

La nueva dinámica constitucional y el Derecho Administrativo

Por Pablo A. Gutiérrez Colantuono* **
Publicado Revista Actualidad en el Derecho
Público, Ad Hoc, Bs.As., octubre 2007

Sumario: I.- Introducción. II.- El derecho internacional y su valor como fuente. Evolución. II.1º) Rango legal de los tratados internacionales. II.2º) Una nueva interpretación: la superioridad de los tratados sobre las leyes. II.3º) La jerarquía constitucional de los Tratados de Derechos Humanos. La internacionalización del Derecho. II.4º) La permeabilidad de la Corte Federal frente a la internacionalización del Derecho: los precedentes, “Simon”, “Galli”, “Sánchez”, “Llerena” y “Borelina”. a) “Simón”: la división de poderes frente a las obligaciones internacionales. Nuevos alcances del rol de jueces y legisladores. b) “Galli”: nuevos alcances del control de razonabilidad. c) “Sánchez”: la positivización de un criterio esencial de hermenéutica constitucional. c) “Llerena”: la garantía de la imparcialidad y la tutela judicial efectiva. d) “Borelina”: nuevas reglas para la relación entre Estados. III.- El fallo “Verbitsky”. El Federalismo frente a los derechos fundamentales. Un punto de partida sustancial. IV.- El efecto expansivo de la internacionalización en el Derecho Administrativo. IV.1º) El Derecho Administrativo argentino. Su carácter local. IV.2º) Los nuevos perfiles de la jurisprudencia en el Derecho Administrativo. V.- Reflexiones finales.

I.- Introducción.

El bloque de constitucionalidad consagrado por el constituyente de 1994 ha provocado un profundo cambio en el sistema jurídico argentino y en especial en las diferentes ramas del derecho público.

El artículo 75 inciso 22 del nuevo texto constitucional (CN) ha delimitado –en el marco de las facultades del Congreso de la Nación- una serie de preceptos de profunda relevancia para la dinámica del sistema jurídico nacional.

En el ámbito de dicha norma, el constituyente de 1994 efectuó el *juicio de valor constitucional*¹ pertinente e ingresó al sistema jurídico argentino el conjunto de derechos y garantías consagrados en los tratados incorporados en el momento de la reforma y que tienen por fin esencialmente la protección de los derechos fundamentales del hombre².

* Profesor de Derecho Administrativo de la Universidad Nacional del Comahue.

**Mi especial agradecimiento a Juan Justo, docente de la Universidad Nacional del Comahue, por su colaboración en la elaboración y discusión del presente trabajo.

1 El criterio conforme el cual *“la armonía o concordancia entre los tratados y la Constitución es un juicio del constituyente... que los poderes constituidos no pueden desconocer o contradecir”* ha sido sistemáticamente utilizado por la Corte Suprema Federal (causas *“Monges”*, Fallos: 319:3148; *“Chocobar”*, Fallos: 319:3241; *“Petric”*, Fallos: 321:885; *“Rozenblum”*, Fallos: 321:2314; *“Cancela”*, Fallos: 321:2637; *“S. V.”*, Fallos: 324:975; *“Menem”*, Fallos: 324:2895; *“Alianza Frente para la Unidad”*, Fallos: 324:3143; *“Guazzoni”*, Fallos: 324:4433; *“Mignone”*, Fallos: 325: 524; entre muchas otras).

2 Ekmedkdjian al tiempo de clasificar los diversos instrumentos internacionales, expresa que los *“tratados relativos al derecho de la integración humana”* -en palabras de la Corte Interamericana de Derechos Humanos- (Opinión Consultiva 7/86, del 29 de agosto de 1986) *“no son tratados multilaterales del tipo tradicional,*

Paralelamente, dejó abierta la posibilidad de nuevas incorporaciones de instrumentos de protección de los derechos humanos³ a la norma constitucional con la sola exigencia de una mayoría agravada en el seno del poder legislativo.

Ello provocó, como es de imaginarse, un notable giro en la prelación de las fuentes del derecho interno, el cual se vio impactado no sólo por la vigencia directa y de rango constitucional de diversos cuerpos normativos, sino también por la interpretación y aplicación que de los mismos realizan los diversos órganos supranacionales instituidos para garantizar su respeto.

Así, la vertiginosa evolución del sistema permite observar la vigencia constitucional de los Tratados y de las opiniones y jurisprudencia de los tribunales internacionales que los aplican en el sistema jurídico interno.

Todas las ramas del derecho se encuentran desde 1994 afectadas –y en especial aquellas que se ocupan primariamente de las relaciones entre los ciudadanos y el Estado- lo cual ha obligado a una revisión que alcanza no solo a pautas legales arraigadas, sino también a reglas de interacción entre los poderes estatales que encontraban un indiscutido lugar en la vida constitucional de nuestro país.

Tal circunstancia ha forzado una interconexión del ordenamiento local con el internacional en el marco de un sistema federal de gobierno cuyas consecuencias resultan hasta hoy inciertas.

Lógicamente, al consolidarse en el conglomerado de Tratados de Derechos Humanos un bloque mínimo de derechos fundamentales cuyo rango constitucional se ha declarado expresamente, la existencia misma, el contenido, alcance y ejercicio de ciertas prerrogativas públicas y –más aún- el titular final del juicio de compatibilidad entre ambos polos han quedado puestos seriamente en cuestión.

En el ámbito del Derecho Administrativo las proyecciones de la denominada internacionalización del derecho argentino, adquieren aristas particulares.

concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado, como a los otros. Al aprobar estos tratados [...], los Estados se someten a un orden legal dentro del cual, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción”; (EKMEKDJIAN, Miguel Ángel, “*Tratado de Derecho Constitucional*”, Tº II, Depalma, Buenos Aires, 1994, p.756).

³ Se ha explicitado que aquellos son esencial y primariamente humanos, luego estatales, teniendo en el ámbito constitucional argentino tutela trasnacional (SALOMONI, Jorge “*Acerca del Fallo ‘Simón’ de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*”; La Ley, 04/08/2005).

Así, sabido es que en el contexto de la federación, los estados provinciales dentro de su autonomía plena han conservado como competencia propia no delegada al Estado Federal la regulación integral del Derecho Administrativo.

En efecto, una de las reglas más poderosas –al menos en el plano formal- desde el nacimiento del Estado Argentino ha sido la estructuración de un esquema de reparto de la potestad legisferante atravesado por dos ejes básicos: en primer lugar, el principio hermenéutico conforme el cual *“Las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno federal”*⁴. Sobre la regla anterior y en segundo lugar, las Provincias que concurrieron al dictado de la Constitución de 1853-60 delegaron expresamente en la Nación la facultad de *“Dictar los códigos Civil, Comercial, Penal, de Minería, y del Trabajo y Seguridad Social, en cuerpos unificados o separados, sin que tales códigos alteren las jurisdicciones locales, correspondiendo su aplicación a los tribunales federales o provinciales, según que las cosas o las personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones...”*⁵.

De tal manera, ha sido un principio axiomático del federalismo argentino que el dictado de los códigos de fondo de las materias descriptas como atribución del Congreso Nacional correspondía exclusivamente al Estado Central, mientras que se asignaba a las provincias la tarea de aplicar esas normas sustantivas mediante sus propios tribunales y regulaciones procesales. Paralelamente, las cuestiones no consignadas en tal norma de delegación se mantenían –tanto en el plano sustancial como procesal- en cabeza de las Provincias.

A su turno, y especialmente a partir de la reforma de 1994, se reconoce mayor autonomía a los municipios: el Derecho Administrativo es regulado en el ámbito municipal también en forma sustancial y autónoma por aquellos, lo cual arroja un nuevo operador pleno del sistema normativo.

A ello se suma la particularidad, también en el sistema federal argentino, de la coexistencia de sistemas distintos de control de constitucionalidad, pues frente al modelo judicial difuso previsto en la

4 Artículo 121 CN.

5 Artículo 75 inciso 12 CN. Sostuvo recientemente la Corte Suprema Federal sobre este modelo que *“si bien la Constitución Nacional adopta el principio federal, lo hace según lo establece la presente Constitución, es decir, conforme a las modificaciones que la misma introduce respecto de su modelo, que era el norteamericano. Puesto que el federalismo argentino no tiene el mismo origen histórico que el norteamericano, pues procede de un régimen de descentralización administrativa que regía en la colonia, la distribución de competencia legislativa no es idéntica y las provincias delegan en el Estado Federal materias que se reservan en la Constitución de los Estados Unidos. En 1853 y en especial en la fuente norteamericana tomada con preferencia, no se conocían modelos constitucionales de facultades concurrentes en forma de leyes marco, como sucede contemporáneamente”*. (CSJN, sentencia del 3 de mayo de 2005, *“Recurso de hecho deducido por el Centro de Estudios Legales y Sociales en la causa Verbitsky, Horacio s/ habeas corpus”*, Cons. 56)

esfera federal, se presentan en las provincias variadas muestras de un modelo judicial mixto.

Sabido es que en el orden nacional rige el sistema de contralor de constitucionalidad difuso⁶ a cargo de todos los jueces de cualquier jerarquía, en las causas sometidas a su conocimiento, con efectos específicos para el caso sometido a tratamiento⁷, mientras que en las provincias se suma a aquel el control constitucional concentrado ejercido por los Tribunales Superiores respectivos, quienes se encuentran autorizados a avocarse al conocimiento de las acciones directas de inconstitucionalidad que son de su competencia exclusiva, asumiendo la función de Tribunal Constitucional con efectos abrogatorios.

Así, mientras, el primero finca su razón de ser en las potestades comunes a todos los jueces del Estado Argentino de ejercer el control de jerarquía normativa que se desprende del artículo 31 de la CN, declarando para el caso concreto la inconstitucionalidad⁸, el segundo permite en algunos casos activar el fenómeno de legislación negativa por parte de los tribunales.

En suma, nos encontramos ante un diseño federal caracterizado por la diversidad en la regulación integral y sustancial de la disciplina del Derecho Administrativo, aplicado en la esfera local a partir de la conjunción entre el control judicial difuso y el concentrado con efectos abrogatorios.

Y hoy tal construcción se enfrenta a un sistema internacional novedoso que ha comportado la alteración radical de los polos de producción y aplicación de las normas que vinculan directamente al

6 Explica Gelli que *“El control de constitucionalidad en la Argentina procede –en principio y en general – de los tribunales judiciales; es difuso, pues cualquiera de éstos puede ejercerlo aunque la Corte Suprema es la última y definitiva instancia de revisión extraordinaria; se inicia a petición de parte y produce efectos entre ellas. Tiene como finalidad reestablecer la armonía en el desorden normativo que produce la inconstitucionalidad. El mecanismo que lo hace posible es, en última instancia, el recurso extraordinario federal.”* (GELLI, María Angélica, *“La Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada”*, La Ley, Buenos Aires, 2003, p.287).

7 Cabe recordar la doctrina sentada por la C.S.J.N. en el precedente *“Mill de Pereyra, Rita A. y otros c. Provincia de Corrientes”*, al afirmar la viabilidad de la declaración de oficio de la inconstitucionalidad de una norma en el caso concreto. Allí se sostuvo que la declaración de inconstitucionalidad de oficio *“...no importa un avasallamiento de los poderes Ejecutivo y Legislativo, pues dicha tarea hace a la esencia del Poder Judicial, una de cuyas funciones específicas consiste en controlar la constitucionalidad de la actividad estatal, a fin de mantener la supremacía de la Constitución Nacional -art. 31”* (DJ 2001-3, 807 - LA LEY 2001-F, 891 - ED 28/12/2001, 6 - ED 195 - JA 27/02/2002, 51 - JA 2002-I - La Ley 2002-A, 34 - Sup. Cons. 2002-28). Tal giro jurisprudencial terminó por constatarse con la plena ratificación de esa doctrina en el caso *“Banco Comercial de Finanzas S.A.”* del 19 de agosto de 2004 (Causa B.1160.XXXVI).

8 Como sabemos, subyace en dicha modalidad la construcción doctrinaria y jurisprudencial cuyo origen se encuentra tradicionalmente en el precedente de la Corte Norteamericana *“Marbury v. Madison”*, el cual ha conformado un sistema de justificación de tal control judicial de constitucionalidad sobre la base de la premisa de la supremacía constitucional y el rol de los tribunales como guardianes de aquella por medio de procedimientos de verificación de compatibilidad y eventual inaplicación de las normas inferiores.

Estado respecto de los ciudadanos y que se caracteriza por no distinguir en el plano de verificación del acatamiento de las normas supranacionales cual es el sujeto emisor de la acción u omisión que lesiona derechos fundamentales, todo lo cual deriva en que la principal fuente de vinculación de los órganos estatales internos no reconozca tal diversidad.

En fin, la distribución del poder en el orden territorial ha quedado seriamente trastocada en la Argentina a partir de 1994, lo cual resulta por otra parte curioso desde que uno de los objetivos del constituyente fue jerarquizar el federalismo.

En resumidas cuentas, en el ámbito del Derecho Administrativo, las jerarquías de las fuentes, el concepto y alcance de la función administrativa, el contenido del interés público, el carácter local de la disciplina en el contexto federal argentino, las presunciones del acto administrativo, la indemnización no integral en algunos supuestos de responsabilidad del estado y un amplísimo espectro de institutos propios de esta rama, se encuentran hoy claramente alterados por la aparición de un nuevo prisma interpretativo que no sólo excede al legislador local sino al nacional y a los jueces internos.

En el plano procesal y procedimental, también surgen algunos interrogantes: garantías como el plazo razonable, el debido proceso, elementos como la verosimilitud del derecho y el interés público al tiempo de conceder o denegar las medidas cautelares o propiciar su revocación por afectación de aquel, son -entre tantos otros- los conceptos cuya revisión es tarea obligada de cara al nuevo fenómeno.

Será objeto del presente examinar algunos matices del nuevo contexto del Derecho Administrativo argentino observables a partir de la mayor o menor permeabilidad de tal realidad en los fallos de nuestra Corte Federal de Justicia.

A esos fines, reseñaremos el entorno previo y posterior a la reforma constitucional mencionada, para luego intentar describir desde la perspectiva de los derechos humanos la incidencia de la internacionalización del derecho argentino en el ámbito del Derecho Administrativo.

II.- El derecho internacional y su valor como fuente. Evolución

II.1º) Rango legal de los tratados internacionales.

Como se ha explicado más de una vez, en el sistema de fuentes del derecho argentino plasmado en el texto constitucional de 1853-60, los tratados internacionales encontraban -sin distingo alguno en razón de su contenido- su jerarquía en el artículo 31 de la CN.

El sistema constitucional diseñado al tiempo de constituirse el Estado Republicano y Federal Argentino, imponía desde el prisma de los artículos 31 y 100⁹ de la Constitución Nacional la superioridad de la Constitución por sobre los tratados internacionales, encontrándose éstos en igual posición respecto de las leyes dictadas por el Congreso de la Nación.

Abonaba especialmente tal enfoque el artículo 27 de la CN, en cuanto preceptuaba que *“El Gobierno federal está obligado a afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de tratados que estén en conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución”*.

De tal forma, y exigiéndose que los tratados fueran conformes con los *“principios de derecho público”* establecidos en la Constitución se concluía en el inferior rango de los acuerdos respecto del texto fundamental.

Como consecuencia de tales postulados, los tratados internacionales quedaban supeditados a la voluntad del legislador, por cuanto su ámbito de validez temporal -al ser aprobados necesariamente por el Congreso de la Nación por una norma en sentido material- quedaba alcanzado por el principio de acuerdo al cual la norma posterior deroga o modifica a la anterior.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina convalidaba tal rumbo, realizando una exégesis que se basaba exclusivamente en las normas internas y en especial el texto constitucional, lo que la llevaba a expresar que *“...ni el art. 31 ni el 100 de la Constitución Nacional atribuyen prelación o prioridad de rango a los tratados con las potencias extranjeras respecto de las leyes válidamente dictadas por el Congreso Nacional. Ambas normas leyes y tratados son calificadas como ley suprema de la Nación, rigiendo a su respecto el principio con arreglo al cual las posteriores derogan a las anteriores...”*¹⁰.

A resultas de lo anterior, constituyó un criterio incommovible en esta temática hasta fines del siglo XX que, siendo que la Constitución Nacional no atribuía prelación o superioridad a los tratados con las potencias extranjeras respecto de las leyes válidamente dictadas por el Congreso de

9 Hoy Art.116: *“Corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación, el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, y por las leyes de la Nación, con la reserva hecha en el inciso 11 del artículo 67: y por los tratados con las naciones extranjeras: de las causas concernientes a embajadores, ministros públicos y cónsules extranjeros de las causas de almirantazgo y jurisdicción marítima: de los asuntos en que la Nación sea parte: de las causas que se susciten entre dos o más provincias; entre una provincia y los vecinos de otra; entre los vecinos de diferentes provincias; y entre una provincia o sus vecinos, contra un Estado o ciudadano extranjero”*.

10 Doctrina sentada por la C.S.J.N. en los casos *“Martín & Cía. Ltda., S. A. c/ Nación”*, año 1963, (Fallos 257: 99) y *“Esso, S.A. Petrolera Argentina c/ Nación”*, año 1968 (Fallos 271:7); entre otros.

la Nación, no existía fundamento normativo –interno, valga aclararlo- para acordar prioridad de rango a ninguno.

No es menor tener presente que, pese a los profundos cambios operados en el texto constitucional, los arts. 27, 30 y 31 de la CN –que fundaron el criterio reseñado- continúan vigentes en su redacción original e integran la parte dogmática de la Carta Magna, por lo cual su incidencia en esta temática es capital y provoca marcadas controversias.

II.2º) Una nueva interpretación: la superioridad de los tratados sobre las leyes.

A principios de la década de los noventa, la corriente que comentamos recibiría serios embates que –a la postre- se verían plasmados positivamente en la reforma constitucional de 1994.

La Corte Federal especialmente a partir de los precedentes “*Ekmekdjian, Miguel A. c/ Sofovich, Gerardo y otros*”¹¹ y “*Cafés La Virginia S.A*”¹², sentó una nueva doctrina orientada a sostener la primacía del derecho internacional sobre las leyes internas.

Previo estudio de compatibilidad de los instrumentos internacionales con los principios de derecho público establecidos en la Constitución, los tratados pasan a convertirse, en la interpretación de la Corte, en fuentes del derecho superiores a las leyes dictadas por el Congreso de la Nación.

En el primer caso la Corte encontró el fundamento normativo expreso de la primacía de los Tratados que había ignorado a lo largo de toda su evolución: el art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

Recordemos que esa norma prevé que *"Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado"*.

De esa manera, con la incorporación de la Convención de Viena¹³ se configuraba –en principio- para el Tribunal el fundamento normativo –a diferencia de lo que ocurría in re “*S.A. Martín & Cía. Ltda.*”¹⁴- para reconocer superioridad a los tratados internacionales.

Esta convención –continúa el fallo- ha alterado la situación del ordenamiento jurídico argentino contemplada en los precedentes que

11 CSJN, sentencia del 7 de julio de 1992.

12 CSJN, sentencia del 13 de octubre de 1994.

13 Aprobada por ley 19.865, ratificada por el Poder Ejecutivo Nacional el 5 de diciembre de 1972 y en vigor desde el 27 de enero de 1980.

14 CSJN, fallo cit.

desconocían tal preeminencia, pues ya no es exacta la proposición jurídica según la cual no existe fundamento normativo para acordar prioridad al tratado frente a la ley.

La aplicación de tal fundamento normativo imponía, entonces, a los órganos del Estado argentino asignar primacía al tratado ante un eventual conflicto con una norma interna.

Por otra parte, no fue menor la aclaración de los Ministros Petracchi y Moliné O' Connor en el mencionado pronunciamiento.

Los mismos plantearon en primer término la necesidad de distinguir los tratados internacionales sobre derechos humanos de los tratados de otra especie, aclarando que *“El fundamento jurídico de esta posición reside en que los tratados sobre derechos humanos no son un medio para equilibrar recíprocamente intereses entre los Estados sino que, por el contrario, buscan establecer un orden público común cuyos destinatarios no son los Estados, sino los seres humanos que pueblan sus territorios”*¹⁵.

De acuerdo a lo anterior, sostuvieron que *“es consecuencia de esta distinción la presunción de operatividad de las normas contenida en los tratados internacionales sobre derechos humanos”* y que *“el tribunal*

15 Reseñaban en tal sentido que esta posición jurídica es compartida en Europa y América. Efectivamente, la Comisión Europea de Derechos Humanos ha expresado en el caso *"Austria vs. Italia"* *"que las obligaciones asumidas por las altas partes contratantes en la Convención (Europea de Derechos Humanos) son esencialmente de carácter objetivo, diseñadas para proteger los derechos fundamentales de los seres humanos de violaciones de parte de las Altas Partes Contratantes en vez decretar derechos subjetivos y recíprocos entre las altas partes contratantes"* (confr. *"Application N° 788/60 European Yearbook of Human Rights"*, 1961, vol. 4, p. 140; ver en igual sentido, Cançado Trindade, Antônio A., *"A evolução doutrinária e jurisprudencial de proteção internacional dos direitos humanos nos planos global e regional: as primeiras quatro décadas"*, Brasília, Revista de Informaciones Legislativas, Senado Federal, Ed. Técnicas, año 19, núm. 73, enero-marzo, 1982, p. 262, segundo párrafo). Asimismo, la Corte Internacional de Justicia ha dicho que en los tratados sobre derechos humanos *"no puede hablarse de ventajas o desventajas individuales de los Estados, ni de mantener un equilibrio contractual exacto entre derecho y deberes. La consideración de los fines superiores de la Convención (sobre el genocidio) es, en virtud de la voluntad común de las partes, el fundamento y la medida de todas sus disposiciones"* (confr. *"Reservations to the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime and Genocide"*, Advisory opinion del 28 de mayo de 1951, I. C. J., p. 12 in fine). De igual manera, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha sostenido que los tratados sobre Derechos Humanos no son tratados multilaterales del tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objetivo y su fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al vincularse mediante estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal en el cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción (confr. opinión consultiva -en adelante, "OC"- N° 2/82, *"El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos -arts. 74 y 75-*" serie A y B, N° 2, del 24 de setiembre de 1982, párr. 29 y, en similar sentido, OC-1/81. *"Otros tratados, objeto de la función consultiva de la Corte -art. 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos-*", serie A y B, N° 1, párr. 24).

considera que las normas aludidas establecen derechos que -se presume- pueden ser invocados, ejercidos y amparados sin el complemento de disposición legislativa alguna. Ello se funda en el deber de respetar los derechos del hombre, axioma central del derecho internacional de los derechos humanos”¹⁶.

De esa forma, desde los inicios de su aplicación, un elemento capital planteado respecto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos fue la aplicación de tal presunción de operatividad, la cual –por otra parte– encontraba una sólida justificación en los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual sostenía desde hacía tiempo un elemento tan importante como sencillo: *“el sistema mismo de la Convención está dirigido a reconocer derechos y libertades a las personas y no a facultar a los Estados para hacerlo”¹⁷.*

La doctrina anterior se vio reafirmada posteriormente en el caso *“Cafés La Virginia”¹⁸*, receptando definitivamente el criterio positivizado en la reforma del año 1994.

En tal contexto jurisprudencial, la Corte Federal consolidaba un nuevo criterio: la primacía de los tratados internacionales sobre las leyes¹⁹.

16 Esa presunción cede solamente *“cuando la norma bajo examen revista un carácter nitidamente programático (...) carácter éste que, a título de ejemplo, tienen los derechos económicos, sociales y culturales, a cuyo desarrollo progresivo se comprometen los Estados, entre otras circunstancias, “en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados”* (Art. 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Tal distinción, valiosa en 1992, se encuentra no exenta de críticas en la actualidad.

17 CIDH OC-7/86, *“Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta -Arts. 14.1, 1.1 y 2-”*, del 29 de agosto de 1986, serie A, número 7, párr. 24.; OC-2/82, cit., párr. 3; y, con similar alcance, ver el preámbulo del Pacto, 2º párrafo.

18 En el caso, se discutían los alcances de una norma de derecho interno (un reglamento emitido por delegación efectuada por el Congreso frente a la jerarquía de los tratados. La CSJN concluye que, en razón de poseer los pactos internacionales jerarquía superior a las leyes tal modificación reglamentaria, amén de inconstitucional, redundaría en un incumplimiento en la esfera internacional. Aclara que el Legislador al tiempo de efectuar delegación legislativa en materias que le son propias en cabeza del Poder Ejecutivo, debe tener presente los compromisos asumidos internacionalmente.

19 Expresa Travieso, la regla es la compatibilidad, bajo apercibimiento de la inconstitucionalidad del tratado, pero destacando la primacía del derecho internacional, esto es los tratados, sobre las leyes (Arts. 27 y 46, Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados). *“La suma de los argumentos constitucionales e internacionales y la ratificación de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, produjo el cambio jurisprudencial, primer paso para dar base a una Reforma Constitucional que en materia de tratados de derechos humanos, ha colocado una adecuada herramienta para conciliar la estructura constitucional con respecto al derecho internacional”* (TRAVIESO, Juan Antonio, *“La reforma constitucional argentina de 1994 - relaciones entre derecho internacional, derecho interno y derechos humanos”*- Revista La Ley 1994-E, 1318).

II.3º) La jerarquía constitucional de los Tratados de Derechos Humanos. La internacionalización del Derecho.

En el año 1994 se produce la reforma constitucional.

La misma es consecuencia de la ley nacional 24.309²⁰ y se inserta en el marco del mecanismo previsto por el constituyente originario de 1853, establecido en el artículo 30 de la CN.

Resulta importante tener en cuenta para ulteriores análisis que la Ley de Declaración de Necesidad de la Reforma que fijó los límites de la competencia del constituyente reformador, vedó expresamente a este “introducir modificación alguna a las declaraciones, derechos y garantías contenidos en el Capítulo Único de la Primera Parte de la Constitución nacional”²¹, límite éste de crucial relevancia para examinar los alcances posibles del nuevo artículo 75 inciso 22 de la CN.

En efecto, tal disposición, al tiempo de incorporar los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional, expresamente estableció que tal incorporación no derogaba artículo alguno de la primera parte de la Constitución, debiendo entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos²².

Se transforman así los tratados de derechos humanos en derecho interno superior a las leyes y con rango constitucional, impactando de lleno en las diversas ramas del derecho argentino.

Dichos tratados y las previsiones de la parte dogmática de nuestro texto constitucional -los derechos y garantías- deben ser interpretados en forma armónica, sosteniendo la pauta hermenéutica ensayada sistemáticamente por la Corte Federal al invocar un juicio de comparación efectuado por el constituyente que impide concluir en la existencia de conflicto.

20 Promulgada el 29 de diciembre de 1993 y publicada en el Boletín Oficial el 31 del mismo mes.

21 Art. 7 de la ley 24.309

22 Explica Gelli sobre el particular, “En la Convención Constituyente de 1994 la ubicación de los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico y en especial la de los tratados de derechos humanos, produjo intensos debates. Las posiciones oscilaban entre declarar la supremacía de los tratados sobre la Constitución – postura de máxima- o acordar a aquellos convenios prevalencia sobre todo el derecho positivo interno pero por debajo de la Constitución. A favor de lo resuelto en el precedente *Ekmekdjian c/ Sofovich*, quedaba claro en el seno de la Convención Constituyente de 1994, que las convenciones internacionales, cualquiera fuese su tipo o modalidad, debían prevalecer sobre las leyes. Sin embargo, el acuerdo no alcanzó hasta otorgar primacía al derecho internacional por sobre la Constitución Nacional. En consecuencia, la Constitución mantuvo su primacía por sobre los tratados [...] con la excepción de los tratados de derechos humanos que obtuvieron jerarquía constitucional y los que la adquirieran en el futuro, de acuerdo con el procedimiento establecido en el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, tal como sucedió, en 1997, con la convención Interamericana sobre Desaparición Forzosa de Personas”; (GELLI, ob. cit. p. 591).

Podemos ver –sin embargo- que esta aspiración no siempre resulta tarea sencilla, tal como surge de la lectura detenida de algunos precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y las opiniones vertidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos²³.

Tales tentativas de funcionalización de las instituciones internas con el nuevo orden supranacional se insertan –no debemos olvidarlo- en el marco del modelo de estado social y democrático de derecho, o -como lo define Manuel Antonio Peña Freire- Estado Constitucional de Derecho, el cual se estructura sobre la base de tres factores relevantes: a) la supremacía constitucional, b) la consagración del principio de legalidad como sometimiento efectivo al derecho de todos los poderes públicos y c) la funcionalización de todos los poderes del estado a la garantía del disfrute y efectividad de los derechos humanos²⁴. Por ello, al momento de proponer soluciones no deberán perderse de vista los fines últimos de este proceso, así como de las soluciones particulares que se vayan intentando.

La incorporación de los instrumentos internacionales, permite hablar de un nuevo sistema constitucional integrado (*“sincronizado”*) por disposiciones de igual jerarquía *“que abrevia en dos fuentes: la nacional y la internacional”*²⁵.

Y en ese marco relacional deben precisarse los ámbitos competenciales de los poderes jurisdiccionales interno y supranacional, el rol de la jurisprudencia y opiniones internacionales y su incidencia en la forma de resolver las controversias a escala nacional.

En esa línea, la Corte Suprema, en el caso *“Giroldi”*²⁶, sostuvo que a ella, *“como órgano supremo de uno de los Poderes del Gobierno Federal, le corresponde –en la medida de su jurisdicción- aplicar los tratados internacionales a que el país está vinculado en los términos anteriormente expuestos, ya que lo contrario podría implicar la responsabilidad de la Nación frente a la comunidad internacional. En tal sentido, la Corte Interamericana precisó el alcance del art. 1 de la Convención, en cuanto a los Estados parte deben no solamente ‘respetar los derechos y libertades reconocidos en ella’, sino además ‘garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona sujeta a su jurisdicción’. Según dicha Corte, ‘garantizar’ implica el deber del Estado de tomar las medidas necesarias para remover*

23 Las fricciones entre la pretensión de la Corte Interamericana de proteger determinados derechos frente a la reacción de la Corte Argentina ante la lesión a otros derechos igualmente protegidos ha suscitado interesantes pronunciamientos que demuestran que esa inexistencia de conflicto es a veces difícil de evitar. Los casos *“Cantos”*, (CSJN, Resolución 1404/2003 del 21/08/2003, La Ley 2003-F, 16 - DJ 2003-3, 251), *“Arancibia Clavel”* (CSJN, sentencia del 24/08/2004) y *“Espósito”* (CSJN, sentencia del 23/12/2004), entre otros, exteriorizan tales roces.

24 PEÑA FREIRE, Antonio Manuel, *“La Garantía en el Estado Constitucional de Derecho”*, Trotta, Madrid, 1997, p.37.

25 CAFFERATA NORES, José, *“Proceso Penal y Derechos Humanos”*, p.4.

26 CSJN, sentencia del 7 de Abril de 1995.

*los obstáculos que puedan existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos que la Convención reconoce*²⁷.

La Corte Interamericana, por su parte, sostiene que en la lógica del Sistema Interamericano de Derechos Humanos *“reside la idea de que los pronunciamientos del tribunal deben trasladarse, en la forma y términos que provea el Derecho interno -que son el puente entre el sistema internacional y el nacional- a las leyes nacionales, a los criterios jurisdiccionales domésticos, a los programas específicos en este campo y a las acciones cotidianas que el Estado despliega en materia de derechos humanos; trasladarse, en fin, al conjunto de la experiencia nacional”*²⁸.

En esa línea, doctrina y jurisprudencia internacionales han señalado que *“las obligaciones de los Estados parte son: obligación de respeto, obligación de adoptar las medidas necesarias, y la obligación de garantía”*²⁹ y que al derecho internacional *“le es indiferente que esa obligación se cumpla por vía administrativa, judicial, o del Poder Legislativo, de la misma manera que la división de poderes sería inoponible a la comunidad como causal de incumplimiento de una obligación contraída ante ella ...Sin embargo, ante un incumplimiento, ya sea total o parcial, es a la justicia a quien corresponderá arbitrar los medios para garantizar el goce del derecho, tanto porque en el derecho interno el Poder Judicial es el garante final de los derechos de las personas, como que es el estamento judicial al que compete la responsabilidad por la incorporación de las normas internacionales al derecho interno”*³⁰.

La Corte Interamericana ha establecido, con fundamento en el artículo 1.1 de la Convención Americana, que el Estado está obligado a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a organizar el poder público para garantizar a las personas bajo su jurisdicción el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Según las reglas del derecho de la responsabilidad internacional del Estado aplicables en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la acción u omisión de cualquier autoridad pública, independientemente de su jerarquía, constituye un hecho imputable al Estado que compromete su responsabilidad en los términos previstos por la misma Convención Americana³¹.

Paralelamente, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha señalado con justeza que *“entre las instituciones democráticas, es el Poder*

27 Considerando 12 de la causa *“Giroldi”*.

28 CIDH, caso *“Tibi vs. Ecuador”*, del 07/9/04, voto razonado del juez Sergio García Ramírez, ap. 6.

29 ABREGÚ, Martín, *“La Aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos por los tribunales locales: una introducción”*, en AA.VV *“La aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos por los tribunales locales”*, PNUD, CELS, Buenos Aires, 1998, p. 10.

30 MENDEZ, Juan, *“El derecho a la verdad frente a las graves violaciones a los derechos humanos”*, en AA.VV *“La aplicación...”* cit. p. 532.

31 CIDH, *“Caso del Tribunal Constitucional –Aguirre Roca, Rey Ferry y Revoredo Marsano vs. Perú”*, Sentencia del 31 de enero de 2001, numeral 109.

Judicial sobre el que descansa no sólo la recta aplicación del derecho sino también la administración de justicia. Nada podría minar más el respeto y la autoridad de los jueces que su propia indeferencia o impotencia frente a las graves injusticias, por una ciega observancia de formulas legales” ³².

Pues bien, el rol determinante que han asignado los tribunales internacionales a los jueces nacionales para asegurar la efectividad de las garantías reconocidas en los instrumentos convencionales, obligación primaria e ineludible de todo el aparato estatal interno, se ha visto ejercido con diferentes matices por el máximo tribunal argentino en una interesante evolución cuyas consecuencias no han terminado de perfilarse.

Veremos a continuación como una serie de pronunciamientos judiciales recientes traducen este fenómeno de primacía del derecho supranacional por vía de la jurisprudencia como su operador primario, aún a despecho de reglas tradicionalmente arraigadas en nuestro país, para luego examinar un caso en particular que creemos esboza elementos de primer orden frente a la espinosa temática de la dupla *federalismo / internacionalización*.

II.4º) La permeabilidad de la Corte Federal frente a la internacionalización del Derecho: los precedentes, “Simon”³³, “Galli”³⁴, “Sánchez”³⁵, “Llerena”³⁶ y “Borelina”³⁷.

Como anticipáramos, es en cabeza de la Corte Federal en la que pesa esencialmente – más no exclusivamente – el deber de interpretar y aplicar el nuevo contexto normativo.

En la última etapa del Tribunal puede observarse como la recepción de los criterios internacionales se ha extendido con magnitud considerable, poniendo en cuestión reglas propias de nuestra dinámica constitucional interna.

a) “Simón”: la división de poderes frente a las obligaciones internacionales. Nuevos alcances del rol de jueces y legisladores.

En consonancia con lo anterior, en el precedente “Simon”³⁸, la Corte profundizó la incidencia de la normativa supranacional no ya en el plano

32 Inf. 74/90, caso 9850, Inf. Anual de la Com. IDH, 90/91.

33 CSJN, sentencia del 14 de junio 2005.

34 CSJN, sentencia del 5 de abril de 2005.

35 CSJN, sentencia del 17 de mayo de 2005.

36 CSJN, sentencia del 17 de mayo de 2005.

37 CSJN, sentencia del 30 de agosto de 2005.

38 La Corte Suprema declaró la inconstitucionalidad de dos leyes de amnistía -Nros. 23.492 y 23.521- que en su momento habían obstado la prosecución penal de sujetos sindicados como autores de delitos de lesa

de la relación interestadual, sino en el marco de la división republicana de funciones estatales, convalidando en forma expresa la declaración de nulidad efectuada por el Congreso de la Nación respecto de dos leyes dictadas por el mismo.

Tal declaración legislativa de nulidad motivó inicialmente que los Tribunales inferiores declararan su inconstitucionalidad de acuerdo a una acendrada visión de la división de poderes que atribuye en forma exclusiva a los jueces la posibilidad de declarar la nulidad de una norma.

En un sólido pronunciamiento que no hizo sino recabar una tésis constitucional afianzada inveteradamente tanto en el plano doctrinal como jurisprudencial, un tribunal inferior³⁹ declaró inconstitucional tal intento del Legislativo, poniendo de resalto que *“no puede dejarse de lado que mediante la ley 24.952 (B.O. 17/4/98) ya se habían derogado las leyes 23.492 y 23.521, de manera que como la falta de previsión o la inconsecuencia no pueden presumirse en el legislador (...), no cabe sino concluir que lo que efectivamente éste se propuso con el dictado de la ley 25.779 no fue otra cosa que determinar la ineficacia absoluta de dichas leyes con efectos retroactivos”*. Concluyó así que *“el Congreso derogó las leyes de ‘obediencia debida’ y ‘punto final’. Transcurridos cerca de cinco años de esa derogación, las declaró nulas”*.

Expresó entonces ese Tribunal que *“Con tal alcance, la ley 25.779 resulta inconstitucional. Ello así, por cuanto el Congreso puede sancionar, modificar y derogar leyes, pero carece de facultades para anularlas, en tanto el control de constitucionalidad posterior a la sanción de la ley es una de las funciones esenciales del Poder Judicial (...) y la única vía para privar retroactivamente de efectos a una ley es, de manera excluyente, la declaración de su inconstitucionalidad -en un caso concreto- por parte de un tribunal de justicia”*.

Sin embargo, la Corte Suprema no compartió tal enfoque, y con base en las obligaciones internacionales justificó la declaración de nulidad efectuada por el Congreso Nacional⁴⁰.

humanidad y convalidó la declaración legislativa de nulidad efectuada posteriormente por el Congreso de la Nación por Ley 25.779.

39 Cámara Federal de San Martín, *“Bignone y otros”*, del 22 de noviembre de 2004.

40 Resulta –o resultaba– postura consolidada del Alto Tribunal Federal sobre el punto que *“Es regla constitucional, tan imperativa para las provincias como la Nación (Art.5° Const. Nac.) que la facultad de declarar inconstitucionales las Leyes, y de anular actos en su consecuencia, es potestad exclusiva de los tribunales de Justicia”* (CSJN, *“Bruno, Raúl Osvaldo s/ amparo”* del 12 de abril de 1988). Igualmente, *“Cualesquiera sean las facultades que correspondan reconocer al poder administrador para dejar sin efecto actos contrarios a las leyes, no cabe, sin embargo, admitir que sea de su resorte el declarar la inconstitucionalidad. Ello así, porque aceptar semejante tesis importaría desconocer que el Poder Judicial es, en última instancia, el único habilitado para juzgar la validez de las normas dictadas por el órgano legislativo y admitir, en consecuencia, la posibilidad de que el poder pueda residir y concentrarse en una sola sede”* (CSJN, Fallos 269:243; *“Provincia de Mendoza c/ Nación Argentina”*, Fallos 298:511, en igual sentido *“González, Abel c/ A.N.Se.S.”* del 22 de junio 1999 C.F.S.S.,

Para así resolver, expresó el Cuerpo que *“la progresiva evolución del derecho internacional de los derechos humanos con el rango establecido por el art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional ya no autoriza al Estado a tomar decisiones cuya consecuencia sea la renuncia a la persecución penal de delitos de lesa humanidad, en pos de una convivencia social pacífica apoyada en el olvido de hechos de esa naturaleza”*.

Así, *“La ley 25.779, por medio de la cual el Poder Legislativo declara insanablemente nulas las leyes 23.492 y 23.521 -de punto final y de obediencia debida-, es el de intentar dar cumplimiento a los tratados constitucionales en materia de derechos humanos por medio de la eliminación de todo aquello que pudiera aparecer como un obstáculo para que la justicia argentina investigue debidamente los hechos alcanzados por dichas leyes y, de este modo, subsanar la infracción al derecho internacional que ellas continúan representando”*.

De ese modo, *“Resulta válida la ley 25.779 que declaró la nulidad de las leyes de punto final y obediencia debida, pues sin perjuicio de que el Poder Judicial es el órgano facultado para declarar la eventual inconstitucionalidad de las leyes impugnadas, ello no obsta a que el Poder Legislativo pueda dar cuenta del grado de adecuación constitucional de su accionar, ya que el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional obliga a todos los poderes del Estado en su ámbito de competencias a hacer posible la plena vigencia de los derechos y garantías constitucionales”* ⁴¹.

b) “Galli”: nuevos alcances del control de razonabilidad.

En el precedente *“Galli”*⁴² la Corte explicitó un criterio ciertamente amplio en lo atinente al control de razonabilidad de las medidas adoptadas por el Poder Legislativo ante situaciones de emergencia, poniendo de resalto que *“para la valoración de la conducta del Estado y la razonabilidad de las medidas que adopta, debe tenerse en cuenta un sistema de normas, que incluya tanto el cumplimiento de los tratados internacionales de orden financiero como los de derechos humanos que integran el ordenamiento jurídico”* ⁴³.

Sala II). En ese orden *“la misión de los jueces debe ser la de interpretar las normas dándole plena vigencia y efectividad a sus disposiciones, función en la que sólo cabe prescindir de ellas respecto de los casos que regulan, decretando su inconstitucionalidad luego de un debate y meditación”*. (CSJN, *“D.G.I. c/ Frigorífico El Tala S.R.L.”*, Fallos 315:2555 y sus citas).

41 Del voto del doctor Maqueda.

42 La Corte Federal, ante un planteo de inconstitucionalidad de una norma de emergencia considera, a los fines de su decisorio, que para valorar la razonabilidad de la medida adoptada debe tenerse presente el cumplimiento de los tratados internacionales contemplados en nuestro ordenamiento jurídico tanto de orden financiero como referidos a los derechos humanos.

43 Voto de los Ministros Zaffaroni y Lorenzetti.

Paralelamente, sentó interesantes posturas frente a un ámbito tradicionalmente exento de todo control como era el relativo a las relaciones de crédito externo, recalcando la existencia de un principio de derecho de gentes *"que permitiría excepcionar al Estado de responsabilidad internacional por suspensión o modificación en todo o en parte del servicio de la deuda externa en caso de que sea forzado a ello por razones de necesidad financiera impostergable"* ⁴⁴.

c) "Sánchez": la positivización de un criterio esencial de hermenéutica constitucional.

En el año 1996 la Corte Suprema falló en el caso *"Chocobar"*⁴⁵, en el cual se discutían los alcances de la garantía de movilidad jubilatoria prevista en el Art.14 bis de la CN.

En tal oportunidad el Tribunal efectuó una interpretación de las normas internacionales de derechos humanos que sirvió, nada menos, que para justificar las restricciones legalmente impuestas a tal garantía con fundamento en el colapso del sistema previsional.

Expuso así –a fin de justificar la imposición de topes jubilatorios que se apartaban abiertamente de la regla de la movilidad- que *"a los fines de una correcta interpretación de la Ley Suprema, no debe olvidarse que la reforma constitucional de 1994 ha incorporado con jerarquía constitucional, como complementarios de los derechos y garantías reconocidos en la primera parte de nuestra Carta Magna, los derechos consagrados en ciertos tratados internacionales"*.

Manifestaba que *"En lo que aquí respecta, la Declaración Universal de Derechos Humanos establece que "toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, ...habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado" (art. 22). En análogo sentido, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) dispone que "los Estados partes se comprometen a adoptar providencias... para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación... en la medida de los recursos disponibles (art. 26)"*.

Tales limitaciones planteadas por los instrumentos internacionales resultaron –a juicio de la Corte- *"idóneas para interpretar el alcance de la movilidad aludida en el art. 14 bis de la Constitución Nacional toda vez que ésta debe ser analizada como un conjunto armónico, dentro del cual cada una de sus disposiciones ha de interpretarse de acuerdo con el contenido de*

44 Voto de los Ministros Zaffaroni y Lorenzetti.

45 CSJN, sentencia del 27 de diciembre de 1996, *"Chocobar, Sixto C. c. Caja Nac. de Previsión para el Pers. del Estado y Serv. Públicos"*, La Ley 1997-B, 247 – DJ 1997-1, 751 - DT 1997-A, 598.

las demás. De allí se desprende que la atención a los recursos "disponibles" del sistema pueda constituir una directriz adecuada a los fines de determinar el contenido económico de la movilidad jubilatoria, en el momento de juzgar sobre el reajuste de las prestaciones o de su satisfacción".

Es más, la interpretación de los tratados del Art.75 inciso 22 CN para justificar la restricción a la garantía del Art.14 bis de la primera parte de la Constitución se apoyó en el versátil criterio conforme el cual *"los constituyentes han efectuado un juicio de comprobación en virtud del cual han cotejado los tratados y los artículos constitucionales y han verificado que no se produce derogación alguna, juicio que no pueden los poderes constituidos desconocer o contradecir".*

Siendo entonces que *"la armonía o concordancia entre los tratados y la Constitución es un juicio del constituyente"*, postuló el Tribunal que las reglas internacionales sobre progresividad eran directamente aplicables para justificar la limitación de la garantía internamente reconocida.

En el precedente *"Sánchez"*, la nueva integración del Máximo Tribunal Federal repudió tal razonamiento, considerando que *"esta Corte ratifica los principios básicos de interpretación sentados acerca de la naturaleza sustitutiva que tienen las prestaciones previsionales y rechaza toda inteligencia restrictiva de la obligación que impone al Estado otorgar "jubilaciones y pensiones móviles", según el art. 14 bis de la Constitución Nacional y los fines tuitivos que persiguen las leyes reglamentarias en esta materia"*.

Puntualmente, explicó que *"Los tratados internacionales vigentes, lejos de limitar o condicionar dichos principios, obligan a adoptar todas las medidas necesarias para asegurar el progreso y plena efectividad de los derechos humanos, compromiso que debe ser inscripto, además, dentro de las amplias facultades legislativas otorgadas por el art. 75, inc. 23, de la Ley Fundamental, reformada en 1994, con el fin de promover mediante acciones positivas el ejercicio y goce de los derechos fundamentales reconocidos, en particular, a los ancianos"*.

Para ratificar por último que *"los tratados internacionales promueven el desarrollo progresivo de los derechos humanos y sus cláusulas no pueden ser entendidas como una modificación o restricción de derecho alguno establecido por la primera parte de la Constitución Nacional (art. 75, inc. 22). La consideración de los recursos disponibles de cada Estado -conf. arts. 22 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos- constituye una pauta que debe evaluar cada país al tiempo de establecer nuevos o mayores beneficios destinados a dar satisfacción plena a los compromisos asumidos por esos documentos, mas no importa disculpa alguna para desconocer o retacear los derechos vigentes (conf. art. 29 de la convención citada). Debe suponerse que el legislador ha sopesado los factores humanos, sociales y*

económicos al establecer la extensión de las prestaciones reconocidas y no corresponde a los jueces sustituir dicha valoración mediante razonamientos regresivos que, en la práctica, sólo conducen a negar el goce efectivo de esos derechos en los momentos de la vida en que su tutela es más necesaria”.

Por su parte, los Ministros Argibay y Zaffaroni explicitaron aún más la regla interpretativa en juego, al decir que *“si bien es cierto que la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 26), uno de los instrumentos mencionados en el artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional, vincula beneficios sociales con recursos disponibles, ello nunca puede entenderse como una directriz para limitar el contenido económico de la movilidad jubilatoria. Semejante interpretación, seguida en el voto mayoritario del fallo "Chocobar", se encuentra expresamente vedada por la cláusula de salvaguarda contenida en el artículo 29.b) que impide aplicar la Convención en el sentido de "limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados" 46.*

En consonancia, el Ministro Maqueda recordó que *“la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el capítulo III, Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 26, dispone acerca del desarrollo progresivo para lograr la plena efectividad de tales derechos, propósito que tiene por destinataria a la persona dentro del sistema y que, en consecuencia, requerirá del Estado el máximo esfuerzo en orden a los recursos disponibles”.*

Por ello *“El reconocimiento del principio de progresividad en la satisfacción plena de estos derechos destierra definitivamente interpretaciones o medidas que puedan ser consideradas regresivas en la materia” 47.*

46 Recordaron que la CIDH ha manifestado que el artículo 29 de la Convención contiene normas específicas de interpretación, pues la redacción de la mencionada disposición está hecha con el criterio central de que no se entienda que la misma tuvo por objeto, de alguna manera, permitir que los derechos y libertades de la persona humana pudieran ser suprimidos o limitados en particular a aquellos previamente reconocidos por un estado (OC. 4/84 del 19 de enero de 1984, serie A N° 4, párrafo 20).

47 Agregó –con expresa sujeción al criterio de la Corte Interamericana en la materia– que *“En el orden constitucional argentino, las consignas en la materia sub examine a partir de lo dispuesto en el artículo precedentemente mencionado se profundizan con lo establecido en el art. 75 inc. 23 de la norma fundamental, ya que el constituyente reformador de 1994 ha introducido las acciones positivas con el fin de garantizar la igualdad real de oportunidades y de trato y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales y, en lo que respecta a la cuestión en debate, en particular respecto de los ancianos. Esta norma constitucional fortalece la vigencia del principio de progresividad en la materia previsional, descalificando todo accionar gubernamental que en la práctica dé un resultado regresivo en el goce efectivo de los derechos”.*

c) “Llerena”: la garantía de la imparcialidad y la tutela judicial efectiva.

La causa “Llerena”⁴⁸ se presenta como otro hito en la apertura del Alto Cuerpo frente a la normativa internacional y su aplicación por los tribunales externos.

La mayoría del Tribunal, en extenso fallo, destacó en primer lugar, apartándose de las restricciones legales y jurisprudenciales existentes en el caso para su intervención por vía del Recurso Extraordinario Federal que *“al hallarse cuestionado el alcance de una garantía del derecho internacional, el tratamiento del tema resulta pertinente por la vía establecida en el art. 14 de la ley 48, puesto que la omisión de su consideración puede comprometer la responsabilidad del Estado argentino frente al orden jurídico supranacional”*.

El Ministro Petracchi agregó que la concepción *“de ‘juez imparcial’ debe ser reexaminada a la luz de la evolución jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a fin de establecer si ella satisface las exigencias mínimas establecidas por la Convención Americana sobre Derechos Humanos”*⁴⁹.

De ese modo, y con remisión a los precedentes y opiniones de la Comisión Interamericana, Corte Interamericana y Corte Europea de Derechos Humanos, considerados directamente aplicables al caso, el votante concluyó que *“no satisfacen el estándar mínimo establecido internacionalmente en materia de imparcialidad del tribunal las reglas*

48 CSJN; “Llerena, Horacio Luis s/ abuso de armas y lesiones - arts. 104 y 89 del Código Penal -causa N° 3221” del 17 de mayo de 2005. Se debatía en la misma el juego de la garantía de la imparcialidad frente a la tradicional problemática en el ámbito procesal penal, consistente en que la instrucción penal fuera llevada a cabo por jueces correccionales que sustanciaban luego el juicio oral.

49 Así, tuvo presente que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, al interpretar la garantía del art. 8.1, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ha señalado, que *“...la imparcialidad objetiva exige que el tribunal o juez ofrezca las suficientes garantías que eliminen cualquier duda acerca de la imparcialidad observada en el proceso”* (conf. Informe n° 5/96, del 1/3/96, caso 10.970, “Mejía vs. Perú”). Del mismo modo, también la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha destacado el carácter fundamental del derecho a ser juzgado por un juez o tribunal imparcial, como una garantía fundamental del debido proceso. *“Se debe garantizar que el juez o tribunal en el ejercicio de su función como juzgador cuente con la mayor objetividad para enfrentar el juicio. Esto permite a su vez que los tribunales inspiren la confianza necesaria a las partes en el caso, así como a los ciudadanos en una sociedad democrática”* (conf. CIDH, Serie C, N° 107, caso “Herrera Ulloa vs. Costa Rica”, sentencia del 2 de julio de 2004, 171). Respecto de este punto, y siguiendo los precedentes del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la Corte Interamericana formuló la distinción entre los aspectos subjetivos y objetivos de la imparcialidad: *“Primero, el tribunal debe carecer, de una manera subjetiva, de prejuicio personal. Segundo, también debe ser imparcial desde un punto de vista objetivo, es decir, debe ofrecer garantías suficientes para que no haya duda legítima al respecto. Bajo el análisis objetivo, se debe determinar si, aparte del comportamiento personal de los jueces, hay hechos averiguables que podrían suscitar dudas respecto de su imparcialidad. En este sentido, hasta las apariencias podrán tener cierta importancia”* (conf. caso “Herrera Ulloa vs. Costa Rica”, 170 y s.).

procesales que autorizan un procedimiento en el que el juez que tuvo a su cargo llevar adelante la investigación preparatoria y que resolvió que los elementos reunidos durante dicha investigación confirmaban los cargos formulados inicialmente al imputado con la suficiente certeza como para abrir el debate ("auto de elevación a juicio") sea quien decida, en definitiva, la condena".

Por su parte, la disidencia parcial de los Ministros Belluscio y Argibay resaltó que, en realidad, *"se pone en tela de juicio la parcial constitucionalidad de un sistema de juzgamiento"*.

De esa manera, la Corte introduce con efectos para todos los sistemas procesales penales existentes en la Nación, sea la esfera federal o provincial, estándares de imparcialidad que anulan tales modelos de organización judicial.

d) "Borelina": nuevas reglas para la relación entre Estados.

La trascendencia del impacto que ha tenido la incorporación de los tratados de Derechos Humanos en nuestro sistema de producción y aplicación normativa, quizás se aprecie con mayor nitidez en el reciente fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación in re *"Borelina, Rosana Claudia s/ extradición"*⁵⁰, en los fundamentos de la disidencia sostenida por el Ministro Zaffaroni.

Llega el caso a conocimiento de la Corte Federal por el recurso interpuesto por la defensa contra el auto que había acogido favorablemente el pedido de extradición de la ciudadana peruana Rosana Borelina efectuado por las autoridades de su país.

La recurrente solicitaba se dejara sin efecto la resolución favorable al pedido, denunciando la ausencia de garantías -en el país requirente- para que fuera sometida a un proceso justo e imparcial y para que, a todo evento, pudiera recurrir una sentencia condenatoria. Agregaba la defensa como hecho nuevo la situación del sistema carcelario y judicial del país requirente -Perú- que ponía en riesgo derechos fundamentales de la requerida

Más allá de la solución brindada al caso, interesa destacar en el voto disidente del Ministro Zaffaroni cómo se exterioriza claramente la apertura de nuestro sistema jurídico a las normas e interpretaciones internacionales al punto de denegar el ejercicio de una potestad soberana clásica como es el pedido de extradición, circunstancia que -paradójicamente- podría acarrear la responsabilidad internacional del país requerido.

50 CSJN, sentencia del 30 de agosto de 2005.

Ciertamente ya no es tal el enfoque, sino la posibilidad de incurrir en incumplimiento de los tratados al entregar a la ciudadana a su país si aquel no cumple con garantías básicas de respeto a los derechos fundamentales.

Explica el Juez Zaffaroni sobre el punto, con fundamento en informes de diversos organismos internacionales que daban cuenta del deplorable estado de las cárceles peruanas que *“existen razones fundadas para creer que la entrega de Borelina a la jurisdicción extranjera la expondría al peligro o riesgo cierto de ser sometida a tratos crueles”* y que *“el país requirente no ha dado seguridades ni ha incorporado elementos de convicción que indiquen que en caso de que la mujer fuese extraditada no iba estar sujeta a la situación general antes descripta”*.

Por ello, *“frente a esta situación, si la República Argentina concediera la extradición de Borelina violaría el principio vigente del derecho internacional según el cual un Estado parte de un pacto de derechos humanos tiene la obligación de asegurar que cumple sus demás compromisos jurídicos de una forma compatible con ese pacto, pues su responsabilidad internacional podría verse comprometida si la decisión de entrega sometiera al sujeto requerido al sufrimiento o al riesgo de sufrir, en el proceso penal extranjero, una flagrante denegación de justicia o un riesgo efectivo (consecuencia necesaria y previsible) de que sus derechos humanos fundamentales sean violados en jurisdicción del país requirente”*⁵¹.

En fin, el eje de las obligaciones internacionales no tiene ya por objetivo el reaseguro de las potestades soberanas de los Estados sino la protección eficaz de los derechos fundamentales de su principal sujeto: la persona humana, aun a despecho de la autoridad de un Estado independiente.

Ello no es menor en el análisis y enfoque que pretendemos atribuir al presente trabajo y cuyo objeto es demostrar los efectos de la absorción del derecho internacional por parte del derecho interno.

III.- El fallo “Verbitsky”⁵². El Federalismo frente a los derechos fundamentales. Un punto de partida sustancial.

En el precedente “Verbitsky”⁵³, la Corte sentó una serie de postulados con profundas implicancias en el sistema de reparto territorial

51 Cita en su respaldo las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los casos “Soering” del 7 de julio de 1989 —E.H.R.R. Serie A, v. 161— y “Drozd and Janowsek v. France and Spain” del 26 de junio de 1992 —14 E.H.R.R. 745, Serie A, v. 240— y observaciones formuladas por el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en la Comunicación N° 486/1992, caso “Kindler v. Canadá”, del 29 de julio de 1992 y en la Comunicación N° 469/1991, Charles Chitat Ng. c. el Canadá del 5 de noviembre de 1993.

52 CSJN, sentencia del 3 de mayo de 2005.

de competencias propio de la forma de estado federal, si bien no terminó de transitar un sendero que deberá despejarse en próximos pronunciamientos.

En efecto, se esbozó allí una discusión de primer orden de cara a las nuevas reglas del federalismo argentino, relacionada en el caso con las diferentes regulaciones procesales de los institutos de privación cautelar de la libertad (regímenes de prisión preventiva, excarcelación etc.), todo ello frente al examen de las condiciones negativas en que se encuentran las cárceles de nuestro país.

En tal sentido, expresó que *“Cualquiera sea el sistema procesal de una provincia y sin desmedro de reconocer su amplia autonomía legislativa en la materia, lo cierto es que si bien no puede llevarse a cabo la simetría legislativa hasta el extremo de exigir una completa igualdad para todos los procesados del país, la desigualdad tampoco puede extremar las situaciones hasta hacer que el principio federal cancele por completo el derecho a la igualdad ante la ley, pues un principio constitucional no puede borrar o eliminar otro de igual jerarquía”*⁵⁴.

Para luego postular que *“...las provincias se hallan sometidas a un piso mínimo determinado por los estándares internacionales a los que se ajusta la legislación nacional. No es lo mismo que, habiendo dos imputados en igualdad de condiciones y por el mismo delito, uno llegue al juicio libre y otro lo haga después de muchos meses o años de prisión, sin que el Estado Federal se asegure de que en el último caso, al menos, se respeta un piso mínimo común para todo el territorio”*.

Como vemos, la diversidad inherente al federalismo –plasmada por los Arts. 75 inc.12 y 121 de la CN, en cuanto delimitan las materias cuya regulación se ha delegado a la Nación y mantienen por vía residual las restantes en cabeza de las provincias- encuentra un límite preciso en el principio de igualdad cuyo alcance parte desde un *“piso mínimo determinado por los estándares internacionales a los que se ajusta la legislación nacional”*.

Si bien la Corte hace la salvedad que tal principio constitucional no puede derivar en una simetría legislativa *“hasta el extremo de exigir una completa igualdad para todos los procesados del país”*, no es menor que tradicionalmente el control de compatibilidad de las normas provinciales y

53 En el marco de una acción de habeas corpus correctivo colectivo se discutía la aplicación de tratados internacionales suscriptos por nuestro país; la Corte Suprema concluye que ante actos emanados de autoridades públicas susceptibles de generar responsabilidad internacional del Estado Argentino deben instruirse todas las medidas necesarias para poner fin a aquellos. Asimismo, el máximo tribunal manifiesta que los distintos órdenes procesales internos deben armonizarse tendiendo a dar un trato igualitario compatible con los principios constitucionales de orden federal, evitándose de tal modo asimetrías extremas.

54 Voto de los Dres. Enrique S. Petracchi, Juan C. Maqueda, E. Raúl Zaffaroni, Elena I. Highton de Nolasco y Ricardo L. Lorenzetti.

municipales con la Nacional ha sido *vertical* –es decir, a partir del orden jerárquico instituido por el Art.31 de la CN- consistiendo en un cotejo entre la norma local y la federal por si mismas.

Sin embargo, parece adicionarse ahora como factor de comparación –en pos de proteger la igualdad- un cotejo entre las normativas provinciales entre si, las cuales –por conducto del federalismo- no pueden llegar a cancelar la igualdad.

En otras palabras el tratamiento igualitario entre los ciudadanos de las provincias se ha visto fuertemente revitalizado como factor –horizontal y autónomo- de control de constitucionalidad.

En tal línea, añade el Cuerpo con cita de la normativa prevista en el Art.75.22 de la CN, que *“Las Reglas Mínimas para el tratamiento de reclusos de las Naciones Unidas, si bien carecen de la misma jerarquía que los tratados incorporados al bloque de constitucionalidad federal, se han convertido, por vía del art. 18 de la Constitución Nacional, en el estándar internacional respecto de personas privadas de libertad”*.

Como vemos, el parámetro proviene de la aplicación directa de las reglas de los organismos internacionales a partir de las cláusulas constitucionales.

Se advierte así un interesante fenómeno de aplicación de los conceptos jurídicos indeterminados constitucionalmente, cuyos alcances se precisan ahora a partir de la interpretación brindada en el plano internacional.

Es en ese marco actual de evolución jurisprudencial que intentaremos plantear algunos interrogantes en lo atinente al federalismo y su proyección en la disciplina del Derecho Administrativo.

IV.- El efecto expansivo de la internacionalización en el Derecho Administrativo

IV.1º) El derecho administrativo argentino. Su carácter local.

Como vimos al inicio de este trabajo, el carácter local del derecho administrativo viene dado a partir del esquema de reparto de competencias impuesto por el texto nacional, el cual ha sido descrito por la Corte Federal entendiendo que *“de acuerdo con la distribución de competencias que emerge de la Constitución Nacional, los poderes de las provincias son originarios e indefinidos (art. 121), en tanto que los delegados a la Nación son definidos y expresos (art. 75)”*⁵⁵.

55 CSJN, Fallos: 304:1186, entre muchos otros.

El Derecho Administrativo comporta una de esas competencias cuya regulación no ha sido delegada, de allí la importancia que reviste el estudio de los estándares mínimos establecidos a partir de la interconexión gestada desde los tratados de derechos humanos, pues tal fenómeno produce hondas consecuencias en las relaciones internas de la federación.

La pirámide constitucional –erigida desde 1994 en su cúspide por normas cuya creación y aplicación excede ampliamente a los órganos nacionales- es la que permite sostener la uniformidad de criterios mínimos que se enfrentan a la diversidad de un derecho administrativo cuya regulación y gestación es de carácter local.

La constitucionalización del Derecho Administrativo obliga a sujetar los criterios jurisprudenciales locales al impacto cierto y real que los tratados de derechos humanos han provocado en nuestro sistema.

Y, en ese proceso, la realidad jurídica se transforma a partir de los precedentes jurisprudenciales que, sorteando las vallas rituales locales, efectivizan principios constitucionales tales como el de juridicidad⁵⁶, debido proceso adjetivo, acceso directo e irrestricto a la justicia, plazos razonables, no ya a partir de la comprensión dada internamente a esos institutos, sino acatando las pautas interpretativas brindadas por los órganos supranacionales.

El Derecho Administrativo debe encontrar, a través del intenso debate, sus contornos abiertos a los preceptos constitucionales y a la jurisprudencia de los tribunales internacionales que aplican los tratados con jerarquía constitucional, nutriéndose –paralelamente- con las realidades provinciales, las cuales constituyen la primera fuente directa de interpretación ante la ausencia de solución normativa expresa en el orden local o nacional.

56 Como se ha resumido “La Administración Pública debe actuar con arreglo al ordenamiento jurídico, comprendiendo en esta última expresión no sólo a la ley en sentido formal -es decir al acto estatal, general o particular, emitido por el Congreso de acuerdo al procedimiento previsto para la formación y sanción de las leyes- sino también, al sistema jurídico entendido como unidad. Desde esta perspectiva parece, entonces, más preciso, terminológica y conceptualmente, referirse no a la legalidad sino a la juridicidad en tanto locución que, por su carácter genérico, describe mejor el fenómeno que se intenta aprehender. Así, el principio de juridicidad implica que las autoridades administrativas deben actuar con sujeción a los principios generales del derecho -aquellos que derivan de la dignidad de la persona y de la naturaleza objetiva de las cosas a la Constitución Nacional, a los principios que surgen de ella, a los tratados internacionales -que gozan de jerarquía normativa superior a las leyes desde la reforma constitucional de 1994 e, incluso, antes de ella, por imperio de la jurisprudencia sentada en su momento por la Corte Suprema- a la ley formal, a los reglamentos -en subordinación expresada en el conocido principio de inderogabilidad singular de los reglamentos- a los precedentes administrativos, en la medida en que en su seguimiento esté comprometida la garantía de igualdad, y, según alguna doctrina, a ciertos contratos administrativos”. (COMADIRA, Julio R. “Derecho Administrativo”, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2003, p. 493).

El carácter local del Derecho Administrativo, en lo interno de la federación, se encuentra impactado –por vía de la imposición de criterios de uniformidad a los regímenes provinciales- a partir de los principios cardinales impuestos desde los tratados de derechos humanos y su vigencia real a partir de su recepción esencialmente jurisprudencial.

En este contexto las doctrinas sentadas por los fallos de la Corte Federal comportan, en primer lugar, la materialización de la interconexión.

A través de su conducto, se adecua interpretativamente el derecho interno a los principios de los Tratados de Derechos Humanos, recurriendo para ello a las opiniones y jurisprudencia emanadas de los organismos y tribunales que los aplican.

Si, como vemos, la proyección directa desde los Tribunales Internacionales hacia lo interno de la federación conlleva la fijación de pautas de protección y goce de los derechos y garantías para el ciudadano sin distinción de pertenencia alguna, la regulación autónoma de los derechos provinciales y municipales en la rama del Derecho Administrativo sufre una limitación importante: deben adaptarse a los estándares interpretativos provenientes de los tratados de derechos humanos y efectivizados en el derecho interno por la jurisprudencia de la Corte Federal.

Se expanden así sin límite alguno los efectos de los principios que rigen la protección de los derechos fundamentales del hombre, con independencia de las competencias propias y autónomas de los estados provinciales y municipales según el reparto constitucional ya aludido.

En tal contexto, resulta interesante observar –específicamente en esta temática- la interacción del derecho interno de la federación con las obligaciones internacionales, y la influencia recibida desde las diversas normas de la Convención Americana de Derechos Humanos (la cual se tomará como referencia por ser el instrumento con mayor desarrollo aplicativo).

Establece el Art.1º de la Convención Americana que *“Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”*.

El Art. 24 fija el principio conforme el cual *“Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”*.

Por su parte, el Art. 28 determina la llamada Cláusula Federal, en la cual interesa destacar que *“1. Cuando se trate de un Estado parte constituido como Estado Federal, el gobierno nacional de dicho Estado parte cumplirá todas las disposiciones de la presente Convención relacionadas con las materias sobre las que ejerce jurisdicción legislativa y judicial”* y que *“2. Con respecto a las disposiciones relativas a las materias que corresponden a la jurisdicción de las entidades componentes de la federación, el gobierno nacional debe tomar de inmediato las medidas pertinentes, conforme a su constitución y sus leyes, a fin de que las autoridades competentes de dichas entidades puedan adoptar las disposiciones del caso para el cumplimiento de esta Convención”*⁵⁷.

Igualmente, el Art.29 brinda normas relevantes de interpretación para la temática examinada, en cuanto aclara que *“Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza”*.

Por último, el Art.30 impone que *“Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas”*.

Tales normas nos permiten advertir que el diseño territorial de distribución del poder en la Argentina queda ahora marcado por los siguientes factores:

1º) Obligación de la República Argentina de respetar los derechos y libertades reconocidos en la Convención y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

⁵⁷ Salomoni sostiene acertadamente que *“...un ciudadano de una provincia puede invocar el derecho de otra provincia que sea aplicable al caso, y que sea más protector de sus derechos, en sustitución del derecho sancionado en su jurisdicción territorial”* (SALOMONI, Jorge, en su Estudio Preliminar al libro de CASSESE, Sabino *“La Crisis del Estado”*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2003 p.26).

Dada la veda genérica a cualquier acto de discriminación, la obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos a toda persona sujeta a la jurisdicción de la República Argentina alcanza a todos sus habitantes sin posibilidad de marcar un distingo fundado en la pertenencia a una división territorial interna del Estado.

2º) En consonancia con lo anterior, todos los ciudadanos argentinos tienen derecho a *“igual protección de ley”*, es decir, a contar en sus respectivos ámbitos con instrumentos normativos, judiciales y administrativos que les aseguren en igualdad de condiciones el pleno goce de sus derechos fundamentales.

Trasladando la noción de *“piso mínimo determinado por los estándares internacionales”* será factible a partir de la normativa nacional e interprovincial encontrar lineamientos que representen esa noción.

3º) Íntimamente implicado en lo anterior, el gobierno nacional argentino debe cumplir todas las disposiciones de la Convención Americana relacionadas con las materias sobre las que ejerce jurisdicción legislativa y judicial a la par que con respecto a las materias de competencia de las provincias *“debe tomar de inmediato las medidas pertinentes, conforme a su constitución y sus leyes, a fin de que las autoridades competentes de dichas entidades puedan adoptar las disposiciones del caso para el cumplimiento de esta Convención”*.

Tal elemento supone, indudablemente, imponer en cabeza del Estado Nacional un rol de garante de la vigencia cabal de la Convención en todo su territorio, debiendo ejercer su jurisdicción administrativa, legislativa y judicial a tales fines.

De tal manera, el papel de aquel como guardián de los derechos consagrados supranacionalmente lo autoriza a poner en práctica todos los mecanismos brindados por el ordenamiento interno a tales fines, lo cual importa una sensible ampliación de facultades tales como las ejercidas mediante el Recurso Extraordinario Federal, entre otras.

Una clara muestra de lo anterior ha sido el emblemático caso *“Narciso Palacios”*⁵⁸, en el cual se sentaron valiosas reglas frente a una temática siempre candente como es el carácter revisor del contencioso administrativo y las numerosas trabas que se imponen para el acceso a la Justicia.

Es útil detenernos minimamente en los antecedentes del caso para comprender el alcance e importancia del pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el derecho interno argentino.

58 CIDH, Informe 105/99, caso 10.194: *“Palacios, Narciso v. Argentina”*, 29/09/1999, L.L 2000-F, 595, con nota de Carlos A. Botassi.

El contador de un municipio de la Provincia de Buenos Aires, Narciso Palacios, fue dejado cesante mediante decreto del Intendente. Contra ese acto administrativo, emanado de la máxima autoridad comunal, en agosto de 1985, se dedujo directamente demanda contencioso administrativa ante la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires. Dos años después el Tribunal la rechazó in limine litis interpretando que los arts. 1º, 28 y 36 del Código Contencioso Administrativo de 1905, imponen la interposición de un recurso de revocatoria como presupuesto procesal insoslayable, conforme su conocida decisión en el caso "*Lesieux*", fallado en diciembre de 1986 (léase: un año después de promovida la demanda por Palacios).

Es decir que se declaraba la inadmisibilidad de la demanda como resultado de un cambio jurisprudencial que pasaba a exigir como recaudo tendiente al agotamiento de la vía administrativa la interposición de un recurso de reconsideración contra el acto definitivo de la más alta autoridad con competencia para resolver la cuestión. Tal cambio jurisprudencial había operado un año después que el actor iniciara la demanda.

Planteado el recurso extraordinario ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación el mismo fue rechazado, es decir que no se activó desde el plano Federal el rol de garante de los derechos lesionados al Sr. Palacios.

Por ello, el accionante acudió ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos denunciando haber sido víctima de una violación a su derecho de acceso a la tutela judicial y al debido proceso protegido en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana.

Frente a la petición, la Comisión estimó que *“al peticionario se le vulneró su derecho a la tutela judicial efectiva y al debido proceso, consagrado en el art. 25 de la Convención, cuando se le sorprendió con la exigencia retroactiva de un requisito de admisibilidad a la jurisdicción que no se encontraba vigente en el momento de la interposición de su demanda. La seguridad jurídica y el principio de claridad y certidumbre respecto de la jurisdicción competente imponen un mayor rigor a la hora de impedir el acceso a la justicia”*.

Finalmente, la Corte Interamericana se pronunció sobre el tema en términos categóricos cuyos alcances sobre el contencioso administrativo no han sido a la fecha internalizados.

En primer lugar, explicó que la norma reguladora del recurso de reconsideración al establecer que el sancionado "podrá deducir" recurso de revocatoria *“fija un sistema potestativo que, unido a la interpretación jurisprudencial coincidente al momento en que el agente interpuso su demanda, evidencia la no obligatoriedad del agotamiento de la vía administrativa para acceder a la vía judicial”*.

Sumado a ello “constituye una manifiesta desigualdad la aplicación retroactiva de un cambio jurisprudencial que exige el agotamiento de la vía administrativa posterior a la iniciación de la demanda”.

Así, se sostuvo que “el alcance de este derecho fundamental a la tutela judicial efectiva permite evitar que un nuevo criterio jurisprudencial se aplique a situaciones o casos anteriores”.

Explicó en lo sustancial que “El derecho a la tutela judicial efectiva y al debido proceso, garantizados por los arts. 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, imponen una interpretación más justa y beneficiosa de los requisitos de admisión a la justicia, y por el principio ‘pro actione’, deben interpretarse en el sentido más favorable al acceso a la jurisdicción”.

Y enfatizó en lo relativo a las trabas rituales para el acceso a la vía judicial que “Es precisamente este tipo de irregularidades las que trata de prevenir el derecho a la tutela judicial efectiva, garantizado en el Art. 25 de la Convención, el cual impide que el acceso a la justicia se convierta en un desagradable juego de confusiones en detrimento de los particulares. Las garantías a la tutela judicial efectiva y al debido proceso imponen una interpretación más justa y beneficiosa en el análisis de los requisitos de admisión a la justicia, al punto que por el principio ‘pro actione’, hay que extremar las posibilidades de interpretación en el sentido más favorable al acceso a la jurisdicción”.

Por todo ello consideró a la República Argentina responsable del incumplimiento a su obligación de “reconocer y garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva y al debido proceso”, por lo cual “le corresponde indemnizar al ciudadano que sufrió el perjuicio por habersele impedido el acceso a la jurisdicción, en virtud de la aplicación retroactiva de un criterio que modificó la interpretación de la normativa legal aplicable a su caso relativa al agotamiento de la vía administrativa previa”.

Lo anterior demuestra –por cierto- la virtualidad práctica del cambio y la magnitud del compromiso asumido por nuestro país en el Art.1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el que debe ser entendido como “el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos”⁵⁹.

Como ha postulado la Corte Interamericana de Derechos Humanos “El artículo 1° de la Convención obliga a los Estados Partes no solamente a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella, sino a garantizar su

59 CIDH, Caso “Velásquez Rodríguez”, Sentencia del 29/07/1988. Serie C No. 4, párr. 166; Caso “Godínez Cruz”, Sentencia de 20/01/1989. Serie C No. 5, párr. 175.

*libre y pleno ejercicio a toda persona sujeta a su jurisdicción. La Corte ya ha expresado que esta disposición contiene un deber positivo para los Estados. Debe precisarse, también, que garantizar implica la obligación del Estado de tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos que la Convención reconoce*⁶⁰.

Sumado a ello, es claro que no está dado a las Provincias o la Nación invocar sus competencias para justificar la restricción en el reconocimiento o goce de derechos de sus ciudadanos. Claro es que la forma de distribución de poder ínsita en el modelo de Estado federal no podría tener otro objetivo que la efectiva vigencia de los derechos fundamentales reconocidos en la Carta Constitucional.

Ahora bien, existe un denominador común a todo este proceso, especialmente en atención a lo novedoso del mismo, consistente en el principalísimo papel que cabe asignar a la jurisprudencia como fuente del Derecho⁶¹.

En efecto, la doctrina judicial cobra una importancia vital en varios frentes: señalando el real impacto que ha provocado en el Estado Argentino y en lo interno de la federación la incorporación de los tratados de derechos humanos, originando la unificación de criterios mínimos que habrán de adoptar los estados provinciales y cuya “zona” de regulación ha sido afectada directamente por el constituyente de 1994, o –en fin– sujetando las prerrogativas de los restantes poderes estatales al aseguramiento de los derechos fundamentales, sin cortapisa alguna.

IV.2º) Los nuevos perfiles de la jurisprudencia en el Derecho Administrativo.

Según hemos explicado la jurisprudencia recobra su valor como fuente del derecho a partir de este nuevo fenómeno de la internacionalización.

Los casos que nos hemos ocupado de destacar y comentar a partir del enfoque brindado al presente trabajo nos permiten señalar claramente

60 CIDH, OC-11/90 del 10/08/1990 “Excepciones al Agotamiento de los recursos internos (Art. 46.1, 46.2.a y 46.2.b Convención Americana sobre Derechos Humanos”.

61 Es interesante trazar el paralelo con el proceso histórico que dio nacimiento a la disciplina misma del Derecho Administrativo, la cual “tiene su nacimiento en el período comprendido entre la Revolución de 1789 y la terminación del Segundo Imperio. Comienzan entonces a esbozarse los rasgos caracterizadores de lo que Hauriou llamará más tarde el régimen administrativo: existencia de una jurisdicción administrativa especializada y sumisión de la administración a normas diferentes de las del derecho común” (WEIL, Prosper “Derecho Administrativo”, Civitas, Madrid, 1994, p.39). Agrega el autor que “El Consejo de Estado ha segregado el Derecho Administrativo como una glándula segrega su hormona: la jurisdicción ha precedido al derecho y sin aquella, éste no hubiese nacido”.

la obligatoriedad de respetar internamente los mínimos internacionales de protección de los derechos fundamentales del hombre con el fin de evitar la responsabilidad del estado en su ámbito internacional por los compromisos asumidos al tiempo de rubricar los diversos instrumentos internacionales mencionados.

El Derecho Administrativo en su vasta y heterogénea regulación local, encuentra como limitación inmediata la prohibición de adoptar regulaciones inferiores a las protecciones brindadas por los tratados y efectivizadas en su aplicación concreta por la doctrina de la Corte Federal.

La filtración hacia el carácter local del Derecho Administrativo es innegable: La Corte Federal –como órgano integrante de un Estado obligado a organizar todo el aparato estatal hacia el pleno goce de los derechos humanos- unifica criterios teniendo en miras evitar que el Estado Nacional incurra en responsabilidad internacional.

En otras palabras, se produce la uniformidad de mínimos estándares frente a la diversidad de regulación provincial gestada desde el carácter local del Derecho Administrativo.

Esa uniformidad atraviesa la esencia del federalismo en el marco del derecho público, dentro del cual se puede observar quizás el mayor grado de pluralidad y asimetría posible a través de las diversas regulaciones en materia de procedimiento administrativo y de los sistemas de control judicial de la actividad administrativa. De allí que sea posible esperar cambios no menores en ese punto cuando –caso por caso- presenciemos el cotejo de diversas regulaciones locales con el *“piso mínimo brindado por los estándares internacionales”*.

Como vemos, el valor de la jurisprudencia asume aristas interesantes ni bien se la emparenta a la dinámica de un Estado Republicano y Federal que se ha comprometido ampliamente frente a organismos internacionales que se limitan a exigirle resultados en base a los compromisos soberanamente asumidos. Y esos resultados serán logrados –en una importante medida- por el papel unificador de la Corte Federal.

En este punto no es menor advertir que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha establecido el principio conforme el cual los tribunales inferiores deben acatar sus fallos, pero ha sentado algunos alcances particulares en materia de derecho público al referirse a la fuerza vinculante del precedente del Tribunal Federal.

Así, ha admitido como legítimo el apartamiento por parte de los tribunales inferiores de la doctrina por ella sentada en los casos cuya resolución se impone desde la normativa del derecho público⁶²,

62 CSJN, Fallos 304:1459.

expresando que *“...a pesar de la autoridad de que están investidos y el respeto que merecen los precedentes de la Corte, en cuanto Tribunal Supremo de la Nación toda, y las razones de economía procesal, certeza y seguridad jurídicas que aconseja la conveniencia de tender a la uniformidad de la jurisprudencia -en la medida de lo prudente y dentro de la ineludible variedad de las circunstancias de tiempo y lugar- ha de reconocerse que los precedentes del Tribunal carecen de fuerza general legalmente vinculante para los tribunales locales en materia de derecho público local, en virtud de lo dispuesto en los arts. 67, inc. 11, 100, 104 y 105 de la Constitución Nacional. El hecho de que dichos tribunales y los nacionales de la Capital Federal puedan apartarse fundadamente de aquellos precedentes no es, a pesar de algunos inconvenientes que de ello se pudiera derivar, sino una consecuencia necesaria del sistema federal adoptado en la Carta Magna y específicamente en los artículos citados...”*.

Como se ve, es la autonomía del derecho local la que permite a los Tribunales de las provincias -con competencia en la materia administrativa- sostener sus propios criterios jurisprudenciales.

A la luz de lo dicho hasta aquí, cabe preguntarse si tal posibilidad se mantiene.

En esta temática resulta por demás enriquecedor el desarrollo argumental efectuado por la Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci en el caso *“Telefónica de Argentina S.A c/ Municipalidad de Mendoza”*⁶³.

En tal oportunidad, y frente al criterio expuesto por la Corte Suprema Federal en la causa *“Telefónica de Argentina S.A c/ Municipalidad de General Pico”* del 27/02/1997, la magistrada introduce un elemento gravitante para el análisis de la sujeción a los fallos del Alto Tribunal Federal, cuyo apartamiento sostiene en el caso conforme un exhaustivo examen que abarca tanto el plano jurídico como el valor político y económico de la postura adoptada por la Corte de la Nación.

En tal sentido, expuso que *“...esta sala tiene reiteradamente dicho que ‘la jurisprudencia constante de la Corte Federal, es, al menos, moralmente obligatoria para los tribunales del grado porque resulta absurdo obligar a los litigantes a acudir al máximo tribunal del país para lograr una sentencia favorable a sus pretensiones dadas las consecuencias nefastas que tal dilación provoca. He mantenido esa posición, no exenta de críticas que afirman que ‘en aras de la seguridad jurídica se conspira con el dinamismo propio de la jurisprudencia’”*.

Como vemos, el estándar central que lleva a la necesidad del acatamiento de los fallos de la Corte Suprema Federal remite a un elemento que es ajustadamente valorado: la tutela judicial efectiva del

63 SCMza, Sala I, sentencia del 4 de Febrero de 1998, LL Gran Cuyo, 1998-263.

ciudadano y las disvaliosas consecuencias que se siguen de obligarlo a activar la revisión federal para acceder a la admisión de su planteo.

Ahora bien, prosigue la votante aclarando que *“...este acatamiento rige, según estos mismos fallos, cuando sobre el particular existe en la Corte Federal una verdadera jurisprudencia consolidada: cuando no se trata de un fallo aislado, dictado con calificadas disidencias, o que de algún modo pone en duda principios generales consolidados por una jurisprudencia anterior”*.

El razonamiento efectuado por la prestigiosa jurista –a nuestro juicio- nos permite dilucidar la cuestión planteada: el principio que debe prevalecer para resolver un eventual conflicto de criterios nos remite a la tutela judicial efectiva del ciudadano como valor jurídico primario preservado por el ordenamiento. Por ello, tal acatamiento resulta jurídica – y no solo moralmente- exigible a los tribunales inferiores cuando nos encontramos frente a un criterio consolidado.

Ello sin perjuicio de entender que el deber de sujeción a los criterios de la Corte no debe ser entendido como una automática subordinación, pues la regla que debe primar –con la sola salvedad de la existencia de una jurisprudencia sólida- es la libertad de los tribunales para resolver los conflictos de acuerdo a sus propias interpretaciones.

Más allá de tales valoraciones, lo cierto es que la discusión ya no radica hoy en el carácter vinculante de los fallos de la Corte Federal y en la autonomía del Derecho Administrativo; la Corte disciplina la interpretación de aquella protección mínima que viene impuesta al Estado Argentino a partir de los tratados de derechos humanos.

En los casos analizados, el Máximo Tribunal ha sostenido como argumento esencial de sus decisiones, la responsabilidad internacional del Estado como justificación esencial de la resolución del caso.

Por ello, la disyuntiva que se plantea entre el respeto por el carácter local y de autorregulación por las provincias y las obligaciones asumidas por el Estado Federal en la comunidad internacional parece no ofrecer dudas a favor de la prioridad del orden supranacional, lo cual debe entenderse convalidado por el constituyente de 1994 al efectuar el pertinente juicio de compatibilidad con nuestro derecho público.

En suma: los tratados fijan pautas mínimas de protección de los derechos fundamentales del hombre, provocando efectos directos en el Derecho Administrativo. Se debe ajustar la regulación local a los compromisos internacionales encontrando en ellos la uniformidad interna

de la federación como producto de la interconexión de los ordenamientos jurídicos⁶⁴.

De subsistir la normativa provincial en violación de los principios aludidos, la responsabilidad internacional del Estado y la garantía del ciudadano encuentra reparación última en un tribunal trasnacional.

Y esta compatibilización normativa de la federación con los parámetros internacionales explicita un principio mayor: la seguridad jurídica, la cual *“no es sino el resultado del acatamiento de las normas que imperan en el Estado de Derecho las que deben ser respetadas por los poderes públicos con el fin de procurar su vigencia real y no solamente formal. La actuación efectiva de las reglas preestablecidas genera así un clima de seguridad en el cual los particulares conocen de antemano a qué reglas se sujetará la actuación de los gobernantes, de manera que la conducta de éstos sea previsible y, en caso contrario, que haya quien, con potestad suficiente, pueda corregir el error y responsabilizar eficazmente al trasgresor”*⁶⁵.

64 De indiscutible valor como guía para el análisis de esta temática, el fenómeno de integración europeo arroja señales claras sobre los factores determinantes para el éxito de los procesos de internacionalización del derecho. Los principios de *efecto directo* y *primacia*, aplicados de manera uniforme en todo el ámbito comunitario han signado la conformación de un orden único al cual se referencian todos los Estados Partes y sus ciudadanos. Y el componente determinante en la evolución de ese orden jurídico ha residido en las claras facultades conferidas al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas para imprimir líneas de acción imperativas y concretas a los Tribunales Nacionales. Baste corroborar tal aserto con las contundentes posturas sentadas en relación a dichos principios desde hace décadas en sentencias del TJCE tales como: *“Costa v. ENEL”* del 15 de julio de 1964, (Rep. 1964, p. 1.194); *“Los Verdes”*, (Sent. 294/83, Rep. 1986, p. 1.339); *“Van Gend en Loos”*, (Caso. 26/62, Rep. 1963, p. 6 y p. 23); *“Comisión v. Luxemburgo y Bélgica”*, (sentencia del 13 de noviembre de 1964. Casos 90/63 y 91/63); *“Comisión v. Francia”*, (sentencia del 25 de septiembre de 1979. Caso 232/78); *“Politi”* (sentencia del 14 de diciembre de 1971. Caso 43/71); *“Fratelli Variola”* (sentencia del 10 de octubre de 1973. Caso 34/73); *“Linster”* (sentencia del 19 de septiembre de 2000. Caso C-287/98); *“Van Duyn”* (sentencia del 4 de diciembre de 1974. Caso 41/74), *“Simmenthal”*, (Caso 106/77, Rep. 1978, p. 629 y ss., csp, p. 643); *“M. H. Marshall”* (sentencia del 26 de Febrero de 1986); *“Ferriere Busseni”* (sentencia del 22 de febrero de 1990. Caso C-221/88) *“Pretore di Salò”* (sentencia del 11 de junio de 1987. Caso 14/86); *“Harz”* (sentencia del 10 de Abril de 1984. Caso 14/83); *“Comet”* (sentencia del 16 de diciembre de 1976. Caso 45/76); *“Ratti”* (sentencia del 5 de abril de 1979. Caso 148/78); *“Vaneetveld”* (sentencia del 3 de marzo de 1994. Caso C-316/93); *“Fratelli Costanzo”* (sentencia del 22 de junio de 1989. Caso 103/88); *“Andrea Francovich y Danila Bonifaci”* (sentencia del 19 de noviembre de 1991. Casos C-6/90 y C-9/90); *“Comisión v. Italia”* (sentencia de 8 de febrero de 1973. Caso 30/72); *“Foto-Frost”* (sentencia del 22 de octubre de 1987. Caso 314/85); *“Comisión v. Italia”* (sentencia del 26 de febrero de 1976. Caso 52/75); *“Comisión v. Italia”* (sentencia del 17 de febrero de 1970. Caso 31/69), entre otros.

65 CSJN, *“San Luis, Provincia de c/ Estado Nacional s/ Acción de Amparo”* (Sentencia del 5 de marzo de 2003. S. 173.XXXVIII originario). *“La seguridad jurídica es uno de los valores esenciales para la existencia de todo ordenamiento. Las ideas de orden y de inestabilidad son en sí mismas incompatibles”* (BELADIEZ ROJO, Margarita, *“Validez y eficacia de los actos administrativos”*, Marcial Pons, Madrid, 1994, p.262).

V.- Reflexiones finales

A la luz de todo lo dicho, consideramos que el estado actual del fenómeno de la internacionalización del derecho argentino abre el ámbito de una discusión que seguramente se verá marcada por progresos y retrocesos. En tal tarea estimamos relevante advertir ciertos factores.

- 1) La reforma constitucional de 1994 ha comportado un desplazamiento fundamental en los centros de producción y aplicación del derecho Argentino.
- 2) El nuevo ordenamiento exige resultados relativos a la protección directa y plena de los derechos humanos, sin otro límite que las propias reglas internacionales.
- 3) Desde tal prisma, ámbitos centrales de la ordenación interna como el Federalismo y las reglas de interacción entre poderes se desdibujan frente a la necesidad de dar cumplimiento a las obligaciones internacionales.
- 4) Cabal muestra de lo anterior es el carácter local del derecho administrativo, histórica expresión de la diversidad propia del federalismo como sistema de autonormación, que encuentra su criterio de unidad en los estándares interpretativos aludidos.
- 5) En ese proceso, la jurisprudencia interna –en su faz de receptora de los criterios internacionales- se posiciona como una fuente de derecho vigente de profunda significación, a la par que como un elemento de unificación imperativa sobre las instituciones provinciales y municipales.
- 6) Tales postulados permiten marcar la necesidad de revisar nuestra disciplina del Derecho Administrativo, y, en especial, intentar investigar el nuevo contenido y límite del ejercicio de las prerrogativas públicas cuando estas inciden dentro de la órbita de los derechos humanos, cuyo goce en un plano de igualdad debe garantizar el Estado Argentino.
- 7) Un estudio particular deberá merecer la cuestión atinente a la protección cautelar de los derechos humanos, pues en ella quizás radique uno de los mayores temas a ser investigados en el Derecho Administrativo argentino a partir de la incorporación de los tratados de derechos humanos en su jerarquía constitucional referenciada. Permittiéndonos ensayar un replanteo tanto del enfoque del derecho en juego cuyo análisis efectúa el juzgador a fin de constatar su verosimilitud, como de la invocación del interés público como límite a la protección cautelar. Todo ello dentro de la concepción mayor de la tutela judicial efectiva y su vinculación directa con la oportunidad en que la misma es peticionada.