

24 CSJN, *Russo*, 1959, *Fallos*, 243:467; *Primera Plana*, 1970, *Fallos*, 276:72; *Flores, María Leonor*, 1985, *Fallos*, 307:906; *Cook*, 1990, *Fallos*, 313:410; *Irizar*, 1996, *Fallos*, 319:1934; *Tobar*, 2002, *Fallos*, 325:2059; *Smith*, 2002, *Fallos*, 325:366; *Insúa*, 2004, *Fallos*, 327:3597; entre muchos otros.

25 CSJN, *Inchauspe Hnos.*, 1944, *Fallos*, 199:483; *Cine Callao*, 1960, *Fallos*, 247:121; *Antedoro*, 1996, *Fallos*, 319:2867; *Solá*, 1997, *Fallos*, 320:2509, entre muchos otros.

26 CSJN, *Cine Callao* cit; *Bignone*, 1984, *Fallos*, 306:655, entre otros.

derechos. El fundamento normativo de esta construcción se encuentra para nuestro bloque constitucional en el artículo 29.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y en las previsiones de los artículos 29 a 32 de la Convención Americana.

Este principio ha tenido y tiene su auge en el derecho continental europeo a partir de una doctrina desplegada inicialmente por el Tribunal Federal Alemán, luego extendida a los tribunales constitucionales de otros países, para llegar finalmente a la Corte Interamericana por conducto de la jurisprudencia de su par europea.²⁷

La nota definitoria de esta forma de enfocar la reglamentación de los derechos individuales reside en corroborar en primer término que con esa reglamentación el Estado persiga una finalidad admitida por el régimen convencional, confirmado lo cual el análisis se desagrega a partir de tres subprincipios que juegan como categorías particulares de control: adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Estos subprincipios operan sucesivamente, con lo cual no es factible pasar al siguiente peldaño de revisión si el criterio previo no ha sido superado.

De manera que al momento de constatar la correspondencia de una norma con la Convención Americana el intérprete debe confirmar que se persigue una finalidad legítima al regular los derechos en ella contenidos, que los medios utilizados para ese propósito son idóneos y necesarios, por no existir otros menos lesivos, y que la medida presenta un equilibrio entre el costo impuesto al derecho y el beneficio que ese sacrificio reporta a otro derecho.²⁸ Se reitera que este tipo de control supone la aplicación de juicios sucesivos, con lo cual la medida no resultará compatible con la Convención si, pese a procurar un fin legítimo, no configura un medio adecuado, o bien si, pese a ser adecuado, existía otro menos restrictivo, o finalmente, si aun siendo adecuado y necesario, el beneficio sobre el bien protegido no resulta proporcionado al sacrificio impuesto.

La utilización de los subprincipios comentados implica realizar un cotejo directo entre la medida estatal y los derechos fundamentales, lo cual traza ciertas diferencias con aquel enfoque más mediato de la razonabilidad que la acota al juicio de adecuación racional entre la finalidad legislativa y los medios adoptados para su consecución.

i) Finalidad legítima de la restricción

El primer paso para evaluar la norma que reglamenta un derecho consiste en preguntarse si a través de ella se persigue una finalidad compatible con el tratado que reconoce ese derecho. Sobre esa base, tiene dicho la Corte Interamericana en relación al artículo 30 de la Convención que, entre otras condiciones para reglamentar los derechos, es esencial que "los fines para los cuales se establece la restricción sean legítimos, es decir, que obedezcan a razones de interés general y no se aparten del propósito para el cual han sido establecidas", explicando que ese criterio teleológico "establece un control por desviación de poder".²⁹

27 SSTEDH, *Waite y Kennedy v. Alemania*, 18 de febrero de 1999, párrafo 7; *Apostol v. Georgia*, 28 de noviembre de 2006, párrafo 57, entre tantos otros.

28 Corte IDH, *Kimel*, cit. párrafo 70 y ss.

29 Corte IDH, OC-6/86, cit., párrafo 18. En igual sendero, el artículo 18 del Convenio Europeo establece bajo el título de "Limitación de la aplicación de las restricciones de derechos" que: "Las restricciones que, en los términos del presente Convenio, se impongan a los citados derechos y

Podemos, entonces, afirmar que, tanto en el sistema americano como en el europeo, el control de los fines tenidos en cuenta al momento de reglamentar un derecho brinda cobertura a un control por desviación de poder, lo cual supone relativizar la tradicional afirmación por la cual los tribunales debían abstenerse de controlar la validez de los fines y solamente centrarse en la proporción de los medios elegidos para su consecución. El punto de partida es necesariamente el de los fines: asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática.

En definitiva, tanto el artículo 30 de la Convención Americana como el 18 de la Europea imponen en primer lugar un cotejo entre la finalidad tenida en miras en el tratado al momento de permitir la reglamentación del derecho y la perseguida por el legislador doméstico. Si la segunda no se ciñe a la primera y procura la persecución de fines no contemplados convencionalmente nos hallaremos ante una desviación de poder. La norma puede incluso tener un fin público, pero si aquél no es el perseguido en la Convención se producirá el vicio en este elemento esencial de la decisión estatal.

ii) Adecuación de la medida utilizada

En este paso del análisis se debe indagar si la restricción constituye un medio idóneo o adecuado para contribuir a la obtención de aquella finalidad compatible con la Convención. El subprincipio de adecuación³⁰ impone, de esa manera, que la norma regulatoria del derecho fundamental facilite o permita alcanzar el fin que se busca mediante su dictado. Debemos conocer el fin que procura obtenerse y el medio que se emplea para ello y luego interrogarnos sobre la *aptitud* de este último para el logro del primero.

Tanto la Corte Interamericana como la Europea han recurrido sistemáticamente a este examen, señalando que "la restricción debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo",³¹ por lo que el factor central a dilucidar en este caso será que la medida implementada sea *capaz de alcanzar el resultado propuesto*. Si esa capacidad no se acredita, por cuanto se

libertades no podrán ser aplicadas más que con la finalidad para la cual han sido previstas" (Ver, al respecto, STEDH, *Gusinskiy v. Rusia*, 19 de mayo de 2004, párrafo 73).

30 El origen jurisprudencial del subprincipio de adecuación –en tanto exigencia de idoneidad del medio elegido para el logro de la finalidad- se ubica generalmente en el *Caso de las Farmacias* (BVerfGE 377) resuelto por el Tribunal Constitucional Federal Alemán en 1958. Allí, frente una ley que condicionaba el otorgamiento de licencias para la instalación de nuevas farmacias a la demostración de su viabilidad comercial y de la falta de perjuicios para los competidores de la zona, el Tribunal Constitucional debió resolver la impugnación efectuada por un farmacéutico a quien se había denegado la licencia. En esa tarea, postuló que el principio de proporcionalidad encontraba un primer paso de análisis en que "cualquier exigencia establecida necesita tener una relación razonable con el fin perseguido". Así, demostraba que la finalidad de la ley –asegurar una provisión adecuada de medicamentos- no se lograba apropiadamente mediante esas condiciones. También en ese caso se esbozó el subprincipio de necesidad al que se ingresa una vez superado el *test* de adecuación, debiendo entenderse que "las regulaciones para el bien común son legítimas sólo cuando son absolutamente necesarias para proteger los intereses de la comunidad".

31 Corte IDH, OC-5/85, *La Colegiación Obligatoria de Periodistas (artículos 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, 13 de noviembre de 1985, párrafo 46; *Palamara Iribarne*, cit., párrafo 85; STEDH, *The Sunday Times v. Reino Unido*, 26 de abril de 1979, párrafo 59.

concluye que no es posible obtener el propósito buscado a través de aquella, la misma adolecerá de un defecto de proporcionalidad por falta de adecuación.

El subprincipio de adecuación refuta que el análisis de la eficacia de los medios arbitrados para alcanzar los fines que el legislador se ha propuesto sea ajeno al control de razonabilidad de la medida. Precisamente el examen de adecuación reside en verificar esa eficacia.

iii) Necesidad de la medida utilizada

Una vez superado el *test* de adecuación, debe analizarse si es posible llegar al mismo resultado por un medio menos restrictivo de los derechos, lo cual delimita el subprincipio de necesidad.³² En este estadio deben examinarse las alternativas existentes para alcanzar el fin legítimo perseguido y precisar su mayor o menor lesividad.³³

No alcanza por lo tanto con que la medida sea idónea, sino que además “entre varias opciones para alcanzar ese objetivo, debe escogerse aquélla que restrinja en menor escala el derecho protegido”. Por lo tanto, “para que una restricción sea necesaria no es suficiente demostrar que sea útil, razonable u oportuna”,³⁴ y “no basta que la restricción sea útil para la obtención de ese fin, esto es, que se pueda alcanzar a través de ella, sino que debe ser necesaria, es decir que no pueda alcanzarse razonablemente por otro medio menos restrictivo de un derecho protegido por la Convención”.³⁵

La necesidad debe ser aprehendida por oposición a contingencia, con lo cual debe tenerse por infringida si el bien perseguido puede obtenerse por medios menos lesivos de los derechos fundamentales. El intérprete debe realizar un juicio de comparación entre el cauce elegido por el legislador y otros medios hipotéticos que hubiera podido seleccionar. La alternativa superará el subprincipio de necesidad sólo si es la menos restrictiva de los derechos fundamentales en juego.

iv) Estricta proporcionalidad de la medida

32 Un ejemplo concreto de cómo debe operar este estándar puede verse en el *Caso de los Confitos de Chocolate* (BVerfGE, 30, 292) en el cual –frente a la norma que procuraba proteger la confianza del consumidor de confites de chocolate prohibiendo la fabricación de golosinas que podían confundirse con aquellos- el Tribunal Constitucional Alemán observó que “para realizar este objetivo, el legislativo no sólo exigió una etiqueta adecuada, sino que prohibió la venta del producto. Prohibir, sin embargo, es uno de los más drásticos medios imaginables para proteger al consumidor de confusiones y prácticas comerciales engañosas. El regulador puede prevenir esas amenazas al interés público de forma eficaz y eficiente a través de la simple exigencia de una etiqueta adecuada”. Cotejando los dos subprincipios que venimos comentando, sostuvo en ese caso el Tribunal que “el medio empleado por el legislador debe ser adecuado y necesario para alcanzar el objetivo buscado. El medio es adecuado cuando con su auxilio se puede alcanzar el resultado deseado; es necesario cuando el legislador no podría haber elegido otro medio igualmente eficiente, pero que no limitase o limitase de forma menos sensible el derecho fundamental”.

33 Corte IDH, *Kimel*, cit., párrafo 74; *Castañeda Gutman v. Estados Unidos Mexicanos*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. 6 de agosto de 2008, párrafo 196; *Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez v. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. 21 de noviembre de 2007, párrafo 93.

34 Corte IDH, OC-5/85, cit., párrafo 46.

35 Corte IDH, OC-5/85, cit., párrafo 79.

En este último paso del análisis se evalúa si la restricción resulta estrictamente proporcional, es decir si el sacrificio inherente a aquella no resulta exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal limitación.³⁶ El beneficio en el derecho tutelado tiene que guardar proporción con el sacrificio en el derecho reglamentado y para efectuar esta ponderación debe analizarse: a) el grado de afectación de uno de los bienes en juego, determinando si la intensidad de dicha afectación fue grave, intermedia o moderada; b) la importancia de la satisfacción del bien contrario, y c) si la satisfacción de éste justifica la restricción del otro.

v) El *test* de proporcionalidad en el caso

El principio de proporcionalidad es hoy el criterio de enjuiciamiento de las restricciones de derechos aceptado pacíficamente por todos los órganos internacionales encargados de supervisar instrumentos de protección de los derechos humanos. Como ha puntualizado el Comité de Derechos Humanos de la ONU –seguido en el punto por la Corte Interamericana- no es suficiente con que las restricciones sirvan a propósitos permitidos, sino que deben conformarse al principio de proporcionalidad, lo cual implica que deben ser *apropiadas* para lograr su función de protección, deben ser el *instrumento menos intrusivo entre aquellos que pueden lograr el resultado deseado* y deben ser *proporcionales con el interés a proteger*. Esa regla debe ser respetada no solamente en elaboración de la ley que prevé las restricciones sino también en su aplicación por parte de las autoridades administrativas y judiciales.³⁷

Lo anterior implica que cuando cada operador se avoca a aplicar una limitación, ella debe ser acorde con bases legales claras que superen el examen de proporcionalidad.³⁸ Ese *test* –en su faz práctica- plantea la necesidad de responder en cada caso, también en el examinado, las siguientes preguntas:

¿Cuál es la medida estatal analizada? En el asunto que da lugar a la sentencia comentada nos hallamos ante la imposición en cabeza de los administradores de consorcios de un deber de información vinculado con aspectos del dominio individual de los ocupantes de los inmuebles sometidos a propiedad horizontal.

¿Cuál es el derecho limitado por esa medida estatal? Entre otros, se comprometen con tal deber de información el derecho de propiedad, de ejercer una industria lícita, de defensa y de igualdad.

¿Cuál es la finalidad perseguida por el Estado con esa limitación? De acuerdo a los considerandos, el propósito de la resolución cuestionada consiste en facilitar la determinación de cargas tributarias por medio de un sistema de información vinculado con aquellas expensas y contribuciones percibidas por los consorcios en función de los espacios comunes por ellos administrados.

³⁶ Corte IDH, *Kimel*, cit., párrafo 83.

³⁷ ONU, Comité de Derechos Humanos, Observación General N° 27, *Libertad de circulación (artículo 12)*, 1999, párrafos 14, 15 y 16; Corte IDH, *Ricardo Canese v. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. 31 de agosto de 2004, párrafo 132.

³⁸ CSJN, *Cohen Arazi*, 2007, *Fallos*, 330:5032, cons. 5, 6 y 7, donde se vislumbra una tácita aproximación al control bajo los estándares de la proporcionalidad.

¿Es esa finalidad legítima por ser compatible con las previstas en el bloque constitucional? En principio, cabe reconocer la legitimidad de tal propósito de recolección de datos fiscales.

Si esa finalidad es legítima, *¿configura la medida examinada un medio adecuado para lograrla?* Es en este eslabón del test de proporcionalidad donde la medida falla. La imposición de la carga de información sobre ocupantes individuales en cabeza de sujetos que solamente se relacionan con los espacios comunes se presenta como inidonea para el logro de los objetivos perseguidos.

Si la medida es capaz de alcanzar el resultado propuesto, *¿es la forma menos lesiva de hacerlo?* Si bien la respuesta negativa al examen de adecuación conlleva la invalidez de la medida, impidiendo el estudio de los restantes subprincipios, cabe pensar en modalidades menos invasivas para obtener el resultado propuesto, especialmente por conducto de requerir la información que pretende el ente recaudador a los propios contribuyentes.

Si la medida es adecuada y necesaria, *¿existe un equilibrio entre el sacrificio al derecho que la medida impone y el beneficio que ella reporta?* Tampoco aquí la medida supera el test de proporcionalidad. En efecto, el beneficio contenido en la facilitación de la labor recaudatoria del ente fiscal no alcanza a equilibrarse con el sacrificio en los derechos de los destinatarios de la medida, los administradores, que ven ampliamente distorsionada su labor.

Como hemos dicho, la inserción del principio de proporcionalidad supone un *plus* sobre el control de razonabilidad en el alcance que tradicionalmente le ha asignado nuestra jurisprudencia, activando la aplicación de los subprincipios de adecuación, necesidad y proporcionalidad *strictu sensu* y ampliando –de ese modo– el marco de análisis de la reglamentación de los derechos a partir de un control intenso de los fines y medios relativos a una determinada medida de restricción de derechos. En el caso que nos ocupa, la Cámara se encarga lúcidamente de identificar un defecto desde el prisma de la adecuación, incluyendo de esa forma en el razonamiento judicial los aspectos novedosos que el plexo internacional de los derechos humanos establece para el control de compatibilidad entre las medidas estatales y los derechos protegidos.

VI. Conclusiones y desafíos

Creemos que uno de los principales méritos de la sentencia analizada reside en la incorporación por parte de los jueces domésticos de diferentes criterios provenientes de los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos. Esa incorporación tiene el valor de asumir el principal reto que esos sistemas plantean para los operadores jurídicos, consistente en la aplicación oficiosa de los estándares interpretativos internacionales.³⁹

Es que, como se ha dicho, en la lógica del sistema americano de derechos humanos reside la idea de que los criterios construidos en su seno deben trasladarse, en la forma y términos que provea el derecho interno, a las leyes nacionales, a los criterios jurisdiccionales domésticos, a los programas específicos en este campo y a

³⁹ Gutiérrez Colantuono, Pablo A. – Justo, Juan B., "Decovi: nuevos modos de entender el derecho", *El Derecho*, suplemento de derecho administrativo, Buenos Aires, 2006.

las acciones cotidianas que el Estado despliega en materia de derechos humanos; trasladarse, en fin, al *conjunto de la experiencia nacional*.⁴⁰

De tal modo, el propio sistema americano aspira a lograr que la efectiva vigencia de los derechos reconocidos en la Convención provenga de una *acción espontánea* de los Estados en sus prácticas cotidianas y no de la declaración de responsabilidad internacional ante una falta. En otras palabras, el objetivo final del sistema es que se produzca una gradual *internalización de los estándares interpretativos internacionales que prevenga la ocurrencia de violaciones por medio de la acción directa de los propios estamentos internos*.

Ambas modalidades –acción directa y responsabilidad internacional- no son, por cierto, excluyentes: la responsabilidad internacional tiende a asegurar la protección, o al menos la reparación, cuando esa acción estatal no ha funcionado, y posee la fundamental gravitación de dotar a la Convención de eficacia jurídica invocable ante un tribunal supranacional.⁴¹ Pero la prevención de violaciones a través de la paulatina adecuación de la acción doméstica a los parámetros del Pacto es, en definitiva, la aspiración trascendental de todo el sistema.

Se busca que los propios Estados actúen *por sí mismos* de acuerdo con las directivas convencionales. De esa forma, la garantía internacional de protección pasa a encontrar en los órganos internos de cada Estado parte a sus actores principales, desde el entendimiento que –en la tésis de lograr la vigencia efectiva y cotidiana del sistema frente a las personas, concebidas como sus sujetos esenciales- no alcanza con instituir órganos supranacionales que protejan por vía de la responsabilidad internacional los derechos reconocidos por los tratados. Es imprescindible que esa protección subsidiaria se vea acompañada –en rigor, *precedida*- por una incorporación cultural y hermenéutica que asegure el acatamiento directo de cada Estado parte.⁴²

Por lo tanto, los gestores esenciales del sistema americano de protección de los derechos humanos no son estrictamente los órganos instituidos en la Convención. Corresponde en primer término a los departamentos estatales la tarea cotidiana de dar vida y aplicación concreta a las normas convencionales.⁴³ El resultado jurídico tangible de ese distingo debe ser la aplicación directa del ordenamiento convencional no sólo como regla vinculante en la relación *inter partes*, sino como fuente de derecho para las personas por sobre toda disposición interna.

El sistema americano se apoya, así, en la pretensión de lograr la incorporación *de oficio* de los parámetros internacionales por parte del Estado y mantener en un papel subsidiario a su acción protectora. El denominador común de ese enfoque es la noción de *internalización espontánea* de las normas y criterios de protección como *instrumento preventivo* por excelencia de la violación de los derechos humanos.

40 Corte IDH, *Tibi v. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. 7 de septiembre de 2004, voto razonado del juez García Ramírez, párrafo 6.

41 Gelli, María A., "Las reparaciones simbólicas por la violación estatal de los derechos humanos", *LL*, suplemento de derecho constitucional, Buenos Aires, 2007, p. 73.

42 Gutiérrez Colantuono, Pablo, "Derechos económicos, sociales y culturales, omisiones estatales y nuevos contornos del federalismo", *J.A 2007-III -Número Especial- Derechos Sociales en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, agosto 2007, Lexis Nexis

43 Retortillo Baquer, Lorenzo M., *La interconexión de los ordenamientos jurídicos y el sistema de fuentes del derecho*, Thomson - Civitas, Madrid, 2004, p. 185.

No es casual que ya desde el propio preámbulo de la Convención Americana se declare que la protección internacional es *coadyuvante o complementaria de la ofrecida por el derecho interno*. No hemos de equivocarnos cuando hablamos de internacionalización del ordenamiento: el papel esencial de protección sigue siendo efectivamente del derecho interno, de las prácticas estatales domésticas, pero necesariamente a partir de trasladar al “conjunto de la experiencia nacional” el plexo normativo e interpretativo que los tratados imponen.

Todo lo dicho ha motivado que asome en el sistema constitucional argentino un nuevo debate que gira en torno del denominado *control de convencionalidad*,⁴⁴ su ubicación dentro o fuera del típico control de constitucionalidad, sus efectos,⁴⁵ el órgano competente para ejercerlo, y finalmente, las consecuencias que el mismo trae aparejado en un modelo como el nuestro.

Creemos que la sentencia comentada es una muestra de ese trabajoso proceso de incorporación en el plano doméstico de aquellas directivas internacionales admitidas como propias por el constituyente de 1994. El recorrido es largo pero ineludible, pues “es indispensable la recepción jurisdiccional interna de los criterios jurisprudenciales internacionales, que a su vez deben asumir las reflexiones y aportaciones que provienen de la justicia nacional. La armonización del ordenamiento continental de los derechos humanos debe ser el producto de un diálogo persistente y profundo: el diálogo jurisprudencial, que avanza. Este ámbito de la recepción constituye (...) uno de los signos más alentadores en la hora actual del Sistema Interamericano”.⁴⁶

44 Ese control de convencionalidad supone un cotejo entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos los órganos nacionales y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, siendo fundamental para esa tarea tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, en tanto *intérprete última de la Convención Americana* (Corte IDH, *Almonacid Arellano y Otros v. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. 26 de septiembre de 2006, párrafo 124).

45 Por ejemplo, en el sistema de control constitucional argentino, la declaración de inconstitucionalidad de una ley tiene efectos exclusivamente para el caso concreto sometido a juzgamiento (CSJN, *Zemba de Fiamberti*, 1939, *Fallos*, 183:76; *Yraizoz*, 1960, *Fallos*, 247:700; *Lorenzo*, 1962, *Fallos*, 253:253, *Mill de Pereyra*, 2001, *Fallos*, 324:3219 entre muchos otros). Eso hace que sus efectos se limiten al litigio en que ella se pronuncia y que la ley afectada por la misma siga siendo obligatoria en los demás casos en los que es aplicable. De acuerdo con los artículos 1.1, 2 y 63 de la Convención Americana, la regla en materia de declaración de incompatibilidad de una ley o práctica de cualquier especie con dicho tratado quizás sea diferente, pudiendo considerarse que la misma posee efectos generales, desde que traduce la invalidación de ese acto por el deber que nace en cabeza del Estado de adecuar su derecho interno en el marco de los artículos 1.1 y 2. Es esa línea interpretativa la expresada por la Corte Interamericana, al postular que, en tanto la promulgación de una ley contraria a las obligaciones asumidas por un Estado parte constituye *per se* una violación de la Convención y genera responsabilidad internacional del Estado- *la sentencia que declara esa violación -constituida por la ley cuestionada- tiene efectos generales* (Corte IDH, *Barrios Altos v. Perú*. Interpretación de la Sentencia de Fondo. 3 de septiembre de 2001, párrafo 18; *La Cantuta v. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. 29 de noviembre de 2006, párrafo 188).

46 Corte IDH, *García Prieto y Otro v. El Salvador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. 20 de noviembre de 2007, voto razonado del juez García Ramírez, párrafo 10.