

## **Tratados de Derechos Humanos e internacionalización del derecho administrativo**

Por Pablo Angel Gutiérrez Colantuono.  
Publicado en RAP, 2007, Bs.As.

Pablo A. Gutiérrez Colantuono es abogado por la Universidad de Belgrano y especialista en Derecho Administrativo y Administración Pública por la Universidad de Buenos Aires. Es Director de la Especialización en Derecho Administrativo de la Universidad Nacional del Comahue. Profesor invitado de diversas especializaciones y maestrías en derecho administrativo del país. Profesor adjunto regular de la Universidad Nacional del Comahue en las cátedras de Derecho Administrativo y Seminario Práctica Profesional - módulo Derecho Administrativo. Es integrante del Comité Ejecutivo de la Asociación Argentina de Derecho Administrativo en representación de la Provincia del Neuquén. Ha participado como panelista, conferencista y organizador de diversas jornadas y seminarios de la especialidad, posee diversos artículos y trabajos de investigación de la especialidad publicados en el país y en el extranjero. Es coordinador del libro "Control judicial de la actividad administrativa en Neuquén" y compilador de la obra colectiva "Ordenamientos Internacionales y Ordenamientos Administrativos Nacionales. Jerarquía, impacto y Derechos Humanos". Ejerce la profesión liberal desde el año 1993 en la Provincia del Neuquén.

**Sumario: 1.- La Constitución Nacional y los Derechos Humanos. 2.- El escenario de los Derechos Humanos en la perspectiva federal e integracionista: 2.1.- El proceso de integración: una regulación específica. 2.2.- El derecho público provincial. 3.- La denominada "teoría del mejor derecho" en la diversidad regulatoria federal. 4.- Nuevas tensiones entre derechos y prerrogativas públicas. 5.- La dignidad del hombre y su protección en el derecho administrativo. Tutelas administrativa y judicial efectivas: 5.1.- El procedimiento administrativo y un nuevo principio constitucional. 5.2.- La tutela judicial en el proceso administrativo: nuevos principios. 6.- Conclusiones.**

### **1.- La Constitución Nacional y los Derechos Humanos.**

Una de las novedades del texto constitucional reformado en 1994 es, sin dudas, la positivización de la apertura de nuestro sistema interno hacia el internacional, erigiéndose como una de las bisagras comunicantes entre ambos la jerarquización constitucional de los Tratados de Derechos Humanos bajo la previsión del artículo 75 inc. 22 de la Carta.

El derecho administrativo y cada una de sus instituciones incorporan así un nuevo desafío: el de revisar su compatibilidad con el nuevo orden constitucional y el nivel de adecuación de tal rama a los parámetros y niveles de protección propios de las normas de Derechos Humanos.

Si presuponemos desde 1994 un cambio de paradigma constitucional en que la dignidad del hombre aparece como uno de los valores superiores del texto fundamental, debemos afirmar que la nueva finalidad del obrar estatal es sin dudas la protección y aseguramiento de esa dignidad.

Ello trae aparejado que el interés público o bien común al que debe someterse la Administración Pública en su obrar continuo, práctico e inmediato no sea otro que la eficaz protección de la dignidad del hombre, pues –como se ha precisado– el bien común *"ha de interpretarse como elemento integrante del orden público del Estado democrático, cuyo fin principal es la protección de los derechos esenciales del hombre y la creación de*

*circunstancias que le permitan progresar espiritual y materialmente y alcanzar la felicidad”*<sup>1</sup>.

Es importante remarcar también que el constituyente de 1994, quizás sin advertirlo suficientemente, vino a consolidar a nivel federal el “movimiento” humanista de los diversos procesos reformadores existentes en el vasto derecho público tanto provincial como municipal.

En efecto, una rápida lectura de los últimos textos provinciales o municipales reformados basta para acreditar que el derecho público provincial ha servido de inspiración al poder constituyente federal argentino para finalmente posicionar a la dignidad el hombre como el valor constitucional superior.

Cierra tal ciclo la expresa previsión de la Constitución de 1994 de permitir el traslado de competencias internas a órganos supranacionales de integración bajo la condición de que estos respeten los Derechos Humanos, delimitándose de ese modo una compleja red normativa cuya aplicación se encuentra –sin embargo- guiada por valores comunes.

## **2.- El escenario de los Derechos Humanos en la perspectiva federal e integracionista.**

Las diversas manifestaciones constitucionales sobre los Derechos Humanos han provocado un enfoque múltiple que por sobreabundancia quizás pueda provocar un desorden normativo importante.

Tenemos, según hemos apuntado, normas que surgen o pueden provenir específicamente de: a) los Tratados de Derechos Humanos, b) la regulación que en la materia pudiera dictarse en los procesos de integración conforme el 75 inc. 24 de la Constitución y c) las regulaciones contenidas en el derecho público provincial y municipal.

Inicialmente nos referiremos tan solo las vinculadas al proceso de integración y a las del derecho público local, para luego abordar separadamente algunos principios contenidos en los Tratados de Derechos Humanos y examinar su impacto en determinadas áreas del derecho administrativo.

### **2.1.- El proceso de integración: una regulación específica.**

Los procesos de integración, al menos en el pensamiento de nuestros constituyentes, pueden ser encuadrados como un posible sistema de regulación en lo relativo a Derechos Humanos, transformándose en una fuente normativa en la materia bajo los alcances brindados por el artículo 75 inc. 24.

Puntualmente, puede advertirse una gradual tendencia a ubicar a la regulación de esta temática como un punto de contacto entre el sistema interno y el propio del proceso integracionista del Mercosur.

El Protocolo sobre Compromiso con la Promoción y Protección de los Derechos Humanos del Mercosur, suscripto en Asunción el 20 de junio de 2005 ha sido finalmente

---

<sup>1</sup> Corte IDH, OC-6/86, “La expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos” del 09/05/1986. Serie A Nº 6.

incorporado al sistema interno argentino por la Ley 26.109 sancionada en el mes de Julio del año 2006.

Dicho Protocolo establece -entre otras directivas<sup>2</sup>- la obligación de cooperación mutua entre los socios "*para la promoción y protección efectiva de los Derechos Humanos y libertades fundamentales a través de los mecanismos institucionales establecidos en el MERCOSUR*" (artículo 2º).

Es de esa forma que el derecho de la integración se inserta en el sistema de Derechos Humanos, cobrando trascendencia la tesis esbozada por Jorge Salomoni y conocida como "*teoría del mejor derecho*"<sup>3</sup>.

Como sabemos, esta no es más que la explicitación del deber de extender dentro de una asociación de Estados los estándares mínimos de tutela de los Derechos Humanos como consecuencia directa de la garantía de igual protección de ley, ello con la consiguiente obligación del juez nacional de dar aplicación a la norma más protectora de los Derechos Humanos que se encuentre vigente en la asociación de Estados que conforma el Mercosur<sup>4</sup>.

Es así que la cabal comprensión del derecho a igual protección de ley plasmado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 24) junto a la primaria obligación establecida en el artículo 2º del Protocolo mencionado en punto a fijar una obligación de "*cooperación mutua*" para la protección "*efectiva*" de los Derechos Humanos pareciera respaldar la posibilidad de extender las normas más protectoras hacia todos los ciudadanos integrantes de la comunidad de naciones a que apunta el Mercosur.

A resultas de tal construcción, el derecho de integración opera -por medio de la Convención Americana- como vaso comunicante de normas y criterios jurídicos provenientes de cada Estado Parte a efectos de dotar del mayor grado de protección existente a todos los ciudadanos de la Comunidad.

Como puede notarse, las directivas de los Pactos que imponen asegurar un trato igualitario a las personas adquieren ribetes particulares frente a vínculos asociativos como el que integra nuestro país, pues estrechan el nexo de protección al grado de permitir a los ciudadanos de los Estados parte invocar en sus propios países aquella mayor cobertura que otro de los integrantes otorga a sus nacionales respecto de un derecho reconocido por la Convención Americana.

---

2 Se destacan: a) El reconocimiento de la "universalidad, la indivisibilidad, la interdependencia e interrelación de todos los Derechos Humanos, sean derechos económicos, sociales, culturales, civiles o políticos"; b) El principio conforme el cual "la plena vigencia de las instituciones democráticas y el respeto de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales son condiciones esenciales para la vigencia y evolución del proceso de integración entre las Partes" (artículo 1º); c) La obligación de cooperación mutua "para la promoción y protección efectiva de los Derechos Humanos y libertades fundamentales a través de los mecanismos institucionales establecidos en el MERCOSUR" (artículo 2º); d) La regla por la cual "el incumplimiento a ese deber esencial se traduce en la exclusión del proceso de integración, por medio de "la suspensión del derecho a participar en los distintos órganos del proceso de integración, hasta la suspensión de los derechos y obligaciones emergentes del mismo" (artículo 4º).

3 Esta era una de las diferencias centrales entre Europa y América que postulaba Salomoni en lo relativo a la convivencia -mediante el sistema de fuentes- entre Derechos Humanos y Derecho Comunitario (Ver SALOMONI, Jorge, "Impacto de los Tratados de Derechos Humanos sobre el Derecho Administrativo argentino" en AA.VV Ordenamientos Internacionales y Ordenamientos Administrativos Nacionales. Jerarquía, impacto y Derechos Humanos, Ad Hoc, Buenos Aires, 2006, p. 19).

4 SALOMONI, Jorge Luis, Teoría General de los Servicios Públicos, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, p. 437.

## 2.2.- El derecho público provincial.

Los ciclos constitucionales reformistas llevados a cabo en la década del 80´ y hasta mediados de los 90´ tanto en el derecho público provincial como en aquellos municipios de autonomía plena han permitido concretar u orientar la disposición del artículo 75 inc. 22 de nuestra Constitución Federal de 1994.

Es notable, en efecto, observar la abundante presencia en los preámbulos o en los articulados de las constituciones provinciales o cartas orgánicas comunales de alusiones directas a los Derechos Humanos como valor superior del estado constitucional de derecho. Por solo destacar algunos, tenemos:

Constitución de la Provincia del Chaco: *"con la finalidad de exaltar la dignidad de la persona humana y el pleno ejercicio de sus derechos"*.

Constitución de la Provincia del Chubut: *"con el objeto de garantizar a todos los habitantes el pleno goce de sus derechos, su protagonismo político y un desarrollo humano igualitario"*. Establece el artículo 9 que *"El derecho es el fundamento del Estado y éste se autolimita frente a los derechos naturales del individuo y de las sociedades no estadales, anteriores al Estado mismo y que corresponden al hombre por su propia condición humana"*.

Constitución de la Provincia de Córdoba: *"con la finalidad de exaltar la dignidad de la persona"*.

Constitución de la Provincia de Salta: *"con el fin de exaltar y garantizar la vida, la libertad, la igualdad, la justicia y los demás Derechos Humanos"*.

Constitución de la Provincia de La Rioja: *"Creemos en la primacía de la persona humana y que todos los hombres son iguales en dignidad, tienen derechos de validez universal anteriores a esta Constitución y superiores al Estado"*.

Constitución de la Provincia de Río Negro: *"con el objeto de garantizar el ejercicio universal de los Derechos Humanos sin discriminaciones"*.

Constitución de la Provincia de Santa Fe: *"Nos, los representantes del pueblo de la Provincia de Santa Fe, reunidos en Convención Constituyente con el objeto de organizar los poderes públicos y consolidar las instituciones democráticas y republicanas para asegurar los derechos fundamentales del hombre"*.

Constitución de la Provincia de Santiago del Estero: *"Consolidar el estado de derecho que asegure el imperio de la ley como expresión de la voluntad popular y como garantía de seguridad jurídica; Proteger a todos los habitantes de la Provincia en el ejercicio de los Derechos Humanos"*.

Constitución de la Provincia del Neuquén: *"La administración del Estado, en todos sus órganos y niveles, tendrá como principal objetivo de su organización y funcionamiento dar efectividad a los principios, valores y normas consagradas en la Constitución provincial y, en especial, garantizar a todas las personas, sin discriminación alguna, el goce y ejercicio de los derechos en ella consagrados"* – art. 153 - .

Indudablemente, sería equivocado asignar a esa clara corriente reivindicatoria de la dignidad humana como guía esencial del obrar estatal el carácter de simples declamaciones pasajeras; es por ello que los operadores de cada uno de los sistemas involucrados deben propender en su ámbito a materializar en cada acción esas directivas.

### **3.- La denominada "teoría del mejor derecho" en la diversidad regulatoria federal.**

Como hemos adelantado, la teoría del mejor derecho propugnada por Salomoni es una extensión del principio de igualdad de ley y encuentra su vértice en el medular principio pro homine.

En su máxima expresión, la propuesta consiste en posibilitar la invocación de la norma más protectora de los Derechos Humanos existentes en el sistema interno entendido en un sentido amplio; es decir, extraer de toda la regulación del derecho público municipal, provincial y federal, incluida la remisión al Mercosur por imperio del 75 inc. 24 de la Constitución y el Protocolo de Derechos Humanos de esa asociación de Estados, la disposición que tutela de modo más amplio un derecho fundamental.

Esa tarea hermenéutica es sin dudas compleja, en gran parte por la multiplicidad normativa inherente al modelo federal de nuestro Estado.

Sin embargo, pareciera que esa diversidad debe adecuarse a la esencial dimensión de la garantía de la igualdad cuando se la examina desde el plano de los Derechos Humanos, pues ella integra el "*jus cogens*" internacional<sup>5</sup> e impide consecuentemente que en el plano asociativo entre Estados sea dejado de lado el trato igualitario entre los ciudadanos, que –aunque sujetos a jurisdicciones nacionales o provinciales– se encuentran bajo un plexo de amparo de sus derechos que les es común.

De tal manera, la protección de los derechos fundamentales encuentra su vaso comunicante a partir de la unión de naciones para propender a garantizar un trato igual no sólo en el plano interno y frente a los Pactos sino también frente a normas de otros integrantes que aseguren la efectividad de los derechos en la que reside el fundamento último de las relaciones internacionales actuales.

En igual forma, la determinación del marco competencial dentro de la esfera de reparto territorial de atribuciones de nuestro Estado Federal encuentra su vértice, su finalidad excluyente, en la efectiva protección de los derechos fundamentales, razón por la cual el federalismo debe ser aprehendido a partir de una premisa básica: su objetivo último y la interpretación de sus alcances deben ubicarse en el cumplimiento del deber de protección de los derechos fundamentales y no en la preservación de espacios de poder

---

5 "El principio de igualdad ante la ley y no discriminación impregna toda actuación del poder del Estado, en cualquiera de sus manifestaciones, relacionada con el respeto y garantía de los Derechos Humanos. Dicho principio puede considerarse efectivamente como imperativo del derecho internacional general, en cuanto es aplicable a todo Estado, independientemente de que sea parte o no en determinado tratado internacional, y genera efectos con respecto a terceros, inclusive a particulares. Esto implica que el Estado, ya sea a nivel internacional o en su ordenamiento interno, y por actos de cualquiera de sus poderes o de terceros que actúen bajo su tolerancia, aquiescencia o negligencia, no puede actuar en contra del principio de igualdad y no discriminación, en perjuicio de un determinado grupo de personas... En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *jus cogens*" (Corte IDH, OC-18/03, "Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados" del 17/09/2003. Serie A No. 18)

desprendidos de esa idea. A la luz de tal noción, el análisis de la distribución de competencias entre Nación y Provincias no puede derivar –tanto en un plano general normativo como en un supuesto particular de orden administrativo o judicial- en la lesión de esos derechos y es justamente en el marco de un posible trato desigual que la teoría comentada adquiere su mayor entidad.

No queremos dejar el presente tópico sin recordar la postura de la Corte Federal Argentina en el caso “Verbitsky”<sup>6</sup> pues en él, a nuestro criterio, se sentaron una serie de postulados con profundas implicancias en el sistema de reparto territorial de competencias propio de la forma de estado federal.

Dijo allí la Corte 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"*<sup>7</sup>.

Como vemos, la diversidad inherente al Federalismo –plasmado por los Arts. 75 inc. 12 y 121 de la Constitución Nacional, 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 ahora como límite directo el principio de igualdad.

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"*, cuestión discutible, por cierto, no es menor que tradicionalmente el control de compatibilidad de las normas provinciales y municipales con la Nacional ha sido vertical –es decir, a partir del orden jerárquico instituido por el Art. 31 de la Carta- consistiendo en un cotejo entre la norma local y la federal por sí mismas. Sin embargo, parece adicionarse ahora como factor de comparación –en pos de proteger la igualdad- un cotejo entre las normativas provinciales entre sí, 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 erigido como un factor –horizontal y autónomo- de control de constitucionalidad.

#### **4.- Nuevas tensiones entre derechos y prerrogativas públicas.**

Todo este nuevo panorama caracterizado por la pluralidad normativa llevó a Salomoni a cuestionarse si había cambiado el fundamento positivo que brindaba sustentabilidad al derecho administrativo<sup>8</sup>.

---

6 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 tales actos. 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.

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

8 SALOMONI, Jorge, "Impacto de los Tratados de Derechos Humanos sobre el Derecho Administrativo argentino" en AA.VV Ordenamientos Internacionales y Ordenamientos Administrativos Nacionales. Jerarquía, impacto y Derechos Humanos, op. cit.

Tal interrogante, producto del nuevo escenario constitucional, puede encontrar respuesta al menos parcialmente desde la revisión de las instituciones del Derecho Administrativo y del impacto que han recibido frente al nuevo sistema de derechos.

El punto de partida de ese análisis es el deber primario de los Estados establecido en el artículo 1.1 de la Convención Americana, consistente en *“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”*<sup>9</sup>.

Sabiendo siempre 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”*<sup>10</sup>.

Sentando lo anterior, es quizás en materia de protección de los denominados derechos sociales donde puede verse con mayor nitidez la tensión entre el sistema de Derechos Humanos -con una especial protección a partir del Protocolo de San Salvador<sup>11</sup>- y las normas internas en el campo del derecho público.

Dicha tirantez se percibe claramente en los fallos de la Corte Federal Argentina que referiremos y que comportan a nuestro criterio la explicitación de un nuevo paradigma judicial. Este, denominado paradigma protectorio, importa la conciencia del juez de no quedar atrapado en las trabas procesales las cuales deben ceder ante valores superiores – derechos fundamentales - en juego y que deben ser concretados en el caso cuya resolución se le solicita.

En el caso “Rodríguez Karina”<sup>12</sup>, se vislumbra la reformulación del rol de los jueces frente a las omisiones estatales. En tal decisorio ambos votos -mayoría y minoría- parten de considerar la trascendencia del bien cuya protección se pretende –derecho alimentario de menores de edad en estado de probada indigencia- y es ese extremo el que permite a la Corte Federal ingresar en la solución del caso pese a suponerse incompetente. Se trataba de una acción de amparo iniciada contra el Estado Nacional, la Provincia de Buenos Aires y la Municipalidad de Quilmes por la cual se solicitaba en base a la ley 25.724 -Programa Nacional de Nutrición y Alimentación- al Poder Judicial que ordenara el cese de las acciones y omisiones de dichas agencias estatales que habían colocado en grave estado de desnutrición a los menores y dispusiera urgentes acciones para superar tal estado.

En ese escenario, la Corte, en el voto mayoritario, se declara incompetente en atención al domicilio de la demandante, pero sin perjuicio de ello otorga la medida cautelar solicitada, al tener por suficientemente verosímil el derecho alegado y el peligro en la demora.

---

9 Corte IDH, Casos “Velásquez Rodríguez vs. Honduras”. Sentencia del 29/07/1988. Serie C Nº 4 y “Godínez Cruz vs. Honduras”. Sentencia del 20/01/1989. Serie C Nº 5.

10 Corte IDH, OC-18/03, “Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados”, cit.

11 Aprobado por Ley 24.658, sancionada el 15/07/1996.

12 CSJN, “Rodríguez, Karina V. c/ Estado Nacional y otros”, 07/03/2006. LL Sup. Adm 2006 (julio), 11.

En cambio, el voto de la minoría remite en su razonamiento al enfoque tradicional de este tipo de casos, requiriendo la previa existencia de una denegatoria administrativa que exhiba la conducta omisiva o comitiva del Estado<sup>13</sup>.

Un segundo caso interesante es el precedente "Floreancig"<sup>14</sup>, fallado por el Alto Tribunal en julio del 2006. Los actores, en nombre propio y en representación de su hijo, promovieron acción de amparo contra el Estado Nacional, a fin que se le ordenara -en su carácter de garante subsidiario de la salud del menor- brindar al niño la prestación de los servicios médicos que éste requería, dada la enfermedad de fibrosis quística que sufría y la omisión de cobertura por parte de la mutual de los demandantes.

Admitida la pretensión en las instancias inferiores, las actuaciones llegan a la Corte Suprema por vía del recurso extraordinario federal incoado por el Estado Nacional, en el cual se plantean los siguientes agravios: a) que no se observan los requisitos de admisibilidad de la vía de amparo porque la actora no inició trámite administrativo alguno y no existen derechos constitucionales conculcados por su parte; b) que el fallo que admite el amparo traslada indebidamente al Estado Nacional la responsabilidad de atender al menor y libera a la mutual y a la autoridad local de las obligaciones que pesan sobre ellas; c) que la materia de salud es facultad reservada por las provincias, no delegada a la Nación; d) que se contradice el carácter subsidiario de la actividad del Estado Nacional en cuestiones sanitarias y así, viola los derechos de propiedad y defensa en juicio.

Frente a esos planteos la Corte adhiere al Dictamen del Procurador, quien en lo sustancial puntualizó que el menor padecía una enfermedad de suma gravedad, que no contaba con la cobertura de la obra social a la que era afiliado- por estar la mutual en concurso preventivo- y que el grupo familiar no poseía los recursos necesarios para afrontar el tratamiento y que detenta el certificado que lo acredita como persona con discapacidad conforme dispone la Ley 24.901.

En virtud de esos elementos -y relativizando las cuestiones vinculadas con la distribución de competencias entre entidades estatales- subrayó que *"carece de sentido la alegación del Estado Nacional en punto a su falta de responsabilidad en la atención del menor por corresponderle a otro órgano o jurisdicción porque lo fundamental es que, conforme al régimen legal éste debe asistirlo. Ello es así, sin perjuicio de que recupere los costos por las vías pertinentes, de quien, en definitiva resulte obligado a afrontarlas o que ejerza la actividad que crea necesaria para lograr la adecuada participación de la autoridad local"*.

Como podemos ver, aquí la Corte parece permeabilizar el mandato del subsistema de Derechos Humanos frente al reparto federal de competencias, relativizando sus alcances en el caso concreto de cara a la obligación del Estado de otorgar contenidos mínimos a los derechos de tipo prestacional y a la responsabilidad internacional que el incumplimiento de esa directiva conlleva.

En suma: en el plano del derecho a la salud, la Corte ha enfatizado que el ordenamiento internacional obsta a que el Estado Nacional pretenda relevarse de

---

13 Las Ministras Argibay y Highton de Nolasco, señalaron que del relato efectuado por la actora y de la documentación acompañada por ella no surgía que ningún organismo público hubiera negado a los hijos de la peticionante el acceso a las prestaciones requeridas. Además no advierten la existencia de actos u omisiones que con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta afecten o amenacen los derechos invocados.

14 CSJN, "Floreancig, Andrea Cristina y otro por sí y en representación de su hijo menor H., L. E. c/ Estado Nacional s/ amparo" del 11/07/2006.

asegurar las prestaciones asistenciales invocando la delegación de dicha materia a las Provincias<sup>15</sup>.

De modo tal que la división de atribuciones no puede ser válidamente invocada con el fin de desatender la protección del derecho fundamental de un ciudadano: el Estado Nacional es el obligado internacionalmente y queda a éste arbitrar los mecanismos internos para evitar que esa obligación se convierta en causa de una sobrecarga injustificada de acuerdo a las pautas correspondientes.

Ese es el temperamento que se desprende de los pronunciamientos de la Corte Interamericana, quien ha dicho recientemente que *"Ante la orden de esta Corte de adopción de medidas provisionales, cuyo objeto es la protección de la vida e integridad de las personas detenidas en aquellos centros penitenciarios y de quienes se encuentren al interior de los mismos, el Estado no puede alegar razones de derecho interno para dejar de tomar medidas firmes, concretas y efectivas en cumplimiento de las medidas ordenadas, de modo que no se produzca ninguna muerte más. Tampoco puede el Estado alegar la descoordinación entre autoridades federales y provinciales para evitar las muertes y actos de violencia que han continuado ocurriendo durante la vigencia de éstas. Más allá de la estructura unitaria o federal del Estado Parte en la Convención, ante la jurisdicción internacional es el Estado como tal el que comparece ante los órganos de supervisión de aquel tratado y es éste el único obligado a adoptar las medidas. La falta de adopción por el Estado de las medidas provisionales compromete la responsabilidad internacional del mismo"*<sup>16</sup>.

Como podrá advertirse, esos pronunciamientos dan cuenta de la relativización que la efectiva tutela de los derechos supone para la organización territorial del poder.

Es así que la combinación entre las precisas obligaciones internacionales en la materia –conforme lo ha explicitado la Corte Federal- y la imposibilidad de invocar frente a su infracción razones de derecho interno del Estado Parte marcan un nuevo punto de tensión con institutos afincados de nuestro sistema. Es crucial para nuestro país que nos aboquemos seriamente a su análisis y superación.

## **5.- La dignidad del hombre y su protección efectiva en el derecho administrativo: tutelas administrativa y judicial efectivas.**

### **5.1.- El procedimiento administrativo y un nuevo principio constitucional.**

La incorporación constitucional del principio de la tutela administrativa efectiva es el ejemplo más claro de la influencia del nuevo orden jurídico en el derecho administrativo.

La Corte Federal en el caso "Astorga", al sostener que la tutela efectiva de los derechos no es solo un deber de los jueces sino también de la propia Administración<sup>17</sup>,

---

15 CSJN, Fallos 323:3229, 324:3569, 327:2127; "Orlando, Susana Beatriz c/ Buenos Aires, Provincia de y otro s/ amparo" del 24/05/2005 y "Sánchez, Norma Rosa c/ Estado Nacional y otro s/ acción de amparo", del 20/09/2005.

16 Corte IDH, Resolución del 30/03/2006. Medidas Provisionales. "Caso de las Penitenciarías de Mendoza". Ese criterio fue seguido Por la Corte Federal en la causa "Lavado, Diego Jorge y otros c/ Mendoza, Provincia de y otro s/ Acción Declarativa de Certeza", resoluciones del 06/09/2006 y 13/02/2007.

17 Es así que este concepto "supone la posibilidad de ocurrir ante los tribunales de justicia -a lo que cabe agregar, ante las autoridades administrativas competentes- y obtener de ellos sentencia o decisión útil relativa a los derechos de los particulares o litigantes (...) y que requiere, por sobre todas las cosas, que no se prive a

incorporó definitivamente al sistema interno a la tutela administrativa como principio estructurante del procedimiento administrativo.

Tutela administrativa que implica al menos, la obligación por parte de la Administración de resolver en tiempo útil y mediante decisión fundada la petición ante ella formulada.

Esta noción trae aparejada un claro deber de la Administración Pública de dar un contenido tuitivo a sus procedimientos y decisiones, los cuales no pueden limitarse a la mera aplicación de pasos rituales desprovistos de la finalidad puntual de garantizar una adecuada y oportuna tutela de la dignidad del hombre<sup>18</sup>. Generando, consecuentemente, un derecho subjetivo del ciudadano a un procedimiento administrativo ágil, eficiente y que resuelva fundamente las pretensiones esgrimidas en un plazo razonable.

En este sentido, la idea misma de "tutela administrativa efectiva" necesariamente implica abandonar la doctrina de la "subsanción", que ha permitido sanear en sede judicial serias afectaciones al derecho de defensa acaecidas en el curso de un procedimiento administrativo.

Es que tal teoría de la subsanción permite convalidar la abdicación por parte de la autoridad administrativa de su deber fundamental de propender a la protección de los valores esenciales de la comunidad, al apartarse aquella de los principios de legalidad y debido proceso<sup>19</sup>.

En igual sendero, la tutela efectiva encomendada a la Administración obsta a que sus prerrogativas de autotutela ejecutoria, complementadas con el carácter equívocadamente "revisor" asignado al control judicial del obrar administrativo en la mayoría de nuestras legislaciones, deriven en la lesión del derecho con anterioridad a la concreta decisión sobre la validez de la medida estatal que lo afecta.

De tal manera, la presunción de legitimidad y ejecutoriedad de los actos administrativos, así como el carácter no suspensivo de los recursos administrativos, deben encontrar sus necesarias matizaciones a partir de una interpretación amplia tanto en sede administrativa como judicial de la posibilidad de paralizar en determinados supuestos los efectos de los actos lesivos<sup>20</sup>, a fin de evitar la distorsión del sistema de garantías.

Una interpretación flexible de los requisitos de suspensión de la ejecución del acto administrativo es deseable, pues es aquella la herramienta que nos proveen los sistemas jurídicos positivos para evitar una lesión irreparable a los derechos del particular como resultado del obstáculo de acceso a la justicia que el previo agotamiento de la vía

---

nadie arbitrariamente de la adecuada y oportuna tutela de los derechos que pudieren eventualmente asistirle sino por medio de un proceso -o procedimiento- conducido en legal forma y que concluya con el dictado de una sentencia -o decisión- fundada" (CSJN, "Astorga Bracht, Sergio y otro c/ COMFER – Decreto Nº 310/98 s/ amparo Ley Nº 16.986" del 14/10/2004).

18 Ver, en esa línea, lo expresado por la Comisión Interamericana en el Informe 105/99, caso 10.194: Palacios, Narciso-Argentina, 29 de septiembre de 1999, L.L 2000-F, 595, con nota de Carlos A. Botassi.

19 La "teoría de la subsanción", reconocida por la Corte Federal Argentina en los casos "Duperial" (Fallos 301:953), "Soñes" (310:272), "Karma" (310:360), "Universidad Bartolomé Mitre" (273:134), entre tantos otros, resulta altamente pernicioso para la legalidad estatal, transformando a los recaudos impuestos para la emisión de una recta decisión en meros rituales intercambiables temporalmente a juicio del administrador, elemento que -naturalmente- ilustra sobre su irrelevancia de hecho en la adopción de la postura administrativa.

<sup>20</sup> Ampliar en JUSTO, Juan "Autotutela e imparcialidad. Proyecciones frente al sistema contencioso federal". *Boletín de la Asociación Argentina de Derecho Administrativo* Nº 9, Marzo 2006.

administrativa supone<sup>21</sup>. Ello no es más que una consecuencia lógica de la aplicación del principio de tutela administrativa efectiva en el ámbito procedimental administrativo.

Por otra parte, reviste particular interés indagar en torno de las determinantes proyecciones que la tutela administrativa efectiva y la igualdad de armas poseen en uno de los ámbitos más reticentes a admitir cambios como es el procedimiento sancionatorio, en el cual se nota una genérica resistencia a permitir la "intromisión" de reglas tales como el plazo razonable, la imparcialidad u otras categorías derivadas genéricamente de la garantía del debido proceso.

Durante muchos años ha sido un lugar común defender la matización de ciertas garantías, desarrolladas como es sabido principalmente en el seno del Derecho Penal, respecto de otros cauces institucionales en los cuales el Estado también impone penas a las personas, aduciendo para ello una diversidad en los intereses protegidos o en las finalidades procuradas por el Estado.

Muestra clara de ello es la pretendida diferenciación de fines entre el procedimiento administrativo sancionador y el derecho penal, distingo al que se echa mano para justificar la no aplicación de ciertas garantías del segundo al primero, sin perjuicio de la aplicación de algunos principios penales mitigados al punto de su anulación, para no quedar lisa y llanamente fuera del artículo 18 de la Constitución Nacional.

Pues bien, daría la impresión que esa diversidad de fines –de existir- no justifica hoy la negación de aquellos resguardos que provienen del régimen de Derechos Humanos como presupuestos mínimos que debe respetar el Estado en el ejercicio de sus potestades y en especial de su función punitiva, a resultas de lo cual el debido proceso adquiere una virtualidad propia que impide su postergación en cualquier plano, reforzando una tendencia hacia la aplicación directa de las garantías desarrolladas en el proceso penal –mas no privativas de aquél- en otros ámbitos de imposición de castigos y aún de cargas en general.

Se recalca que esa aplicación es *directa*; no se trata de *traslado* alguno de garantías *propias* del derecho penal al procedimiento administrativo, por cuanto el máximo grado de garantías reconocido en los tratados internacionales de Derechos Humanos es el principio unificador de todo el obrar estatal, sin importar si ese obrar tiene como ámbito regulador reglas internas nacidas bajo la égida de la distinción entre disciplinas jurídicas.

Ahora bien, si el derecho penal nos brinda un desarrollo de mayor grado en materia de garantías aplicaremos sus principios ante la ausencia de regulación de igual protección en la potestad persecutoria estatal extra penal. Dicha aplicación rige aquí porque es la norma más protectora de los derechos fundamentales de las personas

---

21 Ver, en esta temática, las posturas favorables a la suspensión de los efectos de los actos administrativos previa al agotamiento de la vía administrativa de autores como COMADIRA, Julio R. Procedimientos Administrativos. Ley Nacional de Procedimientos Administrativos Anotada y Comentada, Tº I, La Ley, Buenos Aires, 2002, p. 240; GORDILLO, Agustín, Procedimiento Administrativo, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2003, p. 164; CANDA, Fabián O. "La suspensión de los efectos del acto administrativo" en COMADIRA, Julio R., Elementos de Derecho Administrativo, La Ley, Buenos Aires, 2005, p. 651; GARCIA PULLES, Fernando R. Tratado de lo contencioso administrativo, Tº 2, Hammurabi, Buenos Aires, 2004, p. 832; MUÑOZ, Guillermo Andrés, Inmunidad del poder: la inactividad administrativa, LL 1990-B, 891; SAMMARTINO, Patricio, Principios constitucionales del amparo administrativo, Lexis Nexis, Buenos Aires 2003, p. 406; entre tantos otros. También la Corte Suprema in re "Hughes Tool Company S.A c/ Gobierno Nacional" (LL 1985-C, 140) admitió la posibilidad de suspensión de los efectos de un acto en el caso en que se cause "agravio irreparable al derecho constitucional cuya tutela se procura".

sometidas al poder estatal punitivo, lo cual es consecuencia natural de sostener al principio pro homine como estructurante de todo el sistema de Derechos Humanos.

La plena vigencia de las garantías informantes del debido proceso adquiere de esa manera el alcance de un imperativo genérico que no se detiene por ser formalmente diferente el espacio en que se despliega la potestad estatal de imponer cargas o infligir castigos<sup>22</sup>.

Como ha subrayado la Corte Interamericana al examinar el artículo 8° de la Convención Americana, *"es preciso tomar en cuenta que las sanciones administrativas son, como las penales, una expresión del poder punitivo del Estado y que tienen, en ocasiones, naturaleza similar a la de éstas. Unas y otras implican menoscabo, privación o alteración de los derechos de las personas, como consecuencia de una conducta ilícita. Por lo tanto, en un sistema democrático es preciso extremar las precauciones para que dichas medidas se adopten con estricto respeto a los derechos básicos de las personas y previa una cuidadosa verificación de la efectiva existencia de la conducta ilícita"*<sup>23</sup>.

Para, finalmente, brindar un marco interpretativo definitorio: *"La justicia, realizada a través del debido proceso legal, como verdadero valor jurídicamente protegido, se debe garantizar en todo proceso disciplinario, y los Estados no pueden sustraerse de esta obligación argumentando que no se aplican las debidas garantías del artículo 8 de la Convención Americana en el caso de sanciones disciplinarias y no penales. Permitirle a los Estados dicha interpretación equivaldría a dejar a su libre voluntad la aplicación o no del derecho de toda persona a un debido proceso"*<sup>24</sup>.

Y ese criterio no se detiene allí, pues el tribunal americano tiene dicho que pese a que *"En materias que conciernen con la determinación de los derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter el artículo 8 no especifica garantías mínimas, como lo hace en el numeral 2 al referirse a materias penales"* debe entenderse que *"el concepto de debidas garantías se aplica también a esos órdenes y, por ende, en ese tipo de materias el individuo tiene derecho también al debido proceso que se aplica en materia penal"*<sup>25</sup>.

No se condice entonces con la magnitud de los principios involucrados la pretensión de abandono o reducción de las garantías en base al distinto plano en que se ejecuta la potestad estatal de imponer penas, a resultas de lo cual toda expresión de ese poder encuentra límites ciertos cuyo mayor exponente es el derecho penal.

---

22 Así lo ha remarcado la Corte Suprema Federal argentina, expresando que "...al constituir las sanciones disciplinarias el ejercicio de un inocultable y auténtico ius puniendi que incide desfavorablemente en la esfera de derechos del sujeto, esas sanciones no pueden desentenderse en su aplicación de las exigencias mínimas e imprescindibles emanadas del estatuto fundamental" (CSJN, Fallos: 302:579; 303:378 y 2010; 307:1858 -LL, 1986-D, 663).

23 Corte IDH, Caso "Baena Ricardo y Otros v. Panamá", sentencia del 02/02/2001. Agregó allí que "en aras de la seguridad jurídica es indispensable que la norma punitiva, sea penal o administrativa, exista y resulte conocida, o pueda serlo, antes de que ocurran la acción o la omisión que la contravienen y que se pretende sancionar. La calificación de un hecho como ilícito y la fijación de sus efectos jurídicos deben ser preexistentes a la conducta del sujeto al que se considera infractor. De lo contrario, los particulares no podrían orientar su comportamiento conforme a un orden jurídico vigente y cierto, en el que se expresan el reproche social y las consecuencias de éste. Estos son los fundamentos de los principios de legalidad y de irretroactividad desfavorable de una norma punitiva".

24 Corte IDH, "Baena", sent. cit.

25 Corte IDH, Opinión Consultiva OC-11/90, "Excepciones al Agotamiento de los Recursos Internos -Art. 46.1, 46.2.A Y 46.2.B Convención Americana Sobre Derechos Humanos-" del 10/08/1990.

Esas garantías mínimas, entre otras, se traducen en la prohibición de: a) aplicar sanciones sin dar derecho a ser oído previamente, ofrecer y producir prueba y controlar la producida por el Estado; b) imponer sanciones que no se encuentren previa y claramente delimitadas por el ordenamiento legal aplicable en forma previa a los hechos que se analizan; c) aplicar extensiva y/o analógicamente disposiciones punitivas; d) omitir la fijación de plazos de prescripción de la posibilidad estatal de perseguir el castigo de las acciones individuales; e) fijar impedimentos para un control judicial efectivo, pleno y útil de la imposición de sanciones por la Administración, f) establecer disposiciones que impliquen la carga de la prueba en cabeza del imputado o que de cualquier modo lo obliguen a probar su inocencia; y, en fin, g) todas aquellas prerrogativas que encierren desconocer los límites con que el estado constitucional de derecho ha ido rodeando la capacidad de imponer sanciones.

Dichas ideas conllevan la necesaria reformulación de los procedimientos administrativos sancionatorios con el fin de adecuarse a la tutela de los principios esenciales provenientes del sistema punitivo estatal.

Como hemos adelantado y remarcamos nuevamente la aplicación de las garantías a todo tipo de procedimiento sancionador de la Administración no se da ya por la extrapolación matizada de los principios del derecho penal al derecho administrativo sino por aplicación directa, preeminente e insoslayable –so pena de responsabilidad internacional- de las garantías reconocidas en los instrumentos constitucionalizados.

En otras palabras, no se trata de *transplantar* institutos de una rama interna hacia otra rama interna, sino de aplicar directamente garantías que rigen globalmente para todo el sistema jurídico argentino porque se encuentran en la cúspide de su estructura normativa, a la cual el legislador, el administrador y el juez tienen el deber de atenerse. El elenco de garantías contenidas en el artículo 8 numerales 1 y 2 del Pacto de San José de Costa Rica rige tanto los conflictos jurídicos penales como los que se suscitan en el resto del ordenamiento jurídico, entre ellos el derecho administrativo.

## **5.2.- La tutela judicial en el proceso administrativo: nuevos principios.**

Sin dudas el pro homine y la igualdad de armas constituyen dentro del vértice de la tutela judicial efectiva dos principios cardinales a los cuales debe adecuarse el proceso administrativo ante el pedido concreto de la tutela de derechos y garantías especialmente protegidas.

El primero de ellos reconocido por la Corte Interamericana como criterio exegético por excelencia en materia de Derechos Humanos<sup>26</sup>, impone acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria.

En ese orden, es útil examinar la construcción efectuada por la mayoría de la Corte Federal en el caso "Resch"<sup>27</sup> –siguiendo la opinión del Procurador– por medio de la

---

26 Corte IDH, caso "La última Tentación de Cristo", del 05/02/2001 y OC 5/85, "La colegiación obligatoria de periodistas (artículos 13 y 29, Convención Americana sobre Derechos Humanos)" del 13/11/1985, Serie A, Nº 5, párrafo 46.

27 CSJN, "Resch, Héctor J. c/ Policía Federal", 26/10/2004, LL Sup. Adm 2005 (diciembre), 39, con nota de Nicolás Diana.

cual se veda la extensión a casos no previstos del recaudo del agotamiento de la vía administrativa y el consiguiente plazo de caducidad del Art. 25 de la Ley 19.549.

Expresamente se sostuvo –brindando un análisis global del régimen de la Ley 19.549- que sus disposiciones, por limitar el acceso a la jurisdicción, deben ser interpretadas en forma restrictiva, sin extender su aplicación a situaciones que no se encuentran expresamente contempladas, apoyándose para ello en la fuerza que brinda el principio *in dubio pro actione*, rector en materia de habilitación de instancia.

El segundo principio, de igualdad de armas, remite a la idea que el justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables<sup>28</sup>.

En el citado caso “Resch” la Corte Federal sostiene -en un “obiter” no menor- la imposibilidad de los jueces de denegar de oficio la habilitación de la instancia judicial o declarar por esa vía la caducidad de la acción deducida, ello aún cuando la tendencia normativa en la materia –tomando diversos precedentes del Alto Tribunal- ha cristalizado en la reforma de los Arts. 30 a 32 de la Ley 19.549 por la Ley 25.344 la expresa obligación de los magistrados de controlar oficiosamente la satisfacción de esos presupuestos. Esa línea argumental parece desprenderse también del precedente “Sisterna”<sup>29</sup>, al expresarse allí la imposibilidad de aplicar a situaciones ya consolidadas las previsiones de la ley 25.344 –caducidad en materia de denegación ficta– pues –aún cuando fueran consideradas de orden público las normas de procedimiento administrativo- aquel debe ceder cuando de su aplicación se infiera una privación de justicia respecto de derechos de naturaleza alimentaria que gozan de protección constitucional.

Como podrá notarse, esas puntualizaciones denotan una gradual permeabilización del principio de igualdad de armas, el cual podría verse afectado a través del control judicial de oficio de determinados recaudos procesales específicos del proceso administrativo.

Dicho principio también nos permite afirmar el error en que a menudo se incurre al sostenerse la inversión de la carga de la prueba por efecto de la fuerza de la presunción de legitimidad del acto administrativo en determinados supuestos.

En efecto, con frecuencia observamos en procesos ordinarios y cautelares la exigencia de probar el obrar ilegítimo de la Administración al otorgársele fuerza y efectos desmedidos a la presunción de legitimidad del acto administrativo cuya ilegalidad es sostenida por el particular afectado. Olvidando que tal presunción de acotado valor en la esfera administrativa, no puede conducir en el proceso judicial ordinario a sostener el cambio del principio general de la distribución de la carga de la prueba y sobreexigirle al particular una excesiva o indebida actividad probatoria.

Los dos principios mencionados y su traslación al derecho interno -y al proceso judicial en particular- se corresponden con una correcta interpretación del ordenamiento jurídico argentino que se impone en materia de derechos especialmente protegidos a partir de 1994.

---

28 Corte IDH, OC-16/99, “El Derecho a la información sobre la Asistencia Consular en el marco de las garantías del debido proceso legal” del 01/10/1999.

29 CSJN, “Sisterna, Ramón Silvano c/ ANSeS” del 07/02/2006.

## 6.- Conclusiones.

La constitucionalización del derecho administrativo importa desde el plano del régimen de los Derechos Humanos:

- a) la revisión de cada instituto conforme a la nueva prelación de fuentes del derecho.
- b) una tendencia hacia la flexibilización de los recaudos procesales en casos donde se alega la afectación de determinados derechos y garantías fundamentales.
- c) un rol activo del juez ante la directa afectación de un derecho o garantía especialmente protegido por el subsistema de Derechos Humanos.

Llamativamente, el constituyente plasmó la trascendencia de ese paradigma protectorio en tiempos en que el Estado discurría en su filosofía "abstencionista", la cual parecería colisionar con un texto constitucional en que la intervención estatal es necesaria para la protección de la dignidad el hombre.

La nueva realidad constitucional, auspiciosa por cierto, no deja de generarnos por otra parte preocupaciones, tal como lo sostiene Perez Hualde<sup>30</sup>, pues podemos vislumbrar que algunas aplicaciones de la reforma del año 1994 no han contribuido a la consolidación de la institucionalidad democrática.

Abusos de competencias preestablecidas, o su utilización maniquea provocan un serio debilitamiento republicano con efectos nocivos en el sistema de derechos fundamentales que se intenta proteger desde el nuevo texto constitucional.

El desafío es interpretar adecuadamente nuestro ordenamiento jurídico con el fin de aplicar los principios del subsistema de Derechos Humanos en la porción que al mismo le corresponde y no intentar ni minimizarlo ni exagerarlo en áreas ajenas al mismo. Lo contrario nos conducirá a la ineficacia de un sistema de derechos.

El Poder Judicial en el nuevo contexto, adquiere un rol esencial al ser uno de los departamentos estatales que deben asegurar la tutela efectiva de los derechos fundamentales por la aplicación imperativa de los Pactos a los casos que se someten a su resolución<sup>31</sup>. Ese recaudo obliga al Juez a ir más allá de las alegaciones de las partes y suplir los defectos en que incurriesen los litigantes –en tanto ello no genere indefensión– que el interés o valor en juego no puede quedar diezmado por trabas procesales<sup>32</sup>.

Como se han ocupado de remarcar valiosos autores, nuestra historia institucional se ha caracterizado en muchos momentos por hacer oídos sordos a la entidad de las

---

30 PEREZ HUALDE, Alejandro "La postergación institucional", LL Sup. Adm 2006 (octubre), p.1.

31 Al respecto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha señalado con justeza que "entre las instituciones democráticas, es el Poder 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" (CIDH, Informe 74/90, caso 9850, Inf. Anual 90/91). Por su parte, Bidart Campos ha remarcado que "los jueces –en cuanto operadores– tienen la obligación de dar aplicación y eficacia a los derechos reconocidos en los tratados sobre Derechos Humanos" (BIDART CAMPOS, Germán, "El art. 75 inc. 22 de la Constitución y los Derechos Humanos", en AA.VV La aplicación de los tratados sobre Derechos Humanos por los tribunales locales, PNUD, CELS, Editores Del Puerto, Buenos Aires, 2004, p. 84).

32 Ver el precedente de la Corte Suprema "Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza - Riachuelo)" del 20/06/2006.

propias normas que el Estado reconocía como vigentes, empezando por la Constitución Nacional de 1853-60<sup>33</sup>.

A partir de la reforma del año 1994 esa historia puede repetirse frente a un fenómeno novedoso: la internacionalización del derecho plasmada en el Art. 75.22 de la Carta Fundamental.

Cabe entonces estar atentos a las diversas vicisitudes de nuestro derecho si realmente queremos verificar su dimensión actual.

Así, debemos interrogarnos una y otra vez ¿Qué efectos produce la incorporación de los Tratados de Derechos Humanos a nuestro régimen jurídico?

Para dar respuesta a ello consideramos útil recordar un iter argumentativo que – como es sabido- ha delineado la construcción de nuestras instituciones a partir del principio de supremacía de la Constitución.

En efecto, ya en 1803 se preguntaba John Marshall en "*Marbury vs. Madison*"<sup>34</sup> cual debía ser la respuesta lógica del sistema frente a una norma que se oponía a la Constitución. La respuesta era contundente: *Hay sólo dos alternativas demasiado claras para ser discutidas: o la Constitución controla cualquier ley contraria a aquélla, o la Legislatura puede alterar la Constitución mediante una ley ordinaria. Entre tales alternativas no hay términos medios: o la Constitución es la ley suprema, inalterable por medios ordinarios; o se encuentra al mismo nivel que las leyes y de tal modo, como cualquiera de ellas, puede reformarse o dejarse sin efecto siempre que al Congreso le plazca. Si es cierta la primera alternativa, entonces una ley contraria a la Constitución no es ley; si en cambio es verdadera la segunda, entonces las constituciones escritas son absurdos intentos del pueblo para limitar un poder ilimitable por naturaleza.*

Trasladando esas premisas a nuestro escenario actual cabe preguntarse ¿Con qué objeto los constituyentes de 1994 sometieron a nuestro país a un régimen internacional de protección de los Derechos Humanos que prevalece sobre toda norma interna?

Parafraseando a Marshall "*¿Pudo, acaso, haber sido la intención de quienes concedieron este poder, afirmar que al usar la Constitución, no debería atenderse a su contenido? ¿Que un caso regido por la Constitución debiera decidirse sin examinar el instrumento que lo rige?*".

Como contestaba el juez norteamericano "*esto es demasiado extravagante para ser sostenido*".

---

33 NINO, Carlos S., Fundamentos de Derecho Constitucional, Astrea, Buenos Aires, 1992, p. 110 y sgtes.

34 USSC, 1 Cranch 137, 2 L. Ed. 60, 24/02/1803.