PABLO ÁNGEL GUTIÉRREZ COLANTUONO
JUAN BAUTISTA JUSTO (Colaborador)

Administración Pública, Juridicidad y Derechos Humanos

Prólogo de **María Angélica Gelli**

AbeledoPerrot®

PABLO ÁNGEL GUTIÉRREZ COLANTUONO

Administración Pública, Juridicidad y Derechos Humanos

Con la colaboración de **Juan Bautista Justo**

Prólogo de **María Angélica Gelli**

AbeledoPerrot®

Buenos Aires / Bogotá / México / Santiago

Gutiérrez Colantuono, Pablo A.
Administración Pública, Juridicidad y Derechos Humanos.
1a ed. - Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2009.
312 p.; 24x17 cm.

ISBN 978-950-20-1993-2

1. Derecho Administrativo. I. Título
CDD 342.06

ISBN 978-950-20-1993-2

© AbeledoPerrot S.A.
Administración y redacción
Av. Callao 410 Piso 3°
Tel.: (54-11) 5236-8800 - Fax.: (54-11) 5239-1881

Ventas
Talcahuano 494 - Tel.: (54-11) 5235-0030
Lavalle 1280 - Tel.: (54-11) 5235-5430
Talcahuano 650 - Tel.: (54-11) 5236-1044
Fax.: (54-11) 5239-1879
info@abeledoperrot.com
Buenos Aires – Argentina

Hecho el depósito que establece la ley 11.723. Derechos reservados.
Impreso en la Argentina. Printed in Argentina.

Se terminó de imprimir el día 8 de octubre 2009,
en COOPERATIVA GRÁFICA VUELTA DE PÁGINA,
Carlos Pellegrini 3652, Ciudadela, República Argentina

ÍNDICE GENERAL

PRÓLOGO XIII

PRESENTACIÓN

I. La dinámica constitucional XXI
II. El objetivo del libro XXII
III. Algunas aclaraciones previas XXII
IV. Agradecimientos XXIII

Abreviaturas XXV

CAPÍTULO I

EL SISTEMA AMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS. RASGOS SALIENTES

I. La Constitución de 1994 y el Pacto de San José de Costa Rica 1
II. Las obligaciones estatales en materia de derechos humanos 8
III. La Administración Pública como sujeto activo en la aplicación del Pacto de San José de Costa Rica 21
IV. Conclusión: el interrogante 23
V. Referencia bibliográfica 24

CAPÍTULO II

EL ARTÍCULO 8° DEL PACTO DE SAN JOSÉ DE COSTA RICA Y SU APLICACIÓN AL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

I. El enfoque integral del procedimiento 27
II. Las garantías aplicables al procedimiento administrativo en Europa y América 29
III. El artículo 8° de la Convención Americana se aplica al procedimiento administrativo 64
IV. Primeras aproximaciones 68
V. El modo de aplicación de las garantías convencionales en el procedimiento administrativo 70
VI. A modo de síntesis 77
VII. Referencia bibliográfica 77

CAPÍTULO III

LOS PRINCIPIOS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

I. Punto de partida. Los principios tradicionales del procedimiento administrativo 79
II. Nuevos principios 81
III. La nueva composición de los principios del procedimiento administrativo 147
IV. Sinopsis 151
V. Referencia bibliográfica 151

Capítulo IV

LAS GARANTÍAS CONVENCIONALES Y SU IMPACTO EN EL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR

I. Derecho penal y derecho administrativo sancionador 155
II. El procedimiento administrativo sancionador y los derechos en juego. El debido proceso como prueba de la autorización estatal para ingresar en la esfera individual 156
III. La Corte Europea: Límites normativos, interpretación extensiva y subsanación 159
IV. La Corte Interamericana y el estándar de *Baena* 167
V. Conclusiones del examen comparativo. El *ius puniendi* como categoría regulada por el debido proceso y el carácter impostergable de las garantías 168
VI. El catálogo de garantías de los modelos americano y europeo frente al procedimiento sancionador 169
VII. Referencia bibliográfica 196

Capítulo V

ELEMENTOS ESTRUCTURALES DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO A LA LUZ DE LAS GARANTÍAS

I. La nueva estructura del procedimiento administrativo y el artículo 8° de la Convención Americana 197
II. Regulación del trámite 197
III. Ámbito de aplicación de las normas de procedimiento administrativo 198
IV. Situaciones subjetivas frente a la Administración Pública. Legitimación 199
V. El principio de máxima divulgación y la publicidad en el expediente administrativo. Vistas y notificaciones 203
VI. La igualdad de armas y los plazos en el procedimiento administrativo 205
VII. La igualdad de armas y la operatividad de las garantías. La teoría del fruto del árbol venenoso 214
VIII. Principio de contradicción y dictámenes 216
IX. El principio de eficacia y el procedimiento administrativo 217
X. Referencia bibliográfica 232

Capítulo VI

EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMO CAUCE PARA LA SATISFACCIÓN DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

I. Obligaciones contenidas en los tratados de derechos económicos, sociales y culturales 237
II. Valor interpretativo de los criterios de los órganos de aplicación 239
III. Las obligaciones características de los derechos económicos, sociales y culturales. Clasificación 246
IV. Proyecciones procedimentales de la distinción entre obligaciones de medio y de resultados 250
V. El procedimiento administrativo como indicador de progreso en materia de derechos económicos, sociales y culturales 260
VI. Referencia bibliográfica 262

Capítulo VII

FINES DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA

I. La Administración Pública y su rol preventivo 263
II. El carácter tuitivo de la función administrativa 264

III. La Administración Pública y su vinculación con las acciones positivas en el marco del procedimiento administrativo 265
IV. Los nuevos gestores del interés público 266
V. La prevención del conflicto y el carácter optativo del procedimiento administrativo para el titular de derechos 270
VI. La tutela administrativa efectiva y la prevención de responsabilidad internacional del Estado 270
VII. La prevención como salida a la alta conflictividad judicial que presenta el sistema de derechos argentino. La integración del paradigma de la tutela judicial efectiva 275
VIII. Referencia bibliográfica 276

ÍNDICE ANALÍTICO 279

A todos aquellos con quienes compartimos el desafío que representa la docencia como fuerza transformadora de nuestra realidad.

controversia que se mantenía vigente en la jurisprudencia y en la doctrina del país acerca de la primacía de las leyes sobre los tratados o de estos sobre aquella. Aunque, debe señalarse, la Corte Suprema en el precedente *Ekmekdjian v. Sofovich* (1992) ya había sentado doctrina acerca de la superioridad de los tratados sobre las leyes y, aún más, sobre las eventuales omisiones legislativas en orden a establecer la operatividad de los tratados internacionales [3].

Sin embargo, el art. 75, inc. 22, suscitó mucho debate y dudas referidas al alcance de la jerarquía constitucional de los tratados de derechos humanos, cuestión que involucraba el concepto de soberanía en términos clásicos. Aquella norma no sólo estableció esa jerarquía sino que la dispuso en las *condiciones de vigencia* de tales tratados; declaró que las convenciones *no derogan artículo alguno de la Primera Parte de la Constitución* y que esos tratados deben de entenderse *complementarios de los derechos y garantías reconocidos* en la Ley Suprema.

La controversia acerca del significado de la jerarquía constitucional de los tratados de derechos humanos atravesó, en la República Argentina, diversas etapas. El foco de atención de la doctrina fue desplazándose de una a otra de las frases del art. 75, inc. 22, a medida que la norma fue puesta a prueba en los conflictos que se generaban y en que la jurisprudencia —sobre todo, la de la Corte Suprema de Justicia de la Nación— resolvía las controversias planteadas. Desde luego, en esos análisis pesó de modo significativo la *jurisprudencia internacional* emitida por los organismos de aseguramiento y control de la aplicación de los tratados de derechos humanos en los Estados parte, en particular de las recomendaciones de la Comisión Americana de Derechos Humanos y de las opiniones consultivas y de los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La primera cuestión problemática suscitada por la interpretación del art. 75, inc. 22, fincó sobre el significado de la expresión referida a que los tratados de derechos humanos *no derogan artículo alguno de la Primera Parte de la Constitución Nacional.* Dos interpretaciones posibles fueron examinadas por los integrantes de la Corte Suprema. Una de ellas —que resultó a la postre mayoritaria— entendió que "no derogan" significa que "no han derogado" y ello en razón de que los convencionales constituyentes, al otorgar jerarquía constitucional a los tratados de derechos humanos, ya habían efectuado el examen de compatibilidad entre estos y la Constitución Nacional, por lo que no quedaba a la Corte Suprema más que armonizarlos en los casos concretos, en los que se alegaran derechos con fundamento en las normas convencionales o en las normas constitucionales [4]. Otra interpretación posible, y minoritaria en la Corte Suprema, dio a la expresión "no derogan" el sentido de que "no deben derogar" pero que en los hechos pueden hacerlo y, si se da

[3] Cfr. consid. 16 del voto de la mayoría en *Ekmekdjian v. Sofovich*, *Fallos* 315:1492. Según sostuvo la Corte Suprema en este célebre precedente, "...la violación de un tratado internacional puede acaecer tanto por el establecimiento de normas internas que prescriban una conducta manifiestamente contraria, cuanto por la omisión de establecer disposiciones que hagan posible su cumplimiento".

[4] Por ejemplo, conf. consids. 11, 12 y 13 de *Chocobar, Sixto*, *Fallos* 321:885 (1998); *Monges, Analía v. Universidad de Buenos Aires*, *Fallos* 319:3148 (1996); *Petric*, *Fallos* 321:885 (1998); *Cancela*, *Fallos* 321:2637 (1998).

el caso, debe de prevalecer como fuente primaria, la Constitución Nacional [5]. La primera interpretación —una verdadera presunción que no admite prueba en contrario— se ha consolidado en la doctrina de la Corte Suprema y parece firme en la actual composición del Tribunal con la única disidencia del juez Fayt.

La segunda cuestión problemática se centró en el alcance de las "condiciones de vigencia" de los tratados de derechos humanos que adquirieron o adquieran en el futuro jerarquía constitucional. Sobre este punto podría afirmarse que el desarrollo jurisprudencial evolucionó y fue progresivo, de menor a mayor. Desde el ya citado precedente establecido en *Ekmekdjian v. Sofovich* (1992) hasta *Mazzeo* (2007) [6], la Corte Suprema fue desarrollando un mayor compromiso en aplicación directa de la jurisprudencia internacional a los conflictos que debía resolver.

En *Ekmekdjian*, la Corte sostuvo que la jurisprudencia internacional debía de servir como guía de interpretación de los tribunales, en el orden interno. En *Mazzeo*, la Corte argentina —con cita del fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Almonacid Arellano*— [7], dijo que "...el Poder Judicial debe ejercer una especie de 'control de convencionalidad' entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la *interpretación* que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, *intérprete último* de la Convención Americana" [8]. Como se advierte, la Corte argentina ha hecho suyas las palabras del tribunal internacional y se ha sentido vinculada de un modo intenso por la jurisprudencia internacional.

En ese trayecto seguido por la Corte Suprema hacia un compromiso mayor con la jurisprudencia internacional, debe decirse que ha tenido un lugar —y lo tiene— la doctrina de los juristas —cito, por todos, al recordado maestro Germán Bidart Campos—; las invocaciones que la abogacía ha efectuado de las cláusulas de los tratados en las controversias específicas sucedidas en el país, y las argumentaciones desplegadas por los abogados ante los organismos internacionales, en especial en la presentación de denuncias ante la Comisión Americana de Derechos Humanos.

El libro que tengo el gusto y el honor de prologar —*Administración Pública, Juridicidad y Derechos Humanos*— constituye un buen ejemplo de la trascendencia

[5] Postura sostenida por el ministro Fayt y por el ex ministro Belluscio. Cfr., respectivamente, *Arancibia Clavel, Fallos* 327:3313 (2004) y *Petric, Fallos* 321:885 (1998).

[6] *Mazzeo, Julio Lilo*, CSJN, M. 2333. XLII (2007).

[7] "La Corte [Interamericana de Derechos Humanos] es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de 'control de convencionalidad' entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana". Cfr. párr. 124 del fallo *Almonacid Arellano y otros v. Chile*, CIDH, 26/9/2006. Serie C. N° 154.

[8] Cfr. consid. 21 del voto de la mayoría en *Mazzeo, Julio Lilo s/recurso de casación e inconstitucionalidad*, CSJN, M. 2333. XLII (2007). (Bastardillas agregadas). De la nota 7, surge que la Corte argentina citó de modo textual a la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

de la doctrina —de la buena y esclarecida doctrina— cuyo aporte a la comunidad jurídica de jueces y abogados resulta esencial para el esclarecimiento de los problemas que plantean las fuentes regionales e internacionales en materia de derechos humanos. En particular, la obra es una muestra notoria del compromiso visceral de quien la ha escrito —Pablo Ángel Gutiérrez Colantuono— por asegurar en el orden interno, la vigencia plena de los derechos y las garantías convencionales.

Pablo Ángel Gutiérrez Colantuono es un jurista cabal, de amplia experiencia académica y profesional, pese a su juventud. Especialista en Derecho Administrativo y Administración Pública (UBA, 1994); Profesor Permanente y Visitante en diversas carreras de posgrado y maestrías en Derecho Administrativo de la República Argentina y del extranjero; Director de la Especialidad en Derecho Administrativo de la Universidad Nacional de Comahue y Miembro del Comité Ejecutivo de la Asociación Argentina de Derecho Administrativo (2004/2012). Nos muestra, con su obra, una nueva perspectiva del Derecho Administrativo, del Estado y de la Administración, ligada esta última por los compromisos internacionales que la República Argentina ha asumido en la prevención y en la reparación —si llegara el caso, como bien señala el autor— de la violación de los derechos humanos. He aquí, además, una perspectiva novedosa en el tratamiento de la aplicación directa del derecho convencional en el orden interno que implica un reordenamiento de las prioridades del Estado, en orden a la prevención y, sobre todo, a la operatividad y eficacia concreta de los derechos económicos y sociales, en la *progresividad y no en la regresividad de las obligaciones de medios* [9].

La obra del Prof. Gutiérrez Colantuono se despliega en siete capítulos y parte de una pregunta central acerca de "si es aplicable el elenco de garantías del art. 8° de la Convención Americana al procedimiento administrativo". Como puede advertirse, la interrogación implica un desafío intelectual y práctico: la exploración del sistema de derechos humanos de la región americana —supuesta la resolución de los problemas que implica el modo en que la Constitución argentina otorgó jerarquía constitucional a las convenciones que protegen y aseguran los derechos y garantías— a fin de recorrer un camino desde la *tutela judicial efectiva* del mentado art. 8° del Pacto de San José, hasta la *tutela administrativa efectiva* [10]. El salto es cualitativo, presupone, en la concepción del autor, un derecho administrativo que hunde sus raíces en el derecho constitucional y, a través de este, en los tratados de derechos humanos y en la jurisprudencia que los aplica en el orden internacional. Para Gutiérrez Colantuono ya "no es dudoso a esta altura que los Estados parte deben atender los informes de la Comisión que les recomiendan cursos de acción determinados o que los fallos de la Corte son de imperativo acatamiento" [11]. La afirmación, contundente, está sostenida en doctrina de la Corte Interamericana. Implica optar sin cortapisas por el carácter vinculante para el Estado parte de esa doctrina jurisprudencial en dos órdenes, en el preventivo, acatándola con disposiciones internas y, adelanto, en el ámbito administrativo, con "criterios de gestión", o reparando las eventuales violaciones a los derechos, mediante la aceptación sin

[9] Cfr. Cap. VI, en especial ps. III.1 y III.2.
[10] Cfr. Presentación, ps. I y II.
[11] Cfr. Cap. I, p. I.3.

bloqueos de las decisiones de los órganos internacionales que conciernen directamente al país.

Por cierto, esta cosmovisión del derecho puede suscitar controversias, en particular por el hecho de que los tribunales internacionales —en la región americana, la Comisión y la Corte— están integrados por un número reducido de personas, sostenidas en su prestigio y trayectoria personal, que deben enfrentar en las decisiones que toman —siquiera de manera larvada— el problema *contramayoritario* que también atrapa a las Cortes Supremas y a los Tribunales Constitucionales en los Estados parte, cuando deben cuestionar políticas públicas en materia social o económica. También por el problema que suscita la inconstitucionalidad planteada en sede administrativa. Sobre el punto, vale la pena recordar los instrumentos que presta a la Administración, la interpretación razonable de los actos y normas que emite.

Sin embargo y sin soslayar estas —algunos dirán, aparentes— aporías, le resultará evidente al lector de este excelente libro que las definiciones enunciadas por Gutiérrez Colantuono se apoyan en un estudio minucioso, exhaustivo y *reflexionado* de la jurisprudencia de la Corte Interamericana en la aplicación del art. 8° y demás normas de la Convención Americana que vinculan al Estado, cuyo acatamiento se le impone a este por el compromiso internacional aceptado, inclusive asumiendo responsabilidad por los agravios a esos derechos por parte de quienes, en sentido estricto, no son agentes del Estado [12].

En este riguroso análisis se examina, también y por contraste, el artículo 6° de la Convención Europea de Derechos Humanos y el uso que la mayoría y la minoría de la Corte Europea han hecho de esa disposición menos tuitiva que el art. 8° de la Convención Americana. El desmenuzamiento crítico de la jurisprudencia europea y los métodos interpretativos empleados en ella son notables y llevan, lúcidamente, a una hermenéutica más rica del texto americano. Lo comprobará el lector: en esta obra no hay improvisación o intuiciones que se quedan en eso, cada conclusión está respaldada en un estudio serio y, me atrevería a señalar, en un trabajo profesional que va también en esa dirección.

De esa manera, al criticar la postura mayoritaria de la Corte Europea de Derechos Humanos, en tanto este tribunal efectúa una interpretación restrictiva del art. 6.1 de la Convención Europea, el autor dice que "...la Corte Europea parece entender al Convenio como limitado en sus alcances y efectividad por los poderes soberanos del Estado, cuando la idea —claramente planteada en América— es exactamente la inversa: no es que los derechos convencionales encuentran su límite en la soberanía, sino al revés; la defensa de los derechos humanos opera como barrera esencial frente al ejercicio del poder político y se erige como uno de los pilares esenciales de la democracia" [13].

Señalé, más arriba, que la obra está dividida en siete capítulos. Cada uno de ellos, a su vez, está desplegado en un detalle minucioso de todas las cuestiones implicadas en la materia. Este tipo de examen da el tono de la obra y constituye un estudio pormenorizado, particularmente útil para los operadores del derecho.

El libro, en su totalidad, propone un nuevo enfoque del procedimiento administrativo, inclusive aplicando el principio de la *igualdad de armas* —de gran desa-

[12] Cfr. Cap. I, p. II.6.
[13] Cfr. Cap. II, p. II.1.5.

rrollo en el derecho penal— a ese procedimiento. De ello se sigue, a lo menos, una morigeración sustantiva de las "prerrogativas exorbitantes" de la Administración, cuestión ríspida si las hay [14]. A más, el procedimiento administrativo pensado como cauce para la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales (Cap. VI) se completa con la decidida defensa de la prevención como salida al alto número de litigios judiciales en el sistema argentino (Cap. VII).

El Prof. Gutiérrez Colantuono ha contado con la valiosa colaboración de Juan Baustista Justo, especialista en Derecho Administrativo por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional del Comahue, Secretario Académico y Codirector de esa especialidad; Profesor de grado y posgrado e investigador.

Como advertirá el lector de esta obra —que recomiendo vivamente— en sus páginas late un decidido compromiso con la defensa del debido proceso, que debe de garantizarse a todas las personas y en todo tipo de procesos en los que se controviertan derechos fundamentales o se reclamen garantías institucionales. Ese principio doctrinario que Pablo Ángel Gutiérrez Colantuono fundamenta con solvencia, precisión y calidad académica es también el norte que ha guiado su profesión de abogado, tal como lo acreditan las defensas institucionales en las que ha intervenido.

María Angélica Gelli

[14] Cfr. Cap. III, p. II.2.2.1.

"Lo esencial es que la más alta finalidad se enfoque y se logre en el mayor número posible de casos: prevención de las violaciones de los derechos del hombre o pronta reparación de los atentados ya cometidos. Los medios, siempre que en sí sean justos, no deben enmarcarse en un clisé uniforme. Hay que facilitar el respeto de los Derechos Humanos por los medios más variados, siempre que éstos ofrezcan verdaderas garantías a las censuras, las correcciones y las reparaciones fortuitas" [1].

[1] Discurso del profesor René Cassin —presidente del Consejo de Estado francés durante dieciséis años, partícipe de la redacción de la Declaración Universal de las Naciones Unidas y sus dos pactos de aplicación, y presidente de la Corte Europea de Derechos Humanos— pronunciado en la primera sesión plenaria de la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, el 8 de noviembre de 1969.

PRESENTACIÓN

SUMARIO: I. La dinámica constitucional. II. El objetivo del libro. III. Algunas aclaraciones previas. IV. Agradecimientos

I. LA DINÁMICA CONSTITUCIONAL

El derecho administrativo argentino se encuentra en una continua búsqueda de adecuación de sus principios, postulados e instituciones a los nuevos escenarios constitucionales.

La reforma de la Constitución de 1994 consolidó —entre otras novedades— un creciente proceso de internacionalización de nuestro derecho que se venía observando en la jurisprudencia del máximo intérprete constitucional, la Corte Federal. La fuerte injerencia de las diversas convenciones de derechos humanos en nuestro ordenamiento, sumada a la regla de la superioridad jerárquica de los tratados internacionales sobre las leyes, ha generado un gran desafío para el operador jurídico: la búsqueda de la compatibilidad entre las diversas ramas del derecho con el nuevo sistema de fuentes diseñado por el constituyente federal.

Nuestra disciplina, en tal escenario, asume su propio desafío de *filtrar* instituciones y principios a través del nuevo orden normativo, y el sistema americano de derechos humanos, entre tantos otros regímenes convencionales posibles, representa para nosotros el de mayor atención al analizar la incidencia del fenómeno de la internacionalización en el derecho administrativo. La razón de ese mayor interés radica en las características propias de tal subsistema de interconexión internacional —cuyo estudio informa la construcción del primer capítulo de este libro—, especialmente en la presencia de un tribunal que dirime "casos" con efectos directos en los Estados parte (competencia contenciosa expresada en sentencias, medidas provisionales, supervisión de sentencias, entre otras tipologías) al tiempo que determina interpretativamente los alcances de aquella normativa —el Pacto de San José de Costa Rica— vigente en nuestro país con jerarquía constitucional (competencia consultiva).

Al intentar encontrar las "zonas" del derecho administrativo impactadas por el régimen americano de derechos humanos, nos hemos formulado una pregunta inicial: ¿es aplicable el elenco de garantías del art. 8 de la Convención Americana al procedimiento administrativo? La búsqueda de una respuesta a ese interrogante nos ha permitido un estudio comparativo entre los sistemas europeo y americano de derechos humanos, por considerarlos los modelos de control en el cumplimiento de obligaciones internacionales más perfeccionados de la actualidad, trasladándose luego el análisis a los nuevos principios que informan el procedimiento. De esto tratan esencialmente los capítulos segundo y tercero.

Las particularidades del procedimiento sancionador merecieron un tratamiento diferencial, del cual nos hemos hecho cargo dedicándole un capítulo específico, el cuarto.

Las nuevas dimensiones del procedimiento administrativo a partir del interrogante del capítulo segundo se traducen, naturalmente, en cambios en el abordaje de la estructura de este instituto que se desarrollan en el capítulo quinto. En el sexto capítulo procuramos estudiar las consecuencias procedimentales que presentan las diferentes convenciones existentes en materia de derechos económicos, sociales y culturales, especialmente a partir de las características de las obligaciones estatales que ellos conciben.

Finalmente, intentamos en el capítulo séptimo describir algunos contenidos de una actividad administrativa ajustada a nuevas finalidades: tutela de los derechos como vehículo para la prevención del conflicto judicial y —eventualmente— de la responsabilidad internacional del Estado en la materia.

II. El objetivo del libro

En esta obra intentamos explorar la existencia de un nuevo procedimiento administrativo regido por principios que provienen del sistema del Pacto de San José de Costa Rica. Sin embargo, avanzamos aún más allá del procedimiento, afirmando la entidad peculiar de una garantía denominada *tutela administrativa efectiva*, cuyos efectos en el sistema interno son vastísimos y exceden claramente dicho instituto, para materializarse en el rol preventivo de la Administración Pública que brinda a esta organización un papel insustituible en el marco de los sistemas de protección.

Con ese propósito, hemos procurado delinear algunas pautas mínimas comunes en la materia que sean de utilidad en los diversos países que pertenecen al sistema americano de derechos humanos, especialmente aquellos que han aceptado la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Para ello se ha considerado importante relevar los criterios sostenidos por la Corte Europea de Derechos Humanos —la llamada Corte de Estrasburgo—, aunque no con la intención de importar institutos, sino de verificar todo el potencial que nuestro sistema regional posee.

III. Algunas aclaraciones previas

El objetivo inicial de la investigación que hoy se transforma en libro ha sido, como dijéramos, abordar los efectos que en algunas facetas del derecho administrativo producen modelos de internacionalización del sistema jurídico caracterizados todavía por la incertidumbre, recurriendo para ello principalmente a las opiniones emitidas por los organismos internacionales que aplican e interpretan tanto el sistema americano de derechos humanos como el europeo.

En relación con la doctrina (nacional o extranjera), ella es señalada en esta obra respecto de cada capítulo, con el fin de que el lector pueda explorar, si es de su interés, el tratamiento doctrinal en el cual se han apoyado los temas abordados. No encontrará la argumentación, contraargumentación y confrontación de las respuestas que intentamos dar al interrogante planteado desde el plano de la doctrina. La construcción que invitamos ahora a compartir tiene por punto de partida las regula-

ciones positivas (convencionales, constitucionales y, en menor medida, legales) y muy especialmente un relevamiento de decisiones, opiniones y fallos emitidos por los órganos que interpretan y aplican los sistemas continentales de derechos humanos (americano y europeo). Ello se complementa con decisiones de la Corte Federal argentina y de algunos casos resueltos por tribunales constitucionales extranjeros.

Finalmente, cabe aclarar que la totalidad de las sentencias y opiniones de los tribunales y organismos internacionales aquí citados son de libre acceso para el lector por medio de los diferentes sitios *web* oficiales [1], siendo propia la traducción al español.

IV. Agradecimientos

En primer término hemos de agradecer a nuestras familias. Ellas padecen nuestras ausencias; el tiempo familiar se resiente al quitarle las horas necesarias que destinamos a satisfacer nuestras curiosidades intelectuales. Nuestras esposas y nuestros hijos son los destinatarios principales de un profundo agradecimiento por el esfuerzo compartido en la concreción de sueños que, a veces, adquieren forma de libro.

¿Cómo expresar la inmensa alegría que ha significado que María Angélica Gelli prologase nuestro libro? En su esplendor académico iluminado por su resplandor humano, algunos encontramos el aliento necesario para seguir transitando las aulas de nuestras universidades. Ella nos ha señalado —desde su propia convicción— a la docencia como uno de los caminos posibles que permiten realizar aquel mensaje esperanzador que ella misma nos legara en su primera edición de la *Constitución Argentina Comentada y Concordada: que los argentinos sepamos honrar sus normas y el espíritu de libertad y justicia que la atraviesa.* Eternamente agradecidos, a usted, María Angélica Gelli.

Debemos un agradecimiento especial a dos amigos. A Oscar Cuadros, que nos ha mostrado el camino que nos condujo a AbeledoPerrot, nuestra casa editorial, y a Miriam Mabel Ivanega, quien ha tomado como propio el desafío de lograr que el presente libro se concrete como tal desde sus inicios. A ellos dos, gracias.

En mi nombre he de agradecer la constante y generosa consideración de Juan Bautista Justo hacia mi persona y a cuanta aventura se me ocurra emprender en los ámbitos académicos. Él ha relevado con particular agudeza la información base de nuestro libro referente a los sistemas americano y europeo de derechos humanos, habiendo colaborado intensa e integralmente en la redacción de la obra que hoy se presenta al lector. En él descansa, junto a otros destacados jóvenes de nuestro país, la esperanza de que ellos puedan construir una mayor y mejor calidad institucional para nuestra república.

Pablo Á. Gutiérrez Colantuono
Neuquén, septiembre 2009

[1] Corte Interamericana de Derechos Humanos: *www.corteidh.or.cr*; Comisión Interamericana de Derechos Humanos: *www.cidh.oas.org*; Organización de los Estados Americanos: *www.oas.org*; Corte Europea de Derechos Humanos: *www.echr.coe.int*; Naciones Unidas, Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos: *www.ohchr.org*; Corte Suprema de Justicia de la Nación —Argentina—: *www.csjn.gov.ar.*

ABREVIATURAS

aps.:	apartados
CEPAL:	Comisión Económica para América Latina y el Caribe
cit.:	citado
Com. IDH:	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
consid.:	considerando
Corte IDH:	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CSJN:	Corte Suprema de Justicia de la Nación de la República Argentina
ECOSOC:	Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas
OC:	opinión consultiva
OEA:	Organización de los Estados Americanos
OG:	observación general
OIT:	Organización Internacional del Trabajo
OMS:	Organización Mundial de la Salud
ONU:	Organización de las Naciones Unidas
ss.:	subsiguientes
SSTEDH:	sentencias de la Corte Europea de Derechos Humanos
STC España:	sentencia del Tribunal Constitucional de España
STEDH:	sentencia de la Corte Europea de Derechos Humanos
STS España:	sentencia del Tribunal Supremo de España
t. / ts.:	tomo / tomos
TJCE:	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
UNESCO:	Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura
USSC:	Corte Suprema de los Estados Unidos de América
v.:	versus / contra
V.gr.:	verbigracia

CAPÍTULO I

EL SISTEMA AMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS. RASGOS SALIENTES

SUMARIO: I. La Constitución de 1994 y el Pacto de San José de Costa Rica. II. Los alcances de las obligaciones estatales en materia de derechos humanos. III. La Administración Pública como sujeto activo en la aplicación del Pacto de San José de Costa Rica. IV. Conclusión: el interrogante. V. Referencia bibliográfica

I. LA CONSTITUCIÓN DE 1994 Y EL PACTO DE SAN JOSÉ DE COSTA RICA

1. El contexto de internacionalización del derecho

La alteración de las fuentes del derecho y, sobre todo, de la competencia para controlar el cumplimiento de las obligaciones de los Estados para con las personas sometidas a su jurisdicción configura un fenómeno cuyo avance vertiginoso obliga constantemente a plantearnos nuevos interrogantes, entre los cuales se destaca el relativo al papel de la Administración Pública frente al plexo de derechos fundamentales reconocidos en los diversos instrumentos internacionales.

La Administración Pública, erigida durante siglos como única gestora de un interés público cuyo monopolio recaía en cabeza de entes soberanos, se enfrenta hoy a un proceso evolutivo caracterizado por la variación de los polos de producción y aplicación de las normas que vinculan directamente al Estado con los ciudadanos.

Esa alteración de los mecanismos de generación y aplicación de reglas jurídicas opera —a partir del sometimiento de los Estados a normas y tribunales internacionales— en un modelo que se caracteriza por no distinguir —al verificarse el acatamiento de las normas supranacionales— cuál es el sujeto emisor de la acción u omisión que lesiona derechos fundamentales ni cuáles son las eventuales justificaciones que pudieren dar cobertura jurídica interna al obrar estatal. Esto produce importantes consecuencias, no sólo en la división de funciones estatales y en la articulación territorial del poder, sino también en los criterios de gestión estatal desde un punto de vista global.

Las razones de ese cambio pueden advertirse especialmente en las peculiaridades que presentan los tratados de derechos humanos frente a la clásica relación internacional pensada en términos de soberanía, pues este tipo de acuerdos está orientado, más que a establecer un equilibrio de intereses entre Estados, a garantizar el goce de derechos y libertades del ser humano [1], propósito que —como ire-

[1] Corte IDH, OC-1/82, *"Otros tratados". Objeto de la función consultiva de la Corte (art. 64, Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, 24/9/1982, párr. 24.

mos viendo— impregna de modo concluyente la aplicación de las reglas convencionales de derechos humanos.

Intentaremos aquí dar cuenta de algunas características que estimamos determinantes para la comprensión de este fenómeno, tomando como objeto de análisis uno de los modelos de protección de derechos humanos que presenta grados de evolución más destacables: el sistema regido por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, también conocida como Pacto de San José de Costa Rica.

Como veremos, del examen de los principales rasgos de este modelo podremos extraer un elemento de indudable gravitación para nuestro estudio, consistente en la gradual pero firme fijación de estándares mínimos de protección de los derechos fundamentales por parte de los órganos supranacionales de aplicación de los tratados, cuyo acatamiento en el plano interno resulta imperativo para no incurrir en responsabilidad internacional.

Estos estándares mínimos poseen proyecciones profundas, pues identifican aquellos supuestos de adecuación de las prácticas internas de cualquier naturaleza (normas, actos administrativos, sentencias) a una red de garantías internacionales que no resulta discutible por los Estados ni por sus divisiones políticas. En estos casos, es ineludible la adaptación de los procedimientos e instituciones nacionales para mantenerse dentro de las fronteras de cumplimiento de los pactos.

Uno de los mayores desafíos interpretativos que nos plantea la internacionalización del derecho es la identificación de esas bases mínimas y su cotejo con nuestro derecho interno para —a partir de allí— constatar el grado de compatibilidad entre aquellos y —en su caso— propender a la adecuación necesaria dentro del orden normativo que impone el nuevo sistema.

El criterio hermenéutico aglutinante de ese examen de compatibilidad será que el sistema mismo de los tratados de protección de los derechos humanos "está dirigido a reconocer derechos y libertades a las personas y no a facultar a los Estados para hacerlo" [2]. De esa forma, la sola comprobación del apartamiento de cualquier práctica interna —normas, sentencias, actos o hechos administrativos— de las directivas convencionales conllevará su invalidez sin importar la jerarquía nacional.

Esto es así al punto de que esas prácticas estatales son —para los tribunales encargados de determinar la existencia de responsabilidad internacional del Estado— simples *hechos* [3], susceptibles de ser ponderados por los órganos internacionales sólo respecto de las convenciones y tratados involucrados, y con prescindencia de la significación o jerarquía que la norma o práctica nacional tengan dentro del ordenamiento jurídico del respectivo Estado [4]. Esa naturaleza meramente fáctica del plexo normativo del país, de sus sentencias, de sus actos administrativos y —en

[2] Corte IDH, OC-7/86, *Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta - arts. 14.1, 1.1 y 2, Convención Americana sobre Derechos Humanos,* 29/8/1986, párr. 24; OC-2/82, *El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, 24/9/1982, párr. 33.

[3] Corte IDH, OC-13/93, *Ciertas atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (arts. 41, 42, 44, 46, 47, 50 y 51, Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, 16/7/1993, párr. 34.

[4] Corte IDH, OC-14/94, *Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (arts. 1 y 2, Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, 9/12/1994, párr. 22.

suma— del cúmulo de expresiones posibles del poder público frente a las normas convencionales trae aparejada, como podrá advertirse, una sustancial alteración de los paradigmas de nuestro derecho.

El nuevo orden de cosas impone una tarea ineludible a los operadores jurídicos, consistente en la adecuación del proceder estatal interno, en sus diversas facetas, a las normas internacionales, extremo que será en definitiva evaluado por un tribunal internacional que juzgará la existencia o no de un hecho ilícito internacional generador de responsabilidad del Estado. Ello sin dudas implica cambios significativos en las reglas de distribución del poder de orden territorial [5] y funcional [6], generando alteraciones en la raíz misma de las competencias estatales y el modo de ejercerlas.

2. La apertura al sistema internacional

La decisión de nuestros constituyentes de 1994 de ubicar los tratados de derechos humanos en la cúspide del sistema constitucional —por vía de su incorporación en el art. 75, inc. 22, de la Carta Magna— [7] al tiempo que cerró parcialmente a nivel de regulación positiva una discusión sostenida en el plano jurisprudencial [8], generó en las instituciones de cada rama del derecho nuevas incógnitas, producto del cambio del sistema de fuentes que anticipábamos.

[5] En tanto "un Estado no puede alegar su estructura federal para dejar de cumplir una obligación internacional" (Corte IDH, *Garrido y Baigorria v. Argentina. Reparaciones y costas*, 27/8/1998, párr. 46; OC-16/99, *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, 1/10/1999, párr. 139).

[6] Pues "el incumplimiento de las obligaciones convencionales (...) compromete la responsabilidad internacional del Estado, por actos u omisiones, sea del Poder Ejecutivo, sea del Legislativo, sea del Judicial" (Corte IDH, *Caballero Delgado y Santana v. Colombia. Reparaciones y costas*, 29/1/1997, voto disidente del juez Cançado Trindade, párr. 10; *Yvon Neptune v. Haití. Fondo, reparaciones y costas*, 6/5/2008, párrs. 42 y 43).

[7] El criterio conforme al 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 (CSJN, *Monges*, 1996, *Fallos* 319:3148, consids. 20 y 21; *Chocobar*, 1996, *Fallos* 319:3241, consids. 12 y 13; *Cancela*, 1998, *Fallos* 321:2637, consid. 10; *Menem*, 2001, *Fallos* 324:2895, consid. 10; entre muchos otros).

[8] Nuestro país se sometió a la Convención Americana —que data de 1969— en 1984 por medio de la ley 23054, reconociéndose —asimismo— la competencia de la Comisión y de la Corte Interamericanas, bajo condiciones de reciprocidad. Por cierto, el proceso de inserción de ese tratado en el derecho nacional no acabó allí. Como sucedió con la mayoría de los países, el camino de la apertura doméstica a las normas internacionales y sus criterios interpretativos atravesó etapas signadas por una inicial reticencia al reconocimiento de la aplicabilidad directa y prevalencia normativa del derecho internacional (CSJN, *Martín & Cía. Ltda.*, 1963, *Fallos*, 257:99; *Esso SA Petrolera Argentina*, 1968, *Fallos* 271:7, entre otros), una posterior flexibilización jurisprudencial de esa tendencia (CSJN, *Ekmekdjian*, 1992, *Fallos* 315:1492; *Fibraca Constructora*, 1993, *Fallos* 316:1669; *Cafés La Virginia*, 1994, *Fallos* 317:1282) seguida de una ulterior jerarquización constitucional de los pactos (art. 75, inc. 22, CN, reformada en 1994), para encontrarnos hoy frente a un reconocimiento jurisprudencial del alto grado de penetración de los criterios internacionales en el ordenamiento nacional (*Priebke*, 1995, *Fallos* 318:2148; *Urteaga*, 1998, *Fallos* 321:2767; *Hagelin*, 2003, *Fallos* 326:3268; *Verbitsky*, 2005, *Fallos* 328:1146; *Simon*, 2005, *Fallos* 328:2056; *Galli*, 2005, *Fallos* 328:690; *Sánchez*, 2005, *Fallos* 328:2833; *Llerena*, 2005, *Fallos* 328:1491; *Casal*, 2005, *Fallos* 328:3399; *Asociación de Trabajadores del Estado*, 2008, A. 201. XL).

En ese sendero, la incorporación en el texto constitucional del Pacto de San José de Costa Rica [9] hace que el derecho administrativo deba interrogarse sobre el nivel de compatibilidad de sus instituciones y dichas disposiciones.

El principio de legalidad del obrar administrativo —que ha evolucionado hacia el de juridicidad— demanda hoy trasladar cuidadosa pero firmemente a nuestra disciplina el elenco de derechos, garantías y deberes positivizados en el sistema interamericano de San José de Costa Rica. Tal juridicidad no se detiene en el análisis del grado de compatibilidad entre normas infraconstitucionales —leyes que regulan las diversas instituciones del derecho administrativo— con las dotadas de jerarquía constitucional, sino que avanza hacia el examen de la conformación de las primeras a los criterios, opiniones y decisiones emanadas de quienes aplican las normas constitucionales del Pacto de San José de Costa Rica en la esfera internacional: Comisión y Corte Interamericanas de Derechos Humanos.

El derecho administrativo hunde sus raíces en el derecho constitucional y este se encuentra hoy en un escenario marcado por la transición hacia un nuevo modelo de fuentes del derecho. No podemos seguir sosteniendo un derecho administrativo que responde a un esquema de fuentes que ha sido altamente trastocado por el constituyente nacional, no sólo por conducto del art. 75, inc. 22, de la Constitución, sino también por otras disposiciones constitucionales que importan nuevos paradigmas.

3. El desafío del intérprete

El nuevo marco de relaciones normativas plasmado en la reforma constitucional ha hecho necesario precisar la dimensión actual de los ámbitos competenciales de los poderes interno y supranacional y su incidencia en la forma de abordar los planteos o reclamos de los ciudadanos a escala nacional.

En esa línea, un primer elemento a dilucidar es el relativo al alcance de la remisión al plano internacional efectuada en el art. 75, inc. 22, de la Carta Fundamental, especialmente en la alusión allí efectuada respecto de la jerarquía constitucional de los tratados "en las condiciones de su vigencia". De la dimensión que se acuerde con esa puntualización del texto constitucional dependerá en gran parte la respuesta a los interrogantes que genera la aplicación del derecho internacional en el plano doméstico.

Sabido es que, con anterioridad a la reforma constitucional, la Corte Suprema se limitó a postular que la interpretación de la Convención Americana debe "guiarse" por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos [10], pero solamente como un elemento de análisis adicional a la tarea interpretativa propia de los jueces internos, esto es, como una referencia más, no vinculante.

[9] Junto con todos los enumerados en el art. 75, inc. 22, de la Carta y los que sean incorporados por conducto del mecanismo previsto en el último párrafo de tal cláusula, que, al denotar el rasgo de "flexibilidad" introducido en 1994 en un modelo tradicionalmente rígido de modificación constitucional, posibilita la jerarquización constitucional de un tratado de derechos humanos con el voto de las dos terceras partes de los miembros de cada Cámara del Congreso Nacional. Hasta el momento se han añadido al plexo fundamental por esta vía la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas y la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad.

[10] CSJN, *Ekmedkjian*, cit., consid. 21.

En el caso *Giroldi* el Alto Tribunal avanzó tímidamente un poco más, al explicar que la alusión a las condiciones de su vigencia en el art. 75, inc. 22, significa que los órganos internos deben atender, al aplicar la Convención, *al modo en que la misma efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes* [11].

Esta puntualización permitiría inicialmente pensar en una mayor permeabilidad a los criterios de los órganos internacionales de aplicación, pues solamente puede atenderse al modo en que la Convención rige en el plano internacional si se orienta el análisis hacia los informes y sentencias de sus órganos específicos. Sin embargo, la Corte se cuidó de reiterar —a renglón seguido de tal afirmación— que la naturaleza de dicha jurisprudencia se limitaba a la de simple "guía" para la interpretación de los preceptos convencionales.

Los efectos que poseen en el plano interno los criterios interpretativos de los órganos internacionales es un tema que no se ha resuelto en forma definitiva en el escenario nacional, aunque existen indicios que asignan a dichos criterios un valor superior al de la mera referencia.

Cabe en este punto distinguir entre el obligatorio acatamiento de los fallos e informes internacionales *dirigidos al propio Estado parte*, materia que en principio no se objeta frente a la claridad de los arts. 50, 51, 67 y 68 de la Convención Americana —aunque ha dado lugar a varios sobresaltos— [12] y la incorporación de la jurisprudencia internacional como pauta definitoria en la resolución de los casos a escala doméstica, pues en este último supuesto el proceso de incorporación del derecho internacional alcanza su mayor expresión.

En el primer caso no es dudoso a esta altura que los Estados parte deben atender los informes de la Comisión que les recomiendan cursos de acción determinados [13] o que los fallos de la Corte son de imperativo acatamiento [14]. Eso es una con-

[11] CSJN, *Giroldi*, 1995, *Fallos* 318:514, consid. 12.

[12] La interacción entre los tribunales internos y el interamericano no se encuentra exenta de fricciones. Ellas dan cuenta de los elementos en juego al momento de analizar la eficacia del sistema internacional en el orden interno. Algunas muestras emblemáticas de los roces que pueden suscitarse entre las interpretaciones y las resoluciones de los tribunales nacionales y el interamericano son —entre otros— la resolución 1404/2003 del 21/8/2003, los casos *Arancibia Clavel*, 2004, *Fallos* 327:3294 y *Espósito*, 2004, *Fallos* 327:5668, de la Corte Federal argentina. Un ejemplo extremo de la confrontación en este tópico se dio en el caso de Perú y el intento de desconocer las sentencias de la Corte Interamericana (Corte IDH, *Castillo Petruzzi y otros v. Perú* y *Loayza Tamayo v. Perú. Cumplimiento de sentencia*, ambas del 17/11/1999, puntos resolutivos Nº 1). Similar situación se ha producido en Venezuela con la sentencia del Tribunal Supremo de Justicia —sala Constitucional— del 18/12/2008, por la que se declaró "inejecutable" el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de fecha 5/8/2008, en el asunto *Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") v. Venezuela*, en el que se ordenara la reincorporación en el cargo de tres ex-magistrados de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, se condenara a la República Bolivariana de Venezuela al pago de cantidades de dinero y a las publicaciones referidas al sistema disciplinario de los jueces.

[13] Corte IDH, *Loayza Tamayo v. Perú. Fondo.* 17/9/1997, párrs. 80 y 81.

[14] La obligación de cumplir con lo dispuesto en las decisiones del Tribunal corresponde a un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, respaldado por la jurisprudencia internacional, según el cual los Estados deben cumplir sus obligaciones convencionales de buena fe (*pacta sunt servanda)* y —como lo dispone el art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969— no pueden, por razones de orden interno, dejar de atender la responsabilidad internacional ya establecida (Corte IDH, *Baena, Ricardo y otros v. Panamá. Competen-*

secuencia natural del sometimiento a la competencia de la Comisión y la Corte Interamericanas y hace a la esencia de la calidad de *parte* en un procedimiento.

Por el contrario, el desafío en el segundo sentido es diferente y de más amplio alcance, pues, como se ha dicho, en la lógica del sistema americano de derechos humanos reside la idea de que los pronunciamientos de la Corte Interamericana deben trasladarse, en la forma y términos que provea el derecho interno, a las leyes nacionales, a los criterios jurisdiccionales domésticos, a los programas específicos en este campo y a las acciones cotidianas que el Estado despliega en materia de derechos humanos; trasladarse, en fin, al *conjunto de la experiencia nacional* [15].

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

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

Se busca que los propios Estados actúen *por sí mismos* de acuerdo con las directivas convencionales. De esa forma, la garantía internacional de protección pasa a encontrar en los órganos internos de cada Estado parte a sus actores principales, desde el entendimiento de que —en la télesis de lograr la vigencia efectiva y coti-

---

cia, 28/11/2003, párr. 61; *Bulacio v. Argentina. Fondo, reparaciones y costas*, 18/9/2003, párr. 117; *Las Palmeras v. Colombia. Reparaciones*, 26/11/2002, párrs. 68 y 69; *Caso del Caracazo v. Venezuela. Reparaciones*, 29/8/2002, párr. 119; *Barrios Altos v. Perú. Interpretación de la sentencia de fondo*, 3/9/2001, párr. 15; *Suárez Rosero v. Ecuador. Cumplimiento de sentencia*, 27/11/2003, párr. 4, entre muchos otros). Es que el deber estatal de garantizar el cumplimiento de las disposiciones convencionales y sus efectos propios en el plano interno no rige solamente en relación con las normas sustantivas de los tratados de derechos humanos (es decir, las que contienen disposiciones sobre los derechos protegidos), sino también en relación con las normas procesales, tales como las que se refieren al cumplimiento de las decisiones de la Corte, entre otras los arts. 67 y 68.1 de la Convención (Corte IDH, *Caso del Tribunal Constitucional v. Perú. Competencia*, 24/9/1999, párr. 36). Sobre esa base es que la propia Convención regula —como atribución inherente a la función jurisdiccional de la Corte Interamericana— la potestad de supervisión del cumplimiento de sus sentencias, en tanto se interpreta que la ejecución de tales decisiones debe ser considerada como parte integrante del derecho de acceso a la justicia. Lo anterior perfila a la Corte Interamericana como una institución judicial autónoma que tiene competencia para decidir cualquier caso contencioso relativo a la interpretación y aplicación de la Convención, y para disponer que se garantice a la víctima de la violación de un derecho o libertad protegidos por ésta, el goce del derecho o libertad conculcados. En virtud del carácter obligatorio que tienen sus decisiones en materia contenciosa, la Corte representa, además, el órgano con mayor poder conminatorio para garantizar la efectiva aplicación de la Convención (Corte IDH, OC-1/82, cit., párr. 22).

[15] Corte IDH, *Tibi v. Ecuador. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*, 7/9/2004, voto razonado del juez García Ramírez, párr. 6.

diana del sistema frente a las personas, entendidas como sus sujetos esenciales— no alcanza con instituir órganos supranacionales que protejan por vía de la responsabilidad internacional los derechos reconocidos por los tratados. Es imprescindible que esa protección subsidiaria se vea acompañada —en rigor, *precedida*— por una incorporación cultural y hermenéutica que asegure el acatamiento directo de cada Estado parte.

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

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

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

Si la *internalización espontánea* es el reto, necesariamente debemos interpretar la declaración del constituyente de incorporar los tratados "en las condiciones de su vigencia" como la efectiva decisión de sujetarse al modo en que estos rigen en el plano internacional, que no es otro que el fijado *por sus órganos propios de aplicación*. En el caso de la Convención Americana las pautas centrales serán las derivadas de la jurisprudencia de la Corte Interamericana, en tanto *intérprete último* de ese tratado. Tal es la línea, algo errática, que parece desprenderse de los pronunciamientos de la Corte Federal argentina en la materia, en tanto ratifican el criterio conforme al cual la expresión plasmada en el art. 75, inc. 22, de la Constitución conlleva utilizar —al momento de aplicar los Pactos— los mismos criterios hermenéuticos empleados en el plano internacional [16], y también parecería ser el abordaje que ha adoptado dicho tribunal en el precedente *Mazzeo*, donde se pasa de considerar a la jurisprudencia de la Corte Interamericana como una "guía" para definirla como una "insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos" [17]. Sobre ello volveremos al indagar en torno a los nuevos alcances del principio de juridicidad.

[16] CSJN, *Bramajo*, 1996, *Fallos* 319:1840, consids. 8, 14 y 15; *Acosta*, 1998, *Fallos* 321:3555, consids. 1 y 13; *Felicetti*, 2000, *Fallos* 323:4130, consid. 6; *Arancibia Clavel*, cit., voto del juez Boggiano, consids. 11 y ss.; *Simón*, cit., consid. 17; *Casal*, cit., consids. 32 y 34 *in fine*.

[17] CSJN, *Mazzeo*, 2007, *Fallos* 330:3248, consids. 20 y 21.

Todo lo dicho ha motivado que asome en el sistema constitucional argentino un nuevo debate que gira en torno del denominado *control de convencionalidad* [18], su ubicación dentro o fuera del típico control de constitucionalidad, sus efectos [19], el órgano competente para ejercerlo y, finalmente, las consecuencias que el mismo trae aparejado en un modelo como el nuestro.

II. Las obligaciones estatales en materia de derechos humanos

A partir de la premisa según la cual el traslado de los preceptos convencionales al conjunto de la experiencia nacional demanda investigar cómo ellos rigen en el plano internacional a través de sus órganos de aplicación, es necesario ahora avanzar sobre el alcance que esa jurisprudencia ha asignado al cúmulo de obligaciones estatales que los tratados generan.

1. La dignidad del ser humano como principio y fin del sistema americano

Al tiempo de abordar la interpretación del sistema americano debemos tener presente que la protección internacional de los derechos humanos persigue garantizar la dignidad esencial del ser humano por medio del sistema establecido en la Convención [20]. De esta manera resulta una tarea fundamental del intérprete orientar su labor en el sentido más favorable al destinatario de la protección internacional, tal como veremos al analizar el principio *pro homine*.

[18] Ese control de convencionalidad supone un cotejo que deben realizar *de oficio* los órganos nacionales entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, siendo fundamental para esa tarea tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que de él ha hecho la Corte Interamericana, en tanto *intérprete última de la Convención Americana* (Corte IDH; *Almonacid Arellano y otros v. Chile. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*, 26/9/2006, párr. 124; *Aguado Alfaro y otros vs. Perú. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*, 24/11/2006, párr. 128. Ver especialmente el voto razonado del juez García Ramírez en tal sentencia).

[19] Por ejemplo, en el sistema de control constitucional argentino, la declaración de inconstitucionalidad de una ley tiene efectos exclusivamente para el caso concreto sometido a juzgamiento (CSJN, *Zemba de Fiamberti*, 1939, *Fallos* 183:76; *Yraizoz*, 1960, *Fallos* 247:700; *Lorenzo*, 1962, *Fallos* 253:253, *Mill de Pereyra*, 2001, *Fallos* 324:3219 entre muchos otros). Eso hace que sus efectos se limiten al litigio en que ella se pronuncia y que la ley afectada por ella siga siendo obligatoria en los demás casos en los que es aplicable. De acuerdo con los arts. 1.1, 2 y 63 de la Convención Americana, la regla en materia de declaración de incompatibilidad de una ley o práctica de cualquier especie con dicho tratado quizás sea diferente, pudiendo considerarse que esta posee efectos generales, desde que traduce la invalidación de ese acto por el deber que nace en cabeza del Estado de adecuar su derecho interno en el marco de los arts. 1.1 y 2. Es esa línea interpretativa la expresada por la Corte Interamericana, al postular que, en tanto la promulgación de una ley contraria a las obligaciones asumidas por un Estado parte constituye *per se* una violación de la Convención y genera responsabilidad internacional del Estado, *la sentencia que declara esa violación —constituida por la ley cuestionada— tiene efectos generales* (Corte IDH, *Barrios Altos v. Perú. Interpretación de la sentencia de fondo*, 3/9/2001, párr. 18; *La Cantuta v. Perú. Fondo, reparaciones y costas*, 29/11/2006, párr. 188). En la Argentina, esa matización de los estándares tradicionales del control de constitucionalidad puede percibirse con especial énfasis frente a la invocación de derechos colectivos en el reciente precedente *Halabi* (CSJN, *Halabi*, H. 270. XLII; REX, 24/2/2009, consids. 15, 16, 21 y cctes).

[20] Corte IDH, *Asunto de Viviana Gallardo y otras*, 22/7/1981, párrs. 15-16; OC-5/85, *La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29, Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, 13/11/1985, opinión separada del juez Nieto Navia.

Ello es así en tanto la protección a los derechos humanos parte de la afirmación de la existencia de ciertos atributos inviolables de la persona humana que no pueden ser legítimamente menoscabados por el ejercicio del poder público. Se trata de esferas individuales que el Estado no puede vulnerar o en las que sólo puede penetrar limitadamente [21].

2. Las obligaciones de los arts. 1° y 2° de la Convención Americana

El art. 1.1 de la Convención Americana establece que "los Estados partes de 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...". Por su parte, el art. 2° prescribe que "si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el art. 1° no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados parte se comprometen a adoptar, con arreglo a sus disposiciones constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades".

Esas disposiciones permiten deducir que lo relevante para la Convención es que el ejercicio —entendido como goce efectivo en la vida cotidiana— de los derechos se asegure por medidas estatales, sean legislativas o de otro carácter. Esto se ha visto confirmado por la Corte Interamericana al resaltar que el art. 1° de la Convención obliga a los Estados parte no solamente a *respetar* los derechos y libertades reconocidos en la Convención, sino a *garantizar* su libre y pleno ejercicio a toda persona sujeta a su jurisdicción, lo cual amplía el deber inicial de no adoptar conductas violatorias a la necesaria adopción de medidas de contenido positivo.

En efecto, "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" [22]. Por consiguiente, no sólo es ilícita toda forma de ejercicio del poder público que viole por sí misma los derechos reconocidos por el Pacto, esto es, toda circunstancia en la cual un órgano o funcionario del Estado o de una institución de carácter público lesione indebidamente uno de tales derechos [23], sino que también la tolerancia del Estado a circunstancias o condiciones que impidan a los individuos acceder al goce de los derechos debe ser entendida como una violación del art. 1.1 de la Convención [24].

Como se ha explicado lúcidamente, "en virtud del deber de respetarlos, el Estado no puede violarlos directamente, aunque no los haya reconocido en su derecho interno; y en virtud del deber de garantizarlos, tampoco puede violarlos indirectamente, negando a sus titulares el amparo jurisdiccional y gubernativo necesario para exigir su cumplimiento, tanto frente a las autoridades públicas como frente a los propios

[21] Corte IDH, OC-6/86, *La expresión "Leyes" en el art. 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, 9/5/1986, párr. 21.

[22] Corte IDH, OC-11/90, *Excepciones al agotamiento de los recursos internos (arts. 46.1, 46.2.a y 46.2.b, Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, 10/8/1990, párr. 34.

[23] Corte IDH, *Velásquez Rodríguez v. Honduras. Fondo*, 29/7/1988, párr. 169.

[24] Corte IDH, OC-11/90, cit., párrafo 34; *"Cinco Pensionistas" v. Perú. Fondo, reparaciones y costas*, 28/2/2003, párr. 163.

particulares, ni siquiera bajo el pretexto de que tal amparo no haya sido provisto por su orden interno. Con otras palabras, el solo irrespeto de tales derechos y la sola denegación de su amparo, gubernativo o jurisdiccional, constituirían violaciones directas de los mismos, en función del deber de respetarlos y garantizarlos establecido por el art. 1.1 de la Convención" [25].

En suma: el compromiso asumido por nuestro país en el art. 1.1 de la Convención Americana debe ser entendido como el deber de los Estados parte 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 [26]. Dicha noción va más allá del deber de instituir un orden normativo tendiente a la protección de los derechos; requiere —en rigor— el diseño y la ejecución de una *conducta gubernamental* permanente que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos [27].

Es posible distinguir entre el deber de respeto contenido en el art. 1.1 de la Convención —el cual es inherente a la naturaleza del compromiso internacional de no violar los derechos que la adhesión a esta conlleva— del de dictar las medidas necesarias para garantizar plenamente la eficacia de tales derechos en el orden interno, a que se refiere el art. 2°.

Esa obligación puntual de tomar las medidas necesarias no podría entenderse como una mera repetición de los deberes de respeto y garantía del art. 1°, pues implicaría presumir la inconsecuencia de los redactores del instrumento internacional. Es por ello que interesa precisar el alcance conceptual y jurídico propio que posee tal disposición.

La razón de ser del art. 2° estriba, a nuestro juicio, en la necesidad de brindar una reafirmación complementaria de los deberes del art. 1°. El deber de adoptar las medidas es directa consecuencia del de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos, los cuales indudablemente no están condicionados en su exigibilidad a la existencia de normas internas que posibiliten su disfrute. En caso de que aquellas no se dicten, no sólo se incurre en violación del deber de garantía del art. 1°, sino también de la específica obligación del art. 2°. Se trata, en suma, de una *obligación adicional* dirigida a hacer más categórico y cierto el respeto de los derechos y libertades que la Convención reconoce. Por eso es que la obligación que resulta del art. 2°, complementa, pero de ninguna manera sustituye o suple, a la obligación general y no condicionada que resulta del art. 1° [28].

Por tal razón, si bien a primera vista podría considerarse que el art. 2° contiene un compromiso sobreabundante, desde que el deber de respetar y garantizar incluye el de dictar las medidas necesarias para hacer efectivos los derechos, su sentido reside en hacer más determinantes las exigencias internacionales impuestas al Estado, el cual no sólo no puede invocar el *contenido* su derecho interno para justificar una violación, sino tampoco las *carencias* de este para excusar la falta de efectividad de un derecho convencional.

[25] Corte IDH, OC-7/86, cit., opinión separada del juez Piza Escalante, párr. 30.
[26] Corte IDH, *Godínez Cruz v. Honduras. Fondo*, 20/1/1989, párr. 175; OC-11/90, cit., párr. 23.
[27] Corte IDH, *Velásquez Rodríguez*, cit., párr. 167.
[28] Corte IDH, OC-7/86, cit., opinión separada del juez Gros Espiell, párr. 6.

Como se ha precisado, el deber general establecido en el art. 2° de la Convención Americana implica la adopción de medidas en dos vertientes. Por una parte, la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención. Por la otra, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías [29].

De conformidad con lo dicho, una interpretación armónica de los arts. 1.1 y 2° de la Convención permite identificar el siguiente plexo de deberes esenciales: a) como consecuencia de las obligaciones generales de respetar y garantizar los derechos fundamentales, los Estados deben *adoptar medidas positivas*, *evitar tomar iniciativas que limiten o conculquen un derecho fundamental*, y *suprimir las medidas y prácticas que actualmente los restrinjan o vulneren* [30]; b) como consecuencia de la obligación adicional del art. 2°, los Estados deben —cuando el ejercicio de un derecho no se encuentre todavía garantizado— *adecuar* su ordenamiento jurídico —en el plano normativo o de cualquier otro tipo— para permitir tal ejercicio.

Es esencial comprender —a fin de dimensionar el papel de la Administración Pública— que el cumplimiento de estas obligaciones no se satisface con la sola expedición de normas constitucionales o legislativas, sino que requiere además otras medidas estatales orientadas a materializar el acceso tangible al goce de los derechos. Es por ello que la remoción de obstáculos por conducto de acciones positivas en todos los estamentos estatales, las modalidades de toma de decisiones administrativas, la actividad judicial y —en suma— todos los aspectos de la práctica gubernamental deben encontrarse encaminados a cumplir estos mandatos [31].

Es que la principal exigencia impuesta al Estado para mantenerse dentro de los contornos de los arts. 1.1 y 2° de la Convención Americana consiste en que las medidas internas sean efectivas para asegurar el disfrute de los derechos y ello es posible únicamente mediante la acción conjunta de todos los departamentos, pues sólo de ese modo se logra que la comunidad adapte su conducta a la normativa de la Convención [32].

Nuevamente aparece la impronta que articula todo el sistema: su principal aspiración de goce real de los derechos se logra cuando la comunidad adapta por sí misma su obrar a la Convención. La responsabilidad internacional es un reaseguro de ese objetivo básico.

Es por ello que no sólo debe ajustarse toda normativa interna al tratado, sino que, además, las prácticas estatales relativas a su aplicación deben adecuarse a él. No basta con que el ordenamiento jurídico interno se amolde a él, sino que es imprescindible que los órganos o funcionarios de cualquier poder estatal, sea ejecutivo, legislativo o judicial, ejerzan sus funciones y realicen o emitan sus actos, resoluciones y sentencias de un modo efectivamente acorde con el derecho internacional aplicable [33]. En otros términos, se trata de pensar *desde* la Convención, no como

[29] Corte IDH, *Bulacio*, cit., párr. 143; OC-13/93, cit., párr. 26; *La Cantuta*, cit., párr. 172.

[30] Corte IDH, OC-18/03, *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, 17/9/2003, párrs. 81 y 173.

[31] Corte IDH, *Caballero Delgado y Santana*, cit., voto disidente del juez Cançado Trindade, párr. 3.

[32] Corte IDH, *Garrido y Baigorria*, cit., párr. 69.

[33] Corte IDH, OC-18/03, cit., párr. 171.

límite *externo* a decisiones adoptadas bajo los parámetros del derecho doméstico, sino como *presupuesto* de la comprensión global de ese derecho. El Pacto de San José de Costa Rica no configura una frontera exterior de nuestro sistema jurídico, sino un hito esencial y supremo que hace a su funcionalidad *interna*.

3. La prevención de las violaciones a los derechos humanos

El primer eslabón en el cumplimiento de las obligaciones internacionales reside en el deber de prevención de las violaciones a los derechos humanos [34], que "abarca todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito" [35].

El carácter preventivo de la acción estatal se transforma, así, en el primer criterio a tener en cuenta para evaluar su adecuación a los estándares exigibles en la materia.

El papel del administrador para el diseño de programas y para la resolución de conflictos y peticiones desde el prisma de la prevención dota de nuevo sentido a los elementos fundamentales de la organización administrativa.

Para entender la dimensión estatal que la prevención posee es necesario atender a la estructura del sistema americano. Este no es un modelo limitado a la institución de órganos supranacionales, sino que se compone de dos niveles diversos de protección de relevancia equivalente. Inicialmente, la tarea fundamental se encuentra en el plano nacional, donde los Estados deben dar vigencia a sus obligaciones y, en caso de incurrirse en violaciones, indemnizar a las víctimas y sancionar a los responsables. El segundo nivel del sistema —encarnado en la Comisión y la Corte Interamericanas— sólo opera cuando el primero no ha cumplido su rol [36], y es por ello subsidiario y coadyuvante de la labor nacional [37].

Ese rasgo preventivo se ve reiteradamente destacado en este libro, pues, entendemos, determina un nuevo abordaje de la interacción entre Administración Pública y jueces desde el prisma de la tutela administrativa efectiva como instrumento de prevención del conflicto judicial.

4. La inoponibilidad del derecho interno: presupuesto de la eficacia jurídica del sistema americano

Si el objeto y el fin de la Convención Americana son la eficaz protección de los derechos humanos, esta debe interpretarse de manera de darle su pleno sentido y permitir que el régimen de tutela adquiera todo su "efecto útil" [38].

[34] Corte IDH, *Velásquez Rodríguez*, cit., párr. 175; *Godínez Cruz*, cit., párr. 185.

[35] Corte IDH, *El Amparo v. Venezuela. Reparaciones y costas*, 14/9/1996, voto disidente del juez Cançado Trindade, párr. 6.

[36] Corte IDH, *Las Palmeras v. Colombia. Fondo*, 6/12/2001, párr. 33.

[37] Corte IDH, *Ríos y Otros vs. Venezuela. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*, 28/1/2009, párr. 37. Allí se enfatizó que el Sistema Interamericano es "coadyuvante, subsidiario y complementario de la protección que debe ofrecer el derecho interno de los Estados partes".

[38] Corte IDH, *Fairén Garbi y Solís Corrales v. Honduras. Excepciones preliminares*, 26/6/1987, párr. 35.

El principal instrumento para dotar de eficacia jurídica a las reglas convencionales reside —como destacó en su momento la Corte argentina— [39] en el principio general del derecho internacional contenido en el art. 27 de la Convención de Viena: la imposibilidad de invocar el derecho interno para justificar el incumplimiento del tratado, sea cual fuere la jerarquía de ese derecho interno. Esta regla ha sido pacíficamente considerada como un principio general del derecho y aplicada, aun tratándose de disposiciones de carácter constitucional [40].

Importa aclarar que esa preeminencia *no sólo alcanza a las disposiciones de carácter normativo*, sino a todas las expresiones del poder público, que pueden ser enteramente revisadas por los órganos internacionales en su tarea de verificación del cumplimiento de la Convención; de modo que no sólo se encuentra vedado oponer normas internas, sino también sentencias, actos administrativos y cualquier otra medida al acatamiento de los deberes convencionales.

Como se ha graficado, "desde la óptica de la Corte Interamericana, lo único definitivo es su propia determinación de la compatibilidad o no con la Convención Americana de actos y prácticas administrativas, leyes nacionales y decisiones de tribunales nacionales del Estado demandado" [41]. En la esfera nacional no se tiene la última palabra en esta materia.

La aparente severidad de la regla de la inoponibilidad hace, en realidad, a la existencia misma de cualquier sistema convencional, por eso se habla de un principio general del derecho. Ese principio tiene un fundamento racional: un sistema de protección internacional que dependiera de la voluntad de los sujetos sometidos a él sería esencialmente autodestructivo, pues su eficacia se encontraría sujeta a los designios de los entes obligados.

Como es sabido, existe una vocación intrínseca de cualquier ordenamiento que regule relaciones entre sujetos en lograr su propia eficacia. En el plano convencional, diversos principios van delimitando este concepto, de resultas de lo cual se erigen axiomas como el *pacta sunt servanda* que dispone que los acuerdos se celebran para ser cumplidos o el deber de obedecer a la ley mediante la fijación de ciertas consecuencias, como la sanción o la reparación.

[39] CSJN, *Ekmekdjian*, cit., consid. 19.

[40] Corte IDH, OC-14/94, *Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención* (arts. 1° y 2°, Convención Americana sobre Derechos Humanos), 9/12/1994, párr. 35. Estas reglas han sido codificadas en los arts. 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969. La Corte Europea tiene dicho al respecto que la organización política e institucional de los Estados miembros debe ser acorde con los derechos y principios consagrados en el Convenio y "poco importa" en ese contexto si las disposiciones en juego son constitucionales o simplemente legislativas. Desde el momento en que aquellas se presentan como los medios por los cuales el Estado ejerce su jurisdicción sobre los habitantes, estas se encuentran sujetas a revisión bajo el Convenio (STEDH, *Partido Comunista de Turquía y otros v. Turquía*, 30/1/1998, párr. 30).

[41] Corte IDH, *Las Palmeras*, cit., voto razonado conjunto de los jueces Cançado Trindade y Pacheco Gómez, párr. 6. Es así que "cuando la supuesta violación a un derecho humano o a una libertad fundamental no proviene de la acción de un órgano o agente del Poder Ejecutivo de un Estado, sino de acciones u omisiones de otros poderes del Estado —que igualmente comprometen su responsabilidad internacional—, la única forma de reparación posible es mediante el dictado de una nueva sentencia por parte del competente órgano judicial o el dictado de una ley por parte del Poder Legislativo" (Corte IDH, OC-15/97, *Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (art. 51, Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, 14/11/1997, voto disidente del juez Pacheco Gómez, párr. 29).

Nuevamente se parte de un fundamento racional: un sistema convencional que estuviera basado en la posibilidad de desentenderse libremente de los compromisos sin consecuencia alguna se anularía a sí mismo. La construcción de un conjunto de reglas en el cual los sujetos pudieran liberarse de sus previas declaraciones generadoras de obligaciones resultaría irracional, en tanto ninguna relación podría constituirse sobre la presunción de que lo acordado no será cumplido. Es por ello que todo ordenamiento que pretenda estar dotado de eficacia deberá fijar herramientas para asegurar el acatamiento de los compromisos. En el plano que nos ocupa, indudablemente una de las más importantes es la imposibilidad de invocar el derecho interno —la voluntad estatal— como justificación para no cumplir lo pactado. En caso contrario, las obligaciones asumidas no serían jurídicas, sino solamente éticas.

Estas nociones tienen su necesario correlato en la Convención Americana: las obligaciones de sus arts. 1° y 2°, en tanto jurídicas y no meramente morales, no pueden quedar supeditadas al mero arbitrio de su sujeto pasivo. Es por ello que se instituye un mecanismo preciso de control de cumplimiento por medio de un tribunal internacional que tiene la función de declarar —a través de decisiones de obligado acatamiento— la responsabilidad por violación de los compromisos y conminar a tomar las medidas de reparación consecuentes. Esta comprensión sistémica atraviesa toda la comprensión del modelo interamericano americano, en tanto *jurídico*.

Como explicó la Corte Interamericana [42], condicionar el acatamiento de sus sentencias a su conformidad con el orden doméstico no sólo implicaría librar a la voluntad discrecional del Estado el grado de aceptación de las directivas del tribunal internacional, sino que conduciría a un escenario en que el análisis de ese tribunal tendría como primer parámetro de referencia al derecho interno del Estado y sólo subsidiariamente a la Convención Americana. Esta situación acarrearía una fragmentación del orden jurídico internacional de protección de los derechos humanos y haría ilusorios el objeto y el fin de la Convención.

Indudablemente, ningún sistema de relaciones jurídicas podría operar sobre la base de que su acatamiento depende del obligado; la prohibición de oponer al plexo de obligaciones internacionales razones de derecho interno hace a la existencia misma del sistema americano como ordenamiento jurídico.

Como consecuencia de la directiva del art. 27 de la Convención de Viena, en los supuestos o hipótesis de violación de las obligaciones internacionales asumidas por los Estados parte que resulten de una eventual contradicción entre sus normas de derecho interno y las de la Convención, aquellas serán evaluadas por la Corte en los procesos contenciosos como simples hechos o manifestaciones de voluntad, susceptibles de ser ponderados sólo respecto de las convenciones y tratados involucrados, y con prescindencia de la significación o jerarquía que la norma nacional tenga dentro del ordenamiento jurídico del respectivo Estado [43].

[42] Al privar de efectos a una reserva planteada por Trinidad y Tobago que reconocía el sometimiento a la jurisdicción obligatoria de la Corte Interamericana de Derechos Humanos "sólo en la medida en que tal reconocimiento sea compatible con las secciones pertinentes de la Constitución de la República de Trinidad y Tobago, y siempre que una sentencia de la Corte no contravenga, establezca o anule derechos o deberes existentes de ciudadanos particulares" (Corte IDH, *Hilaire v. Trinidad y Tobago. Excepciones preliminares*, 1/9/2001, párr. 93).

[43] Corte IDH, OC-14/94, cit., párr. 22.

Ello es así, porque el juicio de ponderación que realiza la Corte Interamericana se limita a verificar si ha operado un supuesto de inobservancia de la Convención, siendo indiferente que el órgano o funcionario haya actuado en contravención de disposiciones del derecho interno o desbordado los límites de su propia competencia [44].

Resultado de lo anterior es que la responsabilidad internacional del Estado se genera de inmediato con el ilícito internacional a él atribuido, aunque sólo puede ser exigida después de que el Estado haya tenido la oportunidad de repararlo por sus propios medios [45]. Esto es así al punto de que la cosa juzgada en derecho interno no es vinculante para la Corte Interamericana, pues, se reitera, para aquella lo único *definitivo* es su propia determinación de la compatibilidad o no con la Convención Americana de actos y prácticas administrativas, leyes nacionales y decisiones de los tribunales del Estado demandado [46].

5. Lo indisponible por el Estado: el orden público de los derechos humanos

Ahora bien, la eficacia jurídica de los compromisos internacionales no se desprende exclusivamente de la inoponibilidad que trasunta el *pacta sunt servanda*. Existe hoy una gama de obligaciones que trascienden al mero sometimiento voluntario de los Estados a un tratado determinado, pues forman parte —precisamente— del orden público internacional, frente al cual la voluntad estatal es inocua.

El concepto de *ius cogens* remite a la existencia de reglas fundamentales que deben ser observadas por todos los Estados, hayan o no ratificado las convenciones que las contienen, por constituir estas un principio ineluctable del derecho internacional consuetudinario.

La Corte Interamericana ha expresado en ese orden que el *ius cogens* es el derecho imperativo del derecho internacional general, en cuanto es aplicable a todo Estado, independientemente de que sea parte o no en determinado tratado, y genera efectos con respecto a terceros, inclusive 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 de los principios contenidos en aquel [47].

La gravitación de este componente del sistema internacional no es menor, especialmente si consideramos que, a esta altura de la evolución del derecho, *el debido proceso previo a la adopción de una decisión que repercute en los derechos fundamentales de una persona debe considerarse como integrante de aquel.*

6. El carácter *erga omnes* de la protección internacional

En uno de los más valiosos precedentes de la jurisprudencia internacional reciente, la Corte Interamericana se ha ocupado de subrayar otro rasgo fundamental

[44] Corte IDH, *Velásquez Rodríguez*, cit., párr. 170.

[45] Corte IDH, *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri v. Perú. Fondo, reparaciones y costas*, 8/7/2004, párr. 75.

[46] Corte IDH, *Las Palmeras*, cit., voto razonado conjunto de los jueces Cançado Trindade y Pacheco Gómez, párr. 6.

[47] Corte IDH, OC-18/03, cit., párr. 100.

de los sistemas de protección de los derechos humanos: el carácter *erga omnes* de las obligaciones que ellos imponen [48].

Como resultado de ese rasgo, las obligaciones de respeto vinculan a todos los Estados y generan efectos con respecto a terceros, inclusive particulares [49].

Este rasgo es una consecuencia natural de la obligación positiva de asegurar la efectividad de los derechos humanos que existe en cabeza de los Estados, pues ese deber determina la necesidad de conjurar acciones violatorias provenientes de cualquier esfera sujeta a la jurisdicción del Estado parte, y con ello proyecta sus alcances en relación con terceros (*erga omnes*). El Estado, en función de los arts. 1.1 y 2°, tiene el deber de respetar y hacer respetar los derechos, lo cual se extiende obviamente tanto a los poderes públicos como a los particulares en relación con otros particulares [50]. Igual concepción se advierte —como veremos— desde el prisma específico de los derechos económicos, sociales y culturales, cuya consagración en el Pacto Internacional de las Naciones Unidas ha sido entendida como fuente directa de una obligación de protección, que requiere que el Estado *prevenga la interferencia de terceros en el disfrute de cada derecho.*

La Corte Interamericana, desde los primeros casos contenciosos que resolvió, ha esbozado la aplicación de los efectos de la Convención Americana en relación con terceros, señalando que, si bien es imputable al Estado toda violación a los derechos reconocidos por la Convención cumplida por un acto del poder público o de personas que actúan prevalidas de los poderes que ostentan por su carácter oficial, no se agotan allí las situaciones en las cuales este está obligado a prevenir, investigar y sancionar las violaciones a los derechos humanos, ni los supuestos en que su responsabilidad puede verse comprometida por efecto de una lesión a esos derechos. En efecto, un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte imputable directamente a un Estado puede acarrear la responsabilidad internacional de aquel, no por ese hecho en sí mismo, sino por falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención.

La Corte Europea de Derechos Humanos también ha reconocido la aplicabilidad del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales a las relaciones interindividuales [51], puntualizando que, aun cuando la dinámica del Convenio resida en la protección del individuo contra interferencias arbitrarias de autoridades públicas, además de abstenerse de esas interferencias, el Estado debe cumplir obligaciones positivas inherentes al respeto efectivo de los derechos, lo cual puede implicar la adopción de medidas inclusive en las relaciones entre individuos [52].

[48] Corte IDH, OC-18/03, cit. Subyace tanto en la sentencia de Corte como en los votos individuales un severo reproche a los criterios desplegados por la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso *Hoffman Plastic Compounds Inc. v. National Labor Relations Board*, 535 US (2002).

[49] Corte IDH, OC-18/03, cit., párr. 110. La incidencia de los derechos humanos en las relaciones jurídicas privadas ha sido teorizada en Alemania a partir de la doctrina de la *Drittwirkung der Grundrechte*, esto es, la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, y a partir de allí se ha trasladado a diferentes ordenamientos europeos y a los tribunales internacionales de Estrasburgo y Costa Rica.

[50] Corte IDH OC-18/03, cit., párr. 140.

[51] STEDH, *Young, James y Webster v. Reino Unido*, 13/8/1981, párrs. 48-65.

[52] STEDH, *X e Y v. Países Bajos*, 26/3/1985, párr. 23.

De esta manera, la obligación de respeto y garantía de los derechos humanos, que normalmente tiene sus efectos en las relaciones entre los Estados y los individuos sometidos a su jurisdicción, también proyecta sus efectos en las relaciones interindividuales [53].

Vale puntualizar que el carácter *erga omnes* de las obligaciones internacionales es el correlato ineludible de la potestad del Estado sobre sus habitantes, que actualmente debe ejercitarse, en el marco de la reglamentación de los derechos, con base en las obligaciones convencionales. No se cumpliría el deber de asegurar el goce de los derechos si el titular de la facultad de establecer las reglas de convivencia entre las personas —expresadas tanto en aspectos del derecho público como del privado— se abstuviera de establecer instrumentos que protejan los derechos humanos en la interacción entre particulares. Por ello, es deber del Estado controlar que las relaciones contractuales o de cualquier especie no vulneren los estándares mínimos internacionales [54].

Por otra parte, la reglamentación de los derechos adquiere, en el carácter *erga omnes* de las obligaciones internacionales, connotaciones importantes que serán objeto de un tratamiento específico al indagar en torno al principio de proporcionalidad y el contenido de las finalidades que el Estado puede perseguir al momento de implementarla. En efecto, la propia Convención brinda en los arts. 29, 30 y 32.2 las pautas hermenéuticas centrales para facilitar la coordinación de los derechos protegidos, y —dentro de ella— a la reglamentación de estos. Indudablemente, esa facultad de reglamentación presupone que las obligaciones internacionales se proyectan en todos los planos, incluida la relación entre particulares.

Es así que en las bases mismas de la Convención se encuentra ínsita la idea de que los derechos pueden ser objeto de regulación por la ley a fin de compatibilizar su ejercicio por las personas que los titularizan. En ese marco, la reglamentación de los derechos adquiere una especial relevancia, pues por medio de ella se atiende a dos rasgos esenciales del sistema: el carácter *erga omnes* de las obligaciones y el papel tutelar de la limitación de los derechos.

Respecto del primero hemos visto ya que los deberes internacionales del Estado se proyectan en la necesidad de que este los garantice aun en el marco de las relaciones individuales, extremo que incluye la regulación de esas relaciones.

En cuanto al segundo abordaje, la reglamentación presupone en el marco del art. 32.2 de la Convención que la limitación de un derecho tenga un *necesario correlato en la protección de otro*, que debe ser argumentado y probado por el Estado.

Ello hace que la función de la reglamentación de los derechos no pueda ser vista como restricción de libertades en sí misma, sino como ampliación de las libertades de otros sujetos. En otros términos, la reglamentación de los derechos no puede tener por objeto ampliar las prerrogativas estatales por sí solas, sino que debe atender a una correlativa protección de otros intereses individuales involucrados, lo cual implica que la *causa* del acto estatal de limitación debe ser la ampliación —más o menos inmediata— de la esfera de protección de otros individuos, antecedente necesario cuya acreditación en cada caso es una carga del Estado.

[53] Corte IDH, OC-18/03, cit., párr. 146.

[54] Corte IDH, OC-18/03, cit., párrs. 147 y 148. SSTEDH, *K.U. v. Finlandia*, 2/12/2008, párrs. 42 y 43; *M. C. v. Bulgaria*, 4/12/2003, párrs. 150 y 185; *Von Hannover v. Alemania*, 24/6/2004, párrs. 78 y ss.

7. La "norma de clausura" del sistema de protección de los derechos humanos. El art. 29 de la Convención Americana

Como vimos anteriormente, en tanto la dignidad de la persona resume el objeto y el fin de la Convención, resulta una tarea fundamental del intérprete orientar su labor en el sentido más favorable al destinatario de la protección internacional.

En esa tarea, la Convención presenta una norma no sólo novedosa sino de indudable valor sistémico: el art. 29.

Ese precepto fija las "normas de interpretación" de la Convención Americana, de acuerdo con las cuales *ninguna* disposición de ese instrumento puede entenderse en el sentido de:

a) permitir la *supresión* del goce y ejercicio de un derecho reconocido en la Convención;
b) permitir una *limitación* de ese goce y ejercicio *en mayor medida a la permitida por la Convención*;
c) limitar el goce y el ejercicio de un derecho reconocido por la normativa *interna*;
d) limitar el goce y el ejercicio de un derecho reconocido por *cualquiera de los Estados parte*;
e) limitar el goce y el ejercicio de un derecho reconocido en *otra Convención* en que sea parte cualquiera de los Estados sometidos a la primera;
f) excluir otros derechos y garantías que sean *inherentes al ser humano*;
g) excluir otros derechos y garantías que se deriven de la *forma democrática representativa de gobierno*;
h) excluir o limitar el efecto de la *Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre*;
i) excluir o limitar el efecto de *actos internacionales de igual naturaleza a la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombres.*

Entendemos que esta disposición posee una importancia mayúscula, en tanto opera como una "cláusula de cierre" para el intérprete que *impide la existencia de lagunas* en el ordenamiento americano de protección de los derechos humanos.

Al respecto, ha destacado la Corte Interamericana que "la redacción de esta 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 aquellos previamente reconocidos por un Estado" [55]. En consecuencia, ante el conflicto normativo siempre debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana [56].

[55] Corte IDH, OC-4/84, *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*, 19/1/1984, párr. 20.

[56] El art. 53 del Convenio Europeo establece: "Ninguna de las disposiciones del presente Convenio será interpretada en el sentido de limitar o perjudicar aquellos derechos humanos y libertades fundamentales que podrían ser reconocidos conforme a las leyes de cualquier Alta Parte Contratante o en cualquier otro convenio en el que esta sea parte". A partir de tal disposición, la Corte de Estrasburgo ha entendido que el Tratado de Roma *refuerza*, de acuerdo con el principio de subsidiariedad, la protección brindada a nivel nacional pero *nunca la limita* (SSTEDH, *Partido Comunista Unido de Turquía*, cit. párr. 28 y ss; *Shamayev y otros v. Georgia y Rusia*, 12/4/2005, párr. 500).

Esto es desprendimiento de un principio inherente a la naturaleza misma de los derechos humanos, que obliga a interpretar extensivamente las normas que los consagran o amplían y restrictivamente las que los limitan o restringen. Ese criterio fundamental —principio *pro homine* de los derechos humanos—, conduce a la conclusión de que su exigibilidad inmediata e incondicional es la regla y su condicionamiento, la excepción [57].

Del art. 29 se extraen, entonces, las siguientes directrices interpretativas:

7.1. Prohibición de supresión de derechos. Deber de armonización

Ante el potencial conflicto entre dos normas convencionales ninguna de ellas puede interpretarse como justificativo de la supresión de la otra, siendo deber indeclinable del intérprete su armonización.

7.2. Imposibilidad de limitar el derecho en mayor medida al permitido en la Convención

En la tarea de armonización, el alcance asignado a una cláusula convencional no puede significar una limitación del goce y ejercicio de otro derecho en mayor medida a la permitida por la Convención.

7.3. Armonización entre la norma interna más favorable y la Convención Americana

Si resultan aplicables al caso normas de derecho interno más favorables a la persona en forma concomitante a las convencionales, el propio sistema americano reconoce la preeminencia de las primeras, pues quienes se hallan protegidos por el régimen de la Convención no pierden por ello las libertades, las prerrogativas o las facultades que ya tengan conforme a la legislación del Estado bajo cuya jurisdicción se encuentran. Estas no se ven excluidas por los derechos que reconoce la Convención, sino se concilian con ellos para precisar su alcance o se añaden a estos para integrar el creciente catálogo de los derechos humanos [58].

Así lo ha ratificado expresamente la Corte Interamericana: "de conformidad con el art. 29, b) de la Convención, si alguna ley del Estado parte u otro tratado internacional del cual sea parte dicho Estado otorga una mayor protección o regula con mayor amplitud el goce y ejercicio de algún derecho o libertad, este deberá aplicar la norma más favorable para la tutela de los derechos humanos" [59].

De esta manera ninguna disposición del Pacto puede invocarse para retacear derechos protegidos en el plano doméstico. Así lo estipula el propio art. 75, inc. 22, de la Constitución y fue destacado por la Corte argentina al descalificar la invoca-

[57] Corte IDH, OC-7/86, cit., opinión separada del juez Piza Escalante, párr. 36.

[58] Corte IDH, *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni v. Nicaragua. Fondo, reparaciones y costas*, 31/8/2001, voto razonado concurrente del juez García Ramírez, párr. 3.

[59] Corte IDH, *Ricardo Canese v. Paraguay. Fondo, reparaciones y costas*, 31/8/2004, párr. 180.

ción del art. 26 de la Convención para limitar el alcance del art. 14 bis de la Constitución de nuestro país [60].

7.4. Cláusula del mejor derecho

Igualmente, la Convención prescribe que ella no puede ser interpretada en el sentido de limitar el goce y el ejercicio de cualquier derecho "reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes". Esta cláusula —entendemos— brinda cobertura jurídica expresa a la teoría del mejor derecho en concordancia con la garantía de igualdad de trato del art. 24 del Pacto, de resultas de lo cual no puede interpretarse a la Convención Americana como impedimento para la invocación de una norma interna más protectiva de otro Estado parte por cualquier persona tutelada por el sistema americano. Ese derecho reconocido en mayor medida por cualquier Estado parte brinda el estándar de protección exigible en el marco del modelo de San José de Costa Rica.

7.5. Prioridad del tratado internacional más favorable

En tanto se encuentra vedado entender a la Convención Americana como justificativo para limitar el goce y el ejercicio de un derecho reconocido en otro tratado al que pertenezca cualquiera de los Estados sometidos a la primera, si a una misma situación son aplicables la Convención Americana y otro tratado internacional, debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana. Si la propia Convención establece que sus regulaciones no tienen efecto restrictivo sobre otros instrumentos internacionales, menos aún podrán invocarse restricciones propias de aquellos y ajenas a la Convención, para limitar el ejercicio de los derechos y libertades que esta reconoce [61].

Esto es así en tanto "la unidad de naturaleza del ser humano y el carácter universal de los derechos y libertades que merecen garantía están en la base de todo régimen de protección internacional. De modo que resultaría impropio hacer distinciones sobre la aplicabilidad del sistema de protección, según que las obligaciones internacionales contraídas por el Estado nazcan o no de una fuente regional" [62].

7.6. Función dinámica de la Convención. Apertura a la tutela de nuevos derechos

La función protectoria de la Convención queda abierta a la evolución del derecho humanitario consuetudinario y a la ampliación del *ius cogens*, prohibiendo

[60] CSJN, *Sánchez*, cit., consid. 6. En el voto particular de los jueces Argibay y Zaffaroni (consid. 7) se puntualizó que "si bien es cierto que la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 26), uno de los instrumentos mencionados en el art. 75, inc. 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 art. 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 parte o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados".

[61] Corte IDH, OC-5/85, cit., párr. 52.

[62] Corte IDH, OC-1/82, cit., párr. 40.

un abordaje estático de sus alcances y permitiendo la ampliación del catálogo de derechos protegidos según se avance en la nueva determinación de derechos y garantías como *inherentes* al ser humano [63]. Esos derechos, aun sin consagración expresa en la Convención, son tutelados de igual modo que los derechos implícitos del art. 33 de la Constitución argentina.

7.7. Tutela de los derechos y garantías derivados del Estado de derecho

Al igual que en el punto anterior, no puede entenderse a la Convención como razón para excluir otros derechos y garantías que se deriven de la forma democrática representativa de gobierno, de resultas de lo cual la gama de instrumentos esenciales derivados del principio de juridicidad, el sistema republicano y representativo y demás componentes esenciales del Estado de derecho, encuentra tutela jurídica.

Ello implica reafirmar el sustento constitucional —y la consiguiente exigibilidad por vía de petición administrativa y/o acción judicial— del derecho ciudadano a la juridicidad estatal, al control oportuno de la labor de los funcionarios, al acceso irrestricto a la información pública y —en fin— a todos los mecanismos de resguardo de la premisa democrática de sujeción de los gobernantes a la voluntad popular.

7.8. "Normativización" de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre

Tampoco la Convención puede interpretarse en el sentido de excluir o limitar el efecto de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre. Esta puntualización obedece a que la Declaración no posee la naturaleza jurídica de tratado, pero su contenido por vía del art. 29 goza de tutela convencional.

Así lo resolvió expresamente la Corte Interamericana a partir de la letra del art. 29 y de una interpretación evolutiva del derecho americano [64], en la cual se reconoció que, si bien la Declaración no es un tratado en el sentido de las Convenciones de Viena, porque no fue adoptada como tal [65] —en virtud de las reticencias que sobre el punto se suscitaron en 1948 al momento de su adopción—, esa circunstancia no implica que tal instrumento carezca de efectos jurídicos, ni que la Corte esté imposibilitada de aplicarla. Es por ello que la Declaración integra el sistema americano como *norma jurídica* invocable por vía del art. 29.

[63] Como se ha expresado, "los derechos humanos son, además de exigibles, progresivos y expansivos, caracteres estos que imponen una actitud interpretativa consecuente y, por ende, la necesidad de considerar en cada caso, no sólo el sentido y alcances de las propias normas interpretadas, en su texto literal, sino también su potencialidad de crecimiento" (Corte IDH, OC-4/84, cit., voto separado del juez Piza Escalante, párr. 3).

[64] Corte IDH, OC-10/89, *Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del art. 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, 14/7/1989.

[65] Según la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 se entiende por "tratado" a un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el Derecho Internacional (art. 2.1.a), mientras que la Convención de Viena de 1986 sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales dispone en su art. 2.1.a) que se entiende por "tratado" un acuerdo internacional regido por el derecho internacional y celebrado por escrito entre uno o varios Estados y una o varias organizaciones internacionales o entre organizaciones internacionales.

7.9. "Normativización" de las declaraciones de derechos humanos como género

Por último, se encuentra prohibido también excluir o limitar el efecto de actos internacionales de igual naturaleza a la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, lo cual implica —como dijimos— dotar de eficacia jurídica a instrumentos tradicionalmente entendidos como meros catálogos de aspiraciones.

Sobre la base de estas directivas, siempre orientadas en el caso concreto al aseguramiento de los derechos, es que el sistema americano brinda sus propios criterios interpretativos e impide la formación de lagunas. Todo caso de derechos humanos pasa a encontrar respuesta en el sistema integral comentado, de modo que la falta de reacción ante una violación no es una alternativa permitida por el Pacto.

8. La democracia y el sistema de protección de los derechos humanos

Otro elemento esencial para comprender las amplias proyecciones de estas obligaciones internacionales estriba en que la Convención Americana debe ser entendida a partir del objetivo central de proteger al hombre en el marco de una forma de convivencia concreta: la democracia.

Reconocer el nexo indisoluble entre democracia y protección de los derechos humanos es sumamente relevante, porque implica jerarquizar el principio de juridicidad —el sometimiento del Estado al derecho democráticamente sancionado— como expresión de un derecho fundamental del ciudadano. Que la juridicidad tenga esa condición determina la imposibilidad de su aplazamiento con fundamento en la persecución del bienestar colectivo, por lo que la sujeción a aquella no resulta dispensable por razones de eficacia en la gestión estatal, de decisiones mayoritarias o argumentos similares. Contrariamente, en la plena vigencia de este principio se juega el mantenimiento del Estado dentro de las fronteras que la Convención le impone.

Interesa entonces enfatizar que la sujeción del Estado a la ley resulta consustancial con una sociedad democrática y expresa un derecho fundamental del hombre en sociedad tutelado en el sistema internacional, lo cual impide su postergación con base en motivaciones de orden colectivo. Como podemos notar, la ilegalidad afecta un interés primario de cualquier miembro de la comunidad sujeto a las reglas infringidas y dista de contener un simple problema organizacional. En la dinámica del Pacto de San José de Costa Rica la juridicidad cumple esa precisa función de evitar el ejercicio arbitrario del poder público y se constituye, por lo tanto, en una de las garantías más relevantes para la eficacia del sistema jurídico de protección de los derechos humanos. *La juridicidad es la primera garantía de los derechos* y de ello nos ocuparemos al indagar en torno a la legitimación en el procedimiento administrativo.

III. La Administración Pública como sujeto activo en la aplicación del Pacto de San José de Costa Rica

En el contexto normativo e interpretativo descripto la Administración Pública es una de las autoridades nacionales a las que alude el Pacto de San José de Costa Rica como obligadas a la aplicación en el derecho interno de las normas, reglas y principios contenidos en aquel. La actividad administrativa se encuentra alcanzada por la regla general de los arts. 1.1 y 2° de la Convención Americana, los cuales

según hemos señalado constituyen la base para la determinación de la responsabilidad internacional del Estado en materia de derechos humanos.

Cabe a la Administración Pública, como punto de contacto directo entre el Estado y las personas, expresar concretamente esa línea gubernamental de efectividad de los derechos humanos que hemos relatado, plasmándola día a día en sus actos administrativos, hechos, contratos, reglamentos, servicios públicos, obras y demás modalidades de ejercicio de sus competencias.

Esa condición de sujeto obligado a materializar en su ámbito de actuación los principios, garantías, derechos y deberes del Pacto de San José, nos obliga a nuevos planteamientos, tanto del procedimiento administrativo como de la actividad administrativa en general.

Como vimos, una de las notas típicas del sistema americano se halla en el art. 29 de su Convención. Las proyecciones de ese artículo nos permiten, por una parte, comprobar la dinámica propia de estos instrumentos internacionales, a la vez que extender sus efectos interpretativos hacia institutos para los cuales, en origen, no fueron pensadas algunas de sus previsiones. Los temas a desarrollar en los próximos capítulos justamente parten de ese criterio evolutivo que, junto con otros, informarán el impacto de las previsiones del Pacto de San José de Costa Rica en el derecho administrativo.

IV. Conclusión: el interrogante

Nuestra pregunta inicial nace en el contexto de esta creciente tendencia a la adopción en los sistemas internos de la normativa y criterios interpretativos del sistema de derechos humanos y nos ha llevado a propiciar —tal como demostraremos— la aplicación directa al derecho administrativo argentino del elenco de garantías que surgen del art. 8° del Pacto de San José de Costa Rica y normas concordantes.

Ello nos conduce a validar el procedimiento administrativo, sus principios y elementos, desde su naturaleza de instrumento de concreción del libre y pleno ejercicio de los derechos previstos en el Pacto. Ese abordaje lleva a incluir a este segmento de la práctica estatal dentro de un escenario mayor dominado por la idea de la tutela administrativa efectiva, que posiciona a la Administración en un papel preventivo de toda afectación de la dignidad del hombre.

En este recorrido, como se señalará, son esenciales dos hitos jurisprudenciales, uno local y otro internacional: el caso *Baena* de la Corte Interamericana [66] y el precedente *Astorga* de la Corte Federal argentina [67]. Ambos son expresión de un nuevo paradigma que atraviesa el fenómeno de la interconexión de los ordenamientos jurídicos: la necesaria convergencia de los criterios sostenidos entre ambos tribunales y la condición de intérprete último de aquel tratado incorporado a nuestro orden constitucional que reviste el tribunal americano. Ello permite sostener que en nuestro país la última instancia jurisdiccional es, en materia de derechos humanos, la Corte Interamericana, al menos en aquellos casos en que la Argentina es parte.

Como ha puesto de resalto nuestra Corte Federal, la reforma de 1994 significó un "suceso institucional" de primer orden con tres consecuencias determinantes: a) introducción de nuevos derechos y otorgamiento de nuevos contenidos a los ya

[66] Corte IDH, *Baena, Ricardo y otros v. Panamá. Fondo, reparaciones y costas*, 2/2/2001.
[67] CSJN, *Astorga Bracht*, 2004, *Fallos* 327:4185.

existentes; b) imposición en cabeza del Estado de obligaciones de respeto, protección y realización de los derechos humanos de toda persona sometida a su jurisdicción; y c) emplazamiento de nuestro país en sistemas internacionales de control del cumplimiento de los aludidos compromisos [68].

Ese suceso institucional supone para los juristas un legado de trascendencia mayúscula: determinar en cada rama del derecho, en cada institución, la necesaria coherencia interpretativa entre nuestros preceptos constitucionales y aquellos derivados de un sistema internacional contra el cual se confrontan las prácticas de nuestro Estado.

V. Referencia bibliográfica

Abregú, Martín - Courtis, Christian (comp.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Del Puerto, Buenos Aires, 2004.

Albanese, Susana, *Promoción y protección internacional de los derechos humanos*, La Rocca, Buenos Aires, 1992.

Albanese, Susana - Dalla Vía, Alberto - Gargarella, Roberto - Hernández, Antonio - Sabsay, Daniel, *Derecho constitucional*, Universidad, Buenos Aires, 2004.

Badeni, Gregorio, "El caso 'Simón' y la supremacía constitucional", *Revista Jurídica La Ley*, Suplemento de Jurisprudencia Penal y Procesal Penal, Buenos Aires, 2005.

Bianchi, Alberto, *Control de constitucionalidad*, t. 1, Ábaco, Avellaneda, 2002.

Bidart Campos, Germán, *Tratado elemental de derecho constitucional argentino. Reforma constitucional de 1994*, Ediar, Buenos Aires, 1995.

Bobbio, Norberto, *El tiempo de los derechos*, Sistema, Madrid, 1967.

Cassese, Sabino, *La crisis del Estado*, LexisNexis, Buenos Aires, 2003.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el umbral del siglo XXI*, t. I, Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 1999.

— *Liber Amicorum*, ts. I y II, Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 1998.

De Otto, Ignacio, *Derecho constitucional*, Ariel, Barcelona, 2001.

Dworkin, Ronald, *El imperio de la justicia*, Gedisa, Barcelona, 2005.

Ekmekdjian, Miguel A., *Tratado de derecho constitucional*, t. IV, Depalma, Buenos Aires, 1999.

Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid, 2002.

Fonseca Morillo, Francisco - Matia Portilla, Francisco Javier, "La protección de los derechos fundamentales en el marco de la Unión Europea", *Cuadernos y Estudios de Derecho Judicial,* nro. 21, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996.

García de Enterría, Eduardo, *La lengua de los derechos. La formación del derecho público europeo tras la Revolución Francesa*, Alianza, Madrid, 1999.

Gelli, María A., *Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada*, ts. I y II, La Ley, Buenos Aires, 2008.

[68] CSJN, Acordada 17/2005, 2/8/2005.

GONZÁLEZ MORAS, Juan M., "La internacionalización del derecho administrativo argentino. Principales causas y consecuencias", *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, nro. 348, Rap, Buenos Aires, 2007.

GORDILLO, Agustín, *Derechos humanos*, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1999.

— "Impacto de los tratados internacionales en el derecho administrativo", *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, nro. 309, Rap, Buenos Aires, 2004.

— "La creciente internacionalización del derecho. Consecuencias en el régimen de las fuentes del ordenamiento jurídico interno", *Doctrina Pública*, XXVI-2, Rap, Buenos Aires, 2005.

GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo A., "El derecho administrativo argentino y su desafío frente al régimen americano de derechos humanos", en AA.VV., *Derecho administrativo iberoamericano. 100 autores en homenaje al posgrado de Derecho Administrativo de la Universidad Católica Andrés Bello - Caracas, Venezuela*, Paredes, Caracas, 2007.

HÄBERLE, Peter, *El Estado constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 2007.

KEMERLMAJER DE CARLUCCI, Aída, "Seguridad pública y libertad personal en el ámbito europeo de los derechos humanos", en AA.VV., *Defensa de la Constitución, garantismo y controles*, Ediar, Buenos Aires, 2003.

LINARES QUINTANA, Segundo V., *Tratado de interpretación constitucional*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998.

LORENZETTI, Ricardo L., *Teoría de la decisión judicial*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2006.

MILL, John S., *Sobre la libertad*, Sarpe, Madrid, 1984.

MILLER, Jonathan - GELLI, María Angélica - CAYUSO, Susana, *Constitución y derechos humanos*, t. II, Astrea, Buenos Aires, 1991.

NIETO, Alejandro, *Las limitaciones del conocimiento jurídico*, Trotta, Madrid, 2003.

NIKKEN, Pedro, *La protección internacional de los derechos humanos. Su desarrollo progresivo*, Civitas, Madrid, 1987.

NINO, Carlos S., *Ética y derechos humanos*, Astrea, Buenos Aires, 1989.

— *Fundamentos de derecho constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 1992.

— *La constitución de la democracia deliberativa*, Gedisa, Barcelona, 2003.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, *Curso de derechos fundamentales, teoría general*, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1999.

PEÑA FREIRE, Antonio M., *La garantía en el estado constitucional de derecho*, Trotta, Madrid, 1997.

PÉREZ HUALDE, Alejandro, "Reflexiones sobre neoconstitucionalismo y derecho administrativo", *Revista Jurídica La Ley*, Suplemento de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2007.

PÉREZ LUÑO, Antonio E., *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 2005.

PREDIERI, Alberto - GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Constitución española. Un estudio sistemático*, Civitas, Madrid, 1981.

PRIETO SANCHIS, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2003.

QUERALT JIMÉNEZ, Argelia, *El tribunal de Estrasburgo: una jurisdicción internacional para la protección de los derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

QUIROGA LAVIÉ, Humberto, *Derecho constitucional argentino*, t. I, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2001.

RAWLS, John, *Teoría de la Justicia*, Fondo de Cultura Económica, México, 1978.

RETORTILLO BAQUER, Lorenzo M., *La interconexión de los ordenamientos jurídicos y el sistema de fuentes del derecho*, Thomson-Civitas, Madrid, 2004.

— "La jurisprudencia de Estrasburgo y el control de quien controla a la Administración", en AA.VV., *La justicia administrativa. Libro homenaje al Prof. Dr. D. Rafael Entrena Cuesta*, Atelier, Barcelona, 2003.

REY CANTOR, Ernesto - REY ANAYA, Ángela M., *Medidas provisionales y medidas cautelares en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Temis, Bogotá, 2005.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, "Los derechos fundamentales en el Estado social y el derecho administrativo constitucional", *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, nro. 295, Rap, Buenos Aires, 2003.

RUBIO LLORENTE, Francisco, *La forma del poder*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997.

SALOMONI, Jorge, "Acerca del fallo *Simón* de la Corte Suprema de Justicia de la Nación", *Revista Jurídica La Ley*, Buenos Aires, 2005.

SANTAMARÍA PASTOR, Juan A., *Principios de derecho administrativo*, t. I, Centro de Estudios Ramón Areces SA, Madrid, 2002.

TRAVIESO, Juan A., "La reforma constitucional argentina de 1994. Relaciones entre derecho internacional, derecho interno y derechos humanos", *Revista Jurídica La Ley*, Buenos Aires, 1994.

VENTURA, Manuel E. - ZOVATTO, Daniel, *La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Civitas, Madrid, 1989.

VIGO, Rodolfo L., *Interpretación constitucional*, LexisNexis, Buenos Aires, 2004.

VILLÁN DURÁN, Carlos, *Curso de derecho internacional de los derechos humanos*, Trotta, Madrid, 2006.

VILLAR PALASÍ, José L., "La doctrina del acto confirmatorio", *Revista de Administración Pública*, nro. 8, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1958.

Capítulo II

EL ART. 8° DEL PACTO DE SAN JOSÉ DE COSTA RICA Y SU APLICACIÓN AL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

Sumario: I. El enfoque integral del procedimiento. II. Las garantías aplicables al procedimiento administrativo en Europa y América. III. El art. 8° de la Convención Americana se aplica al procedimiento administrativo. IV. Primeras aproximaciones. V. El modo de aplicación de las garantías convencionales en el procedimiento administrativo. VI. A modo de síntesis. VII. Referencia bibliográfica.

I. El enfoque integral del procedimiento

Para alcanzar una adecuada comprensión de la incidencia de los tratados de derechos humanos en el procedimiento administrativo es importante tomar nota de una advertencia metodológica, consistente en la necesidad de entender a este instituto *como un todo*. Ello significa que debemos encaminarnos hacia una observación integral de la secuencia de actuaciones que usualmente catalogamos bajo el ropaje de procedimiento, para constatar si aquellas satisfacen —en su conjunto— las finalidades que desde el prisma de los derechos humanos tiene impuesta la Administración. No se trata ya de efectuar observaciones aisladas de los diferentes momentos de la actuación administrativa, sino de constatar que esta asegure como *resultado final* la tutela efectiva del derecho en juego. Tanto la formación de la decisión como su ejecución o impugnación deben ser aprehendidas en forma integral y, por lo tanto, poco importa que una determinada porción del procedimiento resulte conteste con las reglas convencionales si la práctica estatal vista globalmente no arroja una solución satisfactoria. La segmentación del obrar del Estado no es admisible para su cotejo con las reglas de los tratados, pues ellos abordan la acción doméstica en forma genérica, a fin de verificar si se cumplen o no los objetivos protectorios, sin importar las reglas, costumbres o características del sistema nacional [1].

Este es, precisamente, el modo de examinar una práctica estatal desde el plano convencional, tal como se ha encargado de destacar una constante jurisprudencia de la Corte Interamericana para la cual el cotejo de las actuaciones domésticas con las obligaciones asumidas por el Estado requiere considerar a las primeras globalmente, a fin de determinar si la integralidad de los procedimientos funciona confor-

[1] Como expresara el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas al referirse a los alcances del art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos —que consagra los resguardos básicos aplicables a todo proceso—, dicha norma "establece garantías que los Estados parte deben respetar, independientemente de su tradición jurídica y de su derecho interno" (ONU, Comité de Derechos Humanos, OG 32, *art. 14. El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia,* 2007, párr. 4).

me a las disposiciones internacionales [2]. Es así que debe procurarse una *percepción integral* de la actuación administrativa y establecer si aquella contraviene o no los estándares que emergen de la Convención [3].

En la misma línea, una consolidada jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos resalta que a los efectos de verificar el respeto de los requisitos del proceso equitativo asegurado por el art. 6° del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos y las Libertades Fundamentales es necesario analizar los procedimientos internos globalmente, corroborando si el ciudadano gozó de las debidas garantías en forma integral y tomando para ello como referencia todas las circunstancias relevantes, incluida la naturaleza de la controversia, el carácter de los procedimientos examinados, el modo de producción de la prueba y la oportunidad del ciudadano de plantear su postura en condiciones que no lo ubiquen en una sustancial desventaja frente a su oponente [4].

Con esa aclaración, el objetivo de este capítulo será interrogarnos sobre la posibilidad de aplicar a las actuaciones de la Administración Pública, y específicamente al procedimiento administrativo, el plexo de garantías consagrado en el art. 8° del Pacto de San José de Costa Rica. Relevaremos a tal fin los argumentos que avalan esa aplicación y aquellos que la descartan, intentando, a su vez, esbozar algunas características propias del sistema americano que se desprenden de un análisis comparativo entre sus directivas normativas y jurisprudenciales, y las de su par europeo.

En esa tarea, debemos, en primer lugar, clarificar si las garantías del art. 8° son aplicables al campo de las relaciones de las personas con la Administración, o bien, si ellas se limitan a los conflictos entre particulares y a la materia penal, para lo cual resultará de gran utilidad trazar un paralelo entre la situación americana y la europea. Una vez dilucidado ese punto, deberemos constatar si esas garantías rigen durante el procedimiento administrativo o si operan solamente en la esfera judicial de esos vínculos. También veremos allí una fuerte diferencia entre los dos continentes.

En resumen, en este capítulo procuraremos dilucidar los siguientes interrogantes: a) la aplicación de las reglas del art. 8° de la Convención Americana a todo tipo de relaciones —incluidas las *ius* administrativas— o sólo a las civiles y penales, y b) constatado lo anterior, esto es, la oponibilidad de tales garantías frente a la Administración, deberemos corroborar si ella se traduce en su vigencia directa durante el procedimiento administrativo o únicamente en su exigibilidad ante su control judicial posterior.

Una vez intentada esta visión integral del procedimiento administrativo a la luz de los actuales requisitos del sistema americano de derechos humanos, procuraremos, en el siguiente capítulo, identificar los principios rectores en la materia.

[2] Corte IDH, *Juan Humberto Sánchez v. Honduras. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas*, 7/6/2003, párr. 120; *Lori Berenson Mejía v. Perú. Fondo, reparaciones y costas*, 25/11/2004, párr. 133. Ver también Com. IDH, Informe 03/01 - Caso 11.670 - *Amílcar Menéndez, Juan Manuel Caride y otros (sistema previsional) - Argentina*, 19/1/2001, párr. 46.

[3] Corte IDH, *Myrna Mack Chang v. Guatemala. Fondo, reparaciones y costas*, 25/11/2003, párr. 201.

[4] SSTEDH, *Galstyan v. Armenia*, 15/11/2007, párr. 77; *Vass v. Hungría*, 25/11/2003, párr. 47; *Helle v. Finlandia*, 19/12/1997, párr. 53; *H. v. Francia*, 24/10/1989, párr. 61.

II. Las garantías aplicables al procedimiento administrativo en Europa y América

Cuando se examina el grado de protección otorgada al ciudadano en aquellos ámbitos vinculados con la Administración Pública, la lectura de los tratados y de los repertorios jurisprudenciales de los tribunales internacionales indica la existencia de una superior protección en el sistema americano en comparación con su par europeo.

En efecto, veremos que en Europa la protección del art. 6º del Convenio Europeo que consagra el derecho a un proceso equitativo se limita a *cierto tipo de relaciones jurídicas*, vinculadas con la sustanciación de cuestiones penales o con la determinación de derechos y obligaciones de carácter civil, no alcanzando a *todos* los vínculos. Ello ha dado lugar a una compleja jurisprudencia sobre la aplicación de determinadas garantías a ámbitos tales como las relaciones *ius* administrativas que arrojan hoy un saldo parcialmente negativo.

Por el contrario, en América la norma aplicable en la materia —el art. 8º, Convención Americana— no posee una limitación sobre su ámbito de aplicación, rigiendo sus garantías en la determinación de *cualquier derecho*. En el diseño americano la vigencia de las salvaguardas procedimentales mínimas no está ceñida a asuntos penales o civiles, asimilables estos últimos a aquellos relativos a relaciones de contenido privado, sino que los casos que involucran al vínculo entre el ciudadano y la Administración se encuentran autónoma y expresamente incluidos en su texto. La mayor amplitud de la norma analizada ha sido coherentemente reconocida por la Corte Interamericana, dando lugar así a una jurisprudencia con profundas consecuencias para el derecho administrativo.

En este diferente abordaje de las garantías convencionales frente a la Administración ha incidido, por cierto, la redacción de cada norma. Sin embargo, ha sido la jurisprudencia de los órganos judiciales de cada convención la que ha jugado un papel crucial para arribar a soluciones diversas en uno y otro continente. Se percibe, en general, una mayor *autorrestricción* del tribunal europeo al enfrentarse a los límites del texto del Convenio, que probablemente se explique por el lugar preeminente que se otorga a la voluntad de los Estados al momento de obligarse por medio de aquel. Esa frontera parece ser menos rígida para el tribunal de Costa Rica, el cual ha puesto el acento en otros factores característicos de los tratados de derechos humanos, que podrían sintetizarse en la búsqueda de una interpretación evolutiva de la Convención tendiente a *ampliar* el espectro de protección de las personas, más allá de lo que en definitiva quedó plasmado en el texto convencional al momento de su redacción. En la disyuntiva entre una interpretación *originalista* y otra *evolutiva* parece transitar gran parte de la polémica suscitada al momento de trasladar determinadas garantías al plano de la Administración.

La Corte Europea ha puesto, así, un gran celo —tal vez excesivo— en evitar incurrir en una interpretación "creadora" de reglas ajenas al texto y propósito del art. 6º del Convenio, entendiendo que sus redactores pretendieron, en su momento, excluir las relaciones del poder público con el ciudadano de su ámbito de vigencia. La evolución que denota la Corte Interamericana es la opuesta: su jurisprudencia, desarrollada a partir de la relación entre el poder público y el ciudadano, fue luego

extendiéndose —por vía de la noción de obligaciones *erga omnes*— al plano de las relaciones entre particulares [5].

Por último, aun cuando la Corte Europea admite en algunos casos la aplicación de las garantías del proceso equitativo al plano de los procedimientos ante la Administración —siempre y cuando resulten decisivos para la existencia o ejercicio de un derecho *civil*—, el tribunal postula que las omisiones suscitadas en la etapa administrativa quedan subsanadas si se asegura un control judicial posterior pleno.

La protección que el sistema europeo otorga al ciudadano en sus relaciones de derecho público se advierte entonces más tenue que la americana en los siguientes elementos:

a) El art. 6° del Convenio de Roma sólo se aplica a cuestiones penales —o asimilables— y a relaciones que involucran derechos de carácter *civil*, identificables con derechos de contenido privado, generalmente económico.
b) Cuando el art. 6° resulta aplicable al procedimiento administrativo, la violación de sus garantías resulta subsanable si existe revisión ante un tribunal con plena jurisdicción, en el cual esas garantías rijan.

1. La restricción de la protección europea. Derechos y obligaciones de carácter civil

Bajo el título de "derecho a un proceso equitativo" el art. 6° del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos y Libertades Fundamentales celebrado en Roma el 4/11/1950 delimita las garantías exigibles para la sustanciación y resolución de los diferentes tipos de litigios.

El apartado primero de tal disposición reconoce expresamente el derecho a ser oído equitativa y públicamente en un plazo razonable, a lo cual se agrega el derecho a que la sentencia sea pronunciada públicamente. A esas salvaguardas procedi-

[5] Como veremos en el capítulo quinto, vinculado con la estructura del procedimiento, otro aspecto que muestra una protección más débil en el modelo europeo se advierte en el art. 13 de su Convenio, que obliga a los Estados a dotar a las personas de remedios efectivos en el plano nacional, pero que resulta únicamente aplicable para la tutela de los derechos reconocidos en ese tratado, a diferencia de lo que acaece con el art. 25 de la Convención Americana, que extiende la exigencia de un recurso efectivo a la protección no solamente de los derechos convencionales, sino de aquellos asegurados en el plano interno. Una distinción gravitante reside, también, en el diferente contenido de los mandatos incluidos en las sentencias de los tribunales americano y europeo. El art. 63 de la Convención Americana establece que ante la constatación de una violación la Corte "dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados", a lo cual podrá adicionar un mandato tendiente a que "se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos" y, por último, "el pago de una justa indemnización". Por el contrario, el art. 41 del Convenio Europeo solamente prevé la concesión de una "satisfacción equitativa" cuando el derecho interno del Estado parte sólo permita de manera imperfecta reparar las consecuencias de la violación. Resultado de lo anterior es la amplísima gama de modalidades de reparación, garantías de no repetición y medidas similares contenidas en las condenas del tribunal de Costa Rica y sus resoluciones de supervisión de cumplimiento de sentencias, en comparación con las de su par europeo. Ver, en este sentido, SSTEDH, *Marckx v. Bélgica*, 13/6/1979, párr. 58; *Manifattura FL v. Italia*, 27/2/1992, párr. 22; *Castells v. España*, 23/4/1992, párr. 54; *E.P v. Italia*, 16/11/1999, párrs. 76 y 77; *Papamichalopoulos v. Grecia*, 31/10/1995, párr. 34; *Clooth v. Bélgica*, 5/3/1998, párr. 14; *Assanidze v. Georgia*, 8/4/2004, párrs. 202 y 203 y punto resolutivo 14.

mentales se adicionan recaudos de carácter orgánico, consistentes en la necesidad de que el trámite discurra ante un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley.

El ámbito de aplicación de estas garantías se reduce, de acuerdo con la traducción española, a los "litigios" sobre derechos y obligaciones de carácter *civil* [6] y al examen de los fundamentos de cualquier acusación *en materia penal*, mientras que los apartados subsiguientes refieren a "toda persona acusada de una *infracción*" [7]. Las garantías para esos casos son, en primer lugar, la presunción de inocencia, el derecho del "acusado" [8] a ser informado en el más breve plazo, en una lengua que comprenda y detalladamente, de la naturaleza y causa de la acusación formulada contra él; a disponer del tiempo y las facilidades necesarias para la preparación de su defensa; a defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y —si no tiene medios para pagarlo y los intereses de la justicia lo exigen— a ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio; a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él; y a obtener la citación de los que declaren en su favor en las mismas condiciones que los que lo hagan en su contra, debiendo contar —por último— con la asistencia gratuita de un intérprete si no comprende o no habla la lengua empleada en la audiencia.

La estructura de la norma del art. 6º descansa, de esa manera, en la consagración general en el apartado primero de las garantías aplicables a todo proceso civil o penal, sumándose —en este último tipo de casos— las de los apartados segundo y tercero.

Analizaremos, a continuación, el primer apartado del art. 6º (art. 6.1) del Convenio intentando explicar sus alcances en el plano de la Administración. En esa tarea, podremos observar que la Corte Europea ha desarrollado desde hace décadas una jurisprudencia que limita la aplicación del art. 6.1 a las controversias relativas a derechos u obligaciones de carácter civil que puedan considerarse reconocidos, al menos con fundamentos defendibles, por el derecho interno [9]. Ello implica que los casos pasibles de ser considerados como pertenecientes al dominio del derecho público se encuentran, en principio, excluidos del ámbito de aplicación de la norma.

Pese a la rigidez inicial de ese estándar, el tribunal, a través de una interpretación autónoma del precepto, ha incluido gradualmente bajo la cobertura del art. 6.1 a diferentes supuestos vinculados con el ejercicio de funciones administrativas. Esa solución, que podría considerarse pragmática, consiste en *hallar en cada caso vínculos directos con un derecho civil*, por lo que, si bien el tribunal sostiene que los asuntos administrativos no se encuentran *por sí mismos* comprendidos en el art. 6.1, el modo de sortear las severas consecuencias de esa exclusión estriba en encontrar puntos de contacto con derechos de naturaleza civil. La Corte mantiene,

[6] La versión en inglés habla de la "determinación" de tales derechos y no de litigios, denotando una mayor amplitud.

[7] La versión en inglés alude a una persona acusada de "ofensa criminal", categoría que restringiría su alcance a la materia estrictamente penal.

[8] No se alude, como en el apartado segundo del art. 8º de la Convención Americana al acusado "de delito", denotando así una aplicación que trasciende la esfera penal.

[9] SSTEDH, *Micallef v. Malta*, 15/1/2008, párr. 37; *Marini v. Albania*, 18/12/2007, párr. 112; *Szücs v. Austria*, 24/11/1997, párr. 32; *Powell y Rayner v. Reino Unido*, 21/2/1990, párr. 36; *James y otros v. Reino Unido*, 21/2/1986, párr. 81.

de ese modo, un férreo deslinde entre el derecho privado cubierto por el Convenio y el derecho público excluido de aquel, pero ese distingo se intenta flexibilizar "descubriendo" derechos privados en ámbitos públicos, aunque sin desmantelar la construcción inicial.

Esta elusión jurisprudencial ha sido objeto de fuertes críticas por parte de una corriente minoritaria de jueces del Cuerpo que propugna una interpretación más literal del precepto por estimarla de mayor coherencia con los objetivos de los redactores del Convenio. Esto deriva en el rechazo de la utilización del punto de contacto con el derecho civil como forma de atraer la aplicación del art. 6.1 en los casos que involucran el ejercicio de facultades administrativas.

En paralelo a esta polémica entre la "fórmula transaccional" de la mayoría del tribunal y la vertiente rígida de interpretación, opiniones también minoritarias en la Corte de Estrasburgo proponen cambiar el eje de discusión y salirse de los límites que la mayoría encuentra en el art. 6.1, proponiendo, así, la aplicación de las reglas del proceso equitativo a la determinación de cualquier tipo de derechos, sean privados o públicos.

De esa forma, la jurisprudencia europea en esta materia se encuentra atravesada por una mayoría que, partiendo de la inaplicabilidad del art. 6.1 a las relaciones *ius* administrativas, trata de mitigar la severidad de ese criterio encontrando derechos civiles en los diferentes casos. A ambos lados de esa solución, las dos tendencias minoritarias proponen alternativas opuestas: exclusión lisa y llana del art. 6.1 en los casos administrativos y aplicación lisa y llana del art. 6.1 a estos.

Esa gama de posturas resulta de gran valor para nosotros, no sólo por la influencia del tribunal de Estrasburgo, que se presenta hoy como uno de los órganos más perfeccionados en el control de la aplicación de un tratado de derechos humanos por las autoridades nacionales, sino también porque pone de resalto los elementos interpretativos que juegan al momento de trasladar una norma convencional a la acción cotidiana en el plano doméstico. En definitiva, si queremos dilucidar las implicancias del art. 8° del Pacto de San José en el procedimiento, no podemos eludir debates vinculados con la forma de interpretar un tratado y el caso europeo es una rica muestra de los factores involucrados.

1.1. El punto de partida. El proceso equitativo se detiene frente al núcleo duro de las prerrogativas públicas

Con base en el distingo introducido en el art. 6.1 del Convenio al ceñir su alcance a la determinación de los derechos y las obligaciones de carácter civil, el órgano judicial de Estrasburgo mantiene un deslinde entre el derecho privado cubierto por el tratado y el derecho público excluido de aquel.

Diferentes pronunciamientos confirman el criterio de inaplicabilidad del art. 6.1 en relación con procedimientos de índole pública por estimar que en esos supuestos no nos hallamos en presencia de un derecho civil. Para ello el tribunal puntualiza que, aun cuando la controversia examinada posea naturaleza económica, ello no es suficiente para atraer la aplicación del art. 6.1 en su aspecto civil [10] cuan-

[10] SSTEDH, *Pierre-Bloch v. Francia*, 21/10/1997, párr. 51; *Pellegrin v. Francia*, 8/12/1999, párr. 60; *Editions Périscope v. Francia*, 26/3/1992, párr. 40.

do las obligaciones en juego deban ser consideradas como *pertenecientes exclusivamente al dominio del derecho público y, por consiguiente, no cubiertas por la noción de derechos y obligaciones civiles*. Ello sucederá en el supuesto en que la obligación que da origen al caso sea *parte de los deberes cívicos normales en una sociedad democrática* [11].

De ese modo, el primer criterio para excluir un caso de las fronteras del proceso equitativo en su faz convencional consiste en dilucidar si nos hallamos en los dominios del derecho público y —más precisamente— si el fundamento de la obligación impuesta por el Estado remite a los deberes cívicos normales en una sociedad democrática.

Esta primera aproximación permite sostener que, por vía de principio, los casos típicos de ejercicio de las prerrogativas administrativas regidos por normas de derecho público se encuentran fuera de los contornos del art. 6.1. Como podrá notarse, el factor de distinción resulta en cierto grado ambiguo, especialmente por la variedad de criterios que existen para la diferenciación entre el derecho público y el privado. Sin embargo, podemos extraer como punto de referencia la noción de *potestad administrativa* —esto es, la capacidad de actuación e imposición unilateral sobre la esfera jurídica de grupos de sujetos subordinados que deben soportar el ejercicio de ese poder— como categoría específica para explicar la dinámica de las relaciones que —bajo la égida del derecho público— se desenvuelven entre el ciudadano y el Estado.

Vale aclarar que la Corte Europea reconoce que las relaciones entre el individuo y el Estado han evolucionado en varias esferas durante los años transcurridos desde la adopción del Convenio, advirtiéndose una creciente regulación estatal en el plano de las relaciones privadas. Ello ha llevado al tribunal, como dijimos, a admitir que determinados procedimientos clasificados internamente como de derecho público caigan en la esfera del art. 6.1, siempre y cuando el resultado de aquellos tenga incidencia directa en derechos y obligaciones privados [12]. Es más, la creciente intervención estatal en la vida cotidiana del individuo en términos de protección social, por ejemplo, ha obligado a la Corte a evaluar aspectos de derecho público y privado antes de concluir si el derecho invocado revestía la calidad de civil [13]. Sin embargo, pese al escenario descripto, el tribunal mantiene que no todos los derechos y obligaciones de un individuo son necesariamente de naturaleza civil a fin de gozar de tutela por el art. 6°. Así, los derechos y obligaciones políticos [14] —aun aquellos en que se encuentran involucrados intereses pecuniarios— no son civiles en esencia, con la consecuente inaplicabilidad del art. 6.1. De igual manera, también se excluye a dicha disposición de las disputas entre las autoridades admi-

[11] STEDH, *Schouten y Meldrum v. Países Bajos*, 9/12/1994, párr. 50.

[12] P. ej., venta de tierras, actividad comercial de una clínica, aspectos del derecho de propiedad, autorizaciones administrativas para el ejercicio de profesiones o actividades empresariales. Ver, entre otros, SSTEDH, *Ringeisen v. Austria*, 16/7/1971, párr. 94; *König v. Alemania*, 28/6/1978, párrs. 94-95; *Sporrong y Lönnroth v. Suecia*, 23/9/1982, párr. 79; *Allan Jacobsson v. Suecia* (nro. 1), 25/10/1989, párr. 73; *Benthem v. Países Bajos*, 23/10/1985, párr. 36; *Tre Traktörer AB v. Suecia*, 7/7/1989, párr. 43; *Nowicky v. Austria*, 25/2/2005, párr. 37.

[13] SSTEDH, *Feldbrugge v. Países Bajos*, 29/5/1986, párr. 40; *Deumeland v. Alemania*, 29/5/1986, párr. 74; *Salesi v. Italia*, 26/2/1993, párr. 19; *Schouten y Meldrum*, cit. párr. 60.

[14] STEDH, *Pierre-Bloch*, cit., párr. 50.

nistrativas y los agentes o funcionarios con cargos que involucran su participación en el ejercicio de poderes conferidos por el derecho público [15] o la expulsión de extranjeros [16].

Ello es así pues, aun reconociendo que los conceptos autónomos del Convenio deben ser interpretados en las condiciones actuales, tal directiva hermenéutica no llega al punto de dotar a los magistrados de Estrasburgo de la autoridad para leer el art. 6.1 como si el adjetivo "civil" no estuviera presente en el texto [17].

En función de estos argumentos, podría decirse que el eje del criterio utilizado por la Corte de Estrasburgo para el deslinde entre derechos civiles y de otra especie, si bien dista de ser claro en la casuística del tribunal, reside en la *presencia en el caso del núcleo duro de las prerrogativas de la autoridad estatal*, en las cuales *prevalece una relación de naturaleza pública entre el ciudadano obligado y la comunidad* [18].

La distinción planteada por la Corte nos remite a la tradicional dicotomía entre el derecho público y el privado, a la cual se ha recurrido históricamente para trazar la línea divisoria entre las potestades estatales y las garantías individuales. Los dos grandes criterios para fundar esa dicotomía han sido, por una parte, el tipo de interés tutelado, conforme al cual el derecho público es aquel que tiene por objetivo la realización de intereses generales, colectivos o sociales, mientras que el derecho privado es el que se basa en la regulación de intereses particulares. Paralelamente, la segunda fuente de contraste reside en que el derecho público sería aquel que se caracteriza por regir relaciones de subordinación, donde las partes no están en pie de igualdad, mientras que en el derecho privado los vínculos son de coordinación, estando los sujetos en un plano equivalente.

Pues bien, cuando prevalece en el caso una relación de naturaleza pública el art. 6.1 no resulta de aplicación, lo cual implica que cuando el ciudadano del sistema convencional europeo se enfrenta a la puesta en marcha del núcleo duro de las potestades de la Administración, no puede invocar las garantías allí reconocidas. Por vía de principio, las salvaguardas de acceso a la justicia, proceso equitativo, plazo

[15] SSTEDH, *Pierre-Bloch*, cit., párrs. 40, 50 y ss.; *Pellegrin*, cit., párrs. 66-67. La inaplicación por el tribunal europeo de las garantías del proceso equitativo respecto de las decisiones que involucran derechos políticos contrasta abiertamente con los parámetros de su par americano, para el cual no sólo "es indispensable que el Estado genere las condiciones y mecanismos óptimos para que dichos derechos políticos puedan ser ejercidos de forma efectiva, respetando el principio de igualdad y no discriminación" (Corte IDH, *Yatama v. Nicaragua. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*, 23/6/2005, párr. 195; OC-6/86, cit., párr. 34), sino que "dicha obligación de garantizar no se cumple con la sola expedición de normativa que reconozca formalmente dichos derechos, sino requiere que el Estado adopte las medidas necesarias para garantizar su pleno ejercicio, considerando la situación de debilidad o desvalimiento en que se encuentran los integrantes de ciertos sectores o grupos sociales" (Corte IDH, *Yatama*, cit., párr. 201, OC-18/03, cit., párr. 89). Es decir que no sólo el ejercicio de los derechos políticos se encuentra expresamente tutelado bajo las garantías de los arts. 8° y 25 de la Convención Americana, sino que el Estado está obligado a adoptar medidas positivas para garantizar su efectivo disfrute. Tal abordaje dista notablemente de una construcción que —como la europea— sostiene que el ejercicio de tales derechos ni siquiera cuenta con la protección del debido proceso.

[16] STEDH, *Maaouia v. Francia*, 5/10/2000, párrs. 37-38.

[17] STEDH, *Ferrazzini v. Italia*, 12/7/2001, párr. 29.

[18] SSTEDH, *Ferrazzini*, cit., párr. 29; *Stork v. Alemania*, 13/7/2006, párr. 27; *Jussila v. Finlandia*, 23/11/2006, párr. 29; *Herbst v. Alemania*, 11/1/2007, párr. 54.

razonable o igualdad de armas no son exigibles ni se hallan garantizadas en el plano convencional cuando la controversia involucra el ejercicio de prerrogativas públicas, lo cual —en resumidas cuentas— implica que el ciudadano está más protegido frente a otros individuos cuando se enfrenta a ellos en un juicio civil que al enfrentarse al Estado en su función administrativa.

Como podrá notarse, son las severas secuelas de ese criterio las que explican los denodados esfuerzos del tribunal europeo en conciliar la letra del Convenio con los objetivos tutelares que tiene encomendados.

1.2. La crítica evolutiva

Una corriente minoritaria del tribunal denuncia la inconsistencia de la postura que detiene la vigencia del proceso equitativo ante las puertas del derecho público [19]. El objetivo de este sector es replantear la discusión sobre el alcance del art. 6.1 centrándose en una interpretación evolutiva.

Se puntualiza para ello, en primer lugar, que el Convenio no contiene ninguna definición de lo que debe entenderse por derechos y obligaciones civiles. Pese a que las instituciones convencionales han decidido sobre el perímetro del art. 6.1 en muchas ocasiones, tampoco se encuentra una respuesta definitiva en los repertorios del tribunal, los cuales muestran, en general, un abordaje casuístico del tema, aun cuando algunos elementos generales de importancia han sido identificados.

Para poder comprender esa jurisprudencia y la posible necesidad de su revisión se avizora como esencial recurrir a la voluntad de los redactores plasmada en los trabajos preparatorios del Convenio, los cuales exponen los antecedentes históricos que llevaron a la inclusión del concepto "civil" en el art. 6.1. Este recurso a los trabajos preparatorios del texto convencional resulta sumamente interesante, pues veremos que la postura opuesta a la aquí comentada apela exactamente a los mismos antecedentes, pero llega a la conclusión inversa. La diferencia de resultados reside en que en el caso de la minoría evolutiva se utiliza una lectura que tiende a ampliar el espectro de protección del Convenio y que en función de ello razona del modo siguiente: *ante la duda se presume que la garantía no fue excluida*, esto es, que todos los derechos se suponen protegidos, salvo la existencia de una excepción expresa e inequívoca por parte de los redactores del Convenio. La postura contraria, por su parte, lee los trabajos preparatorios del modo opuesto, pues se centra en una concepción voluntarista del tratado, de acuerdo con la cual nada debe entenderse concedido por los Estados parte a menos que pueda deducirse de modo inequívoco del texto y espíritu del Convenio. El razonamiento es, en ese caso, que *ante la duda se presume que la garantía no fue concedida* y que el Estado no admitió una limitación de su soberanía. Nada se entiende otorgado a la persona por el Estado a menos que esa concesión se pruebe de forma expresa e inequívoca.

En resumidas cuentas, una postura lee los antecedentes del Convenio *desde la persona*, buscando obtener en su favor la mayor cantidad de derechos, mientras que otra lo hace *desde el Estado*, reconociéndole límites sólo en lo expresamente consentido. La primera postura, en nuestro criterio, resulta conteste con las características peculiares de un tratado de derechos humanos, donde *los Estados se obligan*

[19] STEDH, *Ferrazzini*, cit., voto disidente del juez Lorenzen al que adhieren los jueces Rozakis, Bonello, Stráznická, Bîrsan y Fischbach.

frente a las personas y no frente a otros Estados, mientras que la segunda se entronca en una visión tradicional que los visualiza desde la idea de *obligaciones recíprocas entre los* contratantes.

Estos antecedentes históricos tan disímilmente interpretados indican, en efecto, que el adjetivo "civil" fue tomado directamente del art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas que consagra el derecho al debido proceso. El debate suscitado en la redacción de tal previsión se dio el 1/6/1949 durante la quinta sesión de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU. En esa ocasión, y ante la petición de los representantes francés y egipcio de aludir —al fijar el ámbito del debido proceso— a la determinación de "derechos y obligaciones" sin insertar ninguna calificación, el representante danés —señor Sørensen— alegó que la pretensión de que todas las personas tuvieran derecho a que un tribunal determinara sus derechos y obligaciones "resultaba demasiado amplia en su alcance y tendería a someter a decisión judicial cualquier acción adoptada por órganos administrativos en ejercicio de facultades discrecionales conferidas por la ley". Explicó que si bien el individuo debía gozar de protección frente a cualquier abuso de poder de los órganos administrativos, la cuestión era "extremadamente delicada" y era dudoso que la Comisión pudiera resolverla en esa instancia. En función de ello, propuso que el alcance de la disposición se limitara únicamente a los casos *entre particulares* y no a aquellos planteados entre dichos individuos y el Estado [20]. Esa propuesta fue aceptada por el representante francés, señor Cassin, al considerar que era realmente dificultoso definir en ese artículo todas las cuestiones relativas al ejercicio de la justicia en las relaciones entre los individuos y el Estado y, por ende, admitió que la propuesta inicial de "derechos y obligaciones" fuera reemplazada por la expresión "derechos y obligaciones de carácter civil", en tanto el problema no había sido completamente resuelto y requería un examen más detenido.

Como veremos, es este intercambio de posturas el que lleva a los miembros de la corriente estatocéntrica a considerar ostensible que el efecto buscado con la inserción de la calificación de "carácter civil" en el art. 14 del Pacto Internacional era excluir del ámbito de dicha disposición a cierta categoría de controversias en el campo de la Administración, trasladándose esa directiva al art. 6.1 del Convenio.

En las antípodas de esa conclusión, la postura evolutiva ahora analizada sostiene que no se desprende de las posiciones expuestas en el debate del art. 14 del Pacto Internacional una decisión terminante de excluir de manera definitiva a las cuestiones administrativas de la protección brindada por la norma, sino que, por el contrario, se indica que la cuestión era dificultosa, que requería un examen más detenido y que en esa instancia no correspondía embarcarse en regular una disciplina atravesada por el ejercicio de facultades discrecionales. Fue entonces una cuestión de *prudencia* de los redactores, más que una firme convicción en la inaplicabilidad de la norma, lo que llevó al agregado "civil".

En definitiva, esta minoría defiende una interpretación evolutiva del precepto que cuestiona la posibilidad de deducir de los comentarios de los representantes francés y danés al momento de introducir el término "civil" en la norma modelo del art. 6° —el art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos— la exclusión definitiva de los casos públicos del escudo del proceso equitativo. Se

[20] ONU, Comisión de Derechos Humanos, 109° Sesión, doc. E/CN.4/SR.109, ps. 3-4.

advierte, de ese modo, que la intención de los redactores de excluir las disputas entre los individuos y el Estado fue producto de un enfoque general que obedeció a las dificultades existentes en aquel tiempo para formular una división precisa de atribuciones entre los órganos administrativos en ejercicio de facultades discrecionales y los órganos judiciales. El eje fundamental de la limitación originaria del texto derivaba de la imposibilidad de deslindar adecuadamente el alcance del control judicial frente al ejercicio de la discrecionalidad administrativa y, si ese alcance ha variado, también debe hacerlo el abordaje del art. 6° del Convenio.

Por tal circunstancia, y en función de las particularidades tenidas en miras en ese momento, sostiene esta corriente que no parece que haya sido intención de los redactores que las controversias en el campo de la Administración se vieran excluidas *para siempre* del ámbito de aplicación del art. 6.1 [21]. Agrega que es además comprensible que las instituciones del Convenio hayan aplicado en sus primeros años de vigencia el art. 6.1 en su faceta civil con un criterio restrictivo respecto de los conflictos entre ciudadanos y el Estado. Sin embargo, es difícil aceptar que los trabajos preparatorios, que datan de hace más de cincuenta años y se basan parcialmente en condiciones previas que no se han cumplido o que no son ya relevantes, deban persistir como un obstáculo permanente para el desarrollo razonable de la jurisprudencia relativa al alcance del art. 6°, en especial en áreas en que las que existe una obvia necesidad de extender la protección garantizada por ese artículo a los individuos.

En suma, mientras para una de las corrientes minoritarias la exclusión del caso administrativo del perímetro del art. 6.1 encuentra una decisiva fundamentación en la inserción del calificativo "civil" como modo de restringir su alcance a los juicios entre particulares, la línea evolutiva relativiza la incidencia de ese debate y niega que pueda deducirse de él la voluntad de eliminar perpetuamente a los temas públicos del alcance de la norma. En este punto, se pone el énfasis en que también se dice que la cuestión era dificultosa, que requería un examen más detenido y que en esa instancia no correspondía embarcarse en regular una disciplina atravesada por el ejercicio de facultades discrecionales. Si fue una cuestión de prudencia de los redactores —más que una firme convicción en la inaplicabilidad de la norma— lo que llevó al agregado "civil", en el actual estado de cosas —donde ya nadie duda sobre la necesidad de dotar de garantías al ciudadano en sus relaciones con la Administración y donde el espectro de la discrecionalidad se ve día a día reducido— tal acto de prudencia no puede ser un obstáculo para el cumplimiento de los fines tutelares del Convenio, más aún si entendemos que la discrecionalidad del poder público, en cualquier materia, tiene límites infranqueables, uno de los cuales es el respeto de los derechos humanos y la garantía del debido proceso [22].

La postura comentada propone una lectura del texto convencional y de sus trabajos preparatorios en la cual, ante la *inexistencia de elementos concluyentes que permitan sostener la exclusión inequívoca y definitiva de los asuntos administrativos del art. 6.1*, corresponde estar a favor de la mayor amplitud de la garantía. Esta

[21] Remite, para un análisis más detallado, a los párrs. 19 a 22 del voto disidente de los jueces Ryssdal, Bindschedler-Robert, Lagergren, Matscher, Sir Vincent Evans, Bernhardt y Gersing en *Deumeland*, cit.

[22] Corte IDH, *Baena, Ricardo y otros*, cit., párr. 126.

interpretación *pro homine* es la que resulta técnica y teleológicamente acorde con las características de un tratado de derechos humanos, en el cual deben priorizarse —por ser más idóneos para lograr el efecto útil del acuerdo— criterios objetivos de interpretación vinculados con los textos mismos y con las condiciones existentes al momento de su aplicación, frente a los subjetivos, relativos a la sola intención de las partes. La menor incidencia de la voluntad de los contratantes como factor de interpretación reside en que estos tratados no son acuerdos multilaterales del tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos para el beneficio mutuo de los Estados contratantes, sino que su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes [23].

Desde ese prisma, la minoría evolutiva denuncia que es tiempo de hacer cesar la incertidumbre que denota la jurisprudencia del tribunal extendiendo la protección del art. 6.1 a todos aquellos casos en los cuales se encuentre en juego la determinación de la *posición legal* de un particular por parte de la autoridad pública. Ello —se expresa— sería un paso de largo alcance que reduciría considerablemente el contenido independiente del término civil, el cual se transformaría en fuente de cobertura para todos aquellos casos no pertenecientes a la vertiente penal de la disposición. Es más, aun cuando se estimara que ese paso no es factible todavía, esta corriente explica que el criterio de deslinde entre lo público y lo privado consistente en la presencia de derechos u obligaciones que son "parte de los deberes públicos normales en una sociedad democrática" no es adecuado para sustentar una distinción genérica entre los derechos civiles y los que no lo son. Por ello, al menos cuando los intereses pecuniarios de un individuo se encuentran directamente afectados y la interferencia no se basa en el ejercicio de facultades discrecionales, esos factores deberían incidir a favor de la aplicabilidad del art. 6.1.

Existen también expresiones de esta línea evolutiva que proponen una interpretación de máxima amplitud del art. 6° del Convenio por medio de una fórmula omnicomprensiva en la cual *todos los derechos y obligaciones que no se relacionen específicamente con la determinación de una acusación penal deben ser considerados como derechos civiles* [24]. Se propugna, de ese modo, una interpretación que —asimilando una laxitud comparable a la contenida en el art. 8° de la Convención Americana respecto de cualquier derecho— brinde cobertura a todas las situaciones de la vida de la persona. Este criterio, que sigue siendo minoritario en el seno de la Corte Europea, resulta indiscutible para los países sometidos a la Convención Americana.

Otra vertiente hermenéutica sumamente interesante de esta crítica evolutiva [25] reprocha a la mayoría que luego de haber avanzado paso a paso en el camino de

[23] Corte IDH, OC-3/83, *Restricciones a la pena de muerte (arts. 4.2 y 4.4, Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, 8/9/1983, párr. 50.

[24] SSTEDH, *Maaouia*, cit., voto disidente del juez Loucaides al que adhiere el juez Traja. En esa excelente opinión se explica que la palabra "civil" tiene, en el contexto del art. 6.1, el significado de "no penal". Una vez que el término "acusación penal" fue utilizado en la redacción del precepto, razones técnicas hacían necesario recurrir a otra palabra destinada a abarcar el resto de los procedimientos y a la vez distinguirlos de los penales, siendo el término "civil" apropiado para ese propósito. Ver también *Pudas v. Suecia*, 27/10/1987; *H. v. Bélgica*, 30/11/1987, opiniones separadas del juez De Meyer.

[25] STEDH, *Pierre-Bloch*, cit., voto disidente del juez De Meyer.

una interpretación autónoma del concepto de derechos y obligaciones civiles, haya sentido la necesidad de "replegarse nerviosamente en el capullo de una estricta y timorata interpretación" y plantea que la distinción entre derechos civiles y políticos que subyace en la exclusión de los casos públicos del ámbito del art. 6° es extraña en sí misma si uno considera la etimología de los dos adjetivos. En efecto, esta visión explica que las palabras latinas de las cuales deriva el concepto de lo civil (*civile, civis, civitas*) y las expresiones griegas del cual proviene la noción de política (*politikon, politis, politeia*) significan lo mismo. Además, la distinción entre derechos civiles y políticos —al igual que la existente entre derecho privado y derecho público con la cual se la vincula— ha servido a menudo para detraer del ámbito de las leyes ordinarias situaciones en las que se hallaba en juego lo que se denomina autoridad pública con el fin de reducir el ámbito de protección de los ciudadanos en relación con tales situaciones. Vale entonces preguntarse si no son los derechos civiles, en el sentido más literal del término, los derechos del ciudadano; y también si no son los llamados derechos políticos derechos de ese tipo, derechos civiles por excelencia. Los derechos políticos son una categoría especial de los derechos civiles y, por ende, cuando existen derechos humanos involucrados y más específicamente cuando deben dirimirse las controversias sobre derechos y obligaciones, no hay nada que justifique tratar a aquellos que invocan un derecho político más o menos favorablemente que a otros ciudadanos.

Veremos, a continuación, que la mayoría de la Corte ha intentado mitigar los efectos del criterio genérico que ha dado origen a estas críticas por medio de una "solución pretoriana" en torno a la cual ha discurrido la solución de la generalidad de los casos relativos a esta temática. Vale, sin embargo, anticipar desde ahora nuestra coincidencia con la línea minoritaria que hemos referido, en tanto propugna una interpretación amplia del art. 6.1 que resulte inclusiva del caso administrativo en la tutela del proceso equitativo. Ello es así pues, aun reconociendo el valor de esas soluciones pretorianas, el enfoque voluntarista del cual se parte —centrado en dilucidar lo que los Estados contratantes del Convenio quisieron conceder a la persona— no se corresponde con la naturaleza de un tratado de derechos humanos ni con las técnicas adecuadas para su interpretación.

1.3. La fórmula transaccional. El hallazgo de la cuestión civil en el caso administrativo para atraer las garantías del proceso equitativo

Para aligerar las pesadas consecuencias que la exclusión del proceso equitativo de las relaciones entre el ciudadano y la Administración trae aparejadas, la mayoría de la Corte ha elaborado una solución pragmática consistente en hallar la cuestión civil dentro del caso administrativo.

Para ello, una asentada jurisprudencia de la Corte Europea [26] construida a lo largo de un extenso repertorio de casos postula que el art. 6.1 es aplicable en su aspecto *civil* sólo si se dan las siguientes condiciones:

[26] SSTEDH, *Le Compte, Van Leuven y De Meyer v. Bélgica*, 23/6/1981, párr. 47; *Fayed v. Reino Unido*, 21/9/1994, párr. 56; *Masson y Van Zon v. Países Bajos*, 28/9/1995, párr. 44; *Balmer-Schafroth v. Suiza*, 26/8/1997, párr. 32; *Athanassoglou y Otros v. Suiza*, 6/4/2000, párr. 43; *Gorraiz Lizarraga y otros v. España*, 27/4/2004, párr. 43; *Orsus y otros v. Croacia*, 17/7/2008, párr. 41; *Emine Araç v. Turquía*, 23/9/2008, párr. 20.

a) Presencia de una controversia.
b) Esa controversia debe ser genuina y seria, para lo cual debe versar sobre la existencia, alcance o modo de ejercicio de un derecho cuyo reconocimiento en la esfera interna pueda postularse al menos sobre bases defendibles.
c) Ese derecho debe ser de naturaleza civil, esto es, de contenido privado y generalmente pecuniario.
d) Para determinar lo anterior, lo único relevante es la naturaleza del derecho y no el tipo de legislación aplicable o la competencia de la autoridad encargada de su definición; de modo que la naturaleza del derecho es independiente del estatus de las partes y, por lo tanto, la intervención del Estado como persona pública no impide por sí sola la aplicación del art. 6.1.
e) El resultado de los procedimientos debe ser decisivo para el derecho en cuestión; conexiones meramente tenues o consecuencias remotas no son suficientes para activar la aplicación del art. 6.1.

El punto inicial de esa construcción reside en la regla de la interpretación autónoma de los preceptos convencionales, esto es, de no condicionar su comprensión por el modo en que estos son aprehendidos por los sistemas nacionales. El art. 6° no escapa a esta directiva y, por ende, la solución que provea el derecho interno no limita al tribunal internacional. Es importante aclarar, en este punto, que *esta interpretación autónoma rige solamente cuando del régimen interno se deriva una menor protección del derecho en juego*, pero no cuando este reconoce por sí mismo la vigencia de una determinada garantía; de manera que, más allá de esa interpretación autónoma, la aplicabilidad del art. 6° se concede sin más trámite en la Corte Europea cuando el sistema doméstico la ha admitido previamente. Si el régimen interno obsta a la aplicación de alguna garantía de ese artículo, el tribunal de Estrasburgo verifica si esa exclusión está justificada en las excepciones a la norma. Pero si el régimen nacional no plantea esa exclusión, el art. 6° se aplica directamente, hecho que se funda en el principio conforme al cual la protección de esta disposición no puede ser menor en Estrasburgo que en el plano doméstico [27].

El segundo presupuesto de la construcción en este tópico reside en el rechazo a un enfoque restrictivo del art. 6.1, que se avizora como contrario a la finalidad y propósito de tal cláusula, especialmente debido al lugar preeminente de la adecuada administración de justicia en una sociedad democrática [28]. Esta concepción, como hemos advertido, no ha llegado al punto de extender irrestrictamente la tutela del proceso equitativo a todo tipo de relaciones entre el gobierno y los ciudadanos, sino sólo a admitir su aplicabilidad en aquellos casos que involucren la determinación de derechos de orden civil caracterizados por su contenido pecuniario o privado. Al mismo tiempo, se mantiene el correlativo rechazo de su aplicación respecto de derechos que se consideran ajenos al espectro de los derechos civiles por encontrarse sujetos a reglas de derecho público.

[27] SSTEDH, *Micallef*, cit., párr. 41; *Eskelinen v. Finlandia*, 19/4/2007, párr. 61. Como ha expresado la Corte Europea, en función del art. 53 del Convenio, el concepto de "derecho civil" del art. 6.1 no puede ser entendido en el sentido de limitar un derecho exigible en el ordenamiento doméstico (STEDH, *Okyay y otros v. Turquía*, 12/7/2005, párr. 68).

[28] SSTEDH, *Delcourt v. Bélgica*, 17/1/1970, párr. 25; *Moreira de Azevedo v. Portugal*, 13/10/1990, párr. 66.

En síntesis, desde los contornos de una interpretación autónoma y amplia, para materializar la vigencia del art. 6.1 en los casos vinculados con la temática administrativa, necesitamos una controversia genuina cuyo resultado afecte en forma directa a un derecho calificable como civil.

1.3.1. Presencia de una controversia genuina y seria

Para poder invocar las garantías del art. 6.1 la persona debe demostrar que era parte de una controversia genuina y seria [29], que puede vincularse no solamente con la efectiva existencia de un derecho, sino también con su alcance y modo de ejercicio; es decir, que no puede invocarse el art. 6.1 si no nos hallamos ante un "caso". El sentido de esta condición reside en evitar la alegación de violaciones al proceso equitativo en asuntos carentes de toda entidad propia. Se busca asegurar que aquel proceso en el marco del cual se denuncia una lesión a esta cláusula tenga cierto grado de solidez en cuanto a su existencia, más allá del fondo del asunto, pues se interpreta que sin ese proceso dotado de un grado mínimo de entidad la aplicación del art. 6º carecería de sustento. Dicho de otro modo, *sin un proceso no hay base para aplicar el art. 6º* y, por lo tanto, esta norma demanda que nos hallemos frente a una controversia con cierto asidero en el derecho doméstico [30].

Esa controversia debe versar sobre la existencia, el alcance o el modo de ejercicio de un derecho cuyo reconocimiento en la esfera interna pueda postularse al menos sobre bases defendibles, es decir que debe existir un sustento normativo nacional [31] que permita la invocación de aquel derecho en cuya determinación rijan las garantías del art. 6º. Esa pauta apunta también a reafirmar la entidad de la controversia, la cual no se daría de ventilarse la determinación de un interés carente de cobertura jurídica en el Estado parte.

La noción estudiada de *solidez* del reclamo en la instancia nacional no se encuentra exenta de reparos en cuanto a su utilidad y alcance [32]. Inicialmente el tribunal hacía gala de un criterio amplio en este punto, de acuerdo con el cual alcanzaba con que el peticionante *se considerara* titular de un derecho para tener por acreditada la aplicación del art. 6.1 a la dilucidación de este planteo. Se atendía entonces en un comienzo a la valoración subjetiva del individuo afectado [33]. Posteriormente ese enfoque fue considerado excesivo y, por tal razón, se introdujeron restricciones, tales como la necesidad de verificar que la disputa fuera genuina o seria, extendien-

[29] SSTEDH, *Acquaviva v. Francia*, 21/11/1995, párr. 46; *Zander v. Suecia*, 25/11/1993, párr. 22; *Kerojärvi v. Finlandia*, 19/7/1995, párr. 32; *Apeh Üldözötteinek Szövetsége y otros v. Hungría*, 5/10/2000, párr. 30 y ss.; *Banco Industrial y de Crédito v. República Checa*, 21/10/2003, párr. 66.

[30] SSTEDH, *The National & Provincial Building Society, The Leeds Permanent Building Society and The Yorkshire Building Society v. Reino Unido*, 23/10/1997, párr. 97; *Salerno v. Italia*, 12/10/1992, párr. 14; *Ortenberg v. Austria*, 25/11/1994, párr. 28; *H. v. Francia*, cit., párr. 47; *Procola v. Luxemburgo*, 28/9/1995, párr. 37 y ss.; *Allan Jacobsson v. Suecia* (nro. 2), 19/2/1998, párr. 38; *Rolf Gustafson v. Suecia*, 1/7/1997, párr. 38; *Masson y Van Zon*, cit., párr. 44; *Acquaviva*, cit., párr. 46; *Lithgow y otros v. Reino Unido*, 8/7/1986, párr. 192; *W. v. Reino Unido*, 8/7/1987, párr. 73, *Pudas*, cit., párr. 30; *H. v. Bélgica*, 30/11/1987, párr. 40.

[31] STEDH, *Alatulkkila y otros v. Finlandia*, 28/7/2005, párr. 48.

[32] STEDH, *Salerno*, cit., voto concurrente de juez Martens, aprobado por los jueces Foighel y Pekkanen.

[33] SSTEDH, *Golder v. Reino Unido*, 21/2/1975; *Klass y otros v. Alemania*, 6/9/1978, párr. 64.

do luego el requisito a la noción de bases verosímiles del reclamo [34]. Esa última forma de restringir la llegada de casos del art. 6.1 al tribunal de Estrasburgo —el criterio del reconocimiento doméstico del derecho como condición de la seriedad de la controversia a la cual se aplica el art. 6°— ha sido severamente cuestionado [35] por considerarse que resulta innecesariamente restrictivo y que vacía de contenido la interpretación autónoma del concepto de derechos y obligaciones civiles. Se explica, en efecto, que por el simple expediente de no reconocer un derecho o de dejar de hacerlo, el Estado no puede eludir la aplicación de los principios consagrados en el art. 6° y que, por lo tanto, no corresponde poner el acento en el grado de consagración del derecho en el plano interno [36].

Más allá de los fundamentos de orden práctico que pueden haber llevado a la Corte de Estrasburgo a intentar acotar la afluencia de planteos vinculados con el proceso equitativo, la noción no debería entenderse como un elemento que autorice al tribunal internacional a indagar en las chances de ganar el planteo, sino sólo a constatar que este *se basaba en hechos comprobables y no se encontraba claramente descartado por la ley nacional.* En efecto, si los términos del art. 6.1 son autónomos, no puede aceptarse que los derechos allí contenidos dependan de si la ley interna permite o no un determinado reclamo [37]. Por lo tanto, la referencia a la seriedad de la controversia o a la existencia de bases para el planteo en la esfera interna no debe ser definido por la Corte, sino por los jueces nacionales [38], a lo cual cabe añadir que el que un derecho no aparezca como reconocido en la legislación nacional no releva al Estado de su obligación de asegurar la aplicación de los principios del art. 6.1 [39].

Es que violaciones a garantías, tales como el plazo razonable o la imparcialidad, nada tienen que ver con la calidad del planteo realizado: *el examen de recla-*

[34] SSTEDH, *Sporrong y Lönnroth*, cit.; *Silver y otros v. Reino Unido*, 25/3/1983; *Ashingdane v. Reino Unido*, 28/5/1985.

[35] STEDH, *W. v. Reino Unido*, 8/7/1987, voto conjunto separado de los jueces Lagergren, Pinheiro Farinha, Pettiti, Macdonald, De Meyer y Valticos.

[36] Se invoca para ello la definición de interpretación autónoma propuesta por el juez Lagergren en *Ashingdane*, cit. Ella demanda comprender el art. 6.1 a la luz de su contenido sustancial y del objeto y propósito del Convenio, pues de otra forma la aplicabilidad de esa norma quedaría —aun ante el mismo marco fáctico— sujeta a diferentes soluciones en cada Estado, a la par que permitiría que las partes, modificando las clasificaciones legales, se vieran en la posibilidad de limitar la aplicabilidad de esa cláusula. Contrariamente, la interpretación autónoma de los conceptos contenidos en el Convenio implica una lectura uniforme que resulte en un *entendimiento y observancia comunes* de los derechos humanos protegidos. Por lo tanto, la condición del previo reconocimiento en el derecho nacional debe ser comprendida como limitada a la presencia del "caso", pues de lo contrario se desvirtuaría toda la construcción del tratado al entenderse que sus normas se aplican bajo la condición de que el Estado decida o no reconocer un derecho.

[37] SSTEDH, *W. v. Reino Unido*, cit., voto conjunto de los jueces Lagergren, Pinheiro Farinha, Pettiti, Macdonald, De Meyer y Valticos; *H. v. Bélgica*, voto separado del juez De Meyer.

[38] SSTEDH, *Kraska v. Suiza*, 19/4/1993, voto concurrente del juez De Meyer; *Allan Jacobsson*, cit., voto separado del juez De Meyer; *Pudas*, cit., voto separado del juez De Meyer; *H. v. Bélgica*, cit., voto separado del juez De Meyer; *Bodén v. Suecia*, 27/10/1987, voto separado del juez de Meyer al que adhiere el juez Pettiti.

[39] SSTEDH, *Ashingdane*, cit., voto concurrente del juez Lagergren; *Lithgow*, cit., voto separado del juez Lagergren aprobado por el juez Macdonald; *W. v. Reino Unido*, cit., voto separado conjunto de los jueces Lagergren, Pinheiro Farinha, Pettiti, Macdonald, Valticos y De Meyer.

mos infundados también debe ser equitativo. Sólo luego de respetarse los derechos del art. 6.1 puede el órgano nacional decidir si la petición se encontraba fundada o no, por lo que analizar esa circunstancia, cuando lo que se denuncia es precisamente la violación de las reglas que deben seguirse para *llegar* a la conclusión, supone una contradicción en sus propios términos.

En fin, el requisito de seriedad de la controversia debe entenderse limitado a la constatación del presupuesto de aplicación del art. 6°, que es la existencia de un caso, pero no más que ello. No corresponde que el tribunal internacional se inmiscuya en los elementos de fondo del asunto para verificar si la persona tenía derecho a ser tratada en la sustanciación de su reclamo de conformidad con el art. 6°.

Al dar parcial cuenta de ello, y para evitar el contrasentido que implicaría que el tribunal internacional se viera en el trance de evaluar la procedencia de fondo de la pretensión de la persona como condición para admitir su derecho a un proceso equitativo, la Corte de Estrasburgo ha puntualizado que a los efectos del art. 6.1 alcanza con que los argumentos invocados por el denunciante sean suficientemente defendibles, no correspondiendo al Cuerpo decidir si aquellos se encontraban bien fundados en términos de la legislación interna o si otra base legal hubiese brindado mejores perspectivas de éxito [40]. En otros términos, en tanto garantía de sustanciación de un procedimiento bajo determinadas reglas y no de aseguramiento de un resultado, lo relevante para el art. 6.1 reside en la posibilidad de un proceso equitativo, independientemente de si el planteo era susceptible de acogimiento favorable. Por lo tanto, el reclamo sometido a un tribunal para su resolución debe presumirse genuino y serio, a menos que existan indicaciones claras de lo contrario [41].

1.3.2. Conexión directa entre el resultado de los procedimientos y un derecho de naturaleza civil. Los parámetros de inclusión de los asuntos administrativos en el art. 6.1 del Convenio Europeo

Una de las herramientas esenciales para suavizar la exclusión de los conflictos administrativos de la esfera del proceso equitativo ha consistido en liberar a la naturaleza civil del derecho en juego de toda atadura "externa". El factor crucial es la incidencia del trámite en un derecho del cual pueda predicarse su carácter civil y nada más importa. Es por ello que para la Corte el art. 6.1 se aplica independientemente del estatus de las partes, de la naturaleza de la legislación que regula el modo de resolución de la controversia y del carácter de la autoridad con jurisdicción en el asunto: es suficiente con que el resultado de los procedimientos sea decisivo para derechos y obligaciones privados [42].

Con el fin de acercarse a esta noción, la Corte ha dicho usualmente que para considerar como civil al derecho en los términos del Convenio es suficiente con que

[40] SSTEDH, *Neves e Silva v. Portugal*, 27/4/1989, párr. 37; *Valová, Slezák y Slezák v. República Eslovaca*, 1/6/2004, párr. 60; *Athanassoglou y otros*, cit., párr. 48.

[41] STEDH, *Rolf Gustafson*, cit., párr. 39.

[42] SSTEDH, *Stran Greek Refineries y Stratis Andreadis v. Grecia*, 9/12/1994, párr. 39; *Werner v. Austria*, 24/11/1997, párr. 32 y ss.; *Baraona v. Portugal*, 8/7/1987, párr. 42; *Kraska*, cit., párr. 26; *Athanassoglou y otros*, cit., párrs. 43 y 46; *Le Compte, Van Leuven y De Meyer*, cit., párr. 47; *Fayed*, cit., párr. 56; *Masson y Van Zon*, cit., párr. 44; *Balmer-Schafroth y otros*, cit., párr. 32; *Le Calvez v. Francia*, 29/7/1998, párr. 56; *J.S. y A.S. v. Polonia*, 24/5/2005, párr. 46; *Helmers v. Suecia*, 29/10/1991, párr. 29.

el asunto objeto de la acción sea de índole pecuniaria y que la acción se funde en la alegación de una infracción de derechos que sean de igual modo derechos pecuniarios [43]. Si bien esta es la regla general, en algunos supuestos la Corte ha flexibilizado esta característica, admitiendo la configuración de un derecho civil en temáticas que no presentaban un contenido estrictamente económico [44].

Los principales precedentes en los cuales se fue perfilando esta fórmula transaccional comienzan con el caso *Ringeisen* [45], en el que el tribunal debió responder si una decisión administrativa que denegaba la aprobación del contrato de compraventa de un inmueble podía considerarse comprendida dentro del art. 6.1, a partir de calificar como civiles los derechos en juego. Será allí donde se sentarán las bases de los criterios que aún hoy siguen en pie.

En esa oportunidad, la Corte de Estrasburgo sostuvo, en primer término, que para que el art. 6.1 resultara aplicable a una controversia no era necesario que ambas partes del procedimiento fueran particulares [46]. Explicó que la redacción del art. 6.1 es mucho más amplia, pues la expresión francesa asimilable a controversias sobre derechos u obligaciones de carácter civil cubre todos aquellos procedimientos cuyo resultado sea decisivo para derechos u obligaciones privados, solución que se ve confirmada por la versión inglesa del texto. Es así que el carácter de la legislación que rige el modo en que el asunto debe ser dirimido (civil, comercial o administrativo) y el de la autoridad investida con jurisdicción en el asunto (tribunal ordinario, órgano administrativo) son de poca importancia, siendo la naturaleza civil del derecho el elemento central.

Esta línea argumental fue mantenida y precisada en el caso *König* [47], en el que debía definirse si los derechos del reclamante a ejercer su profesión de médico y trabajar en su clínica —que habían sido suprimidos por una sanción administrativa— eran derechos civiles en los términos del precepto. La Corte ratifica la autonomía conceptual del art. 6.1 y, por ende, la imposibilidad de definir su alcance tomando en consideración solamente el derecho interno, pues entiende que esa solución conduciría a resultados incompatibles con el objeto y el propósito del Convenio [48]. Aun cuando la admisión de esa autonomía no implica que la legislación del Estado involucrado no revista importancia, lo fundamental es que la consideración de un derecho como civil en los términos del tratado de Roma responde al *contenido sustancial* y a los *efectos* de aquel, y no a su clasificación legal bajo el ordenamiento del Estado involucrado.

[43] SSTEDH, *Werner*, cit., párrs. 32 y ss.; *Editions Périscope*, cit., párr. 40.

[44] En algunos supuestos se consideró que el art. 6º era aplicable aun en asuntos carentes de contenido estrictamente económico, tales como el derecho a un medio ambiente sano —aunque en ese caso el asunto se vinculaba con los reclamos resarcitorios derivados del daño ambiental— (STEDH, *Taskin y otros v. Turquía*, 10/11/2004, párr. 133), el derecho a la libertad limitada por órdenes de internación psiquiátrica (SSTEDH, *Aerts v. Bélgica*, 30/7/1998, párr. 59 y *Laidin v. Francia* (nro. 2), 7/1/2003, párr. 76), el derecho a una buena reputación (STEDH, *Helmers*, cit., párr. 27) y el derecho de acceso a documentos administrativos, en tanto se entendió que ese acceso resultaba relevante para un derecho de naturaleza privada (STEDH, *Loiseau v. Francia*, 18/11/2003, párr. 71).

[45] STEDH, *Ringeisen*, cit., párr. 94 y ss.

[46] Esa era la postura sostenida tanto por el Estado como por la mayoría de la Comisión en ese caso.

[47] STEDH, *König*, cit., párr. 88 y ss.

[48] Con cita de STEDH, *Engel y otros v. Noruega*, 8/6/1976, párr. 81.

El gobierno, por su parte, aducía en este caso que el art. 6.1 cubría controversias de derecho privado en el sentido tradicional del término, esto es, disputas entre individuos o entre un individuo y el Estado en tanto este actuara como una persona privada, de resultas de lo cual planteaba que los conflictos entre una persona y el Estado actuando bajo su poder soberano debían ser excluidos de su ámbito. Frente a ello, la Corte ratificó lo dicho en *Ringeisen*: la aplicación del art. 6.1 no depende de que ambas partes sean particulares, ni del carácter de la legislación que rige el caso o de la autoridad encargada de resolverlo y tampoco de la actuación de la autoridad como persona privada o pública; *para determinar si un caso es civil, solamente el carácter del derecho en cuestión es relevante* [49].

Se consolidaba de ese modo la solución pretoriana: aun cuando se encontraran en juego medidas administrativas adoptadas por órganos en el ejercicio de la autoridad pública, lo único significativo bajo el art. 6.1 era que el objeto del caso en cuestión fuera la determinación de derechos de *naturaleza privada* [50].

En el precedente *Le Compte* [51] la Corte ratificó nuevamente el estándar *Ringeisen,* incluyendo dentro del concepto de controversia sobre derechos y obligaciones civiles a todos aquellos procedimientos cuyo resultado fuera decisivo para ese tipo de derechos, sin importar que refirieran a un conflicto entre una persona particular y una autoridad pública actuando en ejercicio de su soberanía. Sin embargo, la Corte agregó en esa ocasión un condicionamiento novedoso consistente en la necesidad de un vínculo directo entre la disputa y el derecho civil, afirmando que una conexión tenue o la existencia de consecuencias remotas sobre aquel no eran suficientes a los efectos del art. 6.1. De ese modo, los derechos o las obligaciones de carácter civil deben ser el objeto —o uno de los objetos— de la controversia y el resultado del procedimiento debe ser directamente decisivo para aquellos [52]. El criterio para visualizar el grado de incidencia de la decisión administrativa en el derecho civil a efectos de atraer la aplicación del art. 6.1 refiere, en ese contexto, a la existencia de una *interferencia material directa* sobre el derecho [53].

[49] En ese sendero, añadió que una actividad que bajo la normativa del Estado involucrado presenta la calidad de privada no puede ser automáticamente convertida en una de derecho público con fundamento en el hecho de que la misma se encuentra sujeta a autorizaciones o supervisión administrativas.

[50] STEDH, *König*, cit., párr. 94.

[51] STEDH, *Le Compte, Van Leuven y De Meyer*, cit., párr. 44 y ss.

[52] STEDH, *Le Compte*, cit., párr. 47. En este pronunciamiento aporta interesantes elementos de análisis la disidencia del juez Pinheiro Farinha, para quien no es el resultado de los procedimientos lo que determina la aplicación del art. 6.1, sino su *objeto*, del cual la pretensión es uno de sus elementos. Postula dicho magistrado que, en tanto la sustanciación de un proceso da lugar a una situación legal dinámica, es decir, a una situación que se encuentra en constante evolución, en una progresión gradual hacia el resultado final que el proceso tiene por objeto alcanzar, no es posible aguardar esa decisión a efectos de afirmar si el proceso constituye o no una controversia sobre derechos civiles.

[53] La opinión disidente del juez Sir Evans retoma la línea originalista iniciada por Matscher, postulando una interpretación limitada de la norma a partir de las vicisitudes de su redacción. Destaca el votante que la interpretación de las palabras *civil rights and obligations* como referidas a derechos u obligaciones de naturaleza privada resulta consistente con el texto francés del art. 6º (*droits et obligations de caractère civil*) y se desprende de la historia de la negociación de dicho artículo, que respalda la visión conforme la cual un significado restrictivo debería aplicarse a esos términos, especialmente en lo relativo a materias insertas en el ámbito del derecho público, incluido el administrativo. Desde el abordaje planteado, explica que el objeto de los procedimientos del caso era disciplinario, por lo cual el hecho de que su resultado pudiera incidentalmente afectar derechos de carácter privado no resultaba suficiente para activar la aplicación del art. 6.1.

El caso *Albert y Le Compte* [54] encuentra al tribunal ratificando que el carácter civil de la controversia proviene del hecho de que el resultado del procedimiento sea decisivo para un derecho de esa índole, descartando su vigencia ante consecuencias lejanas [55]. En cuanto a la naturaleza del derecho, la Corte ensaya una vinculación directa entre la condición privada del derecho y su naturaleza civil: todo derecho privado es civil en el sentido del art. 6.1.

En el precedente *Benthem* [56], la Corte amplía los lineamientos esenciales de su posición [57]:

a) La conformidad con el espíritu del Convenio demanda que el término "controversia" no sea construido en un modo excesivamente técnico, sino que sea dotado de un significado más sustantivo que formal.
b) La controversia puede referir no solamente a la existencia actual de un derecho, sino también a su alcance o modo de ejercicio y puede aludir tanto a cuestiones de hecho como de derecho.
c) La controversia debe ser genuina y seria [58].

El avance de los criterios comentados enfrentó al tribunal en el caso *Deumeland* [59] a la necesidad de aplicar su doctrina respecto del acceso a los beneficios de la seguridad social [60]. Allí debió identificar los elementos relevantes de índole privada y pública en esa temática, concluyendo que los primeros eran —en conjunto— predominantes. Esa solución le permitió mantener el criterio del derecho civil como pauta esencial de incorporación del caso administrativo al espectro del proceso equitativo [61].

En ciertos casos límite, el tribunal debió sortear los problemas que su postura le deparaba frente a supuestos en los que el ejercicio de atribuciones estatales resultaba ostensible. Para ello, el tribunal hizo gala de gran ingenio al mantener el carácter civil del pleito aun cuando este se encontraba regido por materias tradicionalmente asimilables al derecho público, alegando que en él se ventilaban reclamos de índole pecuniaria, cuestión típicamente civil. Así, en un caso de responsabilidad del

54 STEDH, *Albert y Le Compte v. Bélgica*, 10/2/1983.

55 El criterio conforme al cual la aplicación del art. 6.1 refiere al resultado del procedimiento (incidencia en un derecho civil) y no a su objeto es ratificado luego en STEDH, *Sramek v. Austria*, 22/10/1984, párr. 34.

56 STEDH, *Benthem*, cit., párrs. 32 y ss.

57 A los cuales remite en STEDH, *Deumeland*, cit., párr. 59 y ss.

58 SSTEDH, *Kerojärvi*, cit., párr. 32; *Sporrong y Lönnroth*, cit., párr. 81, donde se aludió por primera vez a este elemento al expresar que la seriedad de las diferencias entre el particular y el Estado sobre la interpretación del derecho nacional generaban un caso en los términos del art. 6.1.

59 STEDH, *Deumeland*, cit., párr. 74.

60 Como veremos, lo relativo a la imposición de aportes destinados a dichos sistemas fue analizado una década después, en el caso *Schouten y Meldrum*, cit.

61 Los aspectos de derecho privado que se tomaron en cuenta fueron los siguientes: la naturaleza personal y económica del derecho a la cobertura de seguridad social, su conexión con el contrato de trabajo privado y las afinidades con el seguro como figura comercial. En el caso *Feldbrugge* (párrs. 26 y ss.) tanto la mayoría como la disidencia desarrollaron idénticos argumentos al analizar el sistema de seguridad social holandés.

Estado [62] en el que el gobierno postulaba la ausencia de un derecho civil en juego —debido a que la actividad que la empresa denunciaba como fuente del daño debía ser encuadrada como ejercicio de la soberanía del Estado en materia impositiva y otorgamiento de privilegios, y también porque que en el derecho nacional la cuestión caía fuera del alcance de los principios del derecho civil—, la Corte expresó que la temática objeto de la acción era de naturaleza pecuniaria —resarcimiento— y se encontraba fundada en la alegada lesión de derechos de carácter igualmente pecuniario. Por esa razón, el derecho era civil a pesar del origen de la controversia y el hecho que la jurisdicción competente fuera administrativa [63].

En *Schuler-Zgraggen* [64] la Corte ratificó el principio general de aplicación del art. 6.1 al campo de la seguridad social. Enfatizó que —a pesar de los aspectos de derecho público involucrados— la reclamante no había sido afectada en sus relaciones con la Administración como tal, sino que el acento recaía en la existencia de una interferencia en sus medios de subsistencia y en el reclamo de un derecho económico individual derivado de diversas regulaciones internas [65]. También en el caso *Schouten* [66] el tribunal analizó la aplicabilidad del art. 6.1 en relación con una controversia concerniente a las contribuciones destinadas a los regímenes de seguridad social. En esa oportunidad, la Corte retomó su criterio de base consistente en la exclusión del art. 6.1 respecto de aquellas obligaciones que, aun de contenido pecuniario, derivan de normativa tributaria o son de algún modo parte de los *deberes públicos normales en una sociedad democrática*. Pese a ello, el Cuerpo concluyó que los aspectos de derecho privado eran de mayor significación que los de derecho público y, en consecuencia, declaró aplicable el art. 6º.

En esta errática jurisprudencia el caso *Gorraiz Lizarraga* [67] presenta elementos de gran importancia que confirman la vigencia de la exclusión del art. 6.1 para los casos en los que no se acredite la presencia del derecho civil. Se ventilaba allí la conducta del Estado español frente a la oposición de diferentes habitantes de un pueblo que se vería afectado por la construcción de una represa. Era necesario, entonces, determinar si el derecho invocado resultaba civil en los términos del Convenio. El Estado sostenía que no se presentaba en el caso un derecho de esa índole, debido a que los reclamantes invocaban la tutela de la legalidad y de derechos colectivos, mientras que la parte requirente alegaba, a su turno, la defensa de derechos individuales y privados. La Corte, luego de ratificar su jurisprudencia tradicional en esta materia, puntualizó que se hallaba presente un derecho civil en una

[62] STEDH, *Editions Périscope*, cit.

[63] Con cita de SSTEDH, *Ringeisen*, cit., párr. 94; *König*, cit., párr. 90 y *Beaumartin v. Francia*, 24/11/1994, párr. 28.

[64] STEDH, *Schuler-Zgraggen*, cit., párr. 46.

[65] En el caso *Salesi* la Corte también incluyó los casos vinculados con prestaciones de asistencia social —aun cuando se diferenciaban de los beneficios de la previsión social— dentro de la tutela del art. 6.1, indicando que el principio de igualdad de trato ordenaba adoptar una visión conforme a la cual en la actualidad el principio general es que el art. 6.1 se aplica en el campo de la seguridad social. En función de ese principio, confirmó que en esos sistemas, la intervención estatal no era suficiente para determinar la inaplicabilidad del art. 6.1. Agregó que no se encontraba presente en el caso el ejercicio de potestades discrecionales por parte de la Administración italiana y que la jurisdicción para la dilucidación de la causa era ordinaria (STEDH, *Salesi*, cit., párr. 19).

[66] STEDH, *Schouten y Meldrum*, cit., párr. 60.

[67] STEDH, *Gorraiz Lizarraga y otros*, cit.

de las facetas del planteo de los denunciantes. Para llegar a esa conclusión, el tribunal ratificó su punto de partida inicial, de acuerdo con el cual la porción de la controversia vinculada con la defensa del interés público no involucraba un derecho civil. De esa manera denotaba que los derechos derivados de la condición de ciudadano, la defensa de la legalidad o de intereses de incidencia colectiva se encuentran fuera del ámbito de protección del art. 6.1. Sin embargo, admitió la existencia de un derecho civil en lo relativo a la afectación de las propiedades y estilo de vida de los reclamantes, a los cuales reconoció una dimensión económica y privada que le permitió sostener la aplicabilidad de tal disposición. Una vez más se percibe aquí la vigencia acotada del art. 6.1 en aquellos asuntos regidos por el derecho público: si un derecho no puede ser calificado como individual y privado, a partir de su contenido ecónomico, queda fuera de las garantías provistas por el art. 6°. De tal modo, los derechos derivados de la condición de ciudadano, los de incidencia colectiva y todos aquellos que no involucran directamente un interés privado se ven excluidos de su ámbito. Indudablemente ello produce serias limitaciones en la disciplina del derecho administrativo que han sido salvadas en el sistema interamericano, como veremos.

La reseña anterior demuestra, en definitiva, que pese a no abandonar el límite del carácter civil del derecho, la Corte ha procurado despojarse de esa barrera "hallando" derechos privados o pecuniarios en una gran cantidad de casos. Los repertorios jurisprudenciales muestran la presencia de este enfoque "salomónico" frente a un considerable número de relaciones entre el individuo y el Estado que inicialmente podrían haberse considerado excluidas, pero que quedaron cubiertas por el art. 6.1 a partir de la doctrina de la incidencia directa de la disputa en el ejercicio de un derecho civil:

a) procedimientos relativos a expropiaciones, planificación urbanística, permisos de construcción, y —en general— decisiones que interfieren con el uso y goce de la propiedad [68];
b) procedimientos concernientes a permisos, licencias u otros actos de la autoridad pública que revisten condición de validez de un contrato entre particulares [69];
c) procedimientos vinculados con la concesión o revocación por parte de una autoridad pública de una licencia necesaria para llevar adelante determinadas actividades económicas [70];
d) procedimientos atinentes a la cancelación o suspensión por una autoridad pública del derecho al ejercicio de una determinada profesión [71];
e) reclamos concernientes a daños y perjuicios derivados de procedimientos administrativos [72]. En este campo, el tribunal ha precisado que el derecho a

[68] SSTEDH, *Sporrong Lönnroth*, cit.; *Ettl y otros v. Austria*; *Erkner y Hofauer v. Austria* y *Poiss v. Austria*, todos del 23/4/1987; *Håkansson y Sturesson v. Suecia*, 21/2/1990; *Mats Jacobsson v. Suecia, y Skärby v. Suecia*, del 28/6/1990.

[69] STEDH, *Ringeisen*, cit.

[70] SSTEDH, *Benthem*, cit.; *Pudas*, cit.; *Tre Traktörer AB*, cit.; *Fredin v. Suecia* (nro. 1), 18/2/1991.

[71] SSTEDH, *König*, cit.; *Diennet v. Francia*, 26/9/1995.

[72] STEDH, *Editions Périscope*, cit.

una indemnización contra el Estado debe ser considerado de carácter civil, aun cuando sus requisitos involucren cuestiones de derecho público [73];

f) procedimientos vinculados con la obligación de abonar contribuciones al sistema de seguridad social [74];

g) procedimientos relativos a conflictos en el marco del empleo público si un derecho puramente económico es invocado, por ejemplo, en materia salarial, y no se encuentran involucradas potestades discrecionales de la Administración [75];

[73] SSTEDH, *Herbst*, cit., párr. 55; *Georgiadis v. Grecia*, 29/5/1997, párr. 35; *Werner*, cit., párr. 38.

[74] SSTEDH, *Feldbrugge*, cit.; *Deumeland*, cit.

[75] El empleo público es una de las materias donde la polémica sobre la aplicación del art. 6.1 del Convenio alcanza uno de sus puntos máximos de tensión. Por regla, la Corte Europea detrae del ámbito del art. 6° —aun después de algunos matices recientes— a todas aquellas relaciones entre el Estado y los agentes que *actúen como depositarios de la autoridad pública responsable de la protección de los intereses generales del Estado*. En sus pronunciamientos iniciales la Corte Europea intentó dar cuenta de la distinción existente en muchos Estados parte entre los empleados públicos (*civil servants*) y aquellos agentes sujetos al derecho privado. En función de ello sostuvo durante largo tiempo que las controversias relativas al reclutamiento, carrera y finalización del servicio de los "empleados públicos" se encontraban por regla general fuera del alcance del art. 6.1 (STEDH, *Massa v. Italia*, 24/8/1993, párr. 26). Esa regla, sin embargo, fue objeto de algunas precisiones, pues en otros casos el tribunal sostuvo que el art. 6.1 resultaba aplicable cuando el reclamo se vinculaba con un derecho "puro o esencialmente económico" (STEDH, *De Santa v. Italia*, 2/9/1997, párr. 18) y "no ponía en tela de juicio los poderes discrecionales de las autoridades" (STEDH, *Neigel v. Francia*, 17/3/1997, párr. 44). Consciente del margen de incertidumbre que producía la aplicación jurisprudencial de esos criterios, la Corte procuró clarificar la cuestión en el *leading case Pellegrin* (STEDH, *Pellegrin v. Francia*, 8/12/1999, párrs. 59 y ss., seguido en SSTEDH, *Devlin v. Reino Unido*, 30/10/2001, párrs. 23 y ss.; *Fogarty v. Reino Unido*, 21/11/2001, párr. 28; *Martinie v. Francia*, 12/4/2006, entre otros), en el cual la Corte adoptó un *criterio funcional* basado en la naturaleza de las obligaciones y responsabilidades del empleado para dilucidar la aplicabilidad del art. 6.1. A fin de concretar este abordaje funcional se recalcó que en el sector público de los diferentes países ciertos puestos involucran responsabilidades respecto del interés general o la participación en el ejercicio de atribuciones conferidas por el derecho público. En función de ello, el Estado puede tener un legítimo interés en requerir respecto de estos agentes un "especial vínculo de confianza y lealtad". Por el contrario, con relación a cargos que no presentan este rasgo en las atribuciones del agente, ese interés no aparece. De acuerdo con estos factores, la Corte resolvió en *Pellegrin* que las únicas disputas excluidas del ámbito de aplicación del art. 6.1 son aquellas planteadas por funcionarios públicos cuyas funciones características consisten en el desempeño de tareas específicas de la función pública, en la medida en que esta última actúa como depositaria de la autoridad responsable de la protección de los intereses generales del Estado o de otras autoridades públicas. La ambigüedad de estos criterios generó una valiosa disidencia cuyos argumentos obligaron finalmente a la Corte a "desarrollar" el criterio funcional de *Pellegrin* para evitar incurrir en soluciones irrazonables. La disidencia de los jueces Tulkens, Fischbach, Casadevall y Thomassen criticó acerbamente el reemplazo del criterio "económico" por el "funcional", indicando que, contrariamente a una construcción amplia de los derechos consagrados en el Convenio, el nuevo parámetro privaba a toda una categoría de personas —aquellas cuyas tareas involucran la participación en el ejercicio del poder público— de una fundamental salvaguarda en un Estado de derecho: el acceso a la justicia y el proceso equitativo. Las fundadas críticas que recibió *Pellegrin* forzaron a la Corte a introducir algunas matizaciones en el caso *Eskelinen* (STEDH, *Vilho Eskelinen y otros v. Finlandia*, 19/4/2007, párrs. 48 y ss., seguido —entre otros— en *Nedelcho Popov v. Bulgaria*, 22/11/2007, párrs. 31-32 y 39-40). Fue en esa ocasión que la Corte, admitiendo que *Pellegrin* era categórico en excluir a cierta categoría de funcionarios del plexo del art. 6.1 sin importar la naturaleza del conflicto, notó que el criterio funcional podía llevar a resultados anómalos. Además, consideró que definir la naturaleza de las funciones de los agentes no era tarea sencilla, reconociendo —en definitiva— que el parámetro funcional no había simplificado en la práctica el discernimiento de la aplicación del art. 6.1

h) procedimientos vinculados con cuestiones que no poseen contenido económico *strictu sensu*, pero que refieren a derechos calificables como civiles por su impronta "privatista" [76].

No es menor anotar que esta fórmula transaccional de la mayoría de la Corte de Estrasburgo ha sido, en algunos aspectos, la seguida por el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas al momento de interpretar el art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que consagra el debido proceso. En efecto, ha expresado ese Cuerpo en su última observación general [77] que el concepto de derechos u obligaciones de carácter civil, o su equivalente en otros idiomas, "se basa en la *naturaleza del derecho de que se trata*, más que en la condición jurídica de una de las partes o en el foro que señalan los distintos ordenamientos jurídicos nacionales para la determinación de derechos específicos" [78]. Se trata de "un concepto que abarca: a) no sólo los procedimientos para determinar los derechos y las obligaciones relativos a los contratos, la propiedad y los perjuicios extra-contractuales en derecho privado, sino también b) las *nociones equivalentes de derecho administrativo*, como el cese en el empleo de funcionarios públicos por motivos no disciplinarios, la determinación de las prestaciones de la seguridad social, los derechos de pensión de los soldados, los procedimientos relativos al uso de terrenos públicos o la apropiación de propiedades privadas. Además, este concepto puede abarcar c) otros procedimientos que deben determinarse caso por caso, *teniendo en cuenta la naturaleza del derecho de que se trate*". En cambio, el derecho de acceso a los tribunales y cortes de justicia previsto en la segunda oración del párr. 1° del art. 14 *no es aplicable cuando la legislación interna no concede ningún derecho a la persona interesada* [79]. Además, no se consideran derechos u obliga-

---

a la materia. De acuerdo con esas premisas, la Corte Europea entendió que era principalmente a los Estados contratantes, especialmente a las legislaturas nacionales, a quienes correspondía identificar expresamente aquellas áreas de la función pública que involucran el ejercicio de poderes discrecionales inherentes a la soberanía en las que el interés individual debe ceder; es decir que, sin abandonar la pauta de exclusión de ciertos casos vinculados con el ejercicio de potestades públicas relevantes, el tribunal aclaró que esa tarea no correspondía a su ámbito, sino a los Estados parte. Lo único que debe hacerse en Estrasburgo es ejercer el papel de supervisión de acuerdo con el principio de subsidiariedad, verificando si la privación de las garantías del art. 6° en el caso se corresponde con alguna de las excepciones admitidas para esa norma, caso en el cual aquella resultará válida. En resumidas cuentas, para tornar aplicable la exclusión de un caso de empleo público del campo del art. 6° del Convenio, el estándar de *Pellegrin* se ve precisado hoy en que el Estado debe haber excluido en su ordenamiento doméstico el acceso a la justicia o alguna de las garantías de ese artículo respecto del cargo o personal en cuestión. Esa exclusión debe encontrarse justificada por razones objetivas en interés del Estado, pero no será suficiente con que aquel establezca que el agente participa en el ejercicio del poder público o que existe un especial vínculo de confianza o lealtad, sino que debe justificarse que el objeto de la controversia se relaciona con ese ejercicio o involucra ese vínculo; de modo que, en principio, no corresponde la exclusión para temáticas ordinarias de la relación, tales como salarios, presumiéndose que el art. 6° es aplicable a estos casos, correspondiendo al Estado demandado acreditar los dos extremos anteriores.

[76] SSTEDH, *Taskin*; *Aerts*; *Laidin*; *Helmers*; *Loiseau*, cit.

[77] ONU, Comité de Derechos Humanos, OG 32, cit., párrs. 16 y 17.

[78] Criterio similar al desarrollado en Estrasburgo desde *Ringeisen*.

[79] Requisito asimilable a la exigencia de una controversia genuina y seria introducido en *Sporrong* y luego en *Benthem*.

ciones de carácter civil los invocados por personas subordinadas a un nivel alto de control administrativo [80], como en el caso de las medidas disciplinarias que no equivalen a sanciones penales tomadas contra un funcionario público, un miembro de las fuerzas armadas o un preso. Esta garantía, además, no se aplica a los procedimientos de extradición, expulsión y deportación".

Aunque el abordaje del Comité parece ser más casuístico y no ofrece elementos concluyentes, podríamos decir que están presentes en esta observación general los rasgos principales de la jurisprudencia europea. Sin embargo, pese a esa inicial similitud, entendemos que el criterio del órgano del Pacto Internacional de las Naciones Unidas, de acuerdo con el cual la norma del art. 14 rige no sólo en los procedimientos para determinar los derechos y las obligaciones relativos a los contratos, la propiedad y los perjuicios extracontractuales en derecho privado, sino también las *nociones equivalentes de derecho administrativo*, confirma —más de lo que descarta— una interpretación amplia del precepto que ratifica las advertencias de la lectura evolutiva propuesta por la minoría del tribunal de Estrasburgo.

1.4. La crítica estatocéntrica

Así como la doctrina del núcleo duro de las prerrogativas públicas como pauta de inaplicación del art. 6.1 recibe los fundados embates de la minoría que postula una lectura evolutiva de esa disposición, la solución pretoriana de la Corte recién comentada dista de estar exenta de críticas. Una línea "dura" de interpretación considera que el intento de hallar la cuestión civil en el caso público no es más que un intento de forzar ciertas situaciones legales en un ropaje, el del art. 6.1, que evidentemente no fue hecho a su medida [81].

El voto disidente del juez Matscher [82] en el caso *König* inaugura esta corriente contraria a la aplicación del art. 6.1 en los casos de derecho administrativo. Es interesante dar cuenta de sus planteos, pues proveen interesantes elementos de análisis para indagar en torno al modo de interpretación posible en un tratado sobre derechos humanos y resultan, por lo tanto, de utilidad para nosotros al dilucidar el alcance del art. 8° de la Convención Americana.

Esta línea —que podríamos calificar como estatocéntrica, en tanto finca su razonamiento en discernir *qué quisieron conceder los Estados al momento de obligarse en el tratado*— considera que la interpretación teleológica en la que la fórmula transaccional se funda se encuentra limitada por el sistema del Convenio Europeo. Explica así que la idea básica detrás de esa interpretación es que el Convenio está encaminado a proteger al individuo contra las autoridades y a dotarlo de

[80] Noción que se acercaría a la doctrina del núcleo duro de las prerrogativas públicas.

[81] STEDH, *Le Compte*, cit., disidencia del juez Matscher.

[82] Seguido y ratificado por ese magistrado en *Le Compte, Van Leuven y De Meyer*, cit. Allí expone que —aun cuando se ha ocupado de destacar que el Convenio es defectuoso en ese punto— su visión sobre el rol del juez le lleva a considerar que no es parte de las funciones de un tribunal internacional el reconocer derechos que los autores del tratado no tuvieron la intención de incluir en él. La situación insatisfactoria no puede, por lo tanto, ser válidamente rectificada por medio de una interpretación judicial, tanto más cuando aquella amenaza con perturbar el sistema del Convenio en uno de sus sectores más sensibles. La corrección solamente puede ser efectuada por la legislatura, es decir, por los Estados parte, los cuales deberían propender a enmendar el Convenio. En igual sentido se pronuncia en *Albert y Le Compte*, cit.

ciertas garantías frente a aquellas. Esto significa, apunta, que el tratado debiera ser de aplicación cada vez que la posición del individuo frente al Estado se encuentra en cuestión. Sin embargo, para extraer conclusiones específicas a partir de este principio, lo primero que debe demostrarse es que nos hallamos ante un derecho que el tratado pretendió garantizar de un determinado modo. En caso contrario, aclara, existe el peligro de ir más allá de la interpretación teleológica, para aventurarse en el campo de la política legislativa.

Para esta postura la interpretación autónoma del Convenio —punto de partida de la solución mayoritaria— implicá que sus disposiciones no deben ser analizadas considerando solamente su significado y alcance en el plano doméstico de los Estados contratantes, sino que la referencia debe darse respecto de los objetivos y esquema del tratado y de los principios generales que emanan del corpus de los sistemas jurídicos nacionales. En otros términos, debe buscarse el *denominador común* detrás de las previsiones convencionales examinadas, en tanto resulta legítimo suponer —en ausencia de una definición legal en el Convenio mismo— que tal es el significado que los Estados parte desearon que tuvieran esas previsiones. Ese denominador común puede ser hallado a través de un análisis comparativo del derecho interno de los Estados parte y, por lo tanto, el resultado de tal investigación nunca puede ser un concepto que difiera totalmente de los sistemas jurídicos de los Estados afectados. Tal es, se afirma, la carencia del razonamiento de la mayoría y, por lo tanto, el criterio —construido en *Ringeisen*—, por el que todos aquellos procedimientos cuyo resultado sea decisivo para derechos u obligaciones privados deben ser entendidos como casos relativos a derechos civiles en los términos del art. 6.1, es valorado por esta corriente como demasiado vago y elástico como para permitir extraer alguna conclusión con exactitud. Es así que el juicio característico de esta minoría consiste en aseverar que no ha sido intención de los redactores del Convenio atraer bajo el art. 6° a todos los casos regidos por el derecho público por el solo hecho de que el resultado de estos pueda, eventualmente, afectar las relaciones privadas de la persona.

Una primera justificación de esa postura refiere, como vimos, al denominador común de los derechos domésticos como pauta referencial para la interpretación del Convenio. Se indica que no es posible extender la "autonomía" de la interpretación al punto de deducir del Convenio institutos inexistentes en todos los Estados parte, al tiempo que puede advertirse que en la mayoría de los países contratantes los procedimientos relevantes en la materia no se encuentran organizados en el modo previsto por el art. 6° (decisión de un tribunal, audiencia pública, pronunciamiento público). Eso significaría que —de acuerdo con el criterio de la mayoría— todos esos Estados se encuentran incursos en una infracción de la norma, conclusión que no parece sensata.

De igual forma, frente al argumento que postula la necesidad de conceder al individuo una mayor protección frente al Estado de la que goza frente a sus pares, esta corriente enfatiza la necesidad de *distinguir entre lo deseable y lo establecido en el Convenio.* Así, la historia del derecho (al menos, del derecho continental) muestra claramente que los principios de procedimiento oral, publicidad y juzgamiento por un tribunal independiente en asuntos civiles son simplemente el corolario de esos mismos principios en casos penales. Se asevera, entonces, que la única razón por la cual se introdujeron esos principios para casos civiles fue para *seguir*

el patrón adoptado para los procedimientos penales, y tal debe ser el punto de vista a adoptar para entender por qué los autores del Convenio extendieron las garantías en materia penal —que es el objetivo primario del art. 6º— a todos los restantes casos que eran en general comprendidos en los Estados parte como de competencia de los tribunales. Esta sería la explicación, que aun cuando brinda un concepto estrecho de derecho civil, corresponde *de lege lata*, y de acuerdo con ella no puede decirse de ningún modo que al insertar la calificación de civil los redactores quisieron ir más allá y abarcar a las contiendas *ius* administrativas. Ello, aunque deseable, no es lo que sucedió y, por el contrario, lo único que denota esa norma es el traslado de las garantías del proceso penal a las contiendas de derecho privado entre particulares ante los tribunales ordinarios.

En suma, *de lege ferenda* una extensión de las garantías procedimentales frente a las autoridades públicas es *un ideal a ser perseguido*, pero aun reconociendo la validez de tal aspiración, el límite de la interpretación amplia de las garantías es que ella encuentre cobertura en el Convenio mismo. *Es a los Estados a quienes corresponde ir más allá del Convenio* si lo encuentran necesario, recurriendo al mecanismo de enmienda [83].

En la disidencia en el precedente *Deumeland* [84] se enfatiza el supuesto carácter selectivo del art. 6º, esto es, la vocación del precepto de limitar —y no de extender— su esfera de aplicación. Se insiste en que la alusión a derechos y obligaciones civiles fue fijada por los redactores con el fin de establecer límites a la aplicación de la norma y, por ende, es lógico que ella rija solamente en ciertos casos.

Al retomar los orígenes del agregado "civil" como justificativo de la interpretación restrictiva, se postula que el art. 6.1 no puede ser leído como vigente para controversias, sobre todo el espectro de los derechos y las obligaciones reconocidos por el derecho interno —sino solamente para aquellos calificables como civiles—, porque lo central es la *posibilidad de judicialización* de esos asuntos. El contexto, el objeto y el propósito del Convenio indican que la judicialización de las controversias —garantizada por el art. 6.1— es apropiada en el dominio de las relaciones entre individuos pero no necesariamente en la esfera administrativa, donde consideraciones de índole organizacional, social y económica pueden dar lugar a un diseño de procedimientos de menor formalidad [85]. Dicho de otro modo, *la utilización*

[83] Por ello, *de lege ferenda* esta postura reconoce la necesidad de revisar el art. 6º introduciendo la siguiente distinción, que no es posible —estima— bajo su actual redacción: por una parte, la extensión de todas las garantías de este artículo para los casos penales y civiles (es decir, los asuntos tradicionalmente tramitados por los tribunales), mientras que para las controversias sobre otras materias (casos administrativos) deben reconocerse expresamente los siguientes elementos: el derecho a un procedimiento fijado por la ley y garantía de un proceso equitativo para las partes, juzgamiento en un plazo razonable y derecho a la revisión judicial de la decisión administrativa.

[84] STEDH, *Deumeland*, cit., voto disidente conjunto de los jueces Ryssdal, Bindschedler-Robert, Lagergren, Matscher, Sir Vincent Evans, Bernhardt y Gersing.

[85] Acotan que en los supuestos vinculados con la operación de un sistema colectivo de asignación de beneficios sociales se presentan características especiales, tales como la gran cantidad de decisiones a adoptarse, los aspectos médicos, la carencia de recursos o especialización de las personas afectadas o la necesidad de equilibrio entre el interés público en una administración eficiente contra el interés privado. La judicialización de ese tipo de procedimientos podría implicar la necesidad de los beneficiarios de requerir el servicio de abogados o expertos médicos, y con ello llevar a un incremento en los costos y la duración de los procedimientos.

de las formas del proceso judicial sólo es admisible para las relaciones de derecho privado, pero no puede extenderse a las de derecho público, donde factores de gestión y similares denotan otra tendencia.

En fin, si bien es esencial que en el plano administrativo se haga justicia y que los reclamos individuales sean analizados de un modo responsable y objetivo, ello no implica que todos los requerimientos del art. 6.1 sean aplicables en esa esfera. La yuxtaposición de lo civil y lo criminal en el contexto del art. 6.1 no puede ser tomada razonablemente como una referencia comprensiva de todos los sistemas de toma de decisiones bajo el derecho interno y, por lo tanto, el uso del adjetivo "civil" no conlleva la vigencia de ese artículo para todos aquellos asuntos diversos de los penales, aun cuando el resultado sea crucial para la vida personal del individuo afectado.

Como anticipamos, los fundamentos históricos que para esta corriente dan lugar a la exclusión del art. 6.1 en materia administrativa parten, al igual que para el criterio de la llamada minoría evolutiva, de los trabajos preparatorios. Esto resulta digno de señalar, pues *ambas posturas recurren a los mismos antecedentes pero llegan al resultado opuesto*, dando cuenta así de la gravitación que posee la *elección de los criterios hermenéuticos* al abocarse a la comprensión del texto de un tratado.

La línea estatocéntrica niega que una interpretación del art. 6.1 lleve a otra conclusión que la supresión del caso público de su ámbito. Para esta minoría, el Convenio es selectivo en la protección que brinda y ello —a su juicio— se confirma en el intercambio de posturas previo a la inserción del adjetivo "civil" en el art. 14 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas —fuente del art. 6° del Convenio Europeo—, el cual demostraría que el propósito perseguido fue excluir de su ámbito cierta categoría de controversias en el campo de la Administración.

En síntesis, la expulsión del caso administrativo del perímetro del art. 6.1 encuentra para esta corriente una decisiva fundamentación en la inserción del calificativo "civil" como modo de circunscribir su alcance a los juicios entre particulares. Para la minoría estatocéntrica la conclusión que corresponde extraer del texto, objeto y propósito del art. 6.1, así como de los antecedentes de su redacción, es que existen áreas dentro del campo de la Administración Pública sujetas a regímenes institucionales especiales bajo los cuales los derechos y las obligaciones del individuo de naturaleza no privada pueden justificadamente ser determinados por procedimientos especiales de resolución que no presenten todos los requerimientos del art. 6.1. Por ello, las garantías de esa disposición no son aplicables a las controversias dentro de tales áreas.

Esta concepción no consulta adecuadamente las características peculiares de un tratado de derechos humanos, especialmente en lo atinente a sus sujetos activo y pasivo, y a la tipología de las obligaciones en ellos contenidas. Como se ha ocupado de destacar la Corte Interamericana [86], al celebrar un tratado de derechos humanos, los Estados consienten la creación de un régimen que no se rige por las pautas tradicionales de reciprocidad, sino que trasciende el acuerdo de los firmantes y por ello se caracteriza por la prevalencia de una interpretación evolutiva de su rol tutelar desde un solo lugar: las necesidades de protección de las personas y no lo que los Estados supuestamente decidieron o no conceder.

[86] Corte IDH, OC-2/82, cit., párr. 29.

La protección del sujeto frente a la autoridad pública es la exigencia que —ni más ni menos— forzó y dio sentido al nacimiento mismo de los sistemas universales y regionales de tutela de los derechos humanos y, por ende, no puede encontrarse limitada por lo que los Estados supuestamente quisieron reconocer hace varias décadas. Devaluar la protección de la persona frente al poder público como finalidad inicial de estos modelos normativos es contradecir la esencia histórica y jurídica de los tratados de derechos humanos.

1.5. Nuestra opinión

Coincidimos con la línea minoritaria de la Corte Europea que propugna una interpretación amplia del art. 6.1, inclusiva del caso administrativo en la tutela del proceso equitativo. Ello así, por cuanto el enfoque voluntarista —centrado en dilucidar lo que los Estados parte quisieron conceder— no se aviene con la naturaleza de un tratado de derechos humanos. Por el contrario, esa orientación responde a un entendimiento del tratado basado en la noción de reciprocidad, pero en el marco de un acuerdo que no está destinado a reglar derecho entre Estados, sino a proteger a las personas. ¿Puede decirse, sin comprometer el efecto útil de un tratado de esta índole, que hace cincuenta años los Estados no quisieron conceder a las personas sujetas a su jurisdicción ciertas garantías cuando se enfrentaban al ejercicio de las prerrogativas administrativas?

En muchas facetas, la Corte Europea parece entender al Convenio como *limitado en sus alcances y efectividad por los poderes soberanos del Estado*, cuando la idea —claramente planteada en América— es exactamente la inversa: no es que los derechos convencionales encuentran su límite en la soberanía, sino al revés; la defensa de los derechos humanos opera como la barrera esencial frente al ejercicio del poder público y se erige como uno de los pilares esenciales de una democracia. No debemos olvidar que cuando la interpretación pretendida por el Estado conduce a resultados irrazonables, en tanto implica quitar la protección de la Convención a un conjunto importante de derechos humanos, esta debe ser desestimada en virtud de las reglas fijadas por la Convención de Viena [87].

Los tratados de derechos humanos se inspiran en valores comunes superiores (centrados en la protección del ser humano), están dotados de mecanismos específicos de supervisión, se aplican de conformidad con la noción de garantía colectiva, consagran obligaciones de carácter esencialmente objetivo y tienen una naturaleza especial que los diferencia de los demás convenios internacionales, que reglamentan intereses recíprocos entre los Estados parte y son aplicados por estos, con todas las consecuencias jurídicas que de ahí derivan en los ordenamientos jurídicos internacional e interno [88]. Si, como el propio tribunal de Estrasburgo expuso en

[87] Corte IDH, *Cantos v. Argentina. Excepciones preliminares*, 7/9/2001, párr. 28; *Constantine y tros v. Trinidad y Tobago. Excepciones preliminares*, 1/9/2001, párr. 75; *Hilaire, Constantine, Benjamin y otros v. Trinidad y Tobago. Fondo, reparaciones y costas*, 21/6/2002, párr. 84; OC-16/99, cit., párrs. 58, 114 y 128; OC-7/86, cit., párr. 21; OC-4/84, cit., párr. 21; OC-3/83, cit., párr. 48.

[88] Corte IDH, *Ivcher Bronstein v. Perú. Competencia*, 24/9/1999, párr. 42 y ss. STEDH, *Irlanda v. Reino Unido*, 18/1/1978, párr. 239. Esta pauta característica de los tratados de derechos humanos ha sido ratificada por la Corte Federal argentina al indicar que "las garantías emanadas de las tratados sobre derechos humanos deben entenderse en función de la protección de los derechos esenciales del ser humano y no para beneficio de los Estados contratantes" (CSJN, *Arce*, 1997, *Fallos* 320:2145, consid. 6).

Soering [89], el Convenio Europeo "debe ser interpretado en función de su carácter específico de tratado de garantía colectiva de derechos humanos y libertades fundamentales" y "el objeto y fin de este instrumento de protección de seres humanos exigen comprender y aplicar sus disposiciones de manera que haga efectivas y concretas aquellas exigencias", no parece ajustado invocar la supuesta voluntad del Estado expresada hace décadas como negación del eminente derecho de gozar de las garantías elementales del art. 6° en los conflictos con la Administración.

2. El art. 8° de la Convención Americana. Rasgos propios

El análisis de la situación europea en lo atinente a la aplicación del proceso equitativo al campo *ius* administrativo nos aporta elementos insoslayables para dirimir la misma cuestión en el sistema interamericano. En nuestro continente, el núcleo de las prerrogativas públicas no es el límite a las garantías convencionales, sino exactamente a la inversa: "la discrecionalidad del poder público, en cualquier materia, tiene límites infranqueables, siendo uno de ellos el respeto de los derechos humanos y la garantía del debido proceso" [90].

Con el título de "garantías judiciales", el art. 8° de la Convención Americana desagrega en cinco apartados el conjunto de salvaguardas mínimas que deben regir todo proceso. La lectura de esa norma permite, en una primera aproximación, identificar los siguientes caracteres.

2.1. Apartado 1°: Garantías generales

La primera sección del artículo detalla la gama de garantías de base con las que debe contar toda persona en la sustanciación de cualquier "acusación penal" o en la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal "o de cualquier otro carácter". La amplitud de la norma permite advertir que las garantías reconocidas en este primer apartado se aplican a todos los casos de sustanciación de procesos de cualquier índole, sin distinción alguna, eliminando de raíz la posibilidad de una discusión como la planteada en Europa respecto del tipo de derechos protegidos por el debido proceso.

El contenido de esas garantías consiste en el derecho a ser oído dentro de un plazo razonable por un tribunal competente, independiente e imparcial establecido con anterioridad por la ley. Ese derecho a ser oído debe ponerse en práctica "con las debidas garantías", cláusula abierta que permite incorporar al ámbito de aplicación de esta primera sección del art. 8° a todas aquellas garantías que se estimen como debidas o necesarias. Ese extremo queda, en definitiva, deferido al intérprete y atrae —como se indicará— la aplicación de las garantías de los apartados siguientes.

En conclusión, de acuerdo con el art. 8.1 de la Convención, al sustanciarse cualquier tipo de proceso, la persona afectada tiene derecho a contar con una red de garantías mínimas que pueden dividirse en *procedimentales* (ser oído con las debidas garantías en un plazo razonable) y *orgánicas* (quien oye a la persona en ese trámite compuesto por las debidas garantías y llevado adelante con una duración

[89] STEDH, *Soering v. Reino Unido*, 7/7/1989, párr. 87.
[90] Corte IDH, *Baena, Ricardo y otros*, cit., párr. 126.

razonable debe ser imparcial, independiente y encontrarse dotado de competencia con anterioridad al nacimiento del caso).

2.2. Apartados 2º a 5º: Acusaciones penales

Fijadas en el apartado primero las condiciones que debe contener todo proceso de cualquier especie, las restantes secciones del art. 8º —aparts. 2º a 5º— reseñan el plus de garantías exigibles frente al ejercicio del poder punitivo del Estado. Es así que se detallan los derechos con que debe contar "toda persona inculpada de delito". Si bien tanto del texto de esas normas —que aluden al "inculpado"— como de los supuestos de *hecho* que estas prevén, se desprendería inicialmente que el ámbito de aplicación de esas disposiciones se encuentra acotado al supuesto puntual de ejercicio del poder de persecución estatal de las infracciones por medio de la imposición de sanciones; un análisis más detenido matiza esa distinción, como veremos.

Las garantías específicas para este tipo de casos pueden clasificarse también en sustantivas y adjetivas, en tanto reconduzcan a principios genéricos o se presenten como instrumentos procedimentales para la concreción de esos principios.

Entre las primeras tenemos la presunción de inocencia, la plena igualdad que debe predicarse de la posición procesal de las partes y la publicidad del proceso, a las cuales cabe agregar el *non bis in idem*. Entre las segundas, pueden observarse la asistencia gratuita de un intérprete, la comunicación detallada de la acusación, la concesión del tiempo y medios adecuados para la preparación de la defensa, el derecho de defenderse personalmente o ser asistido por un defensor elegido por el acusado o provisto por el Estado, el derecho a comunicarse libre y privadamente con ese defensor, la posibilidad de la defensa de hacer comparecer e interrogar testigos y peritos, el derecho a no ser obligado a declarar contra uno mismo y la prohibición de coacciones para obtener una confesión, consagrándose —por último— la posibilidad con que debe contar la persona condenada de recurrir el fallo ante un juez o tribunal superior.

2.3. Composición de la norma

De acuerdo con el examen precedente, y en un análisis casi literal de la norma, se puede inferir que las garantías generales del apartado primero se aplican a todo tipo de procesos de cualquier índole, mientras que las restantes se limitarían *prima facie* a los casos en los cuales se pone en práctica el castigo estatal. En efecto, una lectura inicial de la norma permitiría deducir que para los procesos en general se aplica el art. 8.1 de la Convención Americana, mientras que para los casos de sanciones se aplican todas las secciones de la disposición.

Sin embargo, la redacción abierta del ap. 1º, en tanto condiciona la sustanciación de todo proceso al derecho a ser oído "con las debidas garantías", torna inadecuada una comprensión excesivamente fragmentada de esta cláusula. Si bien las garantías específicas de los aparts. 2º a 5º encuentran su ámbito natural de aplicación en los procesos sancionatorios, no debe considerárselas excluidas de otro tipo de procesos en los cuales puedan resultar necesarias para garantizar un trámite con las "debidas garantías". Dicho de otro modo, las previsiones de los aparts. 2º a 5º se aplican a toda la gama de procesos abarcados por el apart. 1º, en tanto aquellas *integran el concepto de debidas garantías* exigidas en él.

Ello es así desde que esas secciones de la norma expresan la voluntad inicial plasmada en la redacción de la Convención de enunciar expresamente el catálogo de salvaguardas aplicables al proceso penal, evitando de ese modo que la interpretación de los Estados diera lugar a situaciones de desprotección de la persona en ese plano. Sin embargo, de esa pretensión no puede deducirse, a riesgo de desnaturalizar el objeto y el propósito del art. 8°, que ellas no rijan en otros supuestos, desde que —precisamente— son aplicaciones puntuales de la noción general de "debidas garantías". Baste simplemente preguntarse: ¿podría desconocerse en un proceso cualquiera el derecho de ser asistido por un traductor, de contar con el tiempo y los medios adecuados para la defensa de los propios intereses o de interrogar a testigos? Evidentemente no, lo cual confirma que el catálogo de garantías inicialmente previstas para la materia penal rige en toda clase de procesos.

Es que, así como no es admisible acotar la protección del debido proceso a cuestiones penales y civiles dejando desamparado al ciudadano en la relación directa con el poder público en su faz administrativa, tributaria o similares, tampoco es correcto —desde una perspectiva evolutiva— acotar las garantías de las secciones segunda y siguientes a la materia penal. Así lo ha confirmado la Corte Interamericana de modo concluyente: "en materias que conciernen con la determinación de los derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter el art. 8° no especifica garantías mínimas, como lo hace en el numeral 2° al referirse a materias penales. Sin embargo, 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" [91].

Esta segunda lectura de la norma, ya no literal sino derivada de una interpretación integral del art. 8°, nos permite concluir que las garantías desarrolladas en los aparts. 1° a 5° de dicha norma configuran las salvaguardas mínimas que el Estado debe garantizar en la sustanciación de cualquier proceso civil, penal, laboral, tributario o de otro carácter.

3. El desafío evolutivo. La aplicación de las garantías del art. 8° de la Convención Americana al procedimiento administrativo

3.1. El criterio mayoritario en la Corte Interamericana

El texto del art. 8° no da lugar a las polémicas que, como vimos, se han suscitado en el sistema europeo en relación con el *tipo* de derechos tutelados por la directiva del debido proceso, pues la primera sección de esa disposición presenta como particularidad una cláusula residual que —luego de aludir a materias laborales o fiscales— reconduce su ámbito a la protección de *cualquier derecho* [92]. Esta

[91] Corte IDH, OC-11/90, cit., párr. 28.

[92] La Segunda Conferencia Interamericana Extraordinaria, celebrada en Río de Janeiro entre el 17 y el 30 de noviembre de 1965, dispuso, mediante su resolución XXIV, encomendar al Consejo de la Organización de los Estados Americanos (OEA) que actualizara y completara el Proyecto de Convención sobre Derechos Humanos elaborado por el Consejo Interamericano de Jurisconsultos en 1959, tomando en cuenta para ello los proyectos de convención presentados por los gobiernos de Chile y Uruguay, respectivamente, y el criterio de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Dicha resolución también encargó al Consejo de la Organización que el proyecto, así revisado, fuera sometido a los gobiernos para que formularan las observaciones y las enmiendas que estimaran pertinentes

forma de delimitar el espectro de cada garantía se advierte también en los arts. 10 y 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, marcando la diferencia con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, seguido en este punto por el art. 6° del Convenio Europeo, que introduce en su art. 14 la calificación "civil" al referirse al tipo de obligaciones en cuya determinación deben resguardarse las garantías allí previstas.

En América el primer interrogante planteado al inicio del capítulo, esto es, la aplicación directa de determinadas garantías a aquellas materias que involucran a la Administración, recibe una respuesta afirmativa. En tanto, en Europa es parcialmente negativa, ya que esa aplicación depende de la posibilidad de hallar un derecho civil afectado en el caso administrativo.

En cambio, la propia redacción del art. 8° de la Convención Americana genera interrogantes en torno a su ámbito material de aplicación, pues al hacer referencia expresa a "garantías *judiciales*" podría suponerse su inaplicabilidad a otro tipo de actuaciones públicas, entre ellas el procedimiento administrativo. En otras palabras, la norma parecería indicar que el elenco de garantías allí expresadas se aplica a las relaciones entre el individuo y el Estado pero *tan sólo en el ámbito de un proceso judicial*.

La forma de sortear tal escollo reside, justamente, en la interpretación evolutiva del precepto: la intención *mínima* —el piso— de los redactores fue asegurar el acceso a la Justicia, pero hoy la protección debe extenderse a otros ámbitos de actuación del poder cuyas decisiones poseen incidencia directa en el goce de los derechos allí reconocidos.

---

y que dentro de un plazo de tres meses convocara a una Conferencia Especializada Interamericana, de acuerdo con la Carta de la Organización "para que considere el aludido proyecto, conjuntamente con las observaciones y enmiendas de los gobiernos y decida sobre la aprobación y firma de una Convención de Derechos Humanos". Los debates en la Conferencia Especializada Interamericana sobre derechos humanos realizada en San José de Costa Rica los días 7 al 22 de noviembre de 1969, de la cual surgiera el texto actual del Pacto a partir de las diferentes sugerencias y observaciones de los gobiernos americanos, muestran que el proyecto inicial de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos preveía en su art. 7° que "toda persona tendrá derecho a ser oída con las debidas garantías para la sustanciación de cualquier cargo o acusación formulados contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones *de carácter civil*", a lo cual se agregaba a renglón seguido el catálogo de garantías mínimas del proceso debido "en materia penal". Tal redacción motivó diferentes observaciones en el seno de la Comisión encargada de la composición del artículo. En la sexta sesión el asesor especial de la Conferencia —H. Robertson, Director del Departamento Jurídico de la Comisión Europea de los Derechos Humanos— expuso que la frase "con las debidas garantías" resultaba muy general y un tanto vaga, lo cual motivó que el delegado de Venezuela —Ignacio Arcaya— propusiera el siguiente texto como numeral 1: "toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente con las debidas garantías dentro de un plazo razonable por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley en la sustanciación de cualquier cargo o acusación formulados contra ella o para la determinación de sus derechos y obligaciones *de carácter civil*". Se detallaban, de esa forma, en mayor grado las garantías en juego, aunque se mantenía su limitación a casos civiles. Luego el delegado de México —Sergio Vela Treviño— sugirió que al final del epígrafe se añadieran las palabras "civil, laboral o fiscal", alegando que su país contaba con tribunales del trabajo y tribunales en materia fiscal. El delegado de Panamá —Narciso E. Garay— señaló la conveniencia de suprimir las palabras "laboral y fiscal" de dicho inciso o, en todo caso, agregar "y de otro carácter", lo cual mejoraría el alcance del artículo. El delegado de México hizo suya la indicación de Panamá y propuso que se agregara "y de cualquier otro carácter" al final del inciso. Ello demuestra que *no sólo se procuró suprimir la alusión a derechos civiles, sino que existió una vocación de extender la vigencia de la norma a juicios de todo tipo*.

Este abordaje evolutivo, desde el cual el objetivo del intérprete del Pacto debe ser el de ampliar su espectro de protección, es el que, en definitiva, se desprende de una lectura armónica de los arts. 1°, 2° y 29 de la Convención Americana. Es por ello que el art. 8° debe ser aprehendido —y así lo ha hecho la Corte Interamericana— de manera amplia, lo cual demanda que la interpretación se apoye tanto en el texto literal de la norma como en su espíritu, tomando especialmente en cuenta la prohibición —establecida en el art. 29, c), de la Convención— de considerar a alguna disposición del tratado como exclusión de otros derechos y garantías inherentes al ser humano o que se deriven de la forma democrática representativa de gobierno [93].

Dicho de otro modo: la alusión a garantías "judiciales" no puede ser leída como exclusión de la tutela de los derechos de la persona frente a otras modalidades de ejercicio del poder público en las que —de acuerdo con el Estado de derecho— también deben regir mecanismos para proteger al individuo. *En el marco de los tratados de derechos humanos no hay parcelas de inmunidad para el poder o espacios en los que la persona quede desprovista de ciertos resguardos mínimos.* Esto lo confirma, entre otros factores, la interpretación dada al art. 27 de la Convención Americana relativo a las garantías que pueden suspenderse en situaciones de emergencia [94].

Los tratados de derechos humanos son hoy la instancia de *máxima juridización del obrar estatal*, fijan requisitos mínimos de actuación que rigen siempre y en toda circunstancia y, por consiguiente, la idea de desamparo es extraña a su propia razón de ser. Como se verá, es esta la *ratio* que ha llevado a la Corte Interamericana a delinear el estándar del *acto estatal de determinación de derechos* como fórmula omnicomprensiva del espacio de vigencia de las garantías.

De este modo, aun recurriendo al parcialmente útil criterio de la voluntad de los redactores, es claro que la alusión a las garantías judiciales —que al momento de la elaboración de la Convención tuvo el propósito de imponer a los Estados el deber de asegurar ciertas garantías bajo una modalidad específica, la judicial, y no por cualquier otro medio— operó como una base mínima de tutela que —a la luz de las condiciones actuales— debe ser extendida a otros planos de gran relevancia para los derechos humanos, entre los cuales se destaca sin dudas la creciente intervención de la Administración en la determinación de los derechos.

En los inicios del Pacto de San José de Costa Rica el desafío americano era asegurar *al menos* el acceso a los jueces. Sin embargo, a medida que la Comisión y la Corte Interamericanas emprendieron su tarea de aplicación del tratado, se comenzó a advertir en diferentes casos que la práctica estatal cuestionada provenía no ya del desarrollo de actividades judiciales, sino de otro tipo de acciones u omisiones ante las cuales también debía rodearse a los individuos de garantías mínimas. Se cayó en la cuenta, de esa forma, de que la persona se ve sujeta al poder público bajo modalidades no necesariamente judiciales que producen profundos efectos debido a que en ellas también se determinan sus derechos, demandando, por consiguiente, salvaguardas contra los avances de la autoridad. Se percibió que limitar la

[93] Corte IDH, *Blake v. Guatemala. Fondo*, 24/1/1998, párr. 96.

[94] Corte IDH, OC-8/87, *El hábeas corpus bajo suspensión de garantías (arts. 27.2, 25.1 y 7.6, Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, 30/1/1987; OC-9/87, *Garantías judiciales en estados de emergencia (arts. 27.2, 25 y 8, Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, 6/10/1987.

exigencia del debido proceso al trámite ante los jueces resultaba insuficiente, desde que existían otros órganos cuyas decisiones resultaban centrales para la vida de las personas. Paralelamente, se entendió también que concebir a la tutela de los derechos como factible sólo a través de los jueces no se avenía al hecho de que las obligaciones de respeto y garantía de los arts. 1.1 y 2° de la Convención rigen para todos los órganos que desarrollan funciones públicas.

Ya vimos que inclusive las posturas más restrictivas en el seno de la Corte Europea han lamentado la limitación establecida en su convenio, por la que se sustrae a las relaciones de derecho público del campo de la norma que consagra el debido proceso, pues se ha reconocido la necesidad de dotar de una protección especial al ciudadano en su relación con el Estado y percibido como un contrasentido que se brindaran garantías en los conflictos entre individuos, pero no frente al primero. Esa evidente necesidad, junto con la inherente vocación de cualquier tratado de derechos humanos de ampliar su espectro, no encuentra en nuestro continente la barrera del texto europeo. Por el contrario, la Convención Americana contiene una cláusula inédita de apertura del sistema al dinamismo propio de los derechos humanos en el art. 29.

El objeto de la Convención, junto con una interpretación evolutiva del art. 8°, permite hoy sostener la generalización de su tutela a nuevos ámbitos, diversos al piso mínimo impuesto a los Estados parte en su redacción original —el acceso a la justicia respecto de cualquier derecho—. En otras palabras, los redactores de la Convención Americana pretendieron en 1969 asegurar una garantía básica —el acceso a la justicia— bajo ciertas condiciones procedimentales, atendiendo al hecho de que su carencia era uno de los principales espacios de riesgo para los derechos al momento de elaborarse el Pacto. Descontada hoy la exigibilidad del acceso a la justicia o el alcance de las garantías que allí rigen, la norma del art. 8° no se ha agotado ni permanece estática: su valor —a la luz de una interpretación dinámica— consiste en la capacidad de amplificarse a nuevos espacios, donde la protección es requerida, siendo la Administración uno de los principales.

El estándar interpretativo que sintetiza este enfoque ha sido consagrado con extrema lucidez por la Corte Interamericana en los siguientes términos: el art. 8° —pese a titularse garantías judiciales— "se aplica al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales, cualesquiera que ellas sean, a efecto de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos" [95].

En efecto, si bien inicialmente la aplicación del art. 8° se extendió al caso de ejercicio de facultades *materialmente jurisdiccionales* [96], la Corte siguió avanzando y llegó al punto actual de su evolución, en el cual aplica directamente esa norma ante el ejercicio de funciones *materialmente administrativas* [97].

Este hito evolutivo se resume en que "las garantías mínimas deben respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier otro procedimiento cuya decisión

[95] Corte IDH, *Ivcher Bronstein*, cit., párr. 102; *Baena, Ricardo y otros*, cit., párr. 124; *Caso del Tribunal Constitucional v. Perú. Fondo, reparaciones y costas*, 31/1/2001, párr. 69; OC-9/87, cit., párr. 27; *Yatama*, cit., párr. 149.

[96] Corte IDH, *Caso del Tribunal Constitucional*, cit.

[97] V.gr., casos *Ivcher Bronstein*, cit.; *Claude Reyes y otros v. Chile. Fondo, reparaciones y costas*, 19/9/2006; *Yatama*, cit.; también los casos de comunidades indígenas contra Paraguay.

pueda afectar los derechos de las personas" [98], porque la Administración no está relevada del deber que para el Estado supone el derecho humano de obtener todas las garantías que permitan alcanzar decisiones justas.

Esto es así por una razón muy sencilla: si el Estado otorga a las autoridades administrativas la facultad de adoptar decisiones que determinan derechos, tiene la carga de garantizar que en los procedimientos de formación de esas decisiones se observen las garantías mínimas [99]. Resultaría inconsistente, en efecto, que el Estado pretendiera erigir autoridades con amplias facultades de interferencia y, paralelamente —alegando que no sustancian procesos judiciales—, sostuviera que estas no deben respetar las garantías del debido proceso. Ello implicaría dejar librado a la voluntad de cada Estado contratante decidir cuándo rigen las garantías y cuándo no, según determine que una actuación sea judicial o de otra especie. El Estado puede, por razones de organización, economía o eficiencia, dotar de competencia a órganos administrativos para la determinación de derechos, siempre y cuando respete el límite convencional: esa decisión debe encontrarse precedida por el respeto de las garantías mínimas.

De esta manera, al no presentarse la limitación en el texto respecto del tipo de derechos protegidos, y sorteada la inicial restricción de su vigencia al plano judicial, el art. 8ª de la Convención Americana se nos muestra como el catálogo de garantías básicas exigible en el *desarrollo de cualquier actuación estatal que pueda afectar cualquier derecho.*

Esta amplitud es impensable, por ahora, en el viejo continente. La serie de distinciones construidas en el tribunal de Estrasburgo contrasta abiertamente con la sencillez del postulado americano: "el amplio alcance de la intangibilidad del debido proceso comprende *todas las materias y todas las personas*, sin discriminación alguna" [100].

3.2. La postura disidente. Inaplicabilidad del art. 8° a actuaciones no judiciales

En el seno de la Corte Interamericana existen posturas minoritarias que se oponen a la extensión de las garantías del art. 8° a procesos diversos del judicial [101]. Los argumentos que para ello se brindan resultan sumamente valiosos y generan una interesante discusión, especialmente porque no provienen de una visión que pretenda restringir el marco de tutela de la persona, sino precisamente ampliarlo.

Entienden los exponentes de esta posición que extender la aplicación de esa norma al procedimiento administrativo implica "trivializar" dicha garantía, "aplicándola a situaciones que no pueden ser objeto de esta regulación". El fundamento de tal aserto reside en que el presupuesto para la aplicación del art. 8° es "que se haya producido un desconocimiento por parte del Estado de algún derecho o que

[98] Corte IDH, *Baena, Ricardo y otros*, cit., párr. 124-127; OC-18/03, cit., párr. 125; *Ivcher Bronstein*, cit., párrs. 102-104; OC-11/90, cit., párr. 28; OC-17/02, *Condición jurídica y derechos humanos del niño*, 28/8/2002, párr. 117.

[99] Corte IDH, *Claude Reyes y otros*, cit., párr. 118.

[100] Corte IDH, OC-18/03, cit., punto resolutivo nro. 7.

[101] Corte IDH, *Claude Reyes y Otros*, cit., voto disidente de los jueces Alirio Abreu Burelli y Cecilia Medina Quiroga.

este no haya amparado el desconocimiento del mismo por un particular". Sólo cuando ocurre ese supuesto, el art. 8º brinda la posibilidad de recurrir a un órgano con ciertas características para resolver la controversia.

Dicho de otra forma, ese artículo viene a operar como el resguardo de la persona ante la existencia de una negación a alguno de sus derechos. A partir de ese momento la Convención reconoce el derecho a iniciar un proceso en el que un órgano con ciertos rasgos dirima su planteo. La Administración *crea* la controversia cuando desconoce algún derecho y con ello habilita la aplicación del art. 8º que se resume en el acceso a la justicia, lo cual es muy diferente de sostener que este sea aplicable ante la misma Administración antes que esa habilitación —por vía del nacimiento del conflicto que se lleva ante el juez— se produzca. El art. 8º otorga el derecho a llevar el conflicto al juez que pudo suscitarse ante la Administración, pero no se aplica ante esta.

Temporalmente, esta disposición rige *luego del nacimiento del conflicto* y provee a la persona una forma puntual de solucionarlo, consistente en poder recurrir a un órgano que dirima la controversia en razón de su jurisdicción y competencia, pero convertir al trámite en sede administrativa en un proceso es alterar las cosas.

Grafican los propulsores de este criterio que "transformar la secuencia 'petición-negativa' en un proceso, exigiendo la aplicación del art. 8º para tramitar la petición, implicaría sostener que esta petición debe ser recibida y decidida por un órgano independiente e imparcial y con todas las garantías que esta disposición establece (*inter alia*, el respeto a los principios de igualdad y de contradicción), puesto que el art. 8.1 debe aplicarse en su integridad y cualquier elemento que se infrinja de él constituirá una violación del mismo. Esto traería consecuencias que no son quizás las más favorables para el peticionario en términos de dificultades y plazos". Significaría, a su vez, exigir para casos no penales la obligación de dos procedimientos jurisdiccionales, uno que regule la petición administrativa y otro que revise su denegación, "lo que no es una obligación de los Estados que emane de la Convención". Esa advertencia resulta por demás constructiva para este debate, pues —efectivamente— exigir la aplicación del art. 8º de la Convención a la tramitación en sede administrativa significa demandar la aplicación de sus garantías para tal instancia, como específicamente veremos en el capítulo siguiente en relación con los nuevos principios del procedimiento administrativo. Más dudoso es, por el contrario, que ese resultado genere consecuencias negativas para la persona en términos de dificultades y plazos, pues eso dependerá del modo en que se implemente la traslación de las garantías al procedimiento, elemento que se analizará al indagar en torno a la nueva estructura del procedimiento en el capítulo quinto.

La postura que comentamos parece diferenciar la aplicación del art. 8º desde un plano "temporal" a partir de distinguir entre el *nacimiento* del conflicto y su *resolución*, negando su vigencia en la primera etapa: el art. 8.1 se aplica a los procesos que determinan (y no que afectan) derechos u obligaciones, lo cual sucede cuando un acto del Estado ha lesionado un derecho. En definitiva, para la postura minoritaria de la Corte, el art. 8º se aplica sólo cuando un órgano del Estado está ejerciendo facultades jurisdiccionales, mientras que para la mayoría rige ante el ejercicio de cualquier función, en tanto la misma implique determinar derechos u obligaciones de la persona.

III. El art. 8° de la Convención Americana se aplica al procedimiento administrativo

Hemos recorrido la evolución del sistema europeo y el estado actual de la discusión en nuestro continente. ¿Por qué? ¿Cuál es la importancia de conocer la situación de otros sistemas? Demostrar que tanto desde el propio texto de la Convención Americana, claramente diferenciado del europeo, así como de la jurisprudencia de sus órganos de aplicación, la vigencia de las garantías del art. 8° en el procedimiento administrativo se presenta como indudable y posee un alcance muchísimo mayor que la norma similar del viejo continente, en tanto extiende la protección a *cualquier tipo de derecho* que titularice la persona [102] frente a *cualquier modalidad de actuación estatal*. De igual manera, relevar las diferentes posturas expresadas tanto en Estrasburgo como en San José de Costa Rica pretende resaltar la importancia que para la dilucidación de estos interrogantes posee la elección del criterio hermenéutico aplicable a un tratado de derechos humanos.

El hecho de hallarnos ante el ejercicio del "núcleo duro de las prerrogativas públicas" *no sólo no obsta a la aplicación directa* del art. 8° del Pacto de San José de Costa Rica —como sí sucede con el art. 6° del Convenio de Roma—, sino que *refuerza* la tutela a partir de la necesidad de una mayor protección en función de la posición de vulnerabilidad de la persona que se traduce en una interpretación extensiva del espectro de garantías.

La interpretación evolutiva de la Convención Americana resulta en tal sentido menos traumática; es su propio texto el que ha dado cuenta de las insuficiencias del modelo europeo y extendido, en consecuencia, el ámbito de las garantías a todas las actuaciones estatales en las cuales la determinación de cualquier derecho —*público o privado, nacional o convencional*— se encuentre en juego. Por ello, insistir en negar la ramificación de tales reglas de tutela al proceder de la Administración implica abordar la Convención Americana como si contuviera las limitaciones de la europea. Esas limitaciones, se reitera, no rigen en nuestro continente.

Por otro lado, y en referencia a la postura contraria a la aplicación del art. 8.1 de la Convención Americana al obrar administrativo expuesta en las disidencias en la Corte Interamericana, creemos que los reparos allí planteados no se condicen con el alcance que cabe asignar a las obligaciones generales de los arts. 1° y 2° de dicho tratado regional. Concebir a la Convención Americana como garante sólo de la tutela judicial comporta un razonamiento contrario a los fines preventivos de aquella y a la obligación estatal de llevar adelante las medidas de cualquier especie dentro de su ámbito para asegurar la protección de los derechos. Pensar que el presupuesto de aplicación del art. 8° es que el Estado haya desconocido ya el derecho y, por consiguiente, que su aplicación al procedimiento administrativo resulta prematura no se aviene con la función básica de un tratado, que no es otra que la *prevención* de las violaciones.

Es que si bien no es dudoso que las decisiones de la autoridad administrativa pueden ser atacadas en la instancia judicial, ello no implica que el primer tramo en el ejercicio del poder de decisión sobre derechos y deberes individuales quede sustraído a las garantías del procedimiento, a cambio de que estas existan cuando se

[102] Provenga este de la esfera nacional o convencional (esto último, desechado por la Corte Europea, para la cual el derecho civil debe provenir del ordenamiento doméstico).

ingresa al segundo tramo de aquel ejercicio, una vez abierto un proceso ante la autoridad judicial. En rigor, es preciso observar las garantías en todas las etapas, cada una de las cuales lleva, de manera provisional o definitiva, a la determinación de los derechos. El control que la última etapa promete al particular no justifica que en la primera —cualquiera que sea, técnicamente, su encadenamiento— se dejen de lado esas garantías con la expectativa de recibirlas posteriormente [103], máxime en aquellos sistemas procesales administrativos en los que, como el argentino, el paso por la instancia administrativa es un presupuesto de acceso a la judicial que convive con la potestad de autotutela, con plazos caracterizados por su brevedad y con la consiguiente caducidad del derecho que no se ejerce en el tiempo establecido por el legislador.

1. El estándar para la aplicación de las garantías supranacionales: acto estatal de determinación de derechos u obligaciones de las personas

Todo lo dicho se resume en que para discernir si el art. 8° se aplica o no a un trámite el elemento crucial reside en la incidencia que la decisión estatal que de él se deriva posee en la esfera jurídica del sujeto protegido por la Convención.

El *acto de definición de derechos u obligaciones*, cualquiera que sea la autoridad de la cual emane, atrae irremediablemente en su plenitud la aplicación directa de las garantías del art. 8°. La autoridad administrativa se encuentra obligada a acatarlas siempre que su decisión conlleve definir el derecho de los solicitantes o las obligaciones de un ciudadano.

Este criterio es el resultado de una interpretación evolutiva de la Convención que ha entendido que el presupuesto de la tutela judicial que inicialmente caracterizó al art. 8° no agota su contenido en la actualidad. Los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales [104], y, por ende, la labor protectoria de la Convención veda un abordaje estático de sus alcances, permitiendo la ampliación del catálogo de derechos protegidos según se avance en la nueva determinación de derechos y garantías como *inherentes* al ser humano. Esos derechos, aun sin consagración expresa en la Convención, son tutelados de igual modo que los derechos implícitos del art. 33 de la Constitución argentina en virtud de la cláusula abierta del art. 29 de dicho pacto.

A cada paso es necesario releer estos instrumentos desde una perspectiva evolutiva de su función tuitiva y ello implica que al interpretar el art. 8° de la Convención debemos atender no sólo a las normas formalmente relacionadas con este, sino

[103] Corte IDH, *Claude Reyes y otros*, cit., voto razonado del juez García Ramírez.

[104] Corte IDH, *Casos de las Masacres de Ituango v. Colombia. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas*, 1/7/2006, párr. 155; *Comunidad indígena Yakye Axa v. Paraguay. Fondo, reparaciones y costas*, 17/6/2005, párr. 125; *"Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) v. Guatemala. Fondo*, 19/11/1999, párr. 193; OC-16/97, *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*, 14/11/1997, párr. 114; OC-16/99, cit., párrs. 32 y ss.; OC-17/02, cit., párrs. 20-22; *Cantoral Benavides v. Perú. Fondo*, 18/8/2000, párrs. 98, 100 y 101; *Bámaca Velásquez v. Guatemala. Fondo*, 25/11/2000, párrs. 126, 157 y 209; *Instituto de Reeducación del Menor v. Paraguay. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*, 2/9/2004, párr. 148; entre otros. En igual sentido, STEDH, *Tyrer v. Reino Unido*, 25/4/1978, párr. 31.

también al sistema dentro del cual se inscribe [105]. Desde luego, ello no pretende justificar la alteración del texto de la Convención por parte del intérprete, sino desarrollar las decisiones jurídicas de un modo que permita al ordenamiento analizado mantener su "capacidad de respuesta" frente a situaciones que los autores del instrumento no tuvieron a la vista, pero que implican cuestiones esencialmente iguales a las consideradas en esa normativa, traen consigo problemas específicos y requieren soluciones puntuales, extraídas, por supuesto, de los valores, los principios y las normas en vigor [106].

Si el destinatario de la tutela que ofrece la Convención y el aplicador de esta se detienen en la letra de las expresiones conforme fueron escritas hace varias décadas, limitará la expectativa de protección —aquel— y la posibilidad de otorgarla —este— a los supuestos de *juicio formal seguido ante los órganos judiciales*, pues el art. 8° alude a garantías "judiciales" y, en seguida, se refiere a un "juez o tribunal". Sin embargo, este alcance limitado sería hoy notoriamente insuficiente para alcanzar los objetivos que se ha propuesto el sistema internacional de protección de los derechos humanos. Si las garantías provistas por el art. 8°, que gobierna los más relevantes asuntos de la tutela procesal, se contrajeran al desempeño de los órganos judiciales, quedaría en desamparo la definición de derechos y libertades que se realiza por otras vías formalmente distintas de la judicial pero materialmente cercanas a esta en cuanto sirven al mismo fin: definir derechos y fijar deberes [107].

Es así que la extensión interpretativa de las garantías judiciales al procedimiento administrativo pone de manifiesto una orientación tutelar que se identifica por el propósito de que las decisiones de las autoridades que definen derechos y deberes individuales, cualesquiera que aquellas y estos sean, satisfagan condiciones mínimas de objetividad, racionalidad y legalidad.

Estas ideas conforman la jurisprudencia consolidada del tribunal de Costa Rica y distan de ser meras disquisiciones académicas. En el marco de su competencia consultiva la Corte Interamericana ha interpretado el art. 8° de la Convención concluyendo que "el amplio alcance de la intangibilidad del debido proceso comprende todas las materias y todas las personas, sin discriminación alguna" [108]. Esta interpretación, como toda la actividad consultiva del tribunal, tiene por finalidad coadyuvar al cumplimiento de las obligaciones internacionales de los Estados americanos en lo que concierne a la protección de los derechos humanos [109] y, por ende, debe integrar de forma decidida el abordaje de esta temática. Ya hemos visto también que el criterio esencial en esta materia deja poco margen de dudas: "las garantías mínimas deben respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier otro procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas" [110].

[105] Corte IDH, *Caso de las Masacres de Ituango*, cit., párr. 156; *Comunidad Indígena Yakye Axa*, cit., párr. 126; OC-16/97, cit., párr. 113.

[106] Corte IDH, *Claude Reyes y otros*, cit., voto razonado del juez García Ramírez, párr. 3.

[107] Corte IDH, *Claude Reyes y otros*, cit., voto razonado del juez García Ramírez, párr. 5.

[108] Corte IDH, OC-18/03, cit., punto resolutivo N° 7.

[109] Corte IDH, OC-1/82, cit., párr. 25.

[110] Corte IDH, *Baena, Ricardo y otros*, cit., párr. 127; OC-18/03, cit., párr. 125; *Yatama*, cit., párr. 147; *Ivcher Bronstein*, cit., párr. 102; *Caso del Tribunal Constitucional*, cit., párr. 69; OC-9/87, cit., párr. 27; *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa v. Paraguay. Fondo, reparaciones y costas*, 29/3/2006, párr. 82; *Comunidad Indígena Yakye Axa*, cit., párr. 62.

De este modo "cuando la Convención se refiere al derecho de toda persona a ser oída por un juez o tribunal competente para la determinación de sus derechos, esta expresión se refiere a cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas" [111].

En suma, tanto desde su competencia consultiva como contenciosa el tribunal americano ha despejado con toda contundencia el dilema referido a la aplicación del art. 8° al procedimiento administrativo. Si demostramos que ese procedimiento configura un supuesto de determinación estatal de derechos y obligaciones, la vigencia directa de esa disposición no será problemática.

2. El acto administrativo como decisión estatal que determina derechos y obligaciones

Si, como venimos diciendo, rigen las garantías convencionales frente a todo acto estatal de definición de derechos y obligaciones, necesariamente debemos concluir en su aplicación a los procedimientos de formación del acto administrativo, pues este es la figura por excelencia que muestra la facultad administrativa de imponer obligaciones y restringir derechos de los ciudadanos.

El acto administrativo, en tanto expresión de una decisión tendiente a la ejecución de los cometidos prácticos, continuos y permanentes del Estado, ostenta una serie de rasgos que conforman un régimen jurídico particular. Tal régimen se caracteriza por la posición de sujeción en que se ubica al ciudadano respecto de dicha declaración estatal, debiendo aquel cumplirla obligatoriamente o, en su caso, verse sometido a la ejecución dispuesta y efectivizada por la propia Administración, condiciones que se mantienen hasta tanto la propia autoridad administrativa o —en su caso— la judicial prive de efectos al acto.

De esa manera, el acto administrativo se caracteriza por producir una innovación en la esfera subjetiva del ciudadano que puede discurrir en la imposición de una variada gama de restricciones a sus derechos fundamentales, mediante la creación de obligaciones de dar, hacer o no hacer que vienen desde su propia esencia a limitar la premisa de autonomía de la persona.

Pues bien, la construcción de la noción del acto administrativo, como *acto de autoridad* estatal en virtud del cual la Administración impone cargas o restringe derechos de los particulares, determina que rija plenamente para la formación de tales decisiones la sumatoria de garantías que la Corte Interamericana ha extendido a cualquier actuación estatal que conlleve a la determinación de los derechos y las obligaciones de las personas. Desconocer esta realidad implicaría —en cierto punto— un contrasentido, pues si toda la elaboración jurídica del acto administrativo ha tenido por objetivo fundamental dotarlo de imperatividad, desconocer ahora que tal imperatividad atrae las garantías del art. 8° sería inconsistente.

[111] Corte IDH, *Caso de la "Panel Blanca" (Paniagua Morales y otros) v. Guatemala. Fondo*, 8/3/1998, párrs. 148 y ss; *Lori Berenson Mejía*, cit., párr. 132; *Herrera Ulloa v. Costa Rica. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*, 2/7/2004, párr. 147; *Maritza Urrutia v. Guatemala. Fondo, reparaciones y costas*, 27/11/2003, párr. 118; *Myrna Mack Chang*, cit., párr. 202; *Caso 19 Comerciantes v. Colombia. Fondo, reparaciones y costas*, 5/7/2004, párr. 194.

En otras palabras, si se ha postulado del acto administrativo su calidad de declaración en ejercicio de la función administrativa que *produce efectos jurídicos en forma directa* y se encuentra dotada de presunción de legitimidad, ejecutividad y ejecutoriedad, pretender ahora que no es un acto de determinación de derechos y que por ello no rigen las garantías en el modo en que lo ha establecido la Corte Interamericana sería al menos contradictorio.

Es la magnitud del poder contenido en la noción de acto administrativo lo que necesariamente atrae la protección de las garantías convencionales. Por ello, intentar postular que ellas no rigen al momento de la formación de tal decisión y que alcanza con asegurar su control judicial implicaría incurrir en el mismo vicio del que ha sido partícipe en su origen el derecho administrativo, esto es, la formación de parcelas de inmunidad del obrar estatal al ordenamiento vigente.

El acto administrativo ha sido concebido como un acto de autoridad y por ello se trata de adecuar la actuación de esa autoridad a las limitaciones específicas que el ordenamiento supranacional trae aparejadas. Intentar sustraer al procedimiento de formación de actos administrativos de ese plexo de limitaciones supone contradecir los rasgos de imperatividad que son propios de la función administrativa, es querer el poder pero no las limitaciones inherentes a aquel.

IV. Primeras aproximaciones

Hoy *todas* las garantías de los diversos apartados del art. 8° de la Convención Americana se aplican a *cualquier procedimiento administrativo en el cual se encuentre en juego un derecho.*

Esa afirmación deriva de dos planos diferentes de análisis, uno argumental, el otro temporal, de los cuales hemos intentado dar cuenta.

1. Desarrollo argumental

En el plano del *desarrollo argumental* el intérprete debe *aquí y ahora* responder si el art. 8° de la Convención Americana se aplica o no al procedimiento administrativo. Hemos contestado afirmativamente utilizando el criterio del acto estatal de determinación de derechos y obligaciones. Esa conclusión es el resultado de un razonamiento signado por dos ideas fuerza:

1.1. La aplicación de todas las garantías a todo proceso judicial de cualquier índole

Al marcar las diferencias con su par europea, la Convención Americana no deja resquicios a la aplicación directa de la red de salvaguardas del debido proceso respecto de la sustanciación de cualquier tipo de litigio. Paralelamente, la noción de "debidas garantías" del apartado primero de esa disposición opera como cláusula de atracción de las garantías inicialmente pensadas para el proceso penal a esos litigios. Ello determina que el art. 8° se aplica en su totalidad a los juicios de cualquier índole.

Subyace allí la técnica de interpretación propia de los pactos regionales y universales de protección de los derechos humanos, en función de la cual resulta impropio que un tratado de ese tipo —cuyo principal sujeto obligado es históricamente el Estado— restrinja la asignación de ciertas garantías a las relaciones del ámbito

privado o a las penales y genere una laguna respecto de otros supuestos en los que se presenta la sensible relación del ciudadano y el poder público.

1.2. *El traslado de las garantías del proceso judicial al procedimiento administrativo*

El segundo paso de este razonamiento ha consistido en extender el art. 8° interpretado del modo anterior al marco de actuaciones no judiciales, explicando que el estado actual de evolución del derecho demanda la vigencia de estos resguardos frente a cualquier actuación estatal por medio de la cual se determinen derechos u obligaciones de la persona. Si bien la norma fue pensada inicialmente para asegurar un piso mínimo consistente en el acceso al juez y a la sustanciación de los juicios bajo ciertos parámetros, su contenido tutelar no se consume allí, sino que da lugar a nuevas aplicaciones en tanto se demuestre la existencia de otras porciones de ejercicio del poder estatal con incidencia en la vida de las personas, entre las cuales la función administrativa muestra un rol protagónico.

Este segundo razonamiento activa la aplicación del art. 8° al procedimiento administrativo, tal como lo ha sostenido la mayoría de los miembros de la Corte Interamericana.

2. El desarrollo temporal de los argumentos

El desarrollo argumental que da lugar a la construcción actual —aplicación del art. 8° al procedimiento administrativo— no ha operado linealmente en el plano temporal, pues la evolución interpretativa ha ido abordando esta temática desde distintos vectores. Inicialmente la preocupación se centró en asegurar resguardos mínimos ante el ejercicio del poder sancionatorio de la Administración, por lo cual se recurrió —como veremos— a la idea del "traslado de las garantías penales al procedimiento sancionador". Cubierta esa primera demanda, la preocupación pasó a centrarse en la necesidad de asegurar esos resguardos mínimos en otro tipo de procedimientos en los cuales —aun cuando no estaba en juego el castigo— se encontraban directamente afectados derechos fundamentales de la persona.

De este modo el segundo plano de análisis, el del *desarrollo temporal de esos argumentos*, comprende las siguientes secuelas:

a) Aplicación de las garantías construidas inicialmente para *el proceso penal* al *procedimiento administrativo sancionador.*
b) Cumplido el paso anterior, aplicación de las garantías construidas inicialmente para *el procedimiento sancionador a todo procedimiento administrativo* en el que se ventile la determinación de derechos u obligaciones del ciudadano, de cualquier especie. Esto ha sido posible al entender que la noción de debido proceso es dinámica y que las garantías que la componen —originadas en la necesidad de hacer frente al castigo estatal— hoy deben resguardarse frente a otras formas de ejercicio del poder de similar influencia en la vida de las personas.

En fin, desde un punto de vista temporal, el desarrollo de estas ideas se dio primero mediante el traslado de las garantías judiciales penales del art. 8° al

procedimiento sancionatorio, para luego llegar a la aplicación de *todas* las garantías a *todo procedimiento administrativo en el cual se encuentre en juego un derecho.*

Hemos priorizado en la construcción de este estudio el plano de análisis argumental y es por eso que se ha intentado demostrar, en primer lugar, la aplicación del art. 8° a todo el procedimiento, siendo su natural consecuencia el tema que trataremos más adelante, referido a la aplicación específica de estas garantías en el plano del procedimiento sancionador; es decir que, aunque la evolución haya sido temporalmente la inversa —tematizándose primero sobre la aplicación de las garantías del proceso penal al procedimiento sancionatorio y sólo después al procedimiento en general—, nos parece que la estructura propuesta resulta más conveniente desde la claridad expositiva y de una correcta hermenéutica, pues si se confirma la aplicación del art. 8° a todo tipo de procedimientos, la vigencia de esa norma en el sancionatorio será una consecuencia de género a especie.

Hoy, cabe insistir, la aplicación al procedimiento administrativo del elenco de garantías del art. 8° es directa, y no una traslación o efecto expansivo desde un subsistema —el penal— a otro —el administrativo—.

V. El modo de aplicación de las garantías convencionales en el procedimiento administrativo

Hemos argumentado y fundamentado la aplicación directa del elenco de garantías contenidas en el art. 8° del Pacto de San José al procedimiento administrativo, orientación que actualmente no se reconoce en el sistema de Estrasburgo, que niega esa aplicación autónoma y demanda la presencia de un derecho civil afectado.

Debemos, ahora, trazar la segunda diferencia con el régimen europeo, consistente en el *modo* en que las garantías supranacionales operan. En la correcta dilucidación de este punto se dirime en gran medida la utilidad de la primera idea, pues si llegamos a concluir que la ausencia de las garantías en sede administrativa es subsanable en sede judicial, poco habremos avanzado, en realidad, en la tarea preventiva que se intenta enfatizar.

Por vía de principio, tal como hemos señalado, en Europa las garantías no rigen en el procedimiento administrativo cuando no se encuentra en juego un derecho civil. Ahora bien, cuando se presenta ese derecho civil y las garantías se tornan aplicables, el modelo de Estrasburgo nos ofrece su segunda particularidad en esta área, consistente en la aplicación de la doctrina de la subsanación, pues se entiende que la vigencia de esas garantías se satisface, aun cuando no se hayan respetado durante el procedimiento, con la posibilidad de control de la resolución por parte de un tribunal con plena jurisdicción que reúna todos los requerimientos del art. 6° del Convenio.

En América la situación es, en nuestro criterio, la opuesta: las garantías del art. 8° rigen en el procedimiento en todos los casos y su ausencia no puede ser subsanada en el control judicial. Fundamentaremos tal afirmación.

1. El modo en que las reglas del proceso equitativo rigen en el procedimiento administrativo en la jurisprudencia de la Corte Europea

1.1. Reglas generales

Para el tribunal de Estrasburgo, cuando el art. 6° del Convenio de Roma se torna aplicable su falta de cumplimiento en sede administrativa no acarrea la invalidez de la actuación, pues *se cumple con dicha norma siempre que en algún momento se produzca un control judicial de plena jurisdicción sobre las decisiones administrativas*. En otras palabras, si bien las garantías del art. 6° rigen en ciertos procedimientos administrativos, su ausencia concreta en cada caso se convalida cuando la decisión ha sido controlable judicialmente. El modo en que rigen las garantías es —entonces— similar al principio revisor del proceso administrativo: no se viola la convención si en sede administrativa no se respetaron el proceso equitativo, la igualdad de armas u otra garantía, en tanto exista un control ulterior ante un órgano judicial frente al cual esas garantías sí estén presentes. Esto no es más que la doctrina de la subsanación, de acuerdo con la cual la violación en sede administrativa de las pautas del debido proceso puede ser enmendada en la instancia de control —administrativo o judicial— de la actuación de que se trate, relativizando de esa forma la incidencia de las reglas formales en juego para la adopción de la decisión [112].

El estándar central del art. 6° es que las decisiones de las autoridades administrativas sean revisables por un tribunal judicial con plena jurisdicción, girando en torno a esta exigencia la jurisprudencia sobre la materia. Como han graficado los jueces de Estrasburgo con toda claridad, "cuando un cuerpo con capacidad para la resolución de disputas sobre derechos y obligaciones civiles no cumple con el art. 6.1 *no hay violación* de tal artículo si los procedimientos ante ese órgano se encuentran sujetos a un control ulterior por parte de un órgano judicial con plena jurisdicción que reconozca las garantías del art. 6.1" [113].

El origen de esa jurisprudencia se remonta al precedente *Albert y Le Compte* [114], en el cual se estableció que las decisiones adoptadas por las autoridades administrativas que no satisfacen por sí mismas los requerimientos del art. 6.1 deben encontrarse sujetas a un control ulterior por parte de un órgano judicial con jurisdicción plena [115]; es decir que la posibilidad de otorgar a ciertos cuerpos no judiciales competencia resolutiva no infringe por sí misma el Convenio, pero ello impone al me-

[112] Esta teoría, que ha sido reconocida por la Corte Federal Argentina en los casos *Duperial*, 1979, *Fallos* 301:953, consids. 5 y 6; *Universidad Bartolomé Mitre*, 1969, *Fallos* 273:134, consid. 17; *Soñes*, 1987, *Fallos* 310:272, consid. 7; *Karam*, 1987, *Fallos* 310:360, consid. 4, entre tantos otros, resulta altamente perniciosa para la legalidad estatal, transformando 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.

[113] SSTEDH, *Kingsley v. Reino Unido*, 7/11/2000, párr. 51; *Van de Hurk v. Países Bajos*, 19/4/1994, párr. 52; *Nortier v. Países Bajos*, 24/8/1993, párr. 36; *Holm v. Suecia*, 25/11/1993, párr. 33.

[114] STEDH, *Albert y Le Compte*, cit.

[115] SSTEDH, *Fischer v. Austria*, 26/4/1995, párr. 28; *Pfarrmeier v. Austria*, 23/10/1995, párr. 38; *Denniet*, cit., párrs. 34 y ss.; *Zlínzat, Spol. S R.O. v. Bulgaria*, 15/6/2006, párr. 73; *Belilos v. Suiza*, 29/4/1988, párr. 70; *Baischer v. Austria*, 20/12/2001, párr. 23; *Malige v. Francia*, 23/9/1998, párr. 45.

nos uno de los dos siguientes sistemas: o bien los órganos administrativos cumplen por sí mismos los requerimientos del art. 6.1, o bien no satisfacen esos requerimientos pero se encuentran sujetos a un control ulterior por parte de un órgano judicial con plena jurisdicción que sí observa las exigencias de la norma [116]. Es importante notar que el criterio de la Corte Europea no se limita a asegurar el control judicial suficiente, sino que consagra la enmienda de las violaciones de las garantías del art. 6.1 en la instancia administrativa por medio de ese control judicial suficiente y por eso aludimos a la doctrina de la subsanación. La Corte ha sido categórica en este punto, expresando sistemáticamente que la violación del art. 6.1 de la Convención no puede basarse en la alegación relativa a la falta de independencia o imparcialidad del órgano decisor o en la vulneración de una garantía procedimental esencial por parte de dicho órgano si la decisión adoptada se ha encontrado sujeta a un control posterior por un órgano judicial de plena jurisdicción que haya asegurado esas garantías [117].

En otras palabras: no hay violación del art. 6.1 si aquella decisión que se denuncia como contraria a las garantías tanto orgánicas —independencia e imparcialidad— como procedimentales —proceso equitativo, igualdad de armas, plazo razonable— ha sido susceptible de revisión por un tribunal que garantizó esas salvaguardas. El procedimiento administrativo puede encontrarse viciado por el quebrantamiento de esas garantías —tanto orgánicas como procedimentales—, pero ello no configura una infracción al Convenio de Roma si esos vicios se subsanan con el control judicial posterior. Para el tribunal europeo, aunque los procedimientos ante la autoridad administrativa pudieran considerarse contrarios al art. 6.1, *ninguna violación del Convenio puede encontrarse* si se halla disponible para el individuo un remedio ante una autoridad judicial independiente con suficiente jurisdicción que asegure —en su sede— las garantías del art. 6.1 [118].

Para que esa subsanación sea posible, las características definitorias del órgano judicial con jurisdicción plena demandan la existencia de facultades suficientes para revocar en todos sus aspectos —tanto de hecho como de derecho— la decisión de la autoridad administrativa [119]. Para la Corte solamente una institución que posee plena jurisdicción y, además, satisface ciertos requerimientos, tales como independencia del Poder Ejecutivo y de las partes, merece la calificación de "tribunal" en el sentido del art. 6.1 [120]. En cuanto al alcance del control, lo esencial es que el órgano revisor tenga el poder de anular la decisión atacada. Si el tribunal no cuenta con esa facultad anulatoria, debe considerarse que el recaudo esencial de la plena jurisdicción no se satisface y, por lo tanto, se configura una violación del art. 6.1 [121]. Tampoco se solventa este requerimiento del cual depende la posibilidad de la subsanación si los tribunales no pueden revisar los méritos de la decisión y deben ceñirse a veri-

[116] STEDH, *Albert y Le Compte*, cit., párr. 29.

[117] SSTEDH, *Helle*, cit., párr. 46; *British-American Tobacco Company Ltd. v. Países Bajos*, 20/11/1995, párr. 78; *De Haan v. Países Bajos*, 26/8/1997, párr. 52; *Lauko v. República Eslovaca*, 2/9/1998, párr. 12.

[118] SSTEDH, *British-American Tobacco Company Ltd.*, cit., párr. 78; *Fischer*, cit., párr. 28.

[119] STEDH, *Palaoro v. Austria*, 23/10/1995, párr. 43.

[120] STEDH, *Beaumartin*, cit., párr. 38; *Ringeisen*, cit., párr. 95; *Le Compte, Van Leuven y De Meyer*, cit., párr. 55; *Belilos*, cit., párr. 64.

[121] STEDH, *Kingsley*, cit., párr. 58.

ficar la ausencia de ilegalidad, irrazonabilidad o injusticia [122]. Una revisión judicial limitada a constatar que la discrecionalidad conferida al órgano administrativo haya sido ejercida *de un modo compatible con el objeto y el propósito de la normativa aplicable*, pero que no permite conocer el fondo de la materia sometida a impugnación, es —de igual modo— considerada insuficiente por la Corte [123].

Como vemos, el gravitante papel que tiene atribuido el control judicial —nada menos que sanear los vicios del procedimiento previo— hace que la Corte rechace umbrales de escrutinio demasiado acotados. Criterios tales como la ausencia de irracionalidad de la medida administrativa, de acuerdo con los cuales los tribunales no se hallan autorizados para interferir con el ejercicio de la discrecionalidad administrativa por motivos sustanciales salvo cuando llegaran al convencimiento que la medida se encontraba más allá de toda conclusión admisible, han sido vistos como insuficientes. En efecto, aun admitiendo que los planteos de los afectados hubieran sido tratados por los tribunales nacionales, el punto en el cual estos podían llegar a concluir en la irrazonabilidad de la medida administrativa resultaba tan alto que terminaba por excluir cualquier consideración por los jueces relativa a la sustancia del derecho invocado [124]. Sin embargo, en otras sentencias, la Corte ha considerado suficiente el control judicial limitado a la razonabilidad de la medida [125].

Un tribunal se caracteriza, en el sentido sustancial del término, por su función jurisdiccional, es decir, por la determinación de asuntos bajo su competencia de acuerdo con las bases del Estado de derecho y luego de seguir procedimientos conducidos de una determinada forma. Además, debe también observar recaudos tales como independencia del Ejecutivo y de las partes, imparcialidad y garantías en el procedimiento aplicable [126].

En síntesis, la exigencia de que el individuo cuente con la posibilidad de someter la decisión final de las autoridades administrativas al control de un tribunal en los términos del art. 6º, significa que la jurisdicción de aquel permita la determinación de todos los elementos en juego, tanto cuando refieran a cuestiones de derecho como de hecho [127]. Esta idea se resume en el derecho de la persona a que su caso sea oído por "un tribunal competente para determinar todos los aspectos de la cuestión" [128].

1.2. El alcance del control judicial exigible y la doctrina de la deferencia

La regla de la subsanación que venimos de relatar se torna tanto más grave si pensamos en la deferencia que ha mostrado el tribunal de Estrasburgo frente al examen de las decisiones de la Administración cuando aquellas se vinculan con materias regulatorias y especialmente urbanísticas. En efecto, la conjugación de la posibilidad de enmendar las violaciones del proceso equitativo en el procedimiento

[122] STEDH, *O. v. Reino Unido*, cit., párr. 63.

[123] STEDH, *Obermeier v. Austria*, 28/6/1990, párr. 70.

[124] STEDH, *Smith y Grady v. Reino Unido*, 27/9/1999, párr. 138.

[125] STEDH, *Agosi v. Reino Unido*, 24/10/1986, párr. 60.

[126] SSTEDH, *H. v. Bélgica*, cit. párr. 50; *Zlínsat*, cit., párr. 75; *Mihailov v. Bulgaria*, 21/7/2005, párr. 37.

[127] SSTEDH, *Le Compte, Van Leuven y De Meyer*, cit., párr. 51.

[128] SSTEDH, *Sporrong y Lönnroth*, cit., párr. 87; *De Wilde, Ooms y Versyp v. Bélgica*, 18/6/1971, párr. 78.

por medio del control judicial con un margen de escrutinio exiguo en estas áreas resultaría fatal para las garantías de los particulares. No cabe, sin embargo, ser alarmistas, pues en aquellos campos en que la Corte ha recurrido a la doctrina de la deferencia ha exigido correlativamente que los procedimientos administrativos presenten un *plus* de garantías.

El criterio central en este plano parte de la idea conforme a la cual el ejercicio de discrecionalidad involucra una multitud de factores locales y es inherente a la elección e implementación de políticas, por lo que las autoridades nacionales gozan, en principio, de un amplio margen de apreciación, aun cuando la Corte conserva la facultad de concluir en la existencia de un error manifiesto de apreciación por parte de tales autoridades. En esas circunstancias, la existencia de garantías procedimentales a disposición del individuo será especialmente relevante para determinar si el Estado ha permanecido dentro de su margen de apreciación al momento de diseñar el marco regulatorio. En particular, debe examinarse si el proceso de adopción de la decisión fue justo y si se brindó el debido respeto a los intereses del individuo [129].

Como resultado de lo anterior, en ciertas áreas especializadas —p.ej., la planificación urbanística— la exploración plena de los hechos puede no ser requerida por el art. 6°, admitiéndose un menor alcance de la revisión judicial [130]. En igual orden, la Corte ha considerado que el criterio de control de ciertas decisiones administrativas que limita el ámbito de escrutinio judicial a la verificación de la *ausencia de irracionalidad* por parte del funcionario administrativo era esperable en estas zonas peculiares del derecho y, por ende, compatible con el acceso a la Justicia, especialmente cuando los hechos han sido establecidos luego de procedimientos cuasijudiciales rodeados de la mayoría de las garantías del art. 6.1 y cuando el caso denota el ejercicio de facultades típicamente discrecionales [131].

Es por ello que el tribunal ha destacado la necesidad de respetar las decisiones adoptadas por las autoridades administrativas sobre la base de la experiencia a efectos de delimitar el grado de control judicial exigible de acuerdo con el art. 6.1 [132].

Es importante reiterar que la deferencia presupone la sustanciación de procedimientos en los cuales el alcance de las garantías en juego —combinadas con la especialidad de la materia— aproxime a la modalidad de toma de la decisión a las características del proceso judicial. En otras palabras, la deferencia sólo es admisible ante la vigencia de las garantías en el proceso de emisión de la medida, extremo que surgirá del diseño legal del trámite y de su aplicación en el caso. No alcanza, por lo dicho, con que la materia sea específica para activar la deferencia, sino que se requiere la presencia objetiva de un *plus* de garantías a las existentes en otro tipo de trámites.

[129] SSTEDH, *Coster v. Reino Unido*, 18/1/2001, párr. 10; *Buckley v. Reino Unido*, 25/9/1996, párrs. 76-77; *Chapman v. Reino Unido*, 18/1/2001, párr. 11.

[130] STEDH, *Chapman*, cit., párr. 12.

[131] SSTEDH, *Bryan v. Reino Unido*, 22/11/1995, párr. 47; *Air Canada v. Reino Unido*, 5/5/1995, párr. 46.

[132] SSTEDH, *Zumtobel v. Austria*, 21/9/1993, párr. 32; *Potocka y otros v. Polonia*, 4/10/2001, párrs. 58-59; *Buckley*, cit., párr. 75; *Bryan*, cit., párr. 47; *Erkner y Hofauer*, cit., párrs. 74-75 y 78; *Poiss*, cit., párrs. 64-65; *Allan Jacobsson*, cit., párr. 57; *Klass y Otros*, cit. párr. 49. En similar sendero, CSJN, *Ojeda*, 1978, *Fallos* 301:1103, consids. 7 y 8 y sus citas; *Yue Way Mand y otro*, 1978, *Fallos* 300:626, consid. 4.

Más allá de esas puntualizaciones, e independientemente de cuáles sean los matices del control judicial en cada caso, cabe concluir que el sistema europeo admite la postergación de las garantías del procedimiento administrativo a cambio de la posibilidad de un control judicial pleno, relativizando con ello el valor concreto que esas salvaguardas pueden llegar a tener para la persona en su vínculo con la Administración.

2. El modo en que las reglas del debido proceso rigen en el procedimiento administrativo en la jurisprudencia de la Corte Interamericana

La postura de la subsanación propuesta por la Corte Europea no parece de sencilla adaptación a nuestro ámbito, pues en América sólo es posible hablar de existencia de garantías si se han observado en el trámite examinado todos los requisitos que sirvan para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho [133], no alcanzando —en consecuencia— con que esos requisitos se presenten en una etapa ulterior.

De la lectura de sus precedentes se desprende que la Corte Interamericana posee una postura contraria a la alternativa de convalidar la violación de un derecho en sede administrativa a cambio de la existencia de un control judicial de la decisión. Semejante aserción iría a contramano de toda la construcción que se ha reseñado, de acuerdo con la cual el debido proceso impregna, con el valor propio e impostergable de una garantía esencial del hombre —esto es, de *verdadero valor jurídicamente protegido* y con ello insubsanable— toda actuación pública en el marco de la cual se determinen derechos u obligaciones. La subsanación no tiene cabida en el sistema americano, porque en él está claro que el debido proceso es impostergable, en tanto garantía esencial.

Entendemos, por ende, que la postura de la Corte Europea no rige en el ámbito del sistema americano. Para nuestro tribunal regional todo proceso está integrado por actos jurídicos que guardan entre sí relación cronológica, lógica y teleológica. Unos son soporte o supuesto de los otros y todos se ordenan a un fin supremo y común: la solución de la controversia por medio de una resolución. Cada acto debe ajustarse a las normas que presiden su creación y le confieren valor jurídico, presupuesto para que produzca efectos de este carácter. Si ello no ocurre, el acto carecerá de esa validez y no producirá tales efectos. La regularidad de cada uno de los actos jurídicos influye sobre la del conjunto, puesto que en este cada uno se halla sustentado en otro precedente y es, a su turno, sustento de otros más [134].

De acuerdo con lo anterior, "si los actos en que se sostiene la sentencia están afectados por vicios graves, que los privan de la eficacia que debieran tener en condiciones normales, la sentencia no subsistirá. Carecerá de su soporte necesario: un proceso realizado conforme a derecho" [135]. Aplicado este criterio al procedimiento administrativo, fácil es concluir que si los actos del procedimiento se encuentran afectados por vicios graves, la solución según la Convención es que *el acto administrativo no subsistirá*, es decir, la respuesta contraria a la doctrina de la subsanación.

[133] Corte IDH, *Comunidad Indígena Yakye Axa*, cit., párr. 108.

[134] Corte IDH, *Castillo Petruzzi y otros v. Perú. Fondo, reparaciones y costas*, 30/5/1999, párrs. 218-221.

[135] Corte IDH, *Castillo Petruzzi y otros* cit., párr. 219.

La reacción convencional ante esa situación es la nulificación del acto y la necesidad de repetición de los actos precedentes, pero no la subsanación por medio del control judicial. Al igual que con la sentencia, para la Corte Americana el acto administrativo que carece de soporte procedimental *no puede permanecer en el ordenamiento* al estar erigido sobre bases insubsistentes.

En suma, si nos encontramos ante un procedimiento que no satisface las exigencias mínimas del debido proceso legal, tal circunstancia motiva su invalidez y la de los actos consecuentes. Corresponde al Estado, en su caso, llevar a cabo —en un plazo razonable— un nuevo trámite que satisfaga las exigencias del debido proceso legal y no declarar remediados tales defectos.

Es que si las garantías mínimas del art. 8° se aplican a la determinación de los derechos y obligaciones en el procedimiento administrativo, no cabe otra conclusión que postular que aquellas deben estar presentes en cada etapa de esa determinación y no solamente en el control judicial posterior. Los derechos y garantías que integran el debido proceso son piezas necesarias de este; si desaparecen o menguan, no hay debido proceso. Se trata de partes inseparables de un conjunto; cada una es indispensable para que este exista y subsista y, por lo tanto, su ausencia o el desconocimiento destruyen el debido proceso y no pueden ser subsanados [136].

Es importante notar, por otra parte, que la doctrina de la subsanación, junto con la comprensión del procedimiento administrativo como un mero *paso previo al juicio*, y el consiguiente carácter revisor del proceso judicial, han jugado de una manera muy curiosa: por una parte, se han pensado como privilegios a favor de la Administración en desmedro de las garantías del particular. Esto ha sido efectivamente así, pero también ha generado una desvalorización institucional de la acción administrativa tal vez más perjudicial, pues ha relevado a la Administración de sus propias obligaciones tutelares intransferibles. Por el contrario, la jerarquización del procedimiento por vía de la aplicación de las garantías del art. 8° de la Convención rechaza ese enfoque: la Administración debe asegurar *por sí misma* todos los derechos y garantías, y el procedimiento administrativo posee una dimensión institucional esencial para cumplir adecuadamente con las obligaciones internacionales. No es posible relegarlo a un simple paso ritual antes de llegar al juez, sino que debemos entenderlo como la primera oportunidad que tiene el Estado de prevenir un conflicto. La doctrina de la subsanación presenta como vicio esencial la distorsión del modelo de reparto de atribuciones estatales y —paradójicamente— la *subestimación del valor institucional del procedimiento administrativo*. La función administrativa y la judicial se despliegan en instancias constitucionales diferentes y por ello resulta impropio que un poder subsane lo actuado por otro.

En resumidas cuentas, de la exigencia del control judicial del procedimiento no se sigue la posibilidad de que la Administración Pública no se conduzca adecuadamente. El problema de la doctrina de la subsanación es que invoca la garantía —el control judicial— en contra de la persona —para justificar las violaciones—. *El control judicial del procedimiento administrativo es un instrumento creado para reforzar la protección de los ciudadanos y no para limitarla* y, por ende, sería contradictorio derivar de tal control un *menoscabo* de la vigencia de las garantías en sede administrativa. De ser ello posible, el papel del control judicial pasaría a ser el

[136] Corte IDH, OC-16/99, cit., voto concurrente razonado del juez García Ramírez.

de justificar las lesiones a los derechos en el marco del procedimiento, y con ello un instituto tutelar se convertiría en contrario a la persona. En definitiva, la subsanación viola —además de la juridicidad— la regla *pro homine*: *de los institutos creados para proteger los derechos no se pueden derivar interpretaciones contrarias a esos derechos y favorables al poder estatal. Del control judicial no puede deducirse la posibilidad de violar garantías en el procedimiento y del procedimiento no puede deducirse —como veremos— la imposibilidad de acceso a la justicia.*

VI. A modo de síntesis

Todo lo dicho hasta aquí se resume:

En Europa, la norma convencional del proceso equitativo sólo se aplica en aquel procedimiento administrativo con incidencia en un derecho civil y cuando ello sucede, las garantías se cubren con la revisión judicial plena.

En América, la norma convencional del debido proceso se aplica a todo procedimiento administrativo por medio del cual se determinen derechos y obligaciones de cualquier especie, y las garantías no se cubren con la revisión judicial, sino que deben estar presentes *durante* el trámite y *antes* de la resolución administrativa de este.

VII. Referencia bibliográfica

Agamben, Giorgio, *Estado de excepción*, Adriana Hidalgo, Buenos Aires, 2005.

Balbín, Carlos F., *Curso de derecho administrativo*, ts. I y II, La Ley, Buenos Aires, 2007.

Beladiez Rojo, Margarita, *Validez y eficacia de los actos administrativos*, Marcial Pons, Madrid, 1994.

Bianchi, Alberto B., *Dinámica del Estado de derecho*, Ábaco, Buenos Aires, 1996.

Bielsa, Rafael, *Principios de derecho administrativo*, Ateneo, Buenos Aires, 1948.

Canosa, Armando, *Procedimiento administrativo: recursos y reclamos*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2008.

Comadira, Julio R., *Derecho administrativo*, LexisNexis, Buenos Aires, 2003.

Dulitzky, Ariel, "Federalismo y derechos humanos. El caso de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la República Argentina", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, nro. 6, UNAM, México, DF, 2006.

García de Enterría, Eduardo, *La constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Thomson-Civitas, Madrid, 2006.

— *Revolución francesa y administración contemporánea y la formación del sistema municipal francés contemporáneo*, Taurus, Madrid, 1984.

García de Enterría, Eduardo - Fernández, Tomás Ramón, *Curso de derecho administrativo*, ts. I y II, Civitas, Madrid, 2008.

García Roca, Javier - Santolaya, Pablo (coords.), *La Europa de los derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005.

Gozaíni, Osvaldo A., *El debido proceso*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2004.

Ivanega, Miriam M., *Elementos de derecho administrativo*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2008.

LINARES, Juan F., *Fundamentos de derecho administrativo*, Astrea, Buenos Aires, 1975.

MAYER, Otto, *Derecho administrativo alemán*, ts. I y II, Depalma, Buenos Aires, 1982.

PARADA VÁZQUEZ, José R., "Privilegio de decisión ejecutoria y proceso contencioso", *Revista de Administración Pública*, nro. 55, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1968.

RODRÍGUEZ PONTÓN, Francisco J., "La aplicación de las garantías del proceso equitativo al procedimiento administrativo: elementos de la jurisprudencia europea para el debate", en AA.VV., *La justicia administrativa. Libro homenaje al Prof. Dr. D. Rafael Entrena Cuesta*, Atelier, Barcelona, 2003.

SALOMONI, Jorge L. - BACELLAR FILHO, Romeo F. - SESIN, Domingo J., *Ordenamientos internacionales y ordenamientos administrativos nacionales. Jerarquía, impacto y derechos humanos*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2006.

WEIL, Prosper, *Derecho administrativo*, Civitas, Madrid, 1994.

CAPÍTULO III

LOS PRINCIPIOS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

SUMARIO: I. Punto de partida. Los principios tradicionales del procedimiento administrativo. II. Nuevos principios. III. La nueva composición de los principios del procedimiento administrativo. IV. Sinopsis. V. Referencia bibliográfica

I. PUNTO DE PARTIDA. LOS PRINCIPIOS TRADICIONALES DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

Tal como hemos explicado, una de las consecuencias del impacto del régimen de los derechos humanos en el ordenamiento nacional es la aplicación directa del art. 8° de la Convención Americana al procedimiento administrativo. Ello, lógicamente, debe conducir a preguntarnos sobre la incidencia de esa afirmación en los principios rectores de este instituto, si subsisten los principios tradicionales, si se ven reformulados y, finalmente, si aparecen nuevos principios.

Como es sabido, las diferentes normas de procedimiento suelen reconocer —expresa o tácitamente— una serie de principios que informan el modo de sustanciación del trámite y procuran conciliar una eficaz labor de la Administración con los derechos de quien es parte en él y con el interés público en juego en la relación administrativa.

Se suelen clasificar en *sustantivos* y *adjetivos*, en tanto reconduzcan a categorías comunes a todo el ordenamiento o se presenten como instrumentos procedimentales para la materialización de esas categorías.

1. Principios sustantivos

Son aquellos que derivan en forma directa de la Constitución Nacional; su finalidad es la protección de los derechos fundamentales de los particulares y comprende los siguientes:

Legalidad: La Administración debe someterse dentro del procedimiento administrativo al estricto cumplimiento de las normas jurídicas, entendiéndose actualmente que ese deber trasciende el simple acatamiento de las leyes para enfocarse desde el concepto más abarcativo de juridicidad, que comprende no sólo a la ley formal, sino también a los principios generales del Derecho, la Constitución Nacional, los tratados internacionales, los reglamentos y los precedentes administrativos si de su seguimiento depende el respeto a la igualdad.

Esa juridicidad es entendida como presupuesto, límite y mandato positivo para el accionar de la Administración Pública y a partir de allí como un principio medular del procedimiento administrativo en el Estado social de derecho.

Igualdad: Deriva directamente del art. 16 de la Constitución Nacional y consagra el derecho de igual trato en igual posición. Se trata, de ese modo, de la efectivización en el marco del procedimiento del derecho a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se concede a otros en iguales circunstancias, pauta que se concreta en dos factores fundamentales a tener en cuenta: a) la similitud de circunstancias que activa la necesidad de un trato igualitario, y b) el límite de razonabilidad impuesto al Estado al momento de efectuar distingos entre aquellas circunstancias con el fin de justificar tratos diferenciales.

Razonabilidad: Tanto en el marco de la sustanciación del trámite como en la emisión de la decisión que pone fin al procedimiento administrativo el Estado se encuentra sujeto al principio de razonabilidad, que es interpretado usualmente como la necesidad de adecuación entre las obligaciones que la medida estatal impone a los ciudadanos y los fines cuya realización aquella persigue.

2. Principios adjetivos

Estos principios se relacionan de forma más específica con el modo de sustanciación de las actuaciones administrativas, presentándose como los *medios para la consecución de los principios sustantivos.*

Informalismo: Implica la posibilidad de dispensar al ciudadano de las exigencias formales no esenciales del procedimiento que puedan cumplirse con posterioridad a la actuación de que se trate. La informalidad, como es sabido, rige sólo a favor del particular y no para la Administración, que no puede ampararse en este principio para no cumplir con las facultades legales que le competen.

Búsqueda de la verdad material: La Administración no debe contentarse con lo aportado por quien es parte en el procedimiento, sino que debe actuar, aun de oficio, en la búsqueda de la verdad material u objetiva, que prevalece sobre la verdad formal. Este requisito es entendido como una derivación lógica del principio de juridicidad, en tanto obliga a la Administración a resolver de acuerdo con los antecedentes de hecho y derecho aplicables al caso, independientemente de las alegaciones y la actividad probatoria del particular.

Impulsión de oficio: En tanto se encuentra obligada a obtener la verdad material, la Administración debe impulsar activamente el trámite del expediente hasta su terminación sin que este pueda depender de la actividad procedimental que desarrolle el interesado. De igual manera, la impulsión de oficio del trámite comprende el deber de recabar la prueba necesaria para llegar a la verdad jurídica objetiva.

La característica fundamental del trámite administrativo consiste, entonces, a partir de la premisa de juridicidad, en independizar de la gestión postulatoria y probatoria del particular a la obtención y análisis del sustrato fáctico y jurídico del caso, lo cual se convierte en un objetivo que debe perseguir la Administración en forma espontánea.

Debido proceso adjetivo: Este principio proviene del art. 18 de la Constitución Nacional, que consagra la garantía de defensa en juicio. Demanda la presencia de ciertas formas procesales que comprenden tres elementos: a) ser oído; b) ofrecer y producir pruebas; y c) obtener una decisión fundada.

3. Otros principios

Gratuidad: El particular puede intervenir en el procedimiento administrativo sin limitaciones de tipo económico, traduciéndose ello en la ausencia de condena en costas y la inexigibilidad de abonar impuestos o tasas en caso de impugnaciones.

Sencillez, rapidez y eficacia del procedimiento: Tiende a que la actuación de la Administración y la participación de los particulares sean eficientes por medio de la simplificación de procedimientos, concentración de elementos de juicio, eliminación de plazos inútiles, flexibilidad probatoria, entre otros. En definitiva, se procura resguardar un empleo racional de tiempo y medios.

II. Nuevos principios

De afirmar que el art. 8° de la Convención Americana se aplica en forma directa al procedimiento administrativo lógicamente se sigue que, para mantenerse dentro de las fronteras del nuevo contexto constitucional, los estamentos domésticos deben sujetarse tanto en el *diseño* como en la *aplicación* de los modelos de ese procedimiento a determinados principios.

1. Sustantivos

1.1. Pro homine

1.1.1. Concepto

El *pro homine* consiste —de acuerdo con la Corte Federal argentina— en un principio hermenéutico que impone al operador jurídico nada menos que "privilegiar la interpretación legal que más derechos acuerde al ser humano frente al poder estatal" [1].

Este principio se erige como un rasgo connatural de los tratados internacionales de derechos humanos y determina que el intérprete deba escoger, dentro de lo que la norma posibilita, el resultado que proteja en mayor medida a la persona. Esta pauta se impone aun con mayor intensidad cuando su aplicación no entraña colisión alguna del derecho humano así interpretado, con otros valores, principios, atribuciones o derechos constitucionales [2].

El *pro homine* resulta un criterio hermenéutico esencial para la comprensión integral de cualquier ordenamiento que asegure derechos fundamentales y posee una especial dimensión desde la consagración de los tratados de derechos humanos, en tanto instrumentos pensados para tutelar a la persona y no para regular relaciones entre Estados.

Es que la protección de los derechos humanos parte de la afirmación de la existencia de ciertos atributos inviolables de la persona que no pueden ser legítimamente menoscabados por el ejercicio del poder público, el cual posee naturaleza instrumental frente a ellos. Se trata de esferas individuales que el Estado no puede vulne-

[1] CSJN, *Acosta, Alejandro Esteban s/infracción art. 14, 1° párr., ley 23.737 —causa N° 28/05C—*. A. 2186. XLI; REX; 23/4/2008, consid. 6.

[2] CSJN, *Madorrán*, 2007, *Fallos* 330:1989, consid. 8.

rar o en las que sólo puede penetrar limitadamente y bajo determinadas condiciones. En la protección a los derechos humanos está necesariamente comprendida la noción de restricción al ejercicio del poder estatal [3], porque el sistema mismo de los tratados "está dirigido a reconocer derechos y libertades a las personas y no a facultar a los Estados para hacerlo" [4].

En el ámbito americano, el principio comentado tiene sustento normativo específico en los arts. 29 y 30 de la Convención, entendiendo su Corte que —especialmente la primera disposición— "prohíbe una interpretación restrictiva de los derechos" [5], de resultas de lo cual "si a una situación son aplicables dos normas distintas, debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana" [6]. Esto significa que si alguna ley del Estado u otro tratado internacional del cual aquel sea parte otorgan una mayor protección o regulan con mayor amplitud el goce y el ejercicio de algún derecho o libertad, deberá aplicarse la norma más favorable para la tutela de los derechos humanos. El intérprete siempre debe elegir la alternativa más favorable para la tutela de los derechos [7], y ello alcanza tanto a la selección de la norma aplicable al caso cuanto al modo de interpretarla, vedando que de las diferentes opciones se adopte para la resolución de un asunto aquella que menor grado de resguardo depara al individuo.

Va de suyo que la entidad de este principio no se limita al de una mera referencia para el operador. El principio *pro homine* funciona como un condicionante jurídico de primer orden para la interpretación de las normas y actos del Estado y, por lo tanto, toda decisión que implique desconocerlo será inválida por contravenir los arts. 1°, 2°, 29 y 30 de la Convención Americana.

En el plano del procedimiento —es decir, del cauce formal de la función administrativa— esta regla se traduce en el deber del órgano administrativo de estar a favor del derecho cuya sustancia protege la norma procedimental. Ello implica que debe acudirse a la norma más amplia o a la interpretación más extensiva cuando se trata de tutelar el derecho protegido por la norma procedimental e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones al ejercicio del derecho protegido por esa norma [8].

1.1.2. Consecuencias

Una primera consecuencia fundamental de este principio consiste en desplazar hacia el Estado la carga argumentativa y probatoria sobre la validez y la aplicabilidad de una determinada restricción a un derecho [9]. Como tiene dicho la Corte Federal,

[3] Corte IDH, OC-6/86, cit., párr. 21.

[4] Corte IDH, OC-7/86, cit., párr. 24.

[5] Corte IDH, *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni*, cit., párr. 148.

[6] Corte IDH, OC-18/03, cit., párr. 21; *Ricardo Canese*, cit., párr. 181.

[7] Corte IDH; *Herrera Ulloa*, cit., párr. 184; *Baena, Ricardo y otros. Excepciones preliminares*, 8/11/1999, párr. 37; OC-13/93, cit., párr. 50.

[8] El Principio 3° de Siracusa —Parte I— reza: "Todas las cláusulas de limitación estrictamente y a favor de los derechos en cuestión" (ONU, Consejo Económico Social, Comisión de Derechos Humanos, *Principios de Siracusa sobre las disposiciones de limitación y derogación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, abril - mayo de 1984).

[9] Esta idea se resume en las palabras de Mill tomadas por la Corte: "la carga de la prueba recae sobre aquellos que están en contra de la libertad, es decir, sobre los que están a favor de cualquier restricción o prohibición, ya sea cualquier limitación respecto de la libertad general de la acción hu-

"el pleno ejercicio de las libertades es la regla en un Estado de derecho, mientras que toda limitación de ellas es de interpretación restrictiva. En consecuencia, quien pretende afectar gravemente un derecho fundamental tiene la carga argumentativa de probar la existencia de una razón que lo justifique" [10].

A partir de esa idea, debe entenderse como arbitraria la decisión del órgano estatal de privilegiar las limitaciones a los derechos que imponen las normas rituales por sobre el deber de asegurar la máxima amplitud en el goce de esos derechos [11].

De igual modo, el principio *pro homine* requiere priorizar la finalidad protectoria del ordenamiento jurídico por sobre las prerrogativas estatales, impidiendo interpretar el alcance de las competencias administrativas sin tomar en cuenta para ello el fin excluyente que les da sentido, que no es otro que el pleno goce de los derechos fundamentales. Todos los institutos del derecho quedan condicionados por esa finalidad y, por ende, no corresponde aproximarse a ellos desatendiendo los resultados que cada interpretación produce frente a la vigencia de los derechos humanos.

Esta directiva comporta una premisa estructural que no sólo condiciona la composición de los instrumentos convencionales, sino que ha quedado plasmada en la ordenación del texto de la Constitución argentina, la cual se divide en dos grandes partes que simbolizan la libertad y el poder. Así, encontramos en la primera parte (dogmática) la respuesta última a la existencia y conformación del Estado, mientras que la segunda (orgánica) tiene por objeto —instrumental— estructurar el poder de modo de limitarlo y evitar —por su concentración— la afectación de las libertades básicas. De ello se desprende como estándar medular de hermenéutica constitucional que no es válido interpretar el alcance de las atribuciones otorgadas a los poderes constituidos en la parte orgánica de la Constitución, omitiendo en esa determinación la valoración de los límites que para el ejercicio de tales poderes se derivan de la parte dogmática de aquella.

De acuerdo con tal condición, las atribuciones conferidas en la Constitución Nacional a los diversos órganos estatales deben ser aprehendidas de modo tal de no lesionar principio o garantía alguna de la primera parte de la Carta. Ello se traduce en que no corresponde aproximarse a las facultades de las autoridades estatales de un modo que implique disociarlas de la finalidad que les da sentido [12]. En lo que

---

mana o respecto de cualquier descalificación o desigualdad de derecho que afecte a una persona o alguna clase de personas en comparación con otras. La presunción *a priori* es en favor de la libertad y de la imparcialidad" (CSJN, *Hooft*, 2004, *Fallos* 327:5118, consid. 3, con cita de Mill, John S., *The subjection of women*, Wordsworth Classics of World Literature, Hartfordshire, 1996, p. 118). El Principio 2° de Siracusa —Parte I, b)— establece: "La carga de justificar una limitación a un derecho garantizado por el pacto incumbe al Estado" (ONU, Consejo Económico Social, Comisión de Derechos Humanos, *Principios de Siracusa sobre las disposiciones de limitación y derogación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, cit.).

[10] CSJN, *Editorial Río Negro*, 2007, *Fallos* 330:3908, consid. 11.

[11] CSJN, *Cardozo*, 2006, *Fallos* 329:2265, consid. 6; *Marchal*, 2007, *Fallos* 330:1427, consid. 5.

[12] Frente al intento de fundar la declaración de oficio de caducidad de la acción en los términos del art. 25 del decreto-ley 19549 en la división de poderes, la Corte Federal recordó que la regla de separación de poderes "fue instituida como una garantía de los derechos de la comunidad, y no como una prerrogativa del Estado frente a los particulares" (CSJN, *Caja Nacional de Ahorro y Seguro*, 1987, *Fallos* 310:2709. Dictamen del Procurador General que la Corte hace suyo). En otras palabras, la división de poderes no puede ser invocada en contra de los derechos y a favor del Estado, pues es —precisamente— un límite del poder tendiente a tutelarlos.

nos ocupa, el contenido y la extensión de las competencias administrativas en el procedimiento debe ser interpretado de modo de maximizar la protección de las garantías del art. 8° de la Convención Americana y, por ende, toda interpretación que tienda a su menoscabo se encuentra inicialmente descartada. Los principios de la organización administrativa, el ejercicio de las competencias, la finalidad de las medidas adoptadas por la Administración y los demás factores característicos del trámite deben ser aplicados de forma tal que tienda a optimizar la protección del derecho sustancial en juego [13].

1.2 Juridicidad

1.2.1. Concepto y alcance

Compartimos la visión de aquellos autores que propugnan la reformulación del principio de legalidad a partir de la aceptación de un concepto más integral como es el de juridicidad.

Sin embargo, la juridicidad ha ampliado su proyección a partir de las particularidades que el actual diseño de nuestro ordenamiento supone, tal como hemos indicado en el primer capítulo. Puntualmente, el deber de sumisión de la Administración a todo el sistema normativo que la juridicidad requiere debe ser entendido a partir de la jerarquía normativa esencial que el sistema internacional de protección de los derechos humanos "en las condiciones de su vigencia" posee para nuestro derecho. Esta incorporación constitucional del régimen normativo y jurisprudencial americano obliga al operador doméstico a su acatamiento atendiendo al modo en que este rige en el plano internacional.

Como anticipamos en el capítulo primero, si la juridicidad se encuentra atravesada por el deber estatal de aplicación espontánea de las garantías fundamentales de la persona, ello significa que este principio incluye —como rasgo característico del art. 75, inc. 22, de la Carta— el deber de todos los órganos internos de someterse a las reglas de los tratados internacionales constitucionalizados por nuestro país en el modo en que estos efectivamente rigen en el ámbito internacional y considerando particularmente su aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes. La juridicidad se compone, entonces, no sólo por el plexo normativo internacional, sino también por el *carácter inicialmente vinculante de las interpretaciones que de los tratados realizan sus órganos propios de aplicación.*

Esto es así en tanto nuestro país ha decidido no sólo *dotar de rango constitucional* a los tratados, sino también *someterse al control de su cumplimiento por parte de cuerpos internacionales*, y no es lógico deducir de estas dos decisiones la voluntad de considerar a las interpretaciones de esos órganos como meras opiniones sin eficacia jurídica vinculante. Desde el momento en que se confiere la atribución de supervisar el cumplimiento de los tratados, esto es, de realizar juicios comparativos entre las prácticas nacionales y las normas convencionales, indudablemente la existencia o no de una violación podrá ser definida por los órganos de los tratados. No

[13] Es, por lo tanto, "contrario a los principios jurídicos y a las reglas de recta interpretación, que por deducción e implicancia quiera derivarse una facultad que viene a destruir garantías y derechos expresamente declarados en la Constitución en favor del ciudadano y de la libertad del pueblo" (CSJN, *Lino de la Torre*, 1877, *Fallos* 322:1609, voto en disidencia del juez Laspiur).

es dudoso, entonces, que de la gama de atribuciones delegadas por el Estado al someterse a estos acuerdos, la competencia interpretativa no sólo es una de las más relevantes, sino que resulta consustancial a la efectividad misma de los plexos normativos en juego.

En definitiva, la constitucionalización de los tratados "en las condiciones de su vigencia" posee la dimensión de integrar dentro del principio de juridicidad a los criterios interpretativos desarrollados en el plano internacional.

Es importante aclarar que cuando se indica que la juridicidad conlleva en el régimen constitucional argentino el carácter *inicialmente* vinculante de las interpretaciones de los órganos convencionales se pretende sostener que por vía de principio esas interpretaciones resultan de obligatorio seguimiento para los órganos nacionales, pero que es posible para el operador apartarse *fundadamente* de aquellas con el fin de *avanzar en la dinámica propia de la aplicación del derecho* y evitar su parálisis, lo cual sucedería si no fuera posible instar la modificación de los criterios jurisprudenciales. Dicho de otro modo, *es posible apartarse del precedente convencional del mismo modo en que puede hacerlo el juez en el sistema del* stare decisis: *con una fundamentación contundente.*

Como dijimos, la *regla* del efecto vinculante de los criterios convencionales surge no sólo de haber ubicado en la cúspide de nuestro ordenamiento a normas emanadas de organizaciones internacionales, sino también de haber cedido la competencia para su interpretación y aplicación a cuerpos dependientes de esas organizaciones y no del Estado. A ello se agrega la necesidad de garantizar la tutela efectiva de los derechos en un plazo razonable, objetivo que se ve seriamente amenazado cuando se obliga a la persona a recorrer el largo camino hasta esos órganos internacionales para obtener en su causa la respuesta que se le ha negado en el plano doméstico.

Ahora bien, la calidad inicial de ese efecto vinculante apunta a que es posible que los órganos internos se aparten de las interpretaciones efectuadas por las instituciones de los tratados *siempre y cuando ese apartamiento se encuentre debidamente fundado*, esto es, que la solución propuesta en el nivel nacional dé cuenta del criterio convencional que por regla debe seguirse y se ocupe —a través de un despliegue argumental relevante— de refutarlo total o parcialmente. Si esa argumentación contraria al seguimiento del criterio internacional —que es una carga del operador que pretende apartarse de este— no se produce, nos hallaremos ante una violación al principio de juridicidad en el alcance aquí sugerido. Lo que bajo ningún concepto puede hacer el intérprete es omitir toda alusión a los criterios convencionales o resolver el caso como si ellos no existieran, porque ese proceder implica lisa y llanamente ignorar la composición y el funcionamiento actuales de nuestro régimen constitucional, marcado por la ampliación normativa y jurisdiccional de su ámbito hacia instituciones no condicionadas por la soberanía estatal. Es importante precisar también que el punto de partida del intérprete al momento de disentir con un criterio de los órganos convencionales debe ser el principio *pro homine* y, por lo tanto, esos disensos deben apuntar a ampliar el espectro de protección de la persona y no a limitarlo, atendiendo especialmente a la regla de la prioridad de la norma más favorable, según lo establece el art. 29 de la Convención.

El elemento definitorio es, una vez más, el *efecto útil* de los Pactos, condición que depende en alto grado de su aplicación espontánea por parte de las autoridades

internas. Si el objetivo final de estos acuerdos es que se produzca una gradual internalización de los estándares interpretativos internacionales que prevenga la ocurrencia de violaciones por medio de la acción directa de los propios estamentos nacionales, no puede menos que admitirse que las directivas planteadas por los órganos convencionales son, en principio, de obligatorio seguimiento por parte de esos estamentos. Así, la adopción de cursos de acción diferentes sería evaluada como una *violación de los Pactos*, lo cual generaría una *contradicción interna con nuestro propio ordenamiento constitucional*. Sólo al incurrir en una paradoja el intérprete puede pretender salirse del marco de los tratados sin hacerlo de la Constitución Nacional, al menos en su estructura actual. *No es posible incumplir los tratados sin incumplir la Constitución* y, por ende, si queremos ceñirnos a nuestra Carta Fundamental debemos sujetarnos a las directivas que en materia de acatamiento de los Pactos establecen sus órganos propios de aplicación. Son esos órganos los que tienen deferido el control de los instrumentos esenciales en nuestra estructura constitucional, porque así lo consideró conveniente el constituyente de cara a proteger los derechos humanos.

Si luego de ceder por expreso imperativo constitucional la competencia jurisdiccional para determinar la conformidad de las acciones nacionales con los tratados a favor de órganos internacionales pretendiéramos desconocer las soluciones propuestas por esos órganos, no haríamos más que cuestionar la decisión del constituyente de efectivizar ese sometimiento al régimen de los Pactos. *Al desconocer los mandatos de los órganos internacionales violaríamos la Constitución que les atribuyó la competencia para emitir esos mandatos.*

Como veremos en el capítulo quinto, el principio de juridicidad condiciona la forma de regular e interpretar los modelos de procedimiento administrativo. Esa regulación y aplicación deben ser establecidas por normas que cumplan con todas las condiciones de validez del ordenamiento supranacional, en especial con la presencia de leyes en sentido formal sujetas al principio de proporcionalidad. Esa legislación no debe atenerse solamente a la Constitución Nacional o local, sino que *debe dar cuenta en forma específica de las interpretaciones que los órganos convencionales hayan hecho respecto de los alcances y los efectos de cada uno de los derechos que se ven reglamentados en la norma procedimental.* Esa es la idea de juridicidad que proponemos y que demanda de los estamentos internos un gradual acercamiento a la jurisprudencia de los órganos internacionales de protección.

El principio de juridicidad conlleva, entonces, el deber estatal de someterse en el diseño y la aplicación de las normas —y, entre ellas, las procedimentales— al siguiente plexo jurídico jerárquico: a) tratados internacionales en los términos en que son interpretados por sus órganos convencionales de aplicación; b) Constitución Nacional; c) leyes y d) reglamentos.

1.2.2. Las garantías convencionales como requisitos de validez del acto administrativo

En sus comienzos, la figura del acto administrativo encarnó un principio central para comprender la ubicación de la Administración en el Estado de derecho, en tanto se erigió como manifestación de la sumisión del poder estatal al ordenamiento jurídico, al revelar la necesidad de una *declaración del Estado previa a su acción* en la cual se verificara la *habilitación legal* para el obrar administrativo. Ín-

timamente vinculada con lo anterior, la noción de acto administrativo tradujo en el plano filosófico la intención moderna del sometimiento del poder a la razón mediante la constatación de una subsunción lógica de la acción administrativa particular en una norma —general— previa. Hablar de acto administrativo presupone admitir la sujeción de la Administración a la ley, a partir de la cual no puede el Estado conducirse mediante simples operaciones materiales. Por el contrario, él debe previamente declarar su voluntad justificando que una determinada situación de hecho ha quedado comprendida en una previsión legal (norma jurídica) que le permite actuar en cierta dirección.

En el Estado de derecho, la Administración puede afectar la esfera de los particulares únicamente cuando se encuentra autorizada por la ley, y para corroborar que existe esa autorización debe emitir su voluntad acreditando que ante un determinado hecho corresponde aplicar determinada norma. Esa acreditación ha sido —en cierta forma— el acto administrativo. La razón de ser de este instituto ha residido, entonces, en la conformación de una herramienta de *control tasado* de la subordinación de la decisión administrativa al ordenamiento jurídico. Es un método que desagrega los puntos de cotejo entre una decisión individual y las pautas del ordenamiento, e impone que antes de actuar el Estado declare y acredite que ha cumplido todos los presupuestos lógicos que el orden jurídico exige para garantizar la sujeción del poder a la ley democrática. Esos presupuestos lógicos no son otros que los elementos esenciales del acto administrativo, de cuya presencia y corrección el Estado debe dar cuenta en cada caso, probando que la ley lo autoriza expresamente a actuar a partir de la efectiva existencia de ciertos hechos a los cuales atribuye una consecuencia jurídica que se traduce en el contenido de la decisión, adoptada luego de transitar los pasos previos establecidos para asegurar que cumpla con la finalidad que tuvo en miras la ley cuando le confirió el poder para decidir.

Al trasladar ese punto de vista a los elementos tradicionales, tenemos que la *competencia* tiende a constatar la existencia y el alcance de la potestad ejercida por medio del dictado del acto, la *causa* procura identificar el supuesto de hecho condicionante del obrar estatal que deslinda la situación del estado genérico de libertad, mientras que el *objeto* expone la consecuencia jurídica de aquel supuesto condicionante. Paralelamente, la *finalidad* hace a la razón que tuvo en miras el ordenamiento jurídico para el otorgamiento de la facultad y recalca el carácter fiduciario de las potestades administrativas, mientras que la *motivación* funciona como la explicitación formal de los presupuestos fácticos y jurídicos del ejercicio de la atribución y los *procedimientos*, como los recaudos formales para la adecuada conformación de la voluntad. Todo ello se instrumenta a partir de ciertas *formas* establecidas con el fin de plasmar esa declaración estatal en un acto empíricamente verificable, lo cual tiende a vedar los actos tácitos.

Pues bien, si el acto administrativo es por excelencia una actuación estatal de determinación de derechos y obligaciones de las personas y ello entraña la aplicación de las garantías convencionales, necesariamente debemos entender que estas han pasado a integrar —en los términos de su vigencia en la esfera supra-nacional y, por ende, de acuerdo con los criterios de los órganos de aplicación— los requisitos esenciales de validez de aquel. La función del acto administrativo como instrumento de control de la sumisión a la ley se ve reformulada: *el acto administrativo se presenta hoy como la herramienta por medio de la cual la Administración*

debe acreditar en el caso el cumplimiento de las garantías supranacionales, superando el estadio del simple examen de legalidad para pasar al de juridicidad con el alcance aquí propuesto.

Esas garantías supranacionales integran hoy los elementos esenciales del acto administrativo, en tanto factores tasados de demostración de su validez. La tradicional exigencia de competencia, procedimiento, finalidad u objeto debe ser entendida ahora desde el plexo de obligaciones estatales asumidas en los tratados de derechos humanos, de modo tal que esos elementos deben ser aprehendidos desde las salvaguardas allí reguladas. Las garantías del art. 8° de la Convención Americana integran, de esa manera, los elementos a los cuales nuestro ordenamiento jurídico condiciona la validez de un acto administrativo.

Ello demuestra el paso evolutivo desde el principio de legalidad —condicionamiento inicial del acto administrativo— hacia el de las garantías supranacionales como rasgo saliente del principio de juridicidad.

En definitiva, así como el acto administrativo encarnó en sus orígenes la sumisión de la Administración a la ley, debe hoy expresar el sometimiento de aquella a los instrumentos convencionales de protección de los derechos humanos en el modo en que estos son aplicados por sus órganos específicos y por ello todos sus elementos esenciales deben ser aprehendidos desde la inserción de las garantías convencionales en el procedimiento administrativo.

1.3. Proporcionalidad

La noción habitual de razonabilidad se ve ampliada a partir de la idea de proporcionalidad desarrollada en el seno de la jurisprudencia de los derechos humanos. Este principio posee, en lo que nos ocupa, dos vertientes de aplicación bien concretas, pues nos sirve tanto para verificar la validez de las *normas* de procedimiento en abstracto como la de los *actos de aplicación* de aquellas, especialmente cuando nos hallamos frente a facultades discrecionales. En otras palabras, este principio debe ser respetado no sólo por el legislador que define la reglamentación de los derechos, *sino también por las autoridades administrativas y judiciales que aplican esa reglamentación.*

La relevancia práctica de este principio consiste en dotar de nuevos alcances al de razonabilidad, el cual supone —en la interpretación que habitualmente se le ha dado en nuestros ordenamientos— un control menos profundo de aquella medida estatal que reglamenta algún derecho.

Veremos, de esa forma, que la usual comprensión de la razonabilidad como adecuación entre fines y medios resulta insuficiente hoy para constatar la correspondencia de una norma procedimental con las garantías del art. 8° de la Convención Americana, debiendo el intérprete superar los siguientes peldaños de análisis [14]:

a) finalidad legítima de la restricción;
b) adecuación entre esa finalidad y los medios utilizados;
c) necesidad del medio elegido para conseguir la finalidad perseguida;
d) proporcionalidad estricta entre el beneficio obtenido y el sacrificio impuesto.

[14] Corte IDH, *Kimel v. Argentina. Fondo, reparaciones y costas*, 2/5/2008, párr. 70 y ss.

1.3.1. La comprensión usual del principio de razonabilidad

Si bien la jurisprudencia argentina resulta algo errática en esta materia, puede decirse que nuestros tribunales han adoptado a lo largo de los años un criterio de razonabilidad *débil*, en tanto lo han configurado poniendo el acento únicamente en verificar *que las medidas adoptadas sean proporcionalmente adecuadas a los fines tenidos en miras por el legislador,* pero sin avanzar en el control intrínseco de esos fines o en el desarrollo de los componentes de esa proporción. Puede notarse así un cierto acercamiento al modelo del *due process* desarrollado por la Corte estadounidense [15], el cual se caracteriza por controlar la adecuación entre medios y fines, y no los tres subprincipios de la proporcionalidad que examinaremos seguidamente.

El máximo tribunal argentino ha expresado en una infinidad de causas que "el alcance de la razonabilidad admitida por la jurisprudencia de la Corte debe entenderse como adecuación de las normas reglamentarias al fin que requiere su establecimiento y a la ausencia de iniquidad manifiesta" [16]. En ese cotejo ha declarado que no le compete verificar si los medios elegidos resultan los más acertados, en el sentido de poder controlar si existen otros, señalando que "el análisis de la eficacia de los medios arbitrados para alcanzar los fines que el legislador se ha propuesto es ajeno a la competencia de la Corte Suprema, a la que sólo incumbe pronunciarse acerca de la razonabilidad de los medios elegidos, o sea, resolver si son o no proporcionados a dichos fines y, en consecuencia, si es o no admisible la consiguiente restricción de los derechos individuales afectados" [17]. De este modo —verificado un fin público en la norma—, sólo correspondería inspeccionar "la razonabilidad de los medios previstos por el legislador, o sea, el grado de adecuación existente entre las obligaciones que la ley impone y los fines cuya realización procura" [18].

1.3.2. La razonabilidad en el plano supranacional. Principio de proporcionalidad

El enfoque descripto anteriormente se ve fuertemente reformulado desde las reglas supranacionales de los derechos humanos, que determinan al principio de proporcionalidad como la modalidad puntual de control de las restricciones a los derechos. El fundamento normativo de esta construcción se encuentra para nuestro bloque constitucional en el art. 29.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y en las previsiones de los arts. 29 a 32 de la Convención Americana.

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

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

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

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

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

pea [19], razón que hace conveniente analizar los factores principales de cada continente en forma conjunta.

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

De esta manera al momento de constatar la correspondencia de una norma procedimental con las garantías del art. 8° de la Convención Americana, el intérprete debe confirmar que se persigue una finalidad legítima al regular esas garantías, que los medios utilizados para ello son idóneos y necesarios, por no existir otros menos lesivos, y que la medida presenta un equilibrio entre el costo impuesto al derecho y el beneficio que ese sacrificio reporta a otro derecho [20]. Se reitera que este tipo de control supone la aplicación de juicios sucesivos, con lo cual la medida no resultará compatible con la Convención si, pese a procurar un fin legítimo, no configura un medio adecuado, o bien, si, pese a ser adecuado, existía otro menos restrictivo o, finalmente, si aun siendo adecuado y necesario, el beneficio sobre el bien protegido no resulta proporcionado al sacrificio impuesto.

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

1.3.2.1. Finalidad legítima de la restricción

El primer paso para evaluar la norma que reglamenta un derecho consiste en preguntarse si a través de ella se persigue una finalidad compatible con el tratado que reconoce ese derecho. En el plano del procedimiento, esto implica que al momento de analizar la reglamentación de alguna de las garantías del art. 8° de la Convención Americana debe verificarse si aquella persigue una finalidad legítima para el Pacto.

Sobre esa base, tiene dicho la Corte Interamericana en relación con el art. 30 de la Convención que, entre otras condiciones para reglamentar los derechos, es esencial que "los fines para los cuales se establece la restricción sean legítimos, es decir, que obedezcan a razones de interés general y no se aparten del propósito para el cual han sido establecidas", explicando que ese criterio teleológico "establece un control por desviación de poder" [21].

[19] SSTEDH, *Levages Prestations Services v. Francia*, 23/10/1996, párr. 40; *Waite y Kennedy v. Alemania*, 18/2/1999, párr. 7; *Fayed*, cit., párr. 65; *Fogarty*, cit., párr. 21; *Edificaciones March Gallego SA v. España*, 19/2/1998, párr. 28; *Marini*, cit., párr. 113; *Stubbings y otros v. Reino Unido*, párr. 50; *Steel y Morris v. Reino Unido*, 15/2/2005, párr. 62; *Tinnelly & Sons Ltd y otros v. Reino Unido*, 10/7/1998, párr. 29; *Apostol v. Georgia*, 28/11/2006, párr. 57.

[20] Corte IDH, *Kimel*, cit. párrs. 70 y ss.

[21] Corte IDH, OC-6/86, cit., párr. 18.

En igual sendero, el art. 18 del Convenio Europeo establece bajo el título de "Limitación de la aplicación de las restricciones de derechos": "Las restricciones que, en los términos del presente Convenio, se impongan a los citados derechos y libertades no podrán ser aplicadas más que con la finalidad para la cual han sido previstas". Esa cláusula —según entendemos— también brinda sustento para un control por desviación de poder de las limitaciones que se impongan a los derechos en el plano doméstico, aunque debe aclararse que hasta ahora su aplicación ha sido bastante reducida en la jurisprudencia del tribunal europeo. En los pocos precedentes en que se indagó sobre esta norma, los jueces de Estrasburgo han explicado que el art. 18 no tiene un rol autónomo, sino que debe ser aplicado en conjunción con otros artículos de la Convención y que él no se aplica a todos los derechos, sino solamente a aquellos que prevén pautas específicas para su reglamentación; es decir que el art. 18 sólo puede invocarse para cuestionar una desviación de los fines específicos que la norma convencional ha fijado para reglamentar un determinado derecho, no existiendo un catálogo *general* de finalidades como el expresado en el art. 32 de la Convención Americana [22].

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

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

Ahora bien, ¿cuál es el contenido de esa finalidad legítima?

Si bien los tratados brindan cierto margen de apreciación a los Estados al momento de establecer restricciones [23], posibilitando los arts. 30 y 32.2 de la Convención Americana, la persecución del *interés general*, la *seguridad de todos* o el *bien común* por una sociedad democrática, es importante hacer algunas precisiones en este plano para evitar llegar a conclusiones equivocadas. En efecto, pese a la supuesta amplitud de las finalidades permitidas en los textos convencionales, no debe entenderse que ellos carecen de todo límite al invocar conceptos tales como el bienestar general o el orden público. La armónica interpretación efectuada por la Corte Interamericana lleva a desechar esa posibilidad, pues en términos convencionales el bien común en una sociedad democrática no puede ser otro que el pleno dis-

[22] Ver, al respecto, STEDH, *Gusinskiy v. Rusia*, 19/5/2004, párr. 73.
[23] STEDH, *Brualla Gómez de la Torre v. España*, 19/12/1997, párr. 33.

frute de los derechos individuales. Para la Corte Interamericana, 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" [24], con lo cual la pretensión de disociar este concepto del régimen de coordinación de derechos no sería congruente con la letra y el espíritu de esas disposiciones.

No es dudoso, por una parte, que en el centro mismo de los sistemas de tutela internacional de los derechos humanos se encuentra ínsita la idea de que esos derechos pueden ser objeto de regulación por la ley a fin de compatibilizar su ejercicio por las personas que los titularizan. Tal es —en definitiva— el sentido de los arts. 30 y 32.2 de la Convención. Esa regulación presupone dinámicamente una esfera de inicial autonomía, en la que no se requiere anuencia estatal alguna para actuar o dejar de hacerlo, que puede ser restringida de forma específica y expresa por el Estado en atención a la relevancia comunitaria que posean determinadas actividades y, cuando ello sucede, el círculo de actuación u omisión absorbido por el Estado a partir de la regulación es perdido por el individuo. Sin embargo, y he aquí lo importante, la sustracción de una determinada actividad de ese inicial campo de libertad o la limitación al goce pleno de un derecho —en tanto excepción a la regla— requiere que el Estado acredite el nexo con bienes *de otras personas*. Es esa protección de los "derechos de los demás" de la que nos habla el art. 32.2 de la Convención Americana, como fundamento de las limitaciones, el fin que el Estado debe exhibir cuando quiere ingresar en el círculo de derechos que reconocen al individuo las constituciones y tratados.

La necesidad de demostrar que la finalidad perseguida por el Estado cuando reglamenta un derecho es la tutela de bienes protegidos de otras personas plantea un límite central frente a la invocación de conceptos tales como el interés público o el bien común. Lo relevante aquí es que no alcanza para superar este primer *test* del principio de proporcionalidad con recurrir abstractamente a la invocación de alguno de estos conceptos, sino que se demanda del Estado un *plus de justificación*.

Ese *plus* de justificación tiene sustento en las raíces mismas de los sistemas —tanto constitucionales como convencionales— de protección de los derechos fundamentales, en tanto modelos pensados a favor de las personas [25]. Que la persona sea el eje y fin último de estos ordenamientos conlleva refutar aquellas posiciones —llamadas holistas— que brindan estatus jurídico autónomo a entidades supraindividuales como la Sociedad, el Estado o la Nación con independencia de las personas que las integran, permitiendo que la invocación de intereses de esos entes colectivos se convierta en justificación de acciones aun cuando lesionan derechos individuales. El recurso a la protección o bienestar de este tipo de "sujetos" para justificar la restricción de los derechos ha sido habitual en la historia, y en la disciplina del derecho administrativo se advierte una tendencia recurrente a la exhortación de esta categoría de intereses como única fundamentación de la restricción de libertades.

[24] Corte IDH, OC-6/86, cit., párr. 29.

[25] CSJN, *Asociación Lucha por la Identidad Travesti - Transexual*, 2006, *Fallos* 329:5266, consid. 15.

Contrariamente a esa posibilidad, los sistemas de protección de los derechos humanos responden en forma concluyente a una concepción centrada en los individuos y no en los entes colectivos, de manera tal que cuando los derechos son limitados conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio, se supone que ello sólo es en función de una ampliación del ejercicio efectivo del sistema total de derechos individuales y nunca en atención a consideraciones holistas. Las limitaciones a los derechos sólo pueden darse para proteger otros derechos y *no para resguardar prerrogativas estatales por sí solas*. En otras palabras, si la base del orden jurídico reside en la existencia de ciertos derechos de la persona, la consecuencia es que estos deben prevalecer ante cualquier interés *externo* a ellos mismos, de resultas de lo cual la única razón para limitar una libertad es la correlativa protección de otra.

La centralidad de la persona se presenta, entonces, como una guía interpretativa basilar que trae aparejado que la reglamentación de los derechos se sustente exclusivamente en proteger los derechos de los demás. Lo anterior hace que el Estado tenga la carga de acreditar de qué modo una medida determinada que implica una limitación favorece a otros sujetos *identificables individual o grupalmente*, no alcanzando con invocar el beneficio de entidades colectivas. Ese rechazo de la posibilidad de asignar a los entes supraindividuales un estatus ontológico autónomo e intereses independientes de sus integrantes plantea la necesidad de precisar claramente nociones como el *bien común* o el *interés general*, las cuales quedan racionalmente reducidas al bienestar de los miembros de la comunidad que se toma como marco de referencia.

En función de ello, no alcanza para tener por configurada una finalidad legítima la mera aserción de la persecución del interés público o el bienestar general si no se confirma el beneficio sobre individuos al menos grupalmente identificables [26]. En otros términos, la reglamentación de los derechos no puede tener por objeto ampliar las prerrogativas estatales por sí solas, sino que debe atender a una *correlativa protección de otros intereses individuales involucrados*, lo cual implica que la *causa* del acto estatal de limitación deba ser la ampliación —más o menos inmediata— de la esfera de protección de otros individuos, antecedente necesario cuya acreditación en cada caso es una carga del Estado. El desafío que impone el control de la finalidad es, en todo caso, clarificar el enfoque más adecuado de esta atribución estatal a fin de evitar que la prerrogativa pública se escinda del apoyo que le da sentido.

El primer paso del juicio de proporcionalidad de la medida estatal de reglamentación es, por lo tanto, constatar que persigue una finalidad compatible con el plexo jurídico que consagra el derecho reglamentado, para lo cual el Estado debe acreditar la persecución de un aumento correlativo en la tutela de otros derechos también protegidos.

[26] Ese modo de interpretación constitucional puede observarse, p. ej., en la sentencia del Tribunal Constitucional español 22/1981 del 2/7/1981, la cual pone de resalto que el razonamiento judicial debe verificar que la restricción de un derecho —en ese caso el de trabajar de las personas mayores de 65 años— requiere de la correcta individualización del otro derecho a proteger o ampliar —el de trabajar de los más jóvenes, sector especialmente afectado en ese momento por la desocupación en España— a la par que obliga a determinar la adecuada proporción en el medio elegido. Esta identificación también se advierte, por ejemplo, en STEDH, *Runkee y White v. Reino Unido*, 10/5/2007, párrs. 40 y ss.

1.3.2.2. Adecuación de la medida utilizada

En este paso del análisis se debe indagar si la restricción constituye un medio idóneo o adecuado para contribuir a la obtención de aquella finalidad compatible con la Convención. El subprincipio de adecuación [27] impone, de esa manera, que la norma regulatoria del derecho fundamental facilite o permita alcanzar el fin que se busca mediante su dictado. Debemos conocer el fin que procura obtenerse y el medio que se emplea para ello y luego interrogarnos sobre la *aptitud* de este último para el logro del primero.

Tanto la Corte Interamericana como la Europea han recurrido sistemáticamente a este examen, señalando que "la restricción debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo" [28], por lo que el factor central a dilucidar en este caso será que la medida implementada sea *capaz de alcanzar el resultado propuesto*. Si esa capacidad no se acredita, por cuanto se concluye que no es posible obtener el propósito buscado a través de aquella, adolecerá de un defecto de proporcionalidad por falta de adecuación.

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

1.3.2.3. Necesidad de la medida utilizada

Una vez superado el *test* de adecuación, debe analizarse si es posible llegar al mismo resultado por un medio menos restrictivo de los derechos, lo cual delimita el subprincipio de necesidad [29]. En este estadio deben examinarse las alternativas

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

[28] Corte IDH, OC-5/85, cit., párr. 46; *Herrera Ulloa*, cit., párr. 121; *Palamara Iribarne v. Chile. Fondo, reparaciones y costas*, 22/11/2005, párr. 85; STEDH, *The Sunday Times v. Reino Unido*, 26/4/1979, párr. 59.

[29] Un ejemplo concreto de cómo debe operar este estándar puede verse en el *Caso de los Confites de Chocolate* (BVerfGE, 30, 292) en el cual —frente a la norma que procuraba proteger la confianza del consumidor de confites de chocolate prohibiendo la fabricación de golosinas que podían confundirse con aquellos— el Tribunal Constitucional alemán observó que "para realizar este objetivo, el legislativo no sólo exigió una etiqueta adecuada, sino que prohibió la venta del producto. Prohibir, sin embargo, es uno de los más drásticos medios imaginables para proteger al consumidor de confusiones y prácticas comerciales engañosas. El regulador puede prevenir esas amenazas al interés público de forma eficaz y eficiente a través de la simple exigencia de una etiqueta adecuada". Cotejando los dos subprincipios que venimos comentando, sostuvo en ese caso el tribunal que "el medio

existentes para alcanzar el fin legítimo perseguido y precisar su mayor o menor lesividad [30].

No alcanza, por lo tanto, con que la medida sea idónea, sino que además "entre varias opciones para alcanzar ese objetivo, debe escogerse aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido". Por lo tanto, "para que una restricción sea necesaria no es suficiente demostrar que sea útil, razonable u oportuna" [31], y "no basta que la restricción sea útil para la obtención de ese fin, esto es, que se pueda alcanzar a través de ella, sino que debe ser necesaria, es decir que no pueda alcanzarse razonablemente por otro medio menos restrictivo de un derecho protegido por la Convención" [32].

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

En definitiva, este subprincipio es expresión de la regla *pro homine*, que delimita la restricción al derecho como excepción y que, por lo tanto, requiere que el Estado solamente interfiera en el goce de aquel en la medida de lo estrictamente necesario [33].

1.3.2.4. Estricta proporcionalidad de la medida

En este último paso del análisis se evalúa si la restricción resulta estrictamente proporcional, es decir, si el sacrificio inherente a aquella no resulta exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal limitación [34]. El beneficio en el derecho tutelado tiene que guardar proporción con el sacrificio en el derecho reglamentado y para efectuar esta ponderación debe analizarse: a) el grado de afectación de uno de los bienes en juego, determinando si la intensidad de dicha afectación fue grave, intermedia o moderada; b) la importancia de la satisfacción del bien contrario; y c) si la satisfacción de este justifica la restricción del otro.

Conviene reafirmar que el control de estricta proporcionalidad se realiza *entre derechos*, cotejándose el equilibrio entre el sacrificio de un derecho que se limita y el beneficio de otro derecho que se amplía correlativamente. Rige aquí el mismo límite aplicable a la finalidad legítima: no es suficiente que el Estado aduzca un pro-

---

empleado por el legislador debe ser adecuado y necesario para alcanzar el objetivo buscado. El medio es adecuado cuando con su auxilio se puede alcanzar el resultado deseado; es necesario cuando el legislador no podría haber elegido otro medio igualmente eficiente, pero que no limitase o limitase de forma menos sensible el derecho fundamental".

[30] Corte IDH, *Kimel*, cit., párr. 74; *Castañeda Gutman v. Estados Unidos Mexicanos. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*, 6/8/2008, párr. 196; *Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez v. Ecuador. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*, 21/11/2007, párr. 93.

[31] Corte IDH, OC-5/85, cit., párr. 46.

[32] Corte IDH, OC-5/85, cit., párr. 79.

[33] Algunos matices de esta modalidad de control ya se avizoran en el fallo *Elortondo* (CSJN, 1888, *Fallos* 33:162, consid. 14)

[34] Corte IDH, *Kimel*, cit., párr. 83. En lo atinente a este componente una muestra de su aplicación puede verse en el caso *Lebach* (BverfGE 202, 1973).

vecho para el interés público o el bienestar general si no explica cuál es el beneficio concreto que la medida reporta sobre los derechos de otras personas identificables individual o grupalmente.

Como hemos dicho, la inserción del principio de proporcionalidad supone un *plus* sobre el control de razonabilidad en el alcance que tradicionalmente le ha asignado nuestra jurisprudencia, activando la aplicación de los subprincipios de adecuación, necesidad y proporcionalidad *strictu sensu* y ampliando —de ese modo— el marco de análisis de la reglamentación de las garantías del art. 8° de la Convención Americana a partir de un control intenso de los fines y los medios relativos a una determinada medida de restricción de derechos. Ello se traduce —en el campo del procedimiento administrativo— en la exigencia de que tanto la norma procedimental como su aplicación se presenten, en cada caso, como el medio idóneo que resulte menos restrictivo y que aparezca como proporcionado al fin legítimo que se procura alcanzar.

1.3.3. El test *de proporcionalidad*

El principio de proporcionalidad es hoy el criterio de enjuiciamiento de las restricciones de derechos aceptado pacíficamente por todos los órganos internacionales encargados de supervisar instrumentos de protección de los derechos humanos. Como ha puntualizado el Comité de Derechos Humanos de la ONU —seguido en el punto por la Corte Interamericana—, no es suficiente con que las restricciones sirvan a propósitos permitidos, sino que deben conformarse al principio de proporcionalidad, lo cual implica que deben ser *apropiadas* para lograr su función de protección, deben ser el *instrumento menos intrusivo entre aquellos que pueden lograr el resultado deseado* y deben ser *proporcionales con el interés a proteger*. Esa regla debe ser respetada no solamente en elaboración de la ley que prevé las restricciones, sino también en su aplicación por parte de las autoridades administrativas y judiciales [35].

Lo anterior implica que, cuando cada operador se avoca a aplicar una limitación, ella debe ser acorde con bases legales claras que superen el test de proporcionalidad [36]. Ese *test* —en su faz práctica— plantea la necesidad de responder en cada caso a las siguientes preguntas:

¿Cuál es la medida estatal analizada?

¿Cuál es el derecho limitado por esa medida estatal?

¿Cuál es la finalidad perseguida por el Estado con esa limitación?

¿Es esa finalidad legítima por ser compatible con las previstas en el bloque constitucional?

Si esa finalidad es legítima, ¿configura la medida examinada un medio adecuado para lograrla?

Si la medida es capaz de alcanzar el resultado propuesto, ¿es la forma menos lesiva de hacerlo?

[35] ONU, Comité de Derechos Humanos, OG 27, *Libertad de circulación (art. 12)*, 1999, párrs. 14, 15 y 16; Corte IDH, *Ricardo Canese*, cit., párr. 132.

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

Si la medida es adecuada y necesaria, ¿existe un equilibrio entre el sacrificio al derecho que la medida impone y el beneficio que ella reporta?

Todos estos interrogantes deben ser respondidos sucesivamente. Si frente a alguno de ellos la respuesta es negativa, estaremos ante un defecto en la proporcionalidad que conllevará la invalidez de la medida de restricción.

1.4. Eficacia de la acción estatal

Este principio refiere a la consecución oportuna de los objetivos que el procedimiento tiene encomendados. Esa consecución no debe ser entendida como una simple expresión de deseos, sino como un condicionante jurídico concreto del modo de llevar adelante las diligencias procedimentales. Toda decisión que conspire contra el efecto útil del trámite será inválida si se encuentra en juego un derecho fundamental, pues implicará —en el plano del procedimiento— incumplir la manda de los arts. 1° y 2° de la Convención Americana.

La noción de eficacia ha sido objeto de fundadas críticas cuando se la ha utilizado como sinónimo de dispensa de legalidad. Sin embargo, no es este un valor del que debamos desprendernos, siendo relevante —en todo caso— clarificar cuáles son los *objetivos* que legítimamente pueden perseguirse a través de esa categoría. En efecto, si el denominador común de las obligaciones asumidas en los pactos internacionales de derechos humanos reside en que el Estado debe asegurar eficazmente el ejercicio y el goce de los derechos allí reconocidos, son justamente esos propósitos los que deben servir de marco de referencia para tender a la eficacia.

Con ese punto de partida, debemos entender a este principio como el deber de la autoridad estatal de planificar y ejecutar sus acciones de un modo tal que permita conseguir el resultado querido por el ordenamiento. Es la obligación de coordinar todos los medios a disposición de la autoridad para garantizar el resultado fijado normativamente. Este resultado debe ser aprehendido desde el principio de juridicidad que establece en el goce efectivo de los derechos fundamentales el fin último de la actividad estatal. Por lo tanto, eficacia implica actuar hacia la consecución útil de la protección de los derechos, debiendo el Estado demostrar de qué manera sus acciones se encaminaron de un modo realmente idóneo a la satisfacción del objetivo involucrado.

Como podrá notarse, esta idea produce importantes consecuencias jurídicas para el procedimiento administrativo, pues no se trata de un mero principio organizacional, sino de un deber jurídico estatal exigible por los particulares que permite enjuiciar las acciones u omisiones de la Administración Pública. La Administración vulnerará el deber de eficacia en la protección de los derechos cuando el actuar administrativo —visto tanto globalmente como en alguna de sus etapas— no se encamine o sea inidóneo para la obtención del resultado querido por el ordenamiento, o cuando no alcance los niveles que objetivamente se desprenden de él.

En definitiva, la eficacia del procedimiento como medio tutelar de los derechos debe interpretarse, de acuerdo con el art. 1.1 de la Convención Americana, como un deber estatal *jurídicamente exigible* [37]. De resultas de lo anterior, el diseño de

[37] La Corte Interamericana ha insistido en torno a la efectividad en *Lori Berenson Mejía*, cit., párr. 220: "la Convención Americana establece la obligación general de cada Estado parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de dicha Convención, para garantizar los derechos en ella con-

normas procedimentales o la emisión de decisiones en el curso de un trámite que se constaten como inidóneos en la obtención de los objetivos impuestos por el principio de juridicidad adolecerán de un vicio por infringir la primaria obligación sentada en esa cláusula convencional [38].

Lo dicho, se insiste, dista de comportar una disquisición teórica, sino que debe servirnos para examinar cada norma y acto del procedimiento. Como ha tenido oportunidad de remarcar la Corte Interamericana, la "abierta inefectividad del procedimiento administrativo" configura una violación de los arts. 8° y 25 de la Convención Americana, en concordancia con sus arts. 1.1 y 2° [39].

1.5. Tutela administrativa efectiva

1.5.1. Deslinde conceptual

Íntimamente vinculada con la regla de la eficacia, la tutela administrativa efectiva se perfila como otro principio sustancial de enorme gravitación en el procedimiento administrativo, cuya inserción debe ser adecuadamente ponderada para distinguirlo de la noción más conocida de tutela *judicial* efectiva.

En efecto, la idea de efectividad en el resguardo de los derechos ha sido inicialmente desarrollada —y aún hoy encuentra su mayor auge— en torno a la sistemática de su protección judicial, condensada en la garantía de defensa en juicio como sinónimo de la *posibilidad de ocurrir ante los tribunales de justicia y obtener de ellos sentencia útil relativa a los derechos de las partes* [40]. Se ha analizado en el capítulo anterior cómo esa concepción impregnó también la redacción de los tratados internacionales en la materia, que se centraron inicialmente en la consecución del objetivo de amparo de los derechos por parte de los jueces.

En esa tónica, el abordaje habitual de la garantía del art. 18 de la Constitución argentina ha sido concebido desde dos módulos fundamentales: la perspectiva de *acceso al juez* y la correlativa posibilidad de obtener una *resolución útil*, esto es, dotada de eficacia práctica, por medio de la cual ese juez brinde protección al derecho postulado. En otros términos, el propósito inicial del constitucionalismo consistió en asegurar el papel protagónico del juez como vehículo de la tutela de los derechos y uno de los objetivos centrales en ese aseguramiento —del cual deriva la

---

sagrados. Este deber general del Estado parte implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (principio del *effet utile*). Esto significa que el Estado ha de adoptar todas las medidas para que lo establecido en la Convención sea efectivamente cumplido en su ordenamiento jurídico interno, tal como lo requiere el art. 2° de la Convención". En igual sendero, Corte IDH, *Zambrano Vélez y otros v. Ecuador. Fondo, reparaciones y costas*, 4/7/2007, párr. 56.

[38] Ello permite sostener la relativización del adagio de acuerdo con el cual el análisis de la eficacia de los medios arbitrados para alcanzar los fines que el legislador se ha propuesto es ajeno a la competencia del Poder Judicial. En efecto, no parece posible evaluar la proporcionalidad de los medios con los fines sin juzgar sobre la eficacia de aquellos. El derecho es una técnica social, con lo cual pretender sustraerse de ese origen no permite llegar a soluciones adecuadas.

[39] Corte IDH, *Comunidad indígena Yakye Axa*, cit., párrs. 97 y ss. y *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa*, cit., párrs. 102 y ss.

[40] CSJN, *Dahlgren*, 1996, *Fallos* 319:2925; *Manauta*, 1994, *Fallos* 317:1880; *Arbones*, 1988, *Fallos* 311:208; *Luis Podestá SRL*, 1976, *Fallos* 296:543; *Rodríguez, Samuel*, 1956, *Fallos* 235:325, entre muchos otros.

idea de tutela efectiva— consistió en la necesidad de evitar que por la sacralización de las formas esa protección perdiera vigor o se viera lisa y llanamente anulada en la práctica. De ahí el calificativo de "efectiva", que, sin esa aclaración de rechazo del ritualismo formal excesivo, nos resultaría redundante. La noción apuntada tiende a reafirmar, enfatizar, el carácter instrumental de las formas frente a los fines del ordenamiento.

Por ende, tanto desde el *acceso* al proceso judicial como de su *resultado*, la efectividad de la intervención del juez en la protección del derecho ha sido la directiva central para la articulación práctica de la garantía de defensa en juicio. Ello por cierto no es casual, sino que responde a la histórica búsqueda encaminada a asegurar la funcionalidad de las formas jurídicas —entre ellas las del proceso judicial— en la protección de los derechos individuales y el consiguiente desplazamiento de los criterios de sacralización de esas formas, de suerte que esa protección no fuera ilusoria y pudiera cumplirse en sus propios términos. La *utilidad de la sentencia que resuelve una controversia* es, de esta manera, el punto de partida de la noción de tutela judicial efectiva. El énfasis, como puede verse, por ejemplo, al analizar los fundamentos de la protección cautelar [41], reside en garantizar la eficacia práctica del proceso judicial, idea a partir de la cual se ha perfilado a la garantía del art. 18 de la Constitución argentina.

El exceso ritual manifiesto, el injustificado rigor formal, han sido los grandes enemigos de esta garantía en las diferentes lecturas de los tribunales. La idea básica de sacrificar los fines del ordenamiento por sus formas contraría el sentido mismo del sistema jurídico, que posee la función de coordinar derechos y que —por lo tanto— resigna sus propios objetivos cuando tal coordinación se frustra por anteponer las formas instrumentales —prerrogativas, organización y procedimientos estatales de adopción de decisiones— a los fines perseguidos. Como ha dicho la Corte al inaugurar esta profunda doctrina, "la renuncia consciente a la verdad es incompatible con el servicio de la justicia" y supone incurrir en una "frustración ritual del derecho" [42].

Es entonces el derecho de acceder a las instancias estatales para obtener una protección útil lo que explica en grado último la comprensión histórica de la garantía de defensa. La idea que impregna la construcción de la tutela judicial afincada en el art. 18 de la Constitución es la de *acceder al juez y obtener una protección útil de aquel.*

Pues bien, la categoría de la tutela administrativa efectiva se inserta como un paso más dentro de esa búsqueda de eficacia práctica en los instrumentos estatales de protección de los derechos y encuentra su propia funcionalidad desde dos elementos que la caracterizan y distinguen de su par judicial: a) el *papel preventivo* que se le asigna, a partir de la finalidad de evitar el conflicto que da sustento a la intervención del juez mediante una acción tutelar oficiosa de la Administración; y b) el *lugar privilegiado de la función administrativa* para la obtención de ese pro-

[41] Tiene dicho el alto tribunal que "la finalidad del proceso cautelar consiste en asegurar la eficacia práctica de la sentencia que debe recaer en un proceso" (CSJN, *Asociación de Bancos Públicos y Privados de la República Argentina —Abappra— y otros c/San Luis, Provincia de s/acción de inconstitucionalidad*, 18/7/2002, A. 1460. XXXVIII, consid. 7).

[42] CSJN, *Colalillo*, 1957, *Fallos* 238:550.

pósito, en tanto actividad estatal que por excelencia presenta los rasgos —que justamente le dan sus contornos diferenciales— de inmediatez y concreción, es decir, de *cercanía con la persona.*

Se pretende, en otros términos, recrear la noción tradicional de *defensa en juicio* desde una nueva óptica que operativice el papel tutelar que entendemos posee la Administración en el marco de las obligaciones de los arts. 1.1 y 2° de la Convención Americana, es decir, postular como principio estructurante y garantía —exigible, naturalmente— la *posibilidad de las personas de ocurrir ante la autoridad administrativa y obtener de ella resolución relativa a sus derechos, evitando precisamente diferir o postergar su protección a la instancia judicial.*

Para entender el valor institucional de este principio y la necesidad de diferenciarlo de la tutela judicial, de dotarlo de contenido y jerarquía propios es, en efecto, primordial computar las características propias de la función administrativa como modalidad puntual del obrar estatal, pues son ellas las que precisamente permiten ubicar al aparato administrativo en esa *posición estratégica para la prevención de violaciones a los mandatos de los Pactos.* Son los rasgos de permanencia, practicidad, inmediatez y concreción de este segmento del obrar estatal los que confieren a la actividad administrativa un papel primordial de cara a lograr el goce tangible de los derechos, en especial por la proximidad con las personas que ofrece.

Si la vigencia de las garantías convencionales no deriva del carácter de la autoridad dentro de la estructura del Estado, sino de la "naturaleza de la función que esta ejerce en el caso concreto y de la trascendencia que dicho ejercicio puede tener en relación con los derechos y los deberes del ciudadano" [43], es justamente la magnitud de la función administrativa como paradigma de acción directa frente al ciudadano lo que dota a esta actividad de un impostergable protagonismo en la labor estatal de dar cumplimiento a las obligaciones de los arts. 1.1 y 2° de la Convención. En esa tónica, la gravitación de la actividad de la Administración Pública ha sido enfatizada por la Corte Interamericana al explicar que esas obligaciones "no se cumplen con la sola expedición de normativa que reconozca formalmente dichos derechos, sino que requieren que el Estado adopte las medidas necesarias para garantizar su pleno ejercicio, considerando la situación de debilidad o desvalimiento en que se encuentran los integrantes de ciertos sectores o grupos sociales" [44].

1.5.2. Recepción jurisprudencial

La alusión jurisprudencial expresa a esta noción se dio por primera vez en Argentina en el precedente *Astorga* [45] de la Corte Federal, en el cual el tribunal afirmó que una serie de normas constitucionales y convencionales "resguardan el derecho a la tutela administrativa y judicial efectiva", a la cual se califica como una "garantía" que "supone la posibilidad de ocurrir ante los tribunales de justicia —a lo que cabe agregar, ante las autoridades administrativas competentes— y obtener de ellos sentencia o decisión útil relativa a los derechos de los particulares o litigantes y que requiere, por sobre todas las cosas, que no se prive a nadie arbitrariamente de la adecuada y oportuna tutela de los derechos que pudieren, eventualmente, asistir-

[43] Corte IDH, *Claude Reyes*, cit., voto razonado del juez García Ramírez.
[44] Corte IDH, *Yatama*, cit., párr. 201.
[45] CSJN, *Astorga Bracht*, cit., consids. 6 y 7.

le sino por medio de un proceso —o procedimiento— conducido en legal forma y que concluya con el dictado de una sentencia —o decisión— fundada".

Esa definición permite desentrañar diferentes elementos propios de la figura analizada.

Por una parte, al plantear la Corte Federal que el art. 18 de la Constitución argentina; los arts. XVIII y XXIV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 8° y 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 8° y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 2°, inc. 3°, aparts. a) y b), y 14, inc. 1°, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos resguardan una garantía llamada "tutela administrativa efectiva", la primera observación que surge es la de la autonomía conceptual de la noción, que nuestro máximo tribunal diferencia expresamente de la tutela judicial. Esa autonomía conceptual es determinante, pues conlleva la elaboración de una nueva institución jurídica cuyos alcances es necesario dilucidar.

En segundo lugar puede notarse que el sujeto titular de la garantía examinada es la persona, mientras que el obligado es —puntualmente— la Administración Pública.

En tercer lugar, la Corte aclara que esa institución dotada de autonomía conceptual posee un andamiaje jurídico puntual basado en las normas constitucionales y convencionales allí reseñadas. Ello posee una especial relevancia, pues denota que la infracción a la garantía de la tutela administrativa efectiva representa una violación de normas que cuentan con un sistema específico de tutela y responsabilidad internacionales. Es así que las nociones oportunamente analizadas en relación con el alcance de las obligaciones contenidas en los tratados de derechos humanos se aplican enteramente respecto de esta nueva garantía, lo cual significa que *la específica regulación de la figura atrae el marco genérico de los arts. 1.1 y 2° de la Convención Americana* y —consecuentemente— que cualquier práctica contraria a la tutela administrativa efectiva conlleva una infracción a ese régimen normativo.

El fallo *Astorga* nos permite, de esa manera, reafirmar la plena entidad de la tutela administrativa efectiva como un principio incorporado a nuestro derecho. Su *autonomía conceptual* permite entenderla como una garantía diferente de la tutela judicial, con contenido propio, cuyos contornos característicos atienden a la específica modalidad de gestión estatal que aquella viene a condicionar, esto es, la función administrativa. Además, la figura posee fundamento normativo en preceptos convencionales que activan la vigencia de un *régimen jurídico específico*, como el normado en los arts. 1° y 2° de la Convención Americana, tiene a la persona como *sujeto titular* y al aparato administrativo del Estado parte como *sujeto obligado*, lo cual se resume en que el *ámbito material de aplicación* de la garantía es aquella parcela del obrar estatal ejercida por la Administración Pública.

1.5.3. Contenido de la tutela administrativa efectiva

El análisis de la jurisprudencia —tanto interna como interamericana— nos ha mostrado en el capítulo segundo que el punto de partida para la regulación de las garantías esenciales del ciudadano en sus relaciones con el Estado se afincó inicialmente en la idea de protección judicial.

Del mismo modo que el debido proceso estatuido en el art. 18 de la Constitución argentina fue extendido al procedimiento administrativo, hemos podido ver

cómo las normas convencionales que —en la mayoría de los tratados— refieren a la protección judicial o al recurso judicial se han visto trasladadas a planos diferentes del accionar estatal pensado por sus redactores. Esto obedeció a una *interpretación evolutiva* que procura desentrañar el contenido actual de los instrumentos de protección en función de las necesidades que la problemática de los derechos humanos va generando.

Este fenómeno es palpable en el caso *Astorga*, donde para definir el contenido de la tutela administrativa efectiva, la Corte recurre a la noción habitual de la garantía de defensa *en juicio* detallando los elementos distintivos que se presentan en el marco de la gestión administrativa [46]. Se extrapola de esa manera el concepto de defensa en juicio [47] al ámbito de la Administración Pública y se construye el concepto examinado a partir de reemplazar: "juez" por "autoridad administrativa competente"; "sentencia" por "decisión"; "litigantes" por "particulares"; y "proceso" por "procedimiento". Los nombres cambian pero los objetivos son los mismos y, por ende, todas las construcciones pensadas para la defensa en juicio se vuelven aplicables.

El resultado de esa traslación de la directiva de defensa en juicio al ámbito administrativo será hallarnos hoy frente a la nueva garantía de la "tutela administrativa efectiva", que como vimos se considera una salvaguarda asegurada por el art. 18 de la Constitución y diversas normas supranacionales.

Esa traslación posee, además, la trascendencia de *revalorizar el papel del procedimiento administrativo como instrumento de toma de decisiones estatales.* En efecto, pareciera en algún punto que la teoría tradicional del procedimiento administrativo se ha desarrollado en torno a los mecanismos de *preparación del conflicto judicial*, es decir, de los instrumentos de control *a posteriori* de lo actuado por la Administración. Es por ello que las vías impugnatorias y reclamatorias, el agotamiento de la vía administrativa y, en general, los condicionantes de la habilitación de la instancia judicial han sido los protagonistas en esta materia. Sin embargo, el abordaje de este instituto no debe quedar acotado a posibilitar el control posterior de las decisiones ya adoptadas. Por el contrario, se trata de condicionar *a priori* el modo en que se toman las resoluciones administrativas, esto es, de fijar mecanismos de prevención de quebrantamientos de los derechos.

Este cambio de enfoque hace que el procedimiento administrativo tenga una relevancia constitucional propia y no meramente accesoria de la llegada al juez, y que por ello sea necesario enfrentarlo al sistema de garantías instituido por los pactos internacionales. No se trata solamente de encontrar la protección de esas garantías en el juez, sino de establecer mecanismos de acción que aseguren la validez convencional de la decisión de modo directo, de indagar en las formas necesarias para sujetar *a priori* la acción administrativa a las obligaciones estatales internacionales. La Administración debe tener un papel propio en esta materia y es a partir de la noción de tutela administrativa efectiva que debemos idear el modo de adopción

[46] Es importante remarcar que la totalidad de los precedentes citados por la Corte Suprema en el consid. 7 del fallo *Astorga* aluden a la noción de tutela *judicial*, de defensa *en juicio*, y en ninguno de ellos se hace referencia explícitamente a la protección frente a la Administración.

[47] Posibilidad de ocurrir al *juez* y obtener *sentencia* útil relativa a los derechos de los *litigantes*, lo cual requiere que no se prive a nadie arbitrariamente de la adecuada y oportuna tutela de los derechos que pudieren eventualmente asistirle, sino por medio de un *proceso* conducido en legal forma y que concluya con el dictado de una *sentencia* fundada.

de la decisión administrativa. Las modalidades aplicables en ese campo adquieren su entidad característica y nos obligan a procurar salidas nuevas desde principios tales como la transparencia, la participación ciudadana, la intervención multilateral en la definición de políticas públicas y —en fin— todas aquellas formas que permitan el mayor grado de aportes antes de decidir.

¿Significa esto debilitar el control judicial? De ningún modo. Se trata en realidad de obtener una actuación oficiosa de la Administración en la defensa de los derechos respaldada por una tutela judicial efectiva de aquellos que operará solamente cuando la tutela administrativa *haya fallado.*

Esa actuación oficiosa debe ser abordada desde dos frentes: a) el *cambio conceptual* —cultural, si se quiere— de la acción administrativa, esto es, la actuación de todos los agentes desde una perspectiva diferente a la actual respecto de las finalidades propias de esa organización; b) el *cambio procedimental para la toma de decisiones.* La formación de la decisión administrativa debe rodearse de directivas —tanto interpretativas como normativas— que tiendan a la tutela efectiva, adecuándose las pautas procedimentales y las reglas de gestión.

En especial, esa acción oficiosa debe regirse por parámetros de justicia procedimental a través del diálogo. El procedimiento administrativo debe abandonar su impronta *unilateral y jerárquica* e incluir esos mecanismos de diálogo previos a la toma de una decisión. El acto administrativo unilateral, ejecutivo, ejecutorio —frente al cual la única garantía de control es el acceso ulterior al juez— debe dar paso al acto administrativo resultante de una exposición eficaz de todos los elementos en juego, del aporte de los afectados, de la consideración de los derechos en conflicto a partir de criterios de proporcionalidad —en especial en materia de gasto público—, de la identificación de los sectores en desventaja, de la publicidad del proceso de discusión, del control de lo decidido y —fundamentalmente— del perfeccionamiento de los *procesos de justificación mutua* entre los exponentes de los diferentes puntos de vista.

Por todo lo dicho, la tutela administrativa efectiva debe ser entendida como un principio sustancial del obrar estatal de acuerdo con el cual *es deber (jurídicamente exigible) de la Administración Pública asegurar en todas sus actuaciones la posibilidad real, concreta y sin excepciones de goce efectivo de los derechos fundamentales de la persona, en forma expedita.*

1.6. Confianza legítima

1.6.1. Características de la figura

El principio de confianza legítima ha tenido un vertiginoso desarrollo en Europa a partir de las construcciones del derecho alemán y de la jurisprudencia comunitaria. Es en ese último campo donde se ha avanzado inicialmente en una definición de los contornos de la figura, a partir de su inserción dentro de la noción más amplia de intangibilidad del acto que crea o reconoce derechos, la cual es entendida en el derecho comunitario como un factor esencial de seguridad y estabilidad de las situaciones jurídicas y, por lo tanto, como una de las herramientas básicas para la tutela de la competencia y libertad económicas, pilares originarios de la unión. Esa intangibilidad procura otorgar un grado mínimo de certidumbre al particular sobre el mantenimiento de la decisión plasmada en un acto estatal, sujetando

su extinción o modificación a ciertos condicionamientos, entre los cuales se destaca la legítima confianza que la conducta de las autoridades pudo originar en el ciudadano [48].

La excepción a esa idea de intangibilidad está constituida, como dijimos, por la posibilidad de la autoridad estatal de dejar sin efecto el acto creador de derechos. Aquí adquiere relevancia el principio de la confianza legítima, pues esa extinción o modificación se encuentran, en el plano comunitario, sujetas a tres condiciones: la verificación de la *ilicitud del acto* producida en un *plazo razonable* y el respeto de la *legítima confianza* que la estabilidad de esa decisión pudo generar en los afectados [49].

Si bien el concepto analizado ha tenido, con las particularidades comentadas, su mayor auge en el marco del derecho comunitario, la Corte de Estrasburgo ha desarrollado la noción de "expectativas legítimas" a partir de la aplicación del art. 1° del Protocolo 1° del Convenio [50], que consagra el derecho al goce pacífico de las posesiones y establece el grado de interferencia estatal admisible respecto de aquel. En diversos precedentes relativos a planes urbanísticos, alquiler de inmuebles y cumplimiento de sentencias, la Corte ha ido delineando a la legítima confianza fundada en actos estatales debidamente regularizados como un factor integrante de los derechos tutelados por el art. 1° del Protocolo [51].

En el caso *Pine Valley* [52], esta protección se configuró aun respecto del derecho derivado de un acto administrativo —permiso urbanístico— que fue considerado nulo de pleno derecho por la autoridad doméstica. La Corte valoró que al momento de adquirirse el inmueble con el fin de realizar un proyecto urbanístico luego prohibido a partir de la anulación del acto originario, aquel gozaba de los requisitos necesarios para generar expectativas legítimas sobre la posibilidad de ejercer los derechos derivados de tal acto. Puntualmente, la confianza provino legítimamente en ese caso del hecho de que el acto anulado había sido debidamente asentado en un registro público llevado a esos fines, por lo que era perfectamente justificado asumir su validez. Este elemento dotaba al acto de apariencia de legitimidad, confiriendo sustento a la confianza del particular, concepción que parece acercarnos a la idea de regularidad —ausencia de vicios manifiestos— construida en nuestra jurisprudencia desde *Pustelnik* [53].

En función de esos elementos, la Corte ha considerado que existe confianza legítima protegida como rasgo integrante del derecho de propiedad tutelado por el art. 1° del Protocolo, cuando el afectado se encuentra autorizado a confiar en que el acto jurídico en función del cual ha asumido obligaciones no será retroactivamente

[48] TJCE, *Basf y Otros v. Comisión*, 27/2/1992.

[49] TJCE, *Consorzio Cooperative d'Abruzzo*, 26/2/1987.

[50] Protocolo N° 1 al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, celebrado por los gobiernos signatarios del Consejo de Europa en París, Francia, el 20 de marzo de 1952.

[51] SSTEDH, *Kopeckj v. Eslovaquia*, 28/9/2004, párrs. 45 y ss.; *Stretch v. Reino Unido*, 24/6/2003, párr. 35; *Pine Valley Developments Ltd. y otros v. Irlanda*, 29/11/1991, párr. 51; *Pressos Compania Naviera SA y otros v. Bélgica*, 20/11/1995, párr. 31.

[52] STEDH, *Pine Valley Developments Ltd. y otros*, cit.

[53] CSJN, *Pustelnik*, 1975, *Fallos* 293:133. En esa línea se inscriben precedentes como *Pradera del Sol*, 2004, *Fallos* 327:5356, *Furlotti*, 1991, *Fallos* 314:322; *Espacio*, 1993, *Fallos* 316:3157; *Puch*, 1966, *Fallos* 265:349; *Hochbaum*, 1970, *Fallos* 277:205 y *Cabanas*, 1988, *Fallos* 311:160.

invalidado en su perjuicio. La expectativa legítima que forma parte de la propiedad consiste, de esa manera, en *confiar de modo razonablemente justificado en un acto que posee una base jurídica sólida* [54].

Debe distinguirse entre la confianza protegida por conducto del derecho de propiedad y la simple esperanza de la persona en obtener algún beneficio. Las expectativas deben, para gozar de tutela, ser más concretas que una simple aspiración y basarse en una disposición legal o un acto jurídico de cierta envergadura, tal como una sentencia. En otros términos, la confianza debe provenir de un acto interno con bases sólidas en el derecho nacional, sin que alcance la interpretación que el reclamante haga de los derechos que tal ordenamiento le brinda si estos no han sido receptados en una *práctica estatal tangible*. Consecuentemente, no puede invocarse confianza legítima cuando existen controversias acerca de la correcta interpretación y aplicación del ordenamiento doméstico.

Es importante precisar que el Tribunal de Estrasburgo concibe la confianza legítima —en el alcance de su protección por el Convenio— como accesoria de un derecho de propiedad no cuestionado. De tal manera, si no se acredita previamente una situación de posesión o propiedad, no se produce la aplicación de la noción ante la lesión de expectativas. Esto es relevante, pues implica que la idea de confianza legítima no puede invocarse ante la afectación de derechos diferentes del de propiedad, conclusión que restringe de modo excesivo el alcance práctico de este principio. Por el contrario, es dable considerar a la confianza legítima como un factor genérico de valoración de las decisiones administrativas, independiente del tipo de afectación que se esté evaluando, el cual puede relacionarse con cualquier otro derecho merecedor de protección. Lo significativo es la salvaguarda de la *seguridad jurídica*, principio que indudablemente trasciende a la protección del derecho de propiedad. Nótese, en este punto, que la Corte Europea ha encontrado el fundamento de la seguridad jurídica en el preámbulo de la Convención, que declara al Estado de derecho como patrimonio común de los Estados contratantes. Este concepto le ha permitido construir la fuente de apoyo de categorías como la cosa juzgada, mostrándonos que la estabilidad de las decisiones jurídicas y la imposibilidad de volver sobre ellas sin limitación alguna repercuten en planos más extensos que la propiedad para posarse como reaseguro de otras garantías, como el debido proceso [55].

En nuestro país la noción no ha tenido todavía una acogida expresa en la mayoría de la Corte Federal, aun cuando el cuerpo reconoce como valor primerísimo el de la seguridad jurídica, entendida como "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

[54] STEDH, *Kopeck_*, cit., párr. 47.

[55] STEDH, *Brum_rescu v. Rumania*, 28/10/1999, párrs. 61 y ss. La Corte también ha considerado como violatorias de este principio a las normas procesales rusas que instituyen de modo amplio —y no para casos extraordinarios— el proceso de revisión de una sentencia firme y ejecutoriada a pedido de las autoridades (SSTEDH, *Nelyubin v. Rusia*, 2/11/2006, párr. 22; *Pravednaya v. Rusia*, 18/11/2004, párr. 25, *Roseltrans v. Rusia*, 21/7/2005, párr. 27; *Volkova v. Rusia*, 5/4/2005, párrs. 34-36; *Borshchevskiy v. Rusia*, 21/9/2006, párr. 41).

de los gobernantes, de manera que la conducta de estos sea previsible y, en caso contrario, que haya quien, con potestad suficiente, pueda corregir el error y responsabilizar eficazmente al transgresor" [56].

Tampoco la Corte Interamericana ha reconocido expresamente la noción, aunque entendemos que esta puede deducirse del ordenamiento supranacional americano a partir del valor de la seguridad jurídica que le da sustento, que encuentra expresa recepción en las instituciones de la Convención [57].

1.6.2. Requisitos para la admisión de la confianza legítima como principio del procedimiento

Sólo cabe admitir a la confianza legítima como un principio del procedimiento en tanto se lo entienda como *totalmente subordinado al principio de juridicidad.* Su ámbito protagónico de aplicación se da en el marco del ejercicio de facultades discrecionales, caracterizadas por el *contenido jurídicamente neutro de la decisión.* Por el contrario, no es posible invocar esta confianza para sanear situaciones ilegales o invocar derechos a partir de aquellas. Solamente con esta aclaración es posible admitir la vigencia de este principio, que nunca puede desplazar a la directiva de sujeción estatal al orden jurídico.

Como ha aclarado el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas [58], no puede considerarse lesionada la confianza cuando la expectativa tiene asidero en una ilicitud, desde que las prácticas ilegales de los funcionarios no pueden justificar la invocación ulterior por los operadores económicos de la legítima confianza que estas actitudes ilegales les han permitido fundar [59].

En definitiva, la confianza legítima debe admitirse como principio general siempre y cuando se entienda que su límite reside en la invocación de actuaciones u omisiones ilegales del Estado. Con esa restricción, el ámbito natural de aplicación de esta regla se encuentra en el ejercicio de *facultades discrecionales* como un complemento con el enjuiciamiento de la proporcionalidad de la medida y el respeto al principio *pro homine*. Cuando la Administración se encuentra ante la posibilidad de elección entre varias alternativas jurídicamente válidas, el ejercicio de esa opción se halla condicionado por la aptitud, la necesidad y la proporcionalidad de la alternativa elegida, a lo cual, cabe ahora agregar, por la necesidad de evitar la lesión de la confianza que legítima y fundadamente pueda haberse formado el ciudadano sobre la estabilidad de una determinada relación jurídica o la conservación de una situación.

Conviene aclarar que no compartimos la aplicación de la confianza legítima para el supuesto de cambios legislativos ni la posibilidad de responsabilizar al Estado ante la modificación o derogación de las normas con base en este principio [60].

[56] CSJN, *San Luis*, 2003, *Fallos* 326, consid. 49.

[57] Corte IDH, *Cayara v. Perú. Excepciones preliminares*, 3/2/1993, párr. 63; *Baena y Otros*, cit., párr. 106; *Aguado Alfaro y otros*, cit., párrs. 126 y 129. Com. IDH, Informe 105/99, caso 10.194: *Palacios, Narciso-Argentina*, párr. 65.

[58] TJCE, *Chomel*, 27/3/1990.

[59] TJCE, *Hauptzollant Hamburg*, 26/4/1988; *Comisión v. Alemania*, 20/9/1990.

[60] Cuestión diferente será el supuesto de un sacrificio especial o la afectación de la igualdad ante las cargas públicas.

Ello implicaría tener derecho a la paralización del orden jurídico, lo cual entrañaría fracturar el dinamismo que —como derivado del carácter abierto de la democracia— le es propio. Si bien no existen derechos adquiridos al mantenimiento de las normas, ello no obsta, naturalmente, reconocer la plena protección que poseen los derechos adquiridos al amparo del anterior ordenamiento [61].

1.7. Igualdad

1.7.1. Concepto

Tradicionalmente se ha abordado al principio de igualdad como el derecho a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se concede a otros en iguales circunstancias [62]. Los componentes esenciales de la noción son, entonces, la existencia de una básica similitud de circunstancias que activa la necesidad de un trato igualitario (impidiendo que se conceda a unos lo que se niega a otros) y el límite de razonabilidad impuesto al Estado al momento de efectuar distingos entre aquellas circunstancias con el fin de justificar tratos diferenciales.

Este principio se presenta como un componente esencial e inderogable del ordenamiento jurídico, en tanto se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona. Por lo tanto, los Estados sólo pueden establecer distinciones objetivas y razonables, y de conformidad con el principio de la aplicación de la norma que mejor proteja a la persona humana [63].

Ahora bien, erigir la igualdad, como un elemento integrante del *ius cogens* y —por tal— como un derecho expresamente tutelado en el contexto de los tratados de derechos humanos, posee decisivas proyecciones al momento de su traslado a los esquemas domésticos, especialmente aquellos en los que las regulaciones procedimentales se construyen desde la *diversidad de la potestad legiferante*.

[61] Tiene dicho la Corte Federal que "como es obvio, la Constitución Nacional exige el respeto de los derechos adquiridos, sin cuya inviolabilidad se vería seriamente afectada una de las bases principales de nuestro ordenamiento jurídico. Pero no es lícito invocar tal principio para paralizar el ejercicio de la potestad normativa del Estado" (CSJN, *Gorosito*, 2002, *Fallos* 325:11, consid. 9). De igual modo, frente a la invocación de este principio ante un caso de reforma fiscal en materia de exenciones expuso el tribunal que "corresponde rechazar el agravio referente a la lesión de la confianza legítima del contribuyente, por cuanto en el *sub judice* aquello que —en lo sustancial— resulta impugnado bajo dicho *nomen iuris* es una reforma legislativa motivada en razones de política fiscal propias de las facultades privativas de la provincia demandada, sobre la que no corresponde pronunciarse al Poder Judicial, salvo en caso de tacha de inconstitucionalidad" (CSJN, *Nación Administradora de Fondos de Jubilaciones y Pensiones SA*, 2006, *Fallos* 329:1586, consid. 9. Ver también *Gardebled Hermanos SA*, 2007, *Fallos* 330:3565. Dictamen del Procurador Fiscal que la Corte hace suyo).

[62] CSJN, *Olivar*, 1875, *Fallos* 16:118; *Asociación Mutual Carlos Mujica*, 2003, *Fallos* 326:3142; *Cía. Azucarera Bella Vista SA*, 2007, C. 623. XLI; Rex, por citar algunos.

[63] Corte IDH, OC-18/03, cit. Afirmó la Corte en su punto resolutivo N° 4 que la garantía examinada integra el *ius cogens* internacional.

1.7.2. Proyecciones de la igualdad en el procedimiento administrativo

En el plano del procedimiento este principio posee una especial gravitación tanto en el diseño como en la aplicación de las normas, pues la red de salvaguardas convencionales del art. 8° de la Convención Americana se constituye en directivas de base que deben presidir toda actuación administrativa, operando como un piso mínimo exigible ante todos los estamentos estatales. Ese piso mínimo influye decisivamente en la comprensión del reparto de potestades regulatorias desde dos vértices: la competencia de los entes locales y sectoriales, y la teoría del mejor derecho.

En primer lugar, si todos los principios y garantías derivados del art. 8° de la Convención Americana deben ser entendidos como bases para la legislación procedimental, las autoridades locales o sectoriales deben respetarlos sin importar el grado de autonomía o independencia con que cuenten. Los procedimientos de cualquier índole, más allá de la competencia que se encuentre en juego en su diseño o aplicación, deben cubrir estas garantías básicas, por lo cual las potestades provinciales, municipales o sectoriales de regulación del trámite administrativo se encuentran sometidas a estándares supranacionales que no pueden soslayarse [64].

Del mismo modo, el principio de igual protección de ley permite al ciudadano de una federación o de una asociación de Estados invocar la norma más favorable a sus derechos que presente la regulación de cualquier Estado integrante. Esto demuestra que la igualdad no se limita hoy a un concepto restringido de trato equivalente ante las mismas circunstancias, sino que alcanza una fuerte gravitación como mecanismo de uniformidad regulatoria.

Como puede notarse, la igualdad plantea desafíos por demás interesantes con proyecciones profundas en el procedimiento administrativo actual.

1.7.3. Los pisos mínimos de protección frente a las competencias locales y sectoriales

En 2000, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas [65] manifestó su preocupación en relación con la Argentina debido a que "el sistema federal de gobierno confiere a las provincias autoridad en sectores críticos (...) con el resultado de que el Pacto no se aplica de manera uniforme en las diferentes regiones del territorio del Estado parte". De esa preocupación intenta dar cuenta el principio de igualdad como fuente de uniformidad en la ordenación del procedimiento administrativo.

1.7.3.1. Federalismo y multiplicidad de procedimientos administrativos locales

El régimen federal argentino contiene como regla de distribución de competencias entre Nación y provincias un modelo que concreta el listado de las faculta-

[64] CSJN, *Mantecón Valdés, Julio*, M. 1650. XLI; RHE; 12/8/2008.

[65] CCPR/CO/70/ARG, 3/11/2000. Sesiones 1883 y 1884 (CCPR/C/SR.1883 y 1884), celebradas los días 25 y 26 de octubre de 2000, el Comité examinó el tercer informe periódico de la Argentina (CCPR/C/ARG/98/3), 1893 sesión (CCPR/C/SR.1893), celebrada el 1 de noviembre de 2000. Compilación de observaciones finales del Comité de Derechos Humanos sobre países de América Latina y el Caribe (1977-2004), p. 51.

des del Estado federal central, dejando las de tipo residual en poder de los Estados miembro; toda competencia no atribuida por la Constitución al Estado nacional corresponde a las provincias, situación que obedece a que el punto de partida de la conformación institucional de nuestro país ha sido el reconocimiento de poderes originarios en cabeza de las provincias cuyo traspaso al Estado nacional se dio por medio de una *delegación*. El criterio fundamental en esta materia ha sido receptado desde antiguo por la jurisprudencia: 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) [66].

Como resultado de la pauta de reparto precitada, no es dudoso que tanto la legislación como la aplicación del procedimiento administrativo son de esencia local, en tanto materia no delegada al Congreso Nacional en el art. 75, inc. 12, de la Constitución. Todos los estamentos locales cuentan con la posibilidad de regular y aplicar su procedimiento administrativo.

1.7.3.2. República y multiplicidad de procedimientos administrativos sectoriales

Del mismo modo, la regla de independencia de poderes que se desprende del modelo republicano consagrado en el art. 1° de la Constitución argentina posibilita que en muchos casos diferentes autoridades cuenten con facultades para la regulación y la aplicación de procedimientos específicos en sus áreas de actuación, extremo que también nos enfrenta al fenómeno de la multiplicidad de regulaciones procedimentales. Tal es el caso de las entidades descentralizadas, los poderes legislativo y judicial en sus esferas internas y, en general, todos los órganos que por imperio constitucional o legislativo gozan de competencia para elaborar y aplicar procedimientos en sus ámbitos propios.

En síntesis, *Federalismo y República se traducen en el fenómeno de la diversidad del procedimiento administrativo.*

1.7.3.3. Derechos humanos y bases del procedimiento administrativo

En paralelo con esa construcción, el sometimiento a los sistemas normativos y jurisdiccionales de protección de los derechos humanos conlleva el deber de acatar los parámetros mínimos de tutela que de ellos se desprenden, obligación frente a la cual el reparto interno de atribuciones —sea territorial, sea orgánico— es inoponible. La imperatividad de esos pisos mínimos de protección de los derechos —pisos que provienen de la esfera supranacional— impide que la diversidad propia del carácter local o sectorial derive en una desigual protección o una afectación de esos estándares. Ello se acentúa al notar que los órganos encargados de controlar el respeto de las obligaciones convencionales tienen un solo obligado, el Estado federal, que no puede invocar el federalismo para justificar el incumplimiento de una directiva de los Pactos. De igual modo, un poder constituido no puede invocar la acción o la omisión de otro según el reparto interno para excusar un incumplimiento del tratado. En fin, ese sistema imperativo considera irrelevan-

[66] CSJN, *Cablevisión SA*, 2006, *Fallos* 304:1186. Dictamen del Procurador Fiscal que la Corte hace suyo.

te la distribución interna del poder en el plano territorial y orgánico a efectos de determinar el acatamiento de los Pactos.

A la luz de lo dicho, la variedad de soluciones propia del federalismo o de la independencia entre poderes tiene que ser entendida en el conjunto del sistema. Si bien la pluralidad de regulaciones no es por sí sola violatoria de la igualdad [67], *sí lo es cuando ella determina un trato distinto en el goce sustancial de derechos fundamentales*. Esa sustancia es el límite a la diversidad. La pirámide constitucional —erigida desde 1994 en su cúspide por normas cuya creación y aplicación exceden ampliamente a los órganos nacionales— es la que permite armonizar la necesidad de *uniformidad* de criterios mínimos de tutela frente a la *diversidad* de un derecho administrativo enteramente local. Y, en ese proceso, las realidades jurídicas tanto federal como provincial y municipal deben transformarse en pos de la efectivización de los principios plasmados en los textos convencionales, no ya a partir de la comprensión dada internamente a esos institutos, sino acatando las pautas interpretativas brindadas por los órganos supranacionales.

Este escenario va configurándose en diferentes precedentes de la Corte Federal argentina, que —sin haber agotado el recorrido de esta discusión— han dado pautas relevantes para comenzar el tránsito hacia la materialización de la interconexión en la multiplicidad local. En el precedente *Verbitsky* [68], el Alto Tribunal esbozó esta discusión de primer orden, vinculada en el caso con las diferentes regulaciones procesales de los institutos de privación cautelar de la libertad, expresando 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" [69]. Ese abordaje se sintetiza en que "las provincias se hallan sometidas a un piso mínimo determinado por los estándares internacionales" y, por lo tanto, la multiplicidad inherente al federalismo —plasmada por los arts. 75, inc. 12, y 121 de la Constitución, 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 la fijación de ese piso mínimo determinado por los estándares internacionales. A esos estándares —agregó la Corte en ese caso— "se ajusta la legislación nacional", pero es necesario señalar que ello no siempre será así: esos pisos mínimos no se encontrarán siempre en la legislación nacional, sino que muchas veces serán las normas convencionales y otras disposiciones locales las que brindarán el parámetro de cobertura exigible [70]. Por lo

67 STEDH, *Dudgeon v. Reino Unido*, 22/10/1981, voto disidente del juez Matscher.

68 CSJN, *Verbitsky*, cit.

69 CSJN, *Verbitsky*, cit., voto de la mayoría, cons. 57.

70 En este punto, la aserción de la jueza Argibay en su disidencia parcial en el caso brinda elementos importantes de análisis: "el examen de constitucionalidad del régimen de la prisión preventiva y la excarcelación vigente en la provincia de Buenos Aires debe llevarse a cabo exclusivamente sobre la base de las reglas contenidas en la Constitución federal y en los instrumentos internacionales que vinculan a las legislaturas provinciales. La propuesta de utilizar como marco normativo obligatorio el Código Procesal Penal de la Nación importa una severa restricción del principio federal adoptado por

tanto, *la remisión a un ordenamiento no depende de su calidad de nacional, sino de ser la norma más protectora*. Tal es el patrón, sin importar el origen de la disposición.

En consonancia con los precedentes internos comentados, los órganos internacionales han resaltado en varias oportunidades la imposibilidad de un Estado parte de justificar la falta de cumplimiento de una obligación convencional como resultado de su carácter federal, regla que es consecuencia directa del principio contenido en el art. 27 de la Convención de Viena. Tiene dicho, así, la Corte Interamericana, que las obligaciones convencionales deben ser cumplidas por los Estados, "independientemente de su estructura federal o unitaria" [71]. Esto no debe ser pasado por alto: es criterio plasmado en un punto resolutivo de una opinión consultiva que las disposiciones internacionales que conciernen a la protección de los derechos humanos deben ser respetadas por los Estados parte independientemente de su estructura federal o unitaria; de modo que la intención de anteponer elemento alguno propio del federalismo como justificativo para la omisión de efectivización de las obligaciones de respeto, aseguramiento, garantía y adaptación del derecho interno es hoy inadmisible por expresa decisión del órgano judicial interamericano.

Ha de recordarse también que el tribunal de San José de Costa Rica ha tenido la oportunidad de analizar intentos de nuestro país de escudarse en el federalismo,[72] desestimándolos de plano al señalar que "el art. 28 de la Convención prevé la hipótesis de que un Estado federal, en el cual la competencia en materia de derechos humanos corresponde a los Estados miembro, quiera ser parte en ella" [73] y que "dado que desde el momento de la aprobación y de la ratificación de la Convención *la Argentina se comportó como si dicha competencia en materia de derechos humanos correspondiera al Estado federal*, no puede ahora alegar lo contrario, pues ello implicaría violar la regla del *estoppel*". En cuanto a las "dificultades" invocadas por el Estado nacional respecto a la implementación de las medidas de cumplimiento ordenadas en ese caso, la Corte Interamericana recordó que "según una jurisprudencia centenaria y que no ha variado hasta ahora, un Estado no puede alegar su estructura federal para dejar de cumplir una obligación internacional". Fue así que el tribunal impuso la obligación de protección del derecho en juego en el caso —reparación— impidiendo a nuestro país "excusarse en su organización federal ni en ninguna otra causal de orden administrativo".

---

nuestro país en el art. 1° de la Constitución Nacional, pues, fuera del respeto a la Constitución y leyes federales, las provincias no pueden ser obligadas a seguir los criterios legislativos del Congreso Nacional en un tema que no ha sido delegado por las provincias, como lo es, la regulación de la excarcelación y la prisión preventiva" (consid. 56).

[71] Corte IDH, OC-16/99, cit., párr. 140 y punto resolutivo N° 8. En igual sentido, STEDH, *Assanidze, cit.*, párrs. 146 y 148.

[72] Corte IDH, *Garrido y Baigorria*, cit., párr. 46; *Asunto de la Cárcel de Urso Branco respecto de Brasil. Resolución de medidas provisionales*, 7/7/2004, voto concurrente del juez Cançado Trindade, párr. 15.

[73] Tal afirmación no debe ser entendida como limitativa de los alcances de la cláusula federal a la etapa previa a la ratificación de la Convención, pues el art. 28 habla de Estado *parte*, es decir, el que ya ha ratificado el tratado, regulando —en consecuencia— el modo de cumplimiento del Pacto por un Estado federal. Ello permite sostener, como veremos, que dicha previsión complementa y precisa para este tipo de Estados las obligaciones de los arts. 1.1 y 2.

Ese temperamento ha sido seguido firmemente y se mantiene en los recientes pronunciamientos de la Corte Interamericana [74], para quien, ante la necesidad de protección, el Estado no puede "alegar razones de derecho interno para dejar de tomar medidas firmes, concretas y efectivas en cumplimiento de las medidas ordenadas" ni "alegar la descoordinación entre autoridades federales y provinciales" para evitar la ocurrencia de nuevas violaciones. Ratificó allí el tribunal el criterio central que venimos destacando desde el inicio: la unidad del obligado internacional impone relativizar la multiplicidad federal, porque "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 este el único obligado a adoptar las medidas. La falta de adopción por el Estado de las medidas compromete la responsabilidad internacional del mismo".

La Corte argentina también ha enfatizado que el ordenamiento internacional obsta a que el Estado nacional pretenda relevarse de asegurar las prestaciones asistenciales invocando la delegación de dicha materia a las provincias [75]; de modo tal que la división de atribuciones no puede ser invocada válidamente con el fin de desatender la protección del derecho fundamental de un ciudadano: el Estado nacional es el obligado internacionalmente y queda a este arbitrar los mecanismos internos para evitar que esa obligación se convierta en causa de una sobrecarga injustificada de acuerdo con las pautas internas correspondientes. En función de los arts. 1.1, 2° y 28 de la Convención Americana el criterio rector en la materia es que el compromiso asumido por el Estado nacional en los tratados de protección de los derechos humanos le impide desligarse válidamente de sus deberes so pretexto de la inactividad de otras entidades públicas o privadas, máxime cuando ellas participan de un mismo sistema y lo que se halla en juego es un derecho humano, que *debe ser tutelado por sobre otras consideraciones por todos los departamentos gubernamentales* [76].

Si el objetivo convencional es asegurar el goce uniforme —evitando tratos diversos— de la *sustancia* de los derechos fundamentales [77], la multiplicidad de regulaciones propia de nuestro federalismo encuentra un límite en la necesidad de *nivelar las materias que involucren a esos derechos fundamentales*. Al trasladar esa idea al procedimiento, cuestiones como el debido proceso y los demás derechos esen-

[74] Corte IDH, *Caso de las Penitenciarías de Mendoza. Resolución de medidas provisionales*, 30/3/2006. Ese criterio fue seguido por la Corte Federal en *Lavado*, 2006, *Fallos* 329:3863.

[75] CSJN, *Martin*, 2004, *Fallos* 327:2127; *Orlando*, 2005, *Fallos* 328:1708; *Sánchez, Norma Rosa*, 2005, *Fallos* 328:4640; *Floreancig*, 2006, *Fallos* 329:2552.

[76] CSJN, *Campodónico de Beviacqua*, 2000, *Fallos* 323:3229; *Hospital Británico de Buenos Aires*, 2001, *Fallos* 324:754; *Monteserin*, 2001, *Fallos* 324:3569; *Asociación Benghalensis*, 2000, *Fallos* 323:1339; *Asociación de Esclerosis Múltiple de Salta*, 2003, *Fallos* 326:4931; *Alianza Frente para la Unidad*, 2001, *Fallos* 324:3143.

[77] Com. IDH, Informe 3/87, caso 9647, *Estados Unidos, Pena de muerte a menores de edad*, párrs. 62 y ss; Informe 8/91, 22/2/1991, caso 10.180, *México, Estado de Nuevo León*, párrs. 40 y ss. Allí se dio el análisis de la Ley Electoral aprobada por el Congreso del Estado de Nuevo León —México— el 27/5/1987. Los peticionantes planteaban que la misma vulneraba el ejercicio de los derechos políticos reconocidos por el art. 23 de la Convención Americana. Este criterio coincide con el expresado más tímidamente —en tanto no declara una inconstitucionalidad o violación de la Convención— por la Corte federal en *Verbitsky*, donde también la regulación procesal local implicaba un trato diverso en materia de privación cautelar de la libertad.

ciales vinculados con el trámite deben gozar de una regulación uniforme en punto al respeto de los pisos mínimos que establezca la legislación más protectora. Se genera de ese modo una red homogénea de reglas tutelares que atraviesa todas las categorías del procedimiento, pues, en definitiva, se trata de que el grado de afectación de derechos esenciales como los aludidos no esté sujeto —parafraseando a la Comisión— a factores tan fortuitos como el lugar de residencia o acaecimiento de la actividad jurídica de que se trate, o bien, el organismo a cargo de la resolución del asunto.

1.7.4. Teoría del mejor derecho

Los ciudadanos no sólo encuentran amparo directo en los tratados de derechos humanos, sino que ese mismo sistema les brinda la posibilidad de invocar a su favor aquellas normas internas de otros Estados asociados que representen un mayor grado de tutela de los derechos enunciados en los Pactos. Tal perspectiva incorpora una fuente horizontal de protección que encuentra su base y nexo en las convenciones de derechos humanos a los cuales se hallan subordinados los Estados integrantes de la federación argentina.

Por lo tanto, el ciudadano de una provincia puede invocar la normativa de otra que resulte aplicable al caso y sea más protectora de sus derechos, en sustitución del régimen sancionado en su jurisdicción territorial.

Hemos visto que para la Corte Interamericana, el art. 29, b), de la Convención determina que si alguna ley del Estado u otro tratado internacional del cual él sea parte otorga una mayor protección o regula con mayor amplitud el goce y el ejercicio de algún derecho o libertad, este deberá aplicar la norma más favorable para la tutela de los derechos humanos [78], lo cual hace que la posibilidad de la invocación de la norma interna dentro de la propia jurisdicción estatal a la cual se encuentra sujeta la persona no sea dudosa. Pues bien, la teoría del mejor derecho traslada esa regla al tráfico normativo que supone la construcción de asociaciones de Estados, utilizando a esa asociación como un vaso comunicante para hacer llegar a la persona el máximo grado de protección. En su máxima expresión, la propuesta consiste en posibilitar la invocación de la norma más protectiva 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 art. 75, inc. 24, de la Constitución y el Protocolo de Derechos Humanos de esa asociación de Estados [79], la disposición que tutela de modo más amplio un derecho fundamental.

[78] Corte IDH, *Ricardo Canese*, cit., párr. 180.

[79] El Protocolo sobre Compromiso con la Promoción y Protección de los Derechos Humanos del Mercosur, suscripto en Asunción, Paraguay, el 20/6/2005 ha sido incorporado al sistema interno argentino por la ley 26.109 sancionada en 2006. Dicho Protocolo establece 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" (art. 2°). Se destacan también: 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" (art. 1°);

Esa tarea hermenéutica es sin dudas compleja, en gran parte por la multiplicidad normativa inherente al modelo federal de nuestro Estado. Sin embargo, hemos enfatizado ya 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 *ius cogens* internacional 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, provinciales o municipales— 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 Estados autónomos 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. La extensión del derecho aplicable a los casos que involucran bienes fundamentales es, como podrá observarse, destacable, pues la doctrina del mejor derecho activa un reenvío directo hacia la norma más protectora *en virtud de tal condición* y no como resultado de reglas de jerarquía normativa o competencia territorial.

Si, como sostuvo la Corte en *Verbitsky,* la diversidad no puede extremar las situaciones hasta hacer que el principio federal cancele por completo el derecho a la igualdad —pues un principio constitucional no puede eliminar otro de igual jerarquía—, asistimos a una reformulación del control de compatibilidad de las normas provinciales y municipales con la nacional. Ese control ha sido tradicionalmente *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* y a ello parece adicionarse ahora —en pos de proteger la igualdad— un *cotejo entre las normativas provinciales y municipales entre sí.* 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.

El resultado de ello es, por una parte, que las normas locales de procedimiento no sólo deben respetar en forma directa la jerarquía establecida en los arts. 31 y 75, incs. 22 y 24, de la Constitución, sino que deben garantizar a la persona sometida a su jurisdicción el mismo grado de protección de un derecho fundamental que ofrezcan otras normas de jerarquía federal equivalente. De acuerdo con lo dicho, del repertorio de normas de procedimiento existentes en la federación, los ciudadanos tienen derecho a invocar la más favorable.

Como puede notarse, la igualdad posee proyecciones profundas en el procedimiento administrativo actual. Esto se percibe día a día con especial fuerza a partir de la confirmación del carácter inderogable de esa igualdad y la fijación de bases de protección que atraviesan decididamente a las fórmulas tradicionales de distribución interna del poder. Estas proyecciones son tanto más complejas e inciertas si

---

y c) la regla por la cual el incumplimiento al esencial deber de cooperación mutua para la promoción y la protección efectiva de los derechos humanos 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" (art. 4°).

incorporamos en el análisis otro subsistema posible de interconexión normativa, como es el propio del Mercosur [80].

1.8. Máxima divulgación de la información en poder del Estado

1.8.1. Concepto y caracteres

El principio de máxima divulgación encuentra fundamento normativo en el art. 13 de la Convención Americana y establece la presunción de que toda información en poder del Estado es accesible. Ese acceso resulta, por lo tanto, una condición esencial de validez de la actuación de las autoridades estatales en una sociedad democrática [81].

La trascendencia de este principio reside, por una parte, en garantizar el contacto directo del público con todas las actuaciones estatales, lo cual hace que la accesibilidad de los terceros a la sustanciación y resolución de un procedimiento trascienda el mero interés del afectado y se presente como una garantía republicana invocable por todo ciudadano. De ello se deduce la imposibilidad del involucrado directo de convalidar el carácter secreto de un trámite cuando aquel no encuentra sustento en las excepciones a este principio.

Desde el abordaje convencional del procedimiento administrativo, resulta entonces insostenible denegar pedidos de vista de un expediente administrativo con fundamento en la ausencia de un derecho subjetivo o interés legítimo.

Es que el principio de máxima divulgación impone al Estado no solamente una obligación negativa consistente en el deber de abstenerse de toda práctica que tenga por resultado retacear la accesibilidad pública a la información, sino también una obligación positiva consistente en adoptar todas las medidas necesarias para asegurar que este derecho pueda ser ejercido en la práctica por cualquier ciudadano.

1.8.2. Alcance

En cuanto a su contenido, el principio de máxima divulgación se encuentra delineado por diferentes reglas.

En primer lugar, se encuentra sujeto a un sistema restringido de excepciones [82] que deben estar previamente fijadas por ley como medio tendiente a asegurar que aquellas no queden libradas al mero arbitrio del poder público en cada caso. Dichas leyes deben serlo en sentido formal, esto es, dictadas por el Poder Legislativo "por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas" [83].

En segundo lugar, la restricción establecida por ley debe responder a un objetivo permitido por la Convención Americana. Al respecto, el art. 13.2 de ese tratado permite que se realicen restricciones necesarias para asegurar "el respeto a los derechos o a la reputación de los demás" o "la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas". Fuera de estas causales no cabe ad-

[80] Ver, al respecto, CSJN, acordadas 13/2008, *Reglas para el trámite interno previo a la remisión de las solicitudes de opiniones consultivas al Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur*, del 18/6/2008 y 42/2008 del 29/12/2008.

[81] Corte IDH, *Claude Reyes y otros*, cit., párrs. 92 y cctes.

[82] Corte IDH, *López Álvarez v. Honduras. Fondo, reparaciones y costas*, 1/2/2006, párr. 165.

[83] Corte IDH, OC-6/86, cit., párrs. 26-29.

mitir restricciones al principio de máxima divulgación, siendo deber del Estado acreditar en qué supuesto se encuadra cada limitación.

Finalmente, las restricciones que se impongan deben ser necesarias en una sociedad democrática, lo que depende de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo. Entre varias opciones para alcanzar ese objetivo, debe escogerse aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido de acceso a la información [84].

Corresponde a la Administración demostrar que al establecer restricciones respecto del acceso a la información bajo su control, ha cumplido con los anteriores requisitos para lo cual la decisión sobre el punto deberá satisfacer la garantía de debida fundamentación.

2. Principios adjetivos

2.1. Imparcialidad

2.1.1. Fundamentos de la garantía

Junto con las directivas de juridicidad del obrar estatal e igualdad de los ciudadanos ante la ley, los sistemas jurídicos modernos receptan una técnica precisa pensada para el aseguramiento de las libertades individuales. Esa técnica consiste en garantizar que la aplicación de ese ordenamiento impersonal e igualitario cuyo dictado corresponde al legislador sea efectuada por un sujeto que asegure la independencia necesaria para operar como fiel intérprete de tales directivas. Se impone así la idea fundamental de un tercero imparcial ajeno al conflicto jurídico como investido de la facultad para su resolución.

La noción reside en la preservación de la autonomía y la libertad del individuo, que no sólo no puede ser obligado a realizar lo que la ley no le exige, sino que tampoco puede ser afectado en su esfera de vida por la simple voluntad de los demás ciudadanos (sea basada en criterios morales, religiosos, económicos o de cualquier otra especie), sino solamente por la decisión aplicativa de una norma general efectuada por un tercero apoderado por el ordenamiento jurídico, como producto de un debate previo en que ambas partes hayan podido exponer con igualdad de oportunidades sus defensas.

Tal modulación —de orden prácticamente universal— permite sostener a la interpretación uniforme del derecho como el objetivo final de la imparcialidad. Esa uniformidad viene exigida por el principio de igualdad sobre el cual descansa la idea misma de juridicidad. La precondición del derecho moderno, que es su objetividad como expresión de igualdad entre las personas, reposa necesariamente en la ecuanimidad de su interpretación.

Interesa enfatizar, de esa manera, que la imparcialidad es una garantía instrumental de la juridicidad —de la objetividad del derecho—, pues su propósito esencial consiste en asegurar que el operador jurídico con facultad para dirimir conflictos recurra a las razones del derecho estatal y no a motivaciones de otra índole. Para el juez y la Administración la única razón de las decisiones es el orden jurídico. El

[84] Corte IDH, *Herrera Ulloa*, cit., párrs. 121 y 123; OC-5/85, cit., párr. 46.

fin último de la imparcialidad no es garantizar la independencia frente a otros órganos —ello es instrumental—, sino frente a las razones externas al derecho. Justamente para evitar que el aplicador recurra a razones diferentes de las jurídicas se exige su independencia tanto de las partes como de los otros órganos.

Sobre esos pilares se encuentra asentado el marco normal de las relaciones jurídicamente igualitarias entre los individuos que produce como componente esencial de la paz jurídica el principio de interdicción de la defensa privada y el consiguiente monopolio estatal de la fuerza legítima. Se entiende que los ciudadanos no pueden atacar por sí mismos la esfera de derechos de sus pares asegurada por el ordenamiento jurídico, desprendiéndose de tal noción el rasgo de heterotutela al que se ven constreñidos los integrantes de la sociedad para dirimir sus intereses cuando entran en colisión [85]. En un Estado de derecho los conflictos entre ciudadanos —o entre estos y el Estado— no pueden ser dirimidos con base en vínculos de fuerza, sino a partir de relaciones de argumentación racional que pretenden asegurarse por procedimientos de diálogo. El ejemplo paradigmático de esta estructura de diálogo no es otro que el "proceso", normado por el art. 18 de la Constitución argentina y desagregado en el art. 8° de la Convención Americana, que queda caracterizado por el intercambio ordenado de argumentaciones entre las partes contendientes que pretenden lograr la persuasión de un sujeto que se mantiene ajeno al conflicto y cuyo rol es particularizar para la resolución del caso las pautas del ordenamiento jurídico en su conjunto.

La exigencia de resolución de los conflictos por medio de un tercero imparcial hace, entonces, a la base racional del Estado de derecho. La imparcialidad es la segunda garantía —luego de la sujeción del Estado a la ley democrática— de protección de los derechos, pues no alcanza con establecer esa subordinación. Para que la aplicación del derecho se produzca de forma igualitaria y objetiva el sujeto con capacidad de decisión no debe tener un posicionamiento previo frente al caso, y más aún debe carecer de todo interés personal en su resultado, en el sentido de que *la eventual solución a la que se arribe no modifique en nada su estatus jurídico o fáctico*, por cuanto todo interés propio lo apartaría, precisamente, de la posibilidad de interpretar ecuánimemente la ley.

2.1.2. La imparcialidad en el procedimiento administrativo

¿Es la imparcialidad exigible frente a la Administración?

Si acordamos vigencia a las garantías del art. 8° de la Convención Americana frente a todo acto estatal de determinación de derechos y obligaciones, la premisa de imparcialidad debería estar presente en el procedimiento administrativo. Sin embargo, es necesario determinar si ella puede predicarse de la Administración, en tanto organización dotada de ciertas finalidades puntuales que dicta, ejecuta y revi-

[85] Repárese, en tal sentido, en la propia conceptualización del "caso judicial" efectuada inveteradamente por la Corte Suprema Federal en punto a que "tales causas son aquellas en las que se persigue en concreto la determinación de derechos debatidos entre partes adversas, cuya titularidad alegan quienes los demandan" (CSJN, *Villanueva*, 1882, *Fallos* 24:248; *Ferrocarril Gran Oeste Argentino y Buenos Aires al Pacífico*, 1907, *Fallos* 107:179; *Bravo*, 1911, *Fallos* 115:163; *Lorenzo*, 1985, *Fallos* 307:2384; *González Bergez*, 1990, *Fallos* 313:588, *Luján*, 2007, C. 305. XLIII, entre tantos otros).

sa las decisiones adoptadas en persecución de esos fines. Podría argumentarse, en efecto, que imparcialidad y Administración son conceptos irreconciliables y, por ende, que la primera es inaplicable a la segunda en el plano del procedimiento.

Por una parte, la imparcialidad demanda que aquel sujeto que dirime un conflicto no posea un posicionamiento previo frente a este, y más aún que carezca de todo interés personal en su resultado, en el sentido en que la eventual solución a la que se arribe no modifique en nada su estatus jurídico o fáctico.

Por la otra, al afirmarse generalmente que la Administración tiene comprometida su imparcialidad por ser juez y parte en el procedimiento quiere significarse, justamente, que aquella posee un *interés propio en el conflicto*, a diferencia del juez, para quien es totalmente indiferente —en términos subjetivos y objetivos— el resultado del proceso. Así, la distinción entre el poder de juzgar y el de administrar residiría en que —aun cuando la sentencia y el acto administrativo son modalidades de aplicación del derecho— la función del juez está encaminada al interés de terceros —las partes—, mientras que la Administración persigue al actuar sus propios fines de persona pública y, en tanto tiene esos *fines propios*, aun plenamente legítimos, no es imparcial en términos jurídicos ante un diferendo con el ciudadano.

¿Es esto así? ¿Tiene la Administración fines propios? De responderse afirmativamente deberemos concluir en la incompatibilidad de la función de administrar con la imparcialidad, pues al momento de actuar en pos de esos fines quedaría comprometida la posición de la Administración en el caso.

Creemos que la noción de imparcialidad es predicable de la Administración Pública, pues la presencia de cometidos específicos de tal organización no permite sostener que aquella posea fines diversos a los impuestos para todos los departamentos estatales por el orden fundamental.

En ese punto resulta ilustrativo, más allá de los reparos de orden científico que ello pudiera motivar, tener presente la inicial analogía que en la formación de la teoría del acto administrativo se ha dado entre tal instituto y la sentencia judicial, al definírselo como "acto de autoridad que emana de la administración y que determina frente al súbdito lo que para él debe ser de derecho en un caso concreto" [86]. Justamente, ese paralelismo entre sentencia judicial y acto administrativo demuestra que nos hallamos frente a dos declaraciones estatales de *aplicación del derecho* al caso concreto.

Es por ello que consideramos incorrecto enfocar a la Administración como "juez y parte" en un conflicto con la persona. Tal configuración sólo es posible en una organización que se ha desviado de su papel de aplicador del derecho para convertirse en un aparato que persigue fines propios diferentes de los que le impone ese derecho. La Administración no puede tener finalidades diversas al pleno cumplimiento del ordenamiento jurídico, con lo cual el resultado de la controversia que pueda tener con el ciudadano no puede afectar sus fines. Esa "irrelevancia del resultado" es, en definitiva, el estándar básico que se pretende garantizar mediante la aplicación de la garantía de imparcialidad como reaseguro de la juridicidad.

[86] Definición adoptada por la Corte Suprema argentina en *Carman de Cantón*, 1936, *Fallos* 175:368, consid. 4.

Resulta determinante comprender que la imparcialidad implica que el ordenamiento jurídico es el único criterio del juicio, que este no se guía por ningún otro interés que el de hacer valer el derecho. Si esto es así, ¿cómo no admitir la plena vigencia de la garantía frente a la Administración?, ¿qué otros criterios de juicio podría tener esa organización? ¿Qué otro interés podría encarnar que no sea el de hacer valer el derecho?

En definitiva, postular que la Administración es juez y parte supone admitir que aquella posee fines propios —diversos a los impuestos por el ordenamiento— cuando, al igual que el juez, los únicos propósitos que puede tener esa organización son los de concreción del ordenamiento en cada caso. Frente a ese objetivo, no existe riesgo de parcialidad, porque el resultado del diferendo de que se trate será indiferente para la Administración al igual que lo es para el juez; lo que no le será indiferente es asegurar la vigencia de la juridicidad estatal.

Cuando la Administración aplica el derecho, aun a contramano de objetivos coyunturales, *materializa los fines que dan sentido a su existencia como organización pública*. No parece posible admitir la existencia de un fin administrativo válido diferente del pleno sometimiento a la juridicidad estatal. Si la Administración nunca puede tener propósitos distintos a la plena eficacia del ordenamiento, tampoco podrá ver comprometido su estatus constitucional en la resolución de un caso.

La aplicación directa de la imparcialidad a la Administración expresa, de esa manera, un mecanismo político de orden sustancial: la idea de mandato o fiducia, conforme a la cual los poderes públicos actúan sólo en el marco de la ley, pues es ella la que expresa la voluntad del titular del poder estatal: el pueblo. Los órganos estatales actúan por definición en beneficio de un tercero al que deben rendir cuentas de la temporal administración de sus intereses y, por ende, resulta incorrecto postular que tengan fines propios. Si esto es así, no podemos admitir que al momento de resolver un diferendo con el ciudadano la Administración persiga finalidades diversas de aquella y, por ende, la irrelevancia del resultado perfecciona la plena vigencia de las premisas de la imparcialidad en el marco del procedimiento administrativo.

Aun cuando el resultado de una determinada decisión ponga en juego intereses relevantes y sensibles del proyecto de gestión coyuntural de una determinada Administración, esa circunstancia no la autoriza a adoptar un posicionamiento previo frente al conflicto ni a tener un interés "propio" en su resultado. Desde el punto de vista institucional, esto es, desde la inserción del organismo administrativo en la estructura jurídica estatal, *la única finalidad legítima es la concreción del ordenamiento*, es decir, la plena juridicidad. No es posible disociar Administración y juridicidad ni siquiera en un sentido objetivo. La sujeción al ordenamiento no es el límite externo frente a las finalidades de la Administración, sino el presupuesto mismo de esas finalidades. La juridicidad no es un freno frente a la voluntad de la Administración, sino que es esa voluntad. Si esto es así, la Administración —al igual que el juez— no puede tener otro fin en su accionar que no sea la concreción de esa voluntad que trasunta el derecho objetivo. La juridicidad es presupuesto, límite y mandato positivo para el accionar de la Administración Pública.

Ahora bien, que la finalidad de la Administración esté constituida por la plena eficacia del ordenamiento implica que debemos instituir mecanismos para que al momento de resolver diferendos con los ciudadanos no incidan otras razones que

las jurídicas, para lo cual el primer instrumento reside en exigir la *imparcialidad en la aplicación del derecho por parte del funcionario administrativo*. Veremos, entonces, cuáles son los alcances de este recaudo, pues, desechada la posibilidad de entender a la Administración como organización dotada de intereses propios diferentes a los fijados por el ordenamiento, la imparcialidad se constituye como un principio rector del procedimiento administrativo.

En nuestro criterio, la Administración es "ajena al conflicto jurídico", porque no puede haber pugna entre sus intereses y el ordenamiento. Ante la postulación del ciudadano no hay defensa, sino resolución conforme a derecho.

2.1.3. Alcances de la garantía

2.1.3.1. Precisiones. Contenido europeo y ámbito de aplicación americano

Los contornos actuales de la garantía de la imparcialidad, recibidos tanto por la Corte Interamericana [87] como por la argentina [88], provienen de la construcción efectuada por la Corte Europea a partir de diferentes criterios que reseñaremos. Lo relevante de esa reseña es que esos criterios resultan aplicables a la Administración Pública.

Si bien el contenido de la garantía de imparcialidad viene dado por la elaboración de la Corte Europea que ha sido seguida por la Corte Interamericana, el Tribunal de Estrasburgo no considera —a diferencia del de Costa Rica— que la imparcialidad sea *per se* exigible en sede administrativa, desde que el estándar básico frente a la vigencia de las garantías del art. 6.1 del Convenio en el marco del procedimiento administrativo consiste, como vimos, en que se cumple con este en tanto exista un control judicial suficiente. De tal forma, no puede decirse que en Europa se vea a la imparcialidad como una garantía impostergable del procedimiento administrativo, sino sólo como un recaudo de plenitud del control judicial suficiente de tal procedimiento, extremo que sí se requiere expresamente.

Esa disociación no es posible en América, pues ya hemos advertido que nuestra Corte regional tiene dicho no solamente que las garantías del art. 8° de la Convención son exigibles frente a todo acto estatal de determinación de derechos y obligaciones [89], sino —más específicamente— que "cuando la Convención se refiere al derecho de toda persona a ser oída por un juez o tribunal competente para la determinación de sus derechos, esta expresión se refiere a cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas" [90], de resultas de lo cual "toda persona sujeta a juicio de cualquier naturaleza ante un órgano del Estado deberá contar con la garantía de que dicho órgano sea competente, independiente e imparcial y actúe en los términos del procedimiento legalmente previsto para el conocimiento y la resolución del caso que se le somete" [91].

[87] Corte IDH, *Herrera Ulloa*, cit., párr. 170.

[88] CSJN, *Llerena*, cit., consid. 10.

[89] Corte IDH, *Claude Reyes*, cit., párrs. 92, 115 y ss.; *Yatama*, cit., párr. 147; *Ivcher Bronstein*, cit., párr. 102.

[90] Corte IDH, *Caso del Tribunal Constitucional*, cit., párr. 71.

[91] Corte IDH, *Caso del Tribunal Constitucional*, cit., párr. 77; *Herrera Ulloa*, cit., párr. 169.

Si el tribunal americano exige la imparcialidad para la sustanciación de todo procedimiento en el cual se determinen derechos y obligaciones de la persona, no cabe sino concluir que esa exigencia rige en el procedimiento administrativo. Nótese, en tal sentido, que por vía de una opinión consultiva el tribunal definió que el concepto del debido proceso legal que debe primar tanto en los procedimientos judiciales como administrativos "abarca las reglas correspondientes a juez natural —competente, independiente e imparcial—, doble instancia, presunción de inocencia, contradicción, y audiencia y defensa" [92].

De manera que el *contenido* de la garantía viene dado por la incorporación de los criterios europeos, pero su *ámbito material de aplicación* es obra propia de nuestro sistema americano.

Pues bien, si la imparcialidad rige en el procedimiento, la autoridad administrativa debe sujetarse a las siguientes exigencias para mantenerse dentro de las fronteras de esta garantía.

2.1.3.2. Dimensiones subjetiva y objetiva

La exigencia de imparcialidad encierra dos aspectos [93]. Por un lado, es preciso que el órgano sea subjetivamente imparcial, es decir, que la persona que lo encarna no tome partido en ningún sentido ni tenga prejuicios, para lo cual se tendrá en cuenta el comportamiento y las convicciones del funcionario en un caso determinado, presumiéndose la imparcialidad personal, salvo prueba en contrario. Por otro lado, el órgano debe ser objetivamente imparcial, es decir, debe ofrecer garantías suficientes para descartar a este respecto cualquier duda legítima [94].

La noción de imparcialidad subjetiva no ofrece mayores dudas: se procura evitar la ausencia prejuicios personales, en tanto se estima que ellos pueden apartar al aplicador de la recta interpretación del derecho.

La imparcialidad objetiva presenta otros matices, pues alude a la *ausencia de un temor fundado*, referencia que pareciera apartarnos de la idea de objetividad para ingresar en factores anímicos de quien es parte en el trámite. En realidad, lo que esta categoría procura es erigir al liso y llano *temor* —noción que se acerca más a la idea de *verosimilitud* que a la plena prueba del planteo— como interés merecedor de protección, en tanto se encuentre respaldado en elementos tangibles y no en la mera declamación del afectado. Nos hallamos, de ese modo, ante una mayor *flexibilidad probatoria*: no se debe acreditar la efectiva parcialidad, sino el temor fundado sobre aquella, derivado de hechos objetivos.

La razón para admitir esa flexibilidad finca en reconocer un papel decisivo a la percepción y la confianza del ciudadano en las instituciones que tienen a su car-

[92] Corte IDH, OC-17/02, cit., punto resolutivo Nº 10.

[93] ONU, Comité de Derechos Humanos, O G 32, cit., párr. 21.

[94] SSTEDH, *Piersack v. Bélgica*, 1/10/1982, párr. 30; *De Cubber v. Bélgica*, 26/10/1984, párr. 24; *Hauschildt v. Dinamarca*, 24/5/1989, párr. 46; *Langborger v. Suecia*, 22/6/1989, párr. 32; *Ferrantelli y Santangelo v. Italia*, 7/8/1996, párr. 56; *Tierce y Otros v. San Marino*, 25/7/2000, párr. 75; *Steckrisch y otros v. Liechtenstein*, 19/5/2005, párr. 38; *Ekeberg y otros v. Noruega*, 31/7/2007, párr. 31; *Lindon, Otchakovsky-Laurens y July v. Francia*, 22/10/2007, párr. 75; *Dorozhko y Pozharskiy v. Estonia*, 24/4/2008, párr. 50; *Elezi v. Alemania*, 12/6/2008, párr. 43; *Daktaras v. Lituania*, 10/10/2000, párr. 30.

go la aplicación del derecho, a un punto tal que esa confianza pasa a ser el interés sustancial protegido autónomamente a través de la imparcialidad objetiva. Dicho de otro modo, *por medio de la imparcialidad objetiva no se protege la imparcialidad, sino la confianza del público en esa imparcialidad.* Naturalmente, frente a ese objetivo, las apariencias son determinantes [95] y, por ende, cuando exista una razón legítima para temer sobre la falta de imparcialidad, el funcionario debe apartarse, pues lo que está en juego es la confianza que las instituciones deben inspirar en el público en una sociedad democrática [96].

En esa tarea de preservar las apariencias todas las instituciones quedan expuestas. Aun las cuestiones de organización interna pasan a tener relevancia, no pudiendo derivarse de la dinámica de las relaciones interorgánicas temores fundados de la población sobre la imparcialidad de esos órganos [97]. Como puede observarse, dado que la confianza resulta merecedora de protección autónoma y ella se ve lesionada ante la sola sospecha o temor, alcanza con probarlo fundadamente, aun cuando no se corrobore la parcialidad. Al no protegerse con este criterio la imparcialidad *per se* sino la confianza de la población, el abordaje objetivo ofrece el camino más laxo para la aplicación de esta garantía y no es casual, entonces, que en la mayoría de sus precedentes la Corte Europea no haya encontrado lesionada la imparcialidad subjetiva [98], pero sí fundado el temor expresado por los ciudadanos, extendiendo los alcances de la garantía a planos especialmente relevantes en el seno de la Administración.

Aclaremos, en consonancia con la amplitud reconocida a esta garantía, que una interpretación restrictiva en relación con el principio de imparcialidad es vista por el tribunal como incompatible con el objeto y propósito del art. 6.1 del Convenio, teniendo en cuenta el lugar prominente que el derecho a un proceso equitativo posee en una sociedad democrática [99].

La Corte Interamericana ha reafirmado los conceptos desarrollados en Europa con un énfasis destacable. En efecto, en nuestro continente "la imparcialidad del tribunal implica que sus integrantes no tengan un interés directo, una posición tomada, una preferencia por alguna de las partes y que no se encuentren involucrados en la controversia" y, por lo tanto, "el juez o tribunal debe separarse de una causa sometida a su conocimiento cuando exista algún motivo o duda que vaya en desmedro de la integridad del tribunal como un órgano imparcial. En aras de salvaguardar la administración de justicia se debe asegurar que el juez se encuentre libre de todo prejuicio y que no exista temor alguno que ponga en duda el ejercicio de las funciones jurisdiccionales" [100].

[95] Plasmada en la máxima conforme la cual "*justice must not only be done, it must also be seen to be done*".

[96] SSTEDH, *Piersack*, cit., párr. 30; *Delcourt*, cit., párr. 31; *De Cubber*, cit., párr. 26.

[97] STEDH, *Piersack*, cit., párr. 30.

[98] Un supuesto interesante de violación a la imparcialidad subjetiva se dio en el caso *Driza* (STEDH, *Driza v. Albania*, 13/11/2007, párr. 78).

[99] STEDH, *De Cubber*, cit., párr. 30.

[100] Corte IDH, *Palamara Iribarne*, cit., párrs. 146 y 147.

2.1.3.3. La necesidad de reformas estructurales en el plano doméstico no excusa la ausencia de imparcialidad

Es pacífica la jurisprudencia europea en reafirmar que, aunque la adaptación de las estructuras organizativas domésticas a los requerimientos de la imparcialidad subjetiva y objetiva resulte compleja, tal circunstancia no excusa a los Estados parte del deber de proceder a esa adaptación, en tanto se encuentran obligados a organizar sus sistemas legales de modo de cumplir con los requerimientos del art. 6.1 [101]. Esto es así al punto en que la Corte Europea ha obligado a la reformulación de instituciones centenarias, como el Consejo de Estado en Francia, entre otras creaciones profundamente arraigadas en la tradición de los Estados del Consejo de Europa [102].

Esta aclaración es muy importante para nosotros, pues si concluimos que la garantía de imparcialidad es aplicable al procedimiento administrativo con el contenido que posee en la esfera supranacional, las modificaciones que tal aserto proyecta sobre el aparato administrativo que hoy conocemos son extensas. Aun cuando ello sea así, la eficacia del régimen internacional de protección y la consecuente imposibilidad de excusar el cumplimiento de sus reglas por razones internas, obligan sin lugar a dudas a avanzar en esa adecuación. No otra solución nos deparan los arts. 1.1 y 2° de la Convención Americana, que imponen el deber de organizar todo el aparato estatal de modo de asegurar el efectivo goce de los derechos.

[101] STEDH, *Dorozhko y Pozharskiy*, cit., párr. 53;

[102] STEDH, *Kress v. Francia*, 7/6/2001. El caso *Kress* es una muestra acabada del vertiginoso avance de los criterios internacionales de protección de los derechos humanos sobre instituciones añejas de los principales países de Europa. En esa oportunidad, la Corte Europea consideró que el procedimiento de toma de decisiones del Consejo de Estado francés —en tanto no permitía a las partes replicar la opinión del Comisario de Gobierno antes de la resolución del caso— resultaba violatorio de la garantía del proceso equitativo desde la faz de la igualdad de armas, obligando a su reformulación. Como es sabido, el Consejo de Estado, creado en 1799, constituye la máxima expresión de una concepción de la división de poderes —plasmada en la Asamblea Constituyente de 1790 y de acuerdo con la cual los jueces no debían controlar a la Administración, porque ello implicaba violar esa división— que ha marcado todo el derecho continental europeo y ha sido trasvasada a Latinoamérica, determinando de forma esencial su derecho público y especialmente el vínculo entre los jueces y el Poder Ejecutivo. Nadie podría poner en tela de juicio sus pergaminos. Sin embargo, el Tribunal de Estrasburgo declaró que —aun cuando nadie dudaba de la independencia y la imparcialidad de las instituciones francesas analizadas— el que hubieran existido por más de un siglo y funcionaran para satisfacción de todos no podía justificar un incumplimiento de los requerimientos de la legislación europea. El Convenio, explicó, es un *instrumento vivo que debe ser interpretado a la luz de las condiciones actuales y de las ideas que prevalecen en los Estados democráticos de hoy*, por lo cual la adaptación a esos nuevos parámetros resultaba insoslayable, cualquiera que fuera el linaje de la institución en juego. A más del representativo caso francés, la decisión de considerar a ciertos procedimientos como incompatibles con el tratado de Roma ha obligado a replantear prácticas judiciales y administrativas sumamente consolidadas en Bélgica, Países Bajos, Suiza, Portugal, España, Luxemburgo, entre muchos otros. Esta jurisprudencia fue desarrollándose en varios *leading cases* en los que se examinó la compatibilidad de diferentes modelos judiciales europeos con las garantías del *fair trial*, entre los cuales se destacan *Borgers v. Bélgica*, 30/10/1991; *Ruiz-Mateos v. España*, 22/6/1993; *Procola*, cit.; *Lobo Machado v. Portugal*, 20/2/1996, *Nideröst-Huber v. Suiza*, 18/2/1997, *J. J. v. Países Bajos*, 27/3/1998, *Reinhardt y Slimane-Kaïd v. Francia*, 31/3/1998, entre otros. Como puede verse, el punto de tensión se cristaliza en la competencia entre la *interpretación evolutiva* de los derechos humanos, derivada de la centralidad de la persona y la necesidad de propender constantemente a la ampliación de su protección, y la *conservación de prácticas tradicionales* que han conformado los sistemas jurídicos de cada Estado.

2.1.3.4. Imparcialidad e independencia

Si bien la Corte Europea no ha acertado en formular una distinción precisa entre imparcialidad e independencia, se entiende por esta última a la presencia de garantías que protejan al juez de presiones o condicionamientos frente al Poder Ejecutivo y las partes [103]. Este concepto, estrechamente vinculado con los recaudos de la imparcialidad objetiva, hace que en la mayoría de los supuestos la Corte analice a la independencia e imparcialidad en forma conjunta. Pese a esa confusión de la jurisprudencia, el factor distintivo de la independencia reside en la ausencia de condicionamientos de un órgano estatal *por otro órgano estatal*, mientras que la imparcialidad alude a la relación del juzgador con las *partes* del diferendo [104].

Si para el control de la imparcialidad objetiva lo decisivo es constatar que el temor expresado por el requirente pueda considerarse objetivamente fundado [105], para verificar si un cuerpo puede ser considerado independiente debe atenderse, entre otros, a los siguientes factores: a) modo de designación de sus miembros; b) plazo de duración de cargo; c) existencia de garantías contra presiones externas; y d) apariencia de independencia [106].

Las proyecciones de estas reglas para la Administración seguramente generarán un interesante debate en el futuro. *Todo órgano administrativo con competencia para la determinación de derechos y obligaciones debe cumplir estos requisitos*, algo que se agrava si tenemos en cuenta que el hecho de recibir órdenes del Poder Ejecutivo y encontrarse sujetos a la disciplina y la evaluación del aparato administrativo, así como la influencia de aquel en su designación o una corta duración en las funciones, son elementos valorados en Estrasburgo como muestra de falta de imparcialidad en su faz objetiva, en tanto brindan sustento al temor del afectado sobre la presencia de condicionamientos en la toma de la decisión [107]. Más aún: se afecta la imparcialidad si el funcionario administrativo posee atribuciones para la resolución de los casos y a la par se encuentra activamente involucrado en las funciones que dan lugar a esos casos, debiendo en consecuencia resolver impugnaciones sobre las mismas decisiones que ha adoptado como administrador. Cualquier participación directa en la elaboración o aprobación de leyes o reglamentos se considera suficiente para poner en duda la imparcialidad de la persona posteriormente llamada a resolver una disputa de la cual pueda derivarse una alteración en la redacción de esas reglas [108]. Queda claro, a la luz de esos ejemplos, que la concentración en un mismo órgano de funciones de administración activa, emisión de normas y resolución de casos resulta contraria a la regla de independencia. *Cuando el mismo cuerpo*

[103] SSTEDH, *Piersack*, cit., párr. 27; *T. v. Reino Unido*, 16/12/1999, párr. 113.

[104] Corte IDH, *Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") v. Venezuela. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas*, 5/8/2008, párrs. 55 y 56.

[105] SSTEDH, *Nortier*, cit., párr. 33.

[106] SSTEDH, *Campbell y Fell v. Reino Unido*, 28/6/1984, párr. 78; *Incal v. Turquía*, 9/6/1998, párr. 65; *Gerger v. Turquía*, 8/7/1999, párr. 60; *Mc Gonnell v. Reino Unido*, 8/2/2000, párr. 48; *Findlay v. Reino Unido*, 25/2/1997, párr. 73.

[107] STEDH, *Incal*, cit., párrs. 68 y 72. La disidencia conjunta de los jueces Thór Vilhjálmsson, Gölcüklü, Matscher, Foighel, Sir John Freeland, Lopes Rocha, Wildhaber y Gotchev consideró que esos elementos eran "poco convincentes" como muestra de falta de imparcialidad.

[108] STEDH, *Mc Gonnell*, cit., párr. 55.

administrativo dicta la regla, la aplica y resuelve las impugnaciones, incurre en una violación de esta garantía.

El solo hecho de que ciertas personas pertenecientes a un organismo desempeñen sucesivamente funciones de asesoramiento y resolutorias en relación con las mismas decisiones es capaz de viciar la imparcialidad estructural de la institución, al resultar justificada la duda del ciudadano sobre la posibilidad de que tales funcionarios se sientan condicionados en su rol "judicial" por las opiniones vertidas en el desarrollo de otra función previa [109].

Es necesario remarcar también que el requisito de imparcialidad se extiende a todos aquellos colaboradores del órgano con capacidad para incidir en la decisión, especialmente los expertos que lo asesoran, pues la falta de neutralidad de estos puede en ciertas circunstancias dar lugar a una lesión en el principio de igualdad de armas contenido en la noción de proceso equitativo, especialmente si se tiene en cuenta la posición que poseen en el procedimiento, esto es, la capacidad de influir con su opinión en la resolución final [110]. De tal forma, si se producen dudas fundadas sobre la neutralidad del experto, resulta aplicable el criterio de imparcialidad objetiva. Estas reglas son muy sensibles en el seno del procedimiento, pues si bien la Corte sostiene que el solo hecho de ser empleado de la repartición involucrada no alcanza por sí mismo para fundar objetivamente el temor de parcialidad [111], esa situación varía cuando se prueban ciertos extremos. Puntualmente, se ha considerado que existe temor fundado de parcialidad de un experto cuando aquel debe analizar y expedirse sobre el desempeño de sus colegas o compañeros de trabajo con el fin de determinar la responsabilidad de su empleador [112].

El rigor de estos criterios genera dudas sobre la posibilidad de su compatibilización con nuestras administraciones, marcadas por el rol de *jefe* del aparato institucional administrativo en cabeza de los órganos ejecutivos, extremo a partir del cual se desgranan el principio de jerarquía, la potestad disciplinaria y de evaluación, así como la ausencia de estabilidad de aquellos funcionarios de origen electivo que suelen ocupar la cúspide de los procesos de toma de decisiones. En nuestras organizaciones la jefatura implica generalmente concentración de las potestades disciplinaria, reglamentaria, revisora y ejecutiva. La autoridad superior adopta decisiones y las hace ejecutar, dicta el reglamento y lo aplica, delega y se avoca, revisa lo actuado por los órganos inferiores y les aplica sanciones, remueve funcionarios. *¿Supera tal aglutinación de atribuciones los criterios de imparcialidad o independencia?*

2.1.3.5. La imparcialidad en la Administración Pública. Consecuencias

Para procurar *conciliar la imparcialidad con los rasgos de la organización administrativa* derivados de la ubicación constitucional del Ejecutivo como jefe de la Administración —del cual se desgranan el principio de jerarquía y la potestad disciplinaria— debemos tener presente, en primer lugar, que "los principios de la par-

[109] STEDH, *Procola*, cit., párr. 45.

[110] SSTEDH, *Bönisch v. Austria*, 6/5/1985, párrs. 30-35; *Brandstetter v. Austria*, 28/8/1991, párr. 33; *Sara Lind Eggertsdóttir v. Islandia*, 5/7/2007.

[111] SSTEDH, *Bönisch*, cit., párr. 32; *Brandstetter*, cit., párrs. 44 y 45.

[112] STEDH, *Sara Lind Eggertsdóttir*, cit., párr. 51.

te dogmática valen para la parte organizativa de la Constitución, pues no se admite discontinuidad o solución de continuidad alguna en la interpretación orgánica del texto, conforme a sanos principios del saber jurídico, o sea, la reconstrucción dogmática interpretativa proveedora de un sistema de decisiones lógicamente completo y no contradictorio" [113]. Esto significa que no es posible interpretar las facultades de ninguno de los poderes constituidos —tampoco el poder jerárquico del Ejecutivo— en desmedro de la garantía de imparcialidad.

Ahora bien, ¿rigen para los funcionarios administrativos con capacidad para la determinación de derechos y obligaciones las mismas reglas de independencia que para los jueces?

La respuesta no es sencilla en su materialización práctica, pero no es dudoso que si postulamos la regla de la imparcialidad como exigible frente a la Administración una simple cuestión de coherencia exigirá utilizar las herramientas que sean necesarias para asegurar esa imparcialidad, aun cuando no sean estrictamente las mismas que se aplican al juez [114]. Dicho de otra forma, más allá que corresponda o no trasladar completamente las salvaguardas de la independencia del juez al funcionario administrativo, está claro que la vigencia de la imparcialidad en el procedimiento requiere que el órgano a cargo de este presente garantías suficientes al respecto. Por ello, sin pretender cerrar este interrogante, en un primer estadio de análisis la armonización entre imparcialidad y organización administrativa demanda el establecimiento de las siguientes garantías contra presiones externas a favor de todo órgano con competencia para la determinación de derechos y obligaciones.

2.1.3.5.1. Tipo de nombramiento

El proceso de designación de los funcionarios con capacidad para determinar derechos y obligaciones debe fundarse en la premisa de la selección por idoneidad mediante mecanismos que garanticen los principios de concurrencia, publicidad e igualdad.

Al piso mínimo anterior puede adicionarse la necesidad de que el proceso de designación sea complejo, con la necesaria intervención del órgano deliberativo y que en el análisis de los aspirantes deba darse amplia participación a diversos sectores representativos de la comunidad, así como a la eventual impugnación y/o consulta de cualquier ciudadano.

Tales reglas para la designación deben ser aplicadas a todos los funcionarios que posean competencia para determinar derechos u obligaciones de los ciudadanos, a excepción de aquellos agentes integrantes de los cuadros administrativos que carezcan de potestades decisorias.

[113] CSJN, *Itzcovich*, 2005, *Fallos* 328:566, consid. 21.

[114] ONU, Comité de Derechos Humanos, OG 32, cit., párr. 19. Las garantías de independencia han sido pensadas inicialmente para el juez y, por ende, las reglas vinculadas con el procedimiento y las cualificaciones para el nombramiento, la seguridad en el cargo hasta la edad de jubilación obligatoria o la expiración de su mandato (en los casos en que exista), las condiciones que rigen los ascensos, traslados, la suspensión y cesación en sus funciones y la independencia efectiva del Poder Judicial respecto de la injerencia política por los Poderes Ejecutivo y Legislativo, son tópicos que han sido desarrollados principalmente teniendo en miras a los jueces y no a los demás funcionarios.

2.1.3.5.2. Plazo de duración. Estabilidad plena en la función como garantía contra presiones externas

Debe asegurarse a los agentes la permanencia en sus puestos mientras dure su buena conducta [115]. Ello significa la imposibilidad de removerlos de la función, salvo previa acreditación de responsabilidad disciplinaria, para lo cual no alcanza —naturalmente— el mero desacuerdo con el contenido de sus decisiones [116].

Para rodear a esta exigencia de adecuadas garantías no es suficiente su establecimiento en forma genérica, sino que deben fijarse pautas para que el Estado se ocupe de cubrir este recaudo. En esa línea, la decisión emanada de un funcionario que no goce de esta estabilidad debe reputarse nula por lesión a la imparcialidad objetiva e independencia, en tanto esa carencia da lugar a un temor fundado del ciudadano y no supone una protección contra presiones externas.

Se advierte, de esa manera, la profunda dimensión institucional de la estabilidad del agente público, asimilable en importancia a la inamovilidad del juez. Son ellas garantías pensadas para asegurar la imparcialidad de los operadores estatales del orden jurídico derivado de la ley formal y no simples privilegios personales.

El particular estatus jurídico de la estabilidad del agente público —garantía plasmada en el art. 14 bis de la Constitución argentina— [117] radica en que ella se encuentra prevista para tutelar los intereses involucrados en la gestión estatal y no exclusivamente para positivizar un derecho fundamental propio de la persona. Dicho de otra forma, la estabilidad no es solamente un derecho constitucional del agente, sino también una garantía institucional de independencia del órgano que encarna tal agente.

A la luz de lo expuesto, la estabilidad propia del funcionario, configurada como el derecho del agente público a no ser removido del cargo sino por las causas y los procedimientos establecidos en las normas, es una de las garantías esenciales para asegurar su imparcialidad y con ello la sujeción del procedimiento administrativo que aquel lleva adelante a las mandas del art. 8° de la Convención. La estabilidad es, así, un mecanismo de tutela del ciudadano que se presenta ante el funcionario y no excluyentemente del funcionario. En este punto, pareciera ser una típica potestad fiduciaria que, a diferencia de otras garantías constitucionales, no está pensada exclusivamente a favor de su titular —el agente—, *sino de terceros*, los ciudadanos sobre los que este tiene competencia. En esencia, este requisito pone de manifiesto un sistema que tiende a lograr una planta de personal estatal profesionalizada y sustraída de los vaivenes políticos, porque se entiende —justamente— que en ello se juega su imparcialidad. El fin del constituyente ha sido, junto con el de proteger un derecho inherente a la persona del agente público, el de tutelar una situación de permanencia que opere como escudo frente a las presiones externas que las persecuciones políticas y el clientelismo implican.

115 "La garantía de inamovilidad de los jueces es condición primaria y esencial de tal independencia del Poder Judicial y de la administración de justicia imparcial, así como un elemento imprescindible de la forma republicana de gobierno" (Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados, caso *Dr. Víctor Hermes Brusa s/pedido de enjuiciamiento*, 30/3/2000, consid. 28).

116 Corte IDH, *Apitz Barbera y otros*, cit., párr. 43.

117 Sobre su alcance ver CSJN, *Madorrán*, cit., consids. 5, 7 y 11.

Por ello, la estabilidad se nos presenta en términos de interpretación constitucional como un instituto que tiene en miras tanto la protección de la persona del agente como de la juridicidad administrativa, mediante el aseguramiento de la imparcialidad en la aplicación del derecho por parte de la Administración. En este sentido, creemos que *la estabilidad es una garantía instrumental de la imparcialidad, que es a su vez una garantía instrumental de la juridicidad.* Sin estabilidad en el cargo, el funcionario no cuenta con garantías suficientes para aplicar ecuánimemente las normas que le competen y esa falencia pone en riesgo la sujeción de la Administración al derecho.

Luego de la idoneidad como presupuesto del nombramiento, la segunda garantía contra presiones externas que nos exige la imparcialidad en el procedimiento administrativo es la estabilidad del funcionario decisor en su cargo, requisito cuya ausencia determina la nulidad de la decisión por lesión a la imparcialidad objetiva.

2.1.3.5.3. Derecho y deber de observación de órdenes ilegales

Bajo el manto protector contra influencias externas que conforma la estabilidad, los funcionarios y los agentes se encuentran obligados a cuestionar y a no ejecutar las órdenes ilegales que se les impartan. El principio de juridicidad condiciona todas las acciones de los gobernantes y, por ende, también la regla organizativa de la jerarquía, pues no es válido interpretar el alcance de las atribuciones otorgadas a los poderes constituidos en la parte orgánica de la Constitución, omitiendo en esa determinación la valoración de los límites que para el ejercicio de tales poderes se derivan de su parte dogmática. De acuerdo con tal condición, las facultades conferidas a los diversos órganos estatales —y especialmente a los titulares de la función administrativa— deben ser interpretadas de modo tal de no lesionar principio o garantía alguna de la primera parte de la Carta, la cual —en los arts. 1°, 14, 17, 19, 29, 31, 33, 36 y 75.22— establece, entre otros, el límite del principio de juridicidad.

El superior pierde toda autoridad desde el momento en que no acata ese imperativo. Solamente como resultado de la aplicación de una ley puede la autoridad exigir conductas determinadas; fuera de esa regulación no hay deber de obediencia.

Como podrá notarse, las garantías contra presiones externas que la imparcialidad exige no son otra cosa que el fiel cumplimiento de los arts. 14 bis, 16 y 19 de la Constitución Nacional.

2.2. Debido proceso

La noción de debido proceso adjetivo, integrada tradicionalmente por los derechos a ser oído, ofrecer y producir prueba, y obtener una decisión fundada, se ve enriquecida por la incorporación de diferentes reglas de indudable valor práctico que, en su conjunto, integran el concepto de proceso equitativo perfilado principalmente en Europa y tomado por la Corte de nuestro continente para la concreción de ciertos aspectos del art. 8° de su Convención.

Según la Corte Interamericana, para que exista debido proceso legal es preciso que la persona pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma

efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables [118]. Esa idea se complementa en la jurisprudencia europea con una concepción amplia del proceso equitativo, categoría que resulta de la combinación de los diferentes elementos que el art. 6.1 del Convenio establece. Así, se ha expuesto que el efecto de esa norma es, entre otros, ubicar al tribunal en el deber de llevar a cabo un examen adecuado de las presentaciones, los argumentos y las pruebas presentados por las partes, sin prejuzgar acerca de si ellos son relevantes para su decisión [119].

Un examen comparativo de la interpretación dada a los arts. 8° de la Convención Americana y 6° de la europea permite reconocer, como componentes esenciales del debido proceso, a la *igualdad de armas*, el *principio de contradicción*, el *plazo razonable* y la *debida fundamentación*.

2.2.1. Igualdad de armas

2.2.1.1. Características en la jurisprudencia europea

El principio de igualdad de armas requiere que se brinde a cada parte una oportunidad razonable de exponer su posición en condiciones que no la ubiquen en una *sustancial desventaja frente a su oponente* [120], demandando la existencia de un *adecuado equilibrio* entre las partes [121]. Ello implica el deber de conceder a cada contendiente la oportunidad no sólo de tomar conocimiento, sino también de pronunciarse o formular alegaciones respecto de las postulaciones efectuadas o de la prueba invocada por la contraria [122], noción que —como veremos— adquiere autonomía jurídica en el principio de contradicción. Este abordaje es de gran importancia, pues impide, a la autoridad encargada de la sustanciación del trámite, acotar el marco de discusión o prueba de este sobre la base de elementos de índole formal que denoten la adopción de una postura previa a la resolución final.

Frente al deber de evitar la existencia de toda condición que ubique a una de las partes en una sustancial desventaja respecto de la otra, las apariencias juegan también aquí un papel fundamental [123]. Al igual que en el caso de la imparcialidad, lo que está en juego es la confianza de los litigantes en el funcionamiento de las instituciones. Esa confianza se basa, precisamente, en asumir que aquellos gozarán

[118] Corte IDH, OC-16/99, cit., párrs. 117 y 119; OC-17/02, párrs. 97 y 115; *Hilaire, Constantine y Benjamin y otros, cit.*, párr. 146.

[119] SSTEDH, *Van de Hurk*, cit., párr. 59; *Kraska*, cit., párr. 30; *Gradinar v. Moldavia*, 8/4/2008, párr. 107.

[120] SSTEDH, *Dombo Beheer B.V. v. Países Bajos*, 27/10/1993, párr. 33; *Kress*, cit., párr. 72; *Beer v. Austria*, 6/2/2001, párr. 17; *Moser v. Austria*, 21/9/2006, párr. 86; *Grozdanoski v. Ex República Yugoslava de Macedonia*, 31/5/2007, párr. 36; *Nikoghosyan y Melkonyan v. Armenia*, 6/12/2007, párr. 37; *Nideröst-Huber*, cit., párr. 23.

[121] STEDH, *Gorraiz Lizarraga y otros*, cit., párr. 56. En el precedente *Ankerl* se puntualizó que ese equilibrio es exigible en todo tipo de procesos, aplicándose también en aquellos supuestos de contraposición entre intereses privados, y requiriendo que se brinde a la parte la posibilidad de plantear tanto su postura como su prueba en condiciones que no impliquen una sustancial desventaja con la contraria (STEDH, *Ankerl v. Suiza*, 23/10/1996, párr. 38).

[122] SSTEDH, *Beer*, cit., párr. 17; *Ruiz Mateos*, cit. párr. 63; *Lobo Machado*, cit., párr. 31; *Vermeulen*, cit., párr. 33; *Barberà, Messegué y Jabardo v. España*, 6/12/1988, párr. 68.

[123] SSTEDH, *Borgers*, cit., párr. 24; *Apeh Üldözötteinek Szövetsége y otros*, cit., párr. 39; *Demicoli v. Malta*, 27/8/1991, párr. 40; *Brandstetter*, cit., párr. 44.

de la oportunidad de expresar sus puntos de vista [124], con lo cual la indefensión o el trato desigual en el trámite no sólo implican lesión al debido proceso, sino que conspiran contra una creencia de la ciudadanía en las instituciones que debe ser enfáticamente preservada, no sólo garantizando efectivamente la igualdad de armas, sino aparentándolo. Pese a la importancia de las apariencias, el punto de vista de los involucrados no es en sí mismo decisivo, pues del mismo modo que con la imparcialidad objetiva, las dudas de los individuos en relación con la justicia de los procedimientos deben ser objetivamente justificadas en elementos tangibles [125].

Es importante tener en cuenta que el derecho de conocer y comentar toda la prueba o las alegaciones realizadas no se limita a las originadas en la contraparte, sino que se extiende a las que provienen de cualquier persona que intervenga en el proceso *con posibilidades de influir en la decisión* [126]. Ello comprende a los procuradores, asesores, peritos, *amicus curiae* y cualquier otro funcionario o persona que tenga esa aptitud. El factor determinante en estos supuestos consiste en que el funcionario con autoridad para emitir opiniones o dictámenes que influyan en la decisión del tribunal puede transformarse —de acuerdo con el contenido de aquellos— en el "aliado" o el "oponente" de la parte [127], por lo cual se considera vulnerada esta garantía si no se otorga la oportunidad de contraargumentar tales exposiciones. Dicho de otro modo, cuando un funcionario sugiere acoger o rechazar un planteo, deja de ser neutral desde el punto de vista del litigante y ese solo hecho hace exigible la posibilidad de expedirse sobre sus dichos.

En el plano de los sistemas universales de protección de Naciones Unidas este principio se conoce como igualdad de medios procesales y asegura que las partes de un procedimiento sean tratadas sin discriminación alguna. Esa igualdad de medios conlleva que todas las partes deban gozar de los mismos derechos en materia de procedimiento, salvo que la ley prevea distinciones y estas puedan justificarse con causas objetivas y razonables, sin que comporten ninguna desventaja efectiva u otra injusticia para el particular. Paralelamente, también requiere este principio que se otorgue a cada parte la oportunidad de oponerse a todos los argumentos y pruebas presentados por la contraria [128].

Como puede observarse, el amplio alcance de la igualdad de armas como reaseguro de un proceso con las debidas garantías es por demás destacable y demanda una conducta activa de la autoridad que sustancia el trámite, quien debe informar y facilitar al interesado acerca de la posibilidad y alcance del ejercicio de este derecho [129].

2.2.1.2. Perfiles de la igualdad de armas en América

En el plano americano también se ha recurrido a esta noción, aunque desde un lugar especialmente valioso que la enfoca bajo el prisma de las *obligaciones positivas del Estado.*

[124] SSTEDH, *Acquaviva*, cit., párr. 66.

[125] SSTEDH, *Kraska*, cit., párr. 32.

[126] SSTEDH, *McMichael v. Reino Unido*, 24/2/1995, párr. 80; *Lanz v. Austria*, 31/1/2002, párr. 57; *Bulut v. Austria*, 22/2/1996, párr. 47.

[127] SSTEDH, *Borgers*, cit., párr. 26; *Kress*, cit., párr. 81.

[128] ONU, Comité de Derechos Humanos, OG 32, cit., párrs. 8 y 13.

[129] SSTEDH, *Yakovlev v. Rusia*, 15/3/2005, párr. 21; *Groshev v. Rusia*, 20/10/2005, párr. 29.

La Corte Interamericana ha perfilado a la igualdad de armas como aquel principio que obliga al Estado a introducir en las diferentes facetas del proceso las *medidas compensatorias de la desigualdad real* que pueda existir entre las partes. El concepto no se limita, de este modo, al deber de no *generar* desigualdades sustanciales entre los oponentes, sino de *resolver las existentes* como producto de factores económicos, sociales o de cualquier otra índole.

La igualdad de armas tiene, así, en el ámbito americano la función de imponer el establecimiento de factores de corrección que favorezcan la igualación de quienes son desiguales por otros motivos y permitan alcanzar soluciones justas tanto en la relación material como en la procesal [130]. Ese propósito se ha delineado a partir de cuatro directivas [131]:

a) Para que exista debido proceso legal la persona debe contar con la posibilidad de hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con su oponente y con otros ciudadanos en general. La igualdad debe predicarse, de esta forma, no sólo del vínculo interpartes, sino también de la posición de aquellas frente a los terceros en general.
b) Para poder hablar de verdaderas garantías, la persona cuyo derecho se encuentra bajo consideración debe tener a su disposición herramientas procedimentales que sirvan —en la práctica— para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio del derecho.
c) En función de lo anterior, para alcanzar sus objetivos el proceso estatal debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de aquellas personas cuyos derechos u obligaciones se encuentran sujetos a la decisión de la autoridad pública. Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y a la correlativa prohibición de discriminación.
d) La forma de cumplir con el mandato de resolución de esas desigualdades y evitar con ello un supuesto de discriminación por omisión consiste en la adopción de medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y las deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses. Si no existen esos medios de compensación, ampliamente reconocidos en diversas vertientes del procedimiento, no podrá decirse que quienes se encuentran en desventaja se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esos obstáculos.

Al analizar o diseñar normas procedimentales debemos dar cuenta de estos elementos, verificando si aquellas establecen medidas compensatorias o correctivas de la desigualdad real inherente, por ejemplo, a la relación entre el ciudadano y el Estado. Contrariamente a esa directiva, en muchos casos vemos que las prerrogativas de la Administración denotan un propósito inverso a la idea de compensación. En general, se dota al Estado de mayores ventajas procedimentales pese a que inicial-

130 Corte IDH, OC-18/03, cit., voto razonado concurrente del juez García Ramírez, párrs. 18 y ss.

131 Corte IDH, OC-16/99, cit., párrs. 117-119.

mente es dable pensar que quien se encuentra en posición de desventaja es el ciudadano. Ejemplos de ello son la autotutela declarativa y ejecutoria [132], los privilegios de indemandabilidad directa y los exiguos plazos de caducidad —elementos que se controlan de oficio antes de analizar el derecho vulnerado—, la imposibilidad de ejecutar directamente las sentencias, entre otras muestras de "prerrogativas exorbitantes". El disímil abanico de oportunidades procedimentales que se brinda al Estado en comparación con las otorgadas al ciudadano como rasgo usual en nuestros sistemas es pasible de reparos desde la perspectiva de la igualdad de armas, pues en muchos casos la tendencia consiste en introducir mecanismos jurídicos tendientes a *asegurar la desigualdad real del ciudadano frente al Estado, o bien, de ubicarlo en una sustancial desventaja en relación con su oponente.* Existe por cierto un justificativo común a este fenómeno, que es el riesgo de un Estado mal defendido, pero ese es un problema que no se soluciona dotándolo de más privilegios, sino controlando a los funcionarios y exigiendo la idoneidad necesaria para cada cargo en la función pública.

El principio de igualdad de armas compuesto a partir de los aportes europeo y americano demanda, sucintamente, que se otorgue al interesado una oportunidad real de exponer su posición en condiciones que no lo ubiquen en una sustancial desventaja frente a quien se opone a su pretensión; en ese propósito las normas y los actos de procedimiento deben prever medidas de compensación de la desigualdad real que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y las deficiencias que impidan o disminuyan la defensa eficaz de los derechos. Esta regla veda por vía de principio el reconocimiento de mayores ventajas procedimentales a favor de la Administración en desmedro del ciudadano.

2.2.2. Contradicción

Este principio, también conocido como procedimiento adversarial, se encuentra indisolublemente ligado a la igualdad de armas y refiere —en el marco de aquella— a la posibilidad específica del interesado no solamente de recabar y exponer las pruebas necesarias para el éxito de sus peticiones, sino también de conocer y expedirse sobre toda prueba aportada u observación efectuada con miras a influir en la decisión del caso [133].

La Corte Interamericana, por su parte, entiende que el *principio de contradicción* es un requisito que tiende a lograr el mayor equilibrio entre las partes, enfatizando la necesidad de su respeto en materia de ofrecimiento, producción y control de la prueba y formulación de alegaciones, recurriendo —en definitiva— a la conceptualización construida por el tribunal europeo [134].

En el marco del procedimiento administrativo, este principio se traduce en la prohibición de invocar elementos —fácticos o jurídicos— de cualquier índole respecto de los cuales no se haya conferido al interesado la posibilidad de análisis y

[132] Com. IDH, Informe 110/00, caso 11.800, *César Cabrejos Bernuy - Perú*, 4/12/2000, párr. 39.

[133] SSTEDH, *Mantovanelli v. Francia*, 18/3/1997, párr. 33; *Lobo Machado*, cit., párr. 31; *Yvon v. Francia*, 24/4/2003, párr. 31.

[134] Corte IDH, OC-17/02, cit., párrs. 132 y 133. CSJN, *Amodio*, 2007, *Fallos* 330:2658, voto en disidencia de los jueces Lorenzetti y Zaffaroni, consid. 11.

eventual refutación. La parte debe contar con la oportunidad efectiva de expedirse sobre todos aquellos factores que sean tomados como antecedentes de hecho o derecho de la resolución a emitirse y, por ende, no es admisible su invocación "sorpresiva" al momento de decidir.

Esta característica se reconduce, de esa manera, en la necesidad de asegurar la *activa participación del ciudadano en el trámite*, lo cual demandará tanto una obligación negativa consistente en la abstención de adoptar medidas que restrinjan esa participación como una obligación positiva consistente en poner a disposición del particular los medios necesarios para la materialización de ese objetivo. *A partir del principio de contradicción el debido proceso no puede ser entendido como la simple presencia del interesado, ni tampoco como el mero derecho a ser oído, sino que es la garantía de su activa participación en forma previa a la adopción de la decisión.*

La necesaria intervención de la parte con el alcance comentado plantea, por otro lado, un límite fundamental a las facultades instructorias de la Administración y, por consiguiente, demarca el perímetro de los tradicionales principios de verdad material e impulsión de oficio, en cuanto independizan la obtención y el análisis del sustrato fáctico y jurídico del caso de la gestión postulatoria y probatoria del particular. En efecto, aun cuando se admitiera que la Administración posee en virtud del principio de juridicidad el deber de impulsar el trámite y averiguar de oficio la verdad de los hechos, esas atribuciones no pueden ser entendidas con un alcance tal que comprometa la participación útil del ciudadano en el procedimiento. Por ende, ningún elemento de juicio obtenido por vía del ejercicio de tales atribuciones podrá ser tomado en cuenta si no se otorgó antes al interesado la posibilidad de expresar su punto de vista.

Si bien las proyecciones de esta directiva son por demás extensas, es importante agregar que la combinación del principio de juridicidad con el de contradicción —especialmente en cuanto constituye en cabeza del órgano estatal la obligación positiva de poner a disposición del particular los medios necesarios para su activa intervención— provoca que la Administración, al advertir alguna omisión o detectar la necesidad de requerir alguna información adicional a la propuesta por el interesado, deba hacérselo saber antes de resolver, brindándole la posibilidad de solucionar esa falencia, para —cumplido ese paso— decidir. La Administración debe instar la subsanación de los defectos u omisiones otorgando un plazo para ello, pues el principio de contradicción obsta a la posibilidad de desestimar, sin más, los planteos del interesado con base en la inexistencia de elementos probatorios cuya necesidad no se transmitió previamente otorgando un plazo para su presentación.

Se reitera, el principio de contradicción se traduce en el procedimiento en el derecho a una activa participación del ciudadano en el trámite y toda acción u omisión del organismo que conlleve retacearla comportará una vulneración al debido proceso en su actual configuración convencional.

2.2.3. Plazo razonable

En el marco de los tratados constitucionalizados en el art. 75, inc. 22, de la Carta Magna, el plazo razonable es uno de los principios de aplicación e interpretación con mayor relevancia práctica, pues con él pretende darse cuenta de una problemática universal —como la indebida duración de los trámites— de cuya solu-

ción depende en gran medida la posibilidad de alcanzar la tutela efectiva de los derechos.

La Corte Interamericana [135] —partiendo de la equivalencia entre los arts. 8° de la Convención Americana y 6° de la Europea en este punto— ha remitido en el análisis de los elementos necesarios para la definición del concepto al esquema utilizado por el Tribunal de Estrasburgo, para lo cual ha enfatizado la necesidad de abordar la determinación de la razonabilidad del plazo desde un "análisis global del procedimiento" [136].

2.2.3.1. Criterios de evaluación de la razonabilidad del plazo

Los criterios fundamentales utilizados para evaluar esa razonabilidad han sido inicialmente tres —la complejidad del asunto, la actividad procesal del interesado y la conducta de las autoridades estatales— que luego se han visto ampliados a una cuarta pauta de progresivo desarrollo, consistente en valorar lo que está en juego para la persona [137]. La evaluación del plazo razonable resulta de un examen conjunto de estos elementos, con lo cual no alcanza para excusar al Estado comprobar la complejidad del asunto o la inactividad del particular si no se prueba también la existencia de una actividad diligente por parte de la autoridad pública. Los tres principios tradicionales son [138]:

2.2.3.1.1. La complejidad del asunto

Este elemento atiende a la búsqueda de equilibrio entre una razonable celeridad del procedimiento y la necesidad de evitar que el apuro en la resolución de las actuaciones implique arribar a decisiones equivocadas. La carga de la prueba sobre esta complejidad como justificativo de demoras recae en cabeza del Estado y consiste en acreditar la presencia de elementos cuya dilucidación —pese a una actividad diligente en la sustanciación del trámite— ha insumido tiempos superiores a los esperados. En definitiva, este factor dependerá del análisis de las particularidades de cada caso, recalcándose nuevamente que la evaluación del plazo razonable resulta de un examen conjunto de los cuatro criterios, con lo cual no alcanza, para excusar al Estado, demostrar la complejidad del asunto si no se prueba también la existencia de una actividad eficiente de la autoridad.

[135] Corte IDH, *Genie Lacayo v. Nicaragua. Fondo, reparaciones y costas*, 29/1/1997, párr. 77. *López Álvarez*, cit., párr. 128; *García Asto y Ramírez Rojas v. Perú. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas*, 25/11/2005, párr. 166; *Gómez Palomino v. Perú. Fondo, reparaciones y costas*, 22/11/2005, párr. 85; *Comunidad Moiwana v. Surinam. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*, 15/6/2005, párr. 160.

[136] Corte IDH, *Genie Lacayo*, cit., párr. 81; *Suárez Rosero v. Ecuador. Fondo*, 12/11/1997, párr. 72.

[137] Sobre el contenido de estos criterios ver Corte IDH, *Valle Jaramillo y otros v. Colombia. Fondo, reparaciones y costas*, 27/11/2008, voto concurrente del juez García Ramírez, párrs. 2 y ss.

[138] Corte IDH, *Kimel*, cit., párr. 97; *Acosta Calderón v. Ecuador. Fondo, reparaciones y costas*, 24/6/2005, párr. 105; *Hermanas Serrano Cruz v. El Salvador. Fondo, reparaciones y costas*, 1/3/2005, párr. 67; *Caso 19 Comerciantes v. Colombia. Fondo, reparaciones y costas*, 5/7/2004, párr. 190. En igual sentido SSTEDH, *Motta v. Italia*, 19/2/1991, párr. 30; *Ruiz Mateos*, cit., párr. 30; *König*, cit., párr. 99; *Neumeister*, cit., párr. 21; *Ringeisen*, cit., párr. 110; *Müller v. Austria*, 5/10/2006, párr. 21. Ver también Com. IDH, Informe 43/96, caso 11.430, 15/10/1996 y CSJN, *Egea*, 2004, *Fallos* 327:4815. Dictamen del Procurador General que la Corte hace suyo.

2.2.3.1.2. La actividad del interesado

En lo que atañe a este factor de análisis la regla jurisprudencial, construida a partir de reconocer el diferente papel que cabe a cada uno de los actores de un proceso, es que la principal responsabilidad por el retraso corresponde, en última instancia, al Estado [139]. Son los órganos estatales los que tienen a su cargo el deber de asegurar que el proceso se desarrolle normalmente y sin dilaciones indebidas [140]. Hacer caer sobre la persona los efectos de la infracción a ese deber no sólo implica lesionar el derecho de defensa, sino también olvidar el carácter irrenunciable de la competencia atribuida al órgano, precisamente para encauzar el procedimiento en debida forma. En cualquier caso, no es la persona quien debe velar por la celeridad del proceso ni sufrir las consecuencias de incumplimientos ajenos.

Teniendo en cuenta lo anterior, el Estado no puede aducir que la demora se produjo porque el particular empleó los mecanismos de petición e impugnación que le provee el ordenamiento interno. No puede reprocharse la plena utilización por parte del afectado de los recursos que ofrece el derecho doméstico para justificar las tardanzas [141], pues resultaría un contrasentido poner a disposición de la parte los remedios necesarios para la revisión de aquella decisión que le causa gravamen y al mismo tiempo pretender escudarse en el ejercicio de ese derecho para justificar dilaciones indebidas en la resolución del trámite. Ello no solamente implica invocar las garantías de petición y revisión en contra de la del plazo razonable, solución vedada por el art. 29 de la Convención Americana, sino también olvidar que el Estado se encuentra obligado a diseñar las estructuras procesales necesarias para que el juicio se desarrolle sin demoras *en todas las etapas.*

En determinados casos, si la responsabilidad de la demora es atribuible exclusivamente al interesado, no existe tal violación [142]. En el caso *Phocas* [143] la Corte utilizó este criterio, rechazando la denuncia de quebrantamiento de la garantía por no considerar probado que el peticionante hubiera realizado algún esfuerzo especial para acelerar los procedimientos. La disidencia [144], por el contrario, utilizó el criterio opuesto del *onus probandi*: si bien era cierto que el peticionante no había acelerado el procedimiento, tampoco existía ningún justificativo para una demora como la ocurrida. Entendemos que este segundo criterio es el aplicable: la valoración de la conducta del interesado como justificativo de la excesiva duración del trámite puede únicamente hacerse valer si aquel generó intencionalmente dilaciones injustificadas o innecesarias. Para justificar las demoras no será suficiente que aquel no haya instado la aceleración de los procedimientos, pues tal función corresponde al Estado, se lo pida el ciudadano o no. Ante la excesiva duración del proceso, el Estado debe acreditar que el particular ocasionó las demoras y no que aquel no le requirió mayor rapidez.

[139] SSTEDH, *Capuano v. Italia,* 25/6/1987, párr. 31.

[140] CSJN, *Espósito*, 2001, *Fallos* 324:4135 y *Espósito*, 2004, *Fallos* 327:5668.

[141] SSTEDH, *Erkner y Hofauer*, cit., párr. 68; *Guerreiro v. Portugal*, 31/1/2002, párr. 34.

[142] STEDH, *Rylski v. Polonia*, 4/7/2006, párr. 77.

[143] STEDH, *Phocas v. Francia*, 23/4/1996, párrs. 71 y 72. Un razonamiento similar, aunque en una temática diferente vinculada con la responsabilidad del Estado, se advierte en el precedente *Tecnobeton* (CSJN, 1996, *Fallos* 319:2666, consids. 16 y ss.).

[144] STEDH, *Phocas*, cit., disidencia conjunta de los jueces Russo y Palm.

En definitiva, se presume, salvo prueba en contrario, que las demoras no son imputables al particular [145] y que la complejidad del caso no justifica por sí sola una duración excesiva del trámite si el Estado no acredita que el particular contribuyó a esa duración [146]. Esa carga de la prueba en cabeza del Estado también es consagrada en la jurisprudencia americana [147], que considera que la falta de razonabilidad debe ser desvirtuada por el Estado, exponiendo y probando que la demora tiene directa relación con la complejidad del caso o con la conducta de las partes en el caso [148]. Es más, resulta criterio consolidado en la jurisprudencia europea que aun en aquellos sistemas procesales sujetos al principio dispositivo, el hecho de que el avance del procedimiento repose en el impulso de las partes no dispensa a los tribunales del deber de asegurar el respeto a las exigencias del plazo razonable, por lo cual deberán utilizarse las facultades instructorias a efectos de garantizar que el trámite se lleve adelante con la mayor celeridad posible [149].

2.2.3.1.3. La conducta de las autoridades judiciales o administrativas

El órgano judicial del Convenio de Roma ha establecido como principio que la inercia de las autoridades administrativas competentes compromete la responsabilidad del Estado bajo el art. 6.1 [150]. Aun ante supuestos de cierta complejidad, la existencia de inactividad —etapas muertas— entre cada actuación, los aplazamientos de medidas procedimentales a cargo de la autoridad o los marcados retrocesos en el trámite son, entre otras, muestras de esa inercia [151].

Rige aquí, como en los demás criterios, el *onus probandi* en cabeza del Estado, con lo cual este debe demostrar que ha adoptado una actitud diligente tanto en la adecuación del sistema interno a los requerimientos del plazo razonable como en la resolución del caso concreto. Es frente a esta carga de la prueba donde las características de las obligaciones asumidas en los tratados presentan una particular entidad, pues en función de ellas debe desestimarse el intento de justificar las demoras en problemas internos tales como la sobrecarga de trabajo de los organismos estatales, la falta de coordinación entre las autoridades o problemáticas similares.

En el marco de los arts. 1.1 y 2° de la Convención Americana, los Estados no pueden justificar una violación a la garantía del plazo razonable alegando dificultades de orden interno. Por ende, si una determinada regulación procesal es la causante de las dilaciones o no provee mecanismos para evitarlas, el Estado debe sancionar y aplicar las reformas necesarias [152].

[145] STEDH, *Manevski v. Ex República Yugoslava de Macedonia*, 19/6/2008, párr. 61.

[146] STEDH, *Manevski*, cit., párr. 52.

[147] Corte IDH; *Caso 19 Comerciantes, cit.*, párr. 191; *Hilaire, Constantine y Benjamin y otros, cit.*, párr. 145.

[148] Corte IDH; *Hermanas Serrano Cruz*, cit., párr. 69; *Ricardo Canese*, cit., párr. 142; *Las Palmeras*, cit., párrs. 63 y 64.

[149] SSTEDH, *Scopelliti v. Italia*, 23/11/1993, párr. 25; *Guincho v. Portugal*, 10/7/1984, párr. 32; *Volkwein v. Alemania*, 4/4/2002, párr. 36.

[150] STEDH, *Scollo v. Italia*, 28/9/1995, párr. 44.

[151] SSTEDH, *Vashchenko v. Ucrania*, 26/6/2008, párr. 47; *Deak v. Rumania y Reino Unido*, 3/6/2008, párr. 80. CSJN, *Cuatrin*, 8/4/2008, C. 1740. XLII; RHE, consid. 9.

[152] Corte IDH, *Juan Humberto Sánchez. Interpretación de la sentencia sobre excepciones preliminares, fondo y reparaciones*, 26/11/2003, párr. 60; *Bulacio*, cit., párr. 117; *Barrios Altos v. Perú. Interpretación de la sentencia de fondo*, 3/9/2001, párr. 17.

De igual modo, el argumento vinculado con la crónica sobrecarga de trabajo de la Administración o de los tribunales tampoco releva al Estado de su responsabilidad por la violación de esta garantía, pues ello implicaría abdicar del deber básico de cada Estado parte de organizar su sistema jurídico de un modo tal que posibilite a sus autoridades garantizar a todas las personas el derecho a obtener una decisión final en un plazo razonable [153]. Este punto resulta de vital importancia, pues la tarea de organizar la estructura administrativa y judicial doméstica de acuerdo con condiciones que garanticen el plazo razonable, emprendiendo las reformas necesarias a tal fin, no es una cuestión librada a valoraciones políticas, sino un deber jurídicamente exigible al Estado si pretende no ser responsabilizado internacionalmente.

Es que el fenómeno mismo del exceso de asuntos a resolver por las administraciones y los tribunales es resultado de una concepción —no sólo incompatible con una república, sino reprobada por la jurisprudencia internacional— que considera aceptable cargar sobre las espaldas de los ciudadanos la desatención del Estado respecto de ciertas áreas esenciales de su actividad. Por un lado, una Administración superada en su capacidad de respuesta es el primer paso para desalentar la formulación de pedidos e impugnaciones. Por el otro, el privilegio de autotutela [154], la necesidad de la decisión previa y el carácter no suspensivo de los recursos y acciones hacen, en rigor, que la Administración tenga un interés decisivo en la lentitud del aparato judicial, desde que sólo a través de una sentencia obtenida luego de años de litigio será posible revertir aquella decisión que se procura conservar. La duración excesiva de los trámites opera, de esa forma, como un eficaz elemento disuasivo para reducir la cantidad de planteos administrativos o judiciales por parte de los ciudadanos, favoreciendo de ese modo una organización pensada de espaldas a la gente. Si el Estado no provee los medios adecuados para dar una respuesta en tiempo útil, ni organiza sus estructuras de funcionamiento a partir de esa idea, obtura la posibilidad de dar respuestas y con ello incentiva el alejamiento del ciudadano.

Un recorrido por la inagotable casuística internacional sobre este tema demuestra que la necesidad de introducir las reformas estructurales en el plano doméstico en pos de reducir la duración de los procesos es un desafío común a la mayoría de los países. Algunos Estados se hallan sumidos en una situación de sistemática violación a este principio, siendo uno de los casos emblemáticos para nosotros el italiano, dada la influencia que ha ejercido ese país en nuestro derecho administrativo. La situación italiana en materia de dilaciones alcanzó una gravedad tal que el Tribunal de Estrasburgo dejó de limitarse al análisis de cada caso y comenzó a activar directivas generales al gobierno de ese país, llegando a considerar configurada una *práctica estatal de violación de esta garantía* y no ya infracciones puntuales [155]. Recurriendo una vez más al estándar de la confianza ciudadana en el Estado, la cual se ve indu-

[153] SSTEDH, *Dumanovski v. Ex República Yugoslava de Macedonia*, 8/12/2005, párr. 45.

[154] En virtud de la potestad de autotutela declarativa, "se presume que toda la actividad de la administración guarda conformidad con el ordenamiento jurídico, presunción que subsiste en tanto no se declare lo contrario por el órgano competente" (CSJN, *Alcántara Díaz Colodrero*, 1996, *Fallos* 319:1476, consid. 6).

[155] SSTEDH, *Bottazzi v. Italia* y *Di Mauro v. Italia*, ambos del 28/7/1999, párrs. 22 y 23, respectivamente.

dablemente socavada cuando no hay respuestas en tiempo útil [156], y el consiguiente deber de organizar los sistemas internos de un modo que permita cumplir los requerimientos del plazo razonable [157], los jueces de Estrasburgo denunciaron las recurrentes condenas que Italia había recibido a lo largo de los años por la violación de esta garantía y la existencia de cerca de mil informes de la Comisión con el mismo dictamen. En ese escenario, la frecuencia de las violaciones declaradas mostraba una acumulación de idénticas infracciones lo suficientemente numerosas como para hablar de algo más que incidentes aislados: esas infracciones continuas en el tiempo son constitutivas de una *práctica estatal incompatible con el Convenio.*

La disidencia parcial del juez Türmen en el caso *Botazzi*, por el contrario, consideró que no correspondía hablar de una práctica estatal de esas características, explicando así que la jurisprudencia de la Corte ha definido el concepto de práctica administrativa incompatible, que es una noción de gran importancia a los efectos del papel de la Administración en la aplicación de los tratados de derechos humanos, sobre la base de dos criterios:

a) Una acumulación de idénticas o análogas infracciones que resulten suficientemente numerosas e interconectadas para equivaler no meramente a incidentes aislados, sino a un patrón o sistema.
b) Tolerancia oficial, en el sentido en que los superiores de los agentes directamente responsables, conociendo esos actos, no adoptan acciones para sancionarlos o prevenir su repetición [158].

La categoría de la práctica estatal incompatible con el Convenio ha evolucionado posteriormente en la jurisprudencia de Estrasburgo, dando lugar a nuevas formas de abordaje de ese tipo de situaciones. En efecto, a medida que su labor avanzaba, tanto la Corte Europea como el Comité de Ministros del Consejo de Europa comenzaron a observar la presencia de violaciones a garantías convencionales que se originaban en problemas generalizados derivados del *incorrecto funcionamiento de la legislación o práctica administrativa del Estado parte* y que *afectaban actual y potencialmente a un gran número de personas*. El denominador común fue que la violación no provenía ya de incidentes aislados ni obedecía a las circunstancias de un caso particular, sino que era resultado de la conducta regulatoria y administrativa de las autoridades hacia un grupo o clase de personas, lo cual permitió calificar a este tipo de situaciones como *problemas sistémicos* [159]. En esos escenarios se avi-

[156] STEDH, *Katte Klitsche de la Grange v. Italia*, 27/10/1994, párr. 61.

[157] STEDH, *Salesi*, cit., párr. 24.

[158] Sobre la base de este segundo elemento el votante entendió que la decisión sobre la existencia de una práctica estatal violatoria de las obligaciones del tratado debe atender a los dos criterios *en conjunto* y no sólo al primero. De este modo, para expedirse a este respecto, la Corte debería haber comprobado que las más altas autoridades del Estado conocían las violaciones y se negaban a arbitrar mecanismos para prevenir su repetición, lo cual no podía predicarse de Italia, en tanto ese país había avanzado en la adopción de medidas sobre el punto.

[159] SSTEDH, *Broniowski v. Polonia* (conocido como el *Caso del Río Bug*), 22/6/2004, párr. 189 y puntos resolutivos 3 y 4; *Lukenda v. Eslovenia*, 6/10/2005, párr. 93 y puntos resolutivos 4 y 5; *Sejdovic v. Italia*, 1/3/2006, párrs. 119 y 120; *Hutten-Czapska v. Polonia*, 19/6/2006, párr. 231 y Acuerdo Amistoso de fecha 28/4/2008; *Burdov v. Rusia (Nº 2)*, 15/1/2009, párrs. 125 y 140 y puntos resolutivos 7 y 8; *Kauczor v. Polonia*, 3/2/2009, párr. 62.

zoró a la resolución individual de cada planteo como ineficaz, tanto para los afectados como para la Corte, por lo que el nacimiento de la noción de problema sistémico se tradujo en una respuesta procedimental específica, conocida como "sentencia piloto", en la que se indican al Estado las medidas generales que debe adoptar para revertirlo. Si esas medidas generales son efectivizadas y funcionan, los casos similares son "tachados" de las listas de sentencias pendientes en Estrasburgo. Ello significa que cuando se produce un problema sistémico, el Tribunal Europeo dicta una sentencia con efectos *erga omnes* que absorbe la resolución de todos los casos individuales nucleados en aquel.

Las nociones de *problema sistémico* y de *prácticas administrativas incompatibles con la Convención* se presentan como elementos de enorme valor para entender nuestro sistema jurídico, pues su utilización en ciertos sectores de actuación estatal seguramente nos revelará la presencia de ese tipo de situaciones, que es el primer paso para plantear las reformas necesarias para revertirlas. Uno de los mayores desafíos que nos depara el sometimiento a los Pactos es justamente la incorporación espontánea de sus normas y criterios de protección en las acciones globales a escala nacional y para ello es fundamental poder cotejar la compatibilidad de esas acciones con el plexo internacional para —desde allí— activar las adaptaciones que correspondan.

2.2.3.1.4. El cuarto elemento: el interés en juego

A los tres criterios anteriores se agrega desde hace un tiempo una pauta de valoración sumamente fructífera para abordar la razonabilidad del plazo, que consiste en indagar sobre *el interés que está en juego para la persona en el trámite*. El enorme potencial de esta directiva —regularmente incorporada a la casuística del tribunal europeo— [160] reside, por una parte, en ser consecuente con el modo de entender un tratado diseñado desde la centralidad de la persona, a partir de la cual la efectiva tutela de sus intereses en el caso concreto es el fin último a perseguir. Lo esencial no es la competencia del Estado por sí misma, sino la persona para cuya protección esa competencia ha sido otorgada. Es este el factor determinante que —desde una fórmula flexible— debe guiar la fijación del plazo razonable. Cuanto más relevante es en términos de tutela internacional el interés que está en juego, más efectiva debe ser la tutela; es decir que este cuarto criterio delimita una relación inversamente proporcional entre la importancia jurídica del interés ventilado en el trámite y el margen estatal para fijar su duración.

Esa característica sirve, paralelamente, como *regla de ponderación* entre los tres criterios existentes para enjuiciar el plazo en cada caso:

a) A mayor relevancia del interés en juego, menor es el plazo con que cuenta el Estado para dar una respuesta y viceversa.
b) A mayor relevancia del interés en juego para la persona, menor es la posibilidad de invocar la complejidad del asunto y viceversa.
c) A mayor relevancia del interés en juego para la persona, menor relevancia de la actividad procesal del interesado y viceversa.

[160] SSTEDH, *Marini*, cit., párr. 142; *Sakanovic*, cit., párr. 39; *Frydlender v. Francia*, 27/6/2000, párr. 43; *Kaniewski v. Polonia*, 8/11/2005, párr. 41; *Sándor v. Hungría*, 17/7/2008, párr. 16.

d) A mayor relevancia del interés en juego para la persona, mayor es el deber de actuación espontánea de las autoridades y viceversa.

Si lo central no son las prerrogativas o las competencias del Estado por sí mismas, sino la persona para cuya protección ellas existen, su modo de ejercicio no puede desentenderse del interés en juego, aun cuando no se observe infracción alguna a las normas internas. Incluso ante la ausencia de una violación de los plazos legales se lesiona esta garantía si no se da respuesta en tiempo oportuno.

Lo anterior implica, por ejemplo, que las autoridades administrativas no sólo deben cumplir con los plazos fijados legalmente, sino asegurar que el asunto se resuelva rápidamente, para lo cual deben adoptar todas las medidas que sean necesarias, más allá de lo que establezcan las regulaciones propias [161]. Es así que, ante la defensa planteada por el Estado relativa a que no se había excedido en los plazos de que disponía para expedirse, la Corte Europea aclaró que ese argumento solamente es aceptable *en la medida en que la naturaleza e importancia de lo que está en juego para el individuo lo permitan*. En otras palabras, la autoridad administrativa no puede ampararse en la falta de vencimiento de los plazos cuando la importancia del interés involucrado lo impide, esto es, cuando se afecta la tutela efectiva de un derecho fundamental. De ese modo, hay supuestos —p. ej., en materia de salud [162] o cuestiones de índole alimentaria [163]— que exigen una excepcional diligencia no ya en función de los plazos establecidos para resolver sino en función de los valores en juego.

En esa línea se ha destacado también que los criterios a tomar en cuenta para el tratamiento de los expedientes, que van desde el orden cronológico en que los casos ingresan hasta la importancia del asunto en términos políticos y sociales, deben ser armonizados con el interés de la persona que se encuentra involucrada, siendo este un factor central que debe tenerse en cuenta al decidir el orden de despacho de los trámites [164].

En el ámbito americano, la adición de este cuarto factor de análisis fue inicialmente propugnada por el juez de la Corte de San José de Costa Rica, García Ramírez [165], a partir de indagar en torno a la "afectación actual que el procedimiento implica para los derechos y deberes —es decir, la situación jurídica— del individuo". Es posible que el procedimiento incida de manera poco relevante sobre esa situación, pero si no es así, es decir, si la incidencia crece hasta ser intensa, resulta necesario que el procedimiento se agilice a fin de que en breve tiempo se resuelva la situación del sujeto que ha comenzado a gravitar severamente sobre su vida. La afectación debe ser actual, no meramente posible o probable, eventual o remota.

Esta propuesta ha sido receptada por el tribunal de Costa Rica, que ha comenzado a incluir —junto con los tres factores usuales de análisis de la razonabilidad

161 STEDH, *X. v. Francia*, 31/3/1992, párrs. 41 y ss. Ver también Corte IDH, *Apitz Barbera y otros*, cit., párrs. 159 y ss.

162 En el caso *X v. Francia*, cit., se trataba de un enfermo de VIH.

163 SSTEDH, *Frydlender*, cit., párr. 45; *Nunes Violante v. Portugal*, 8/6/1999, párr. 31.

164 STEDH, *Orsus y otros*, cit., párr. 48.

165 Corte IDH, *López Álvarez*, cit., voto razonado del juez García Ramírez, párrs. 36 y ss; *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa*, cit., voto razonado del juez García Ramírez, párr. 7.

del plazo— la "afectación generada por la duración del procedimiento en la situación jurídica de la persona involucrada en el mismo, considerando, entre otros elementos, la materia objeto de controversia" [166]. Dicha puntualización le ha permitido dar cuenta de la regla antes enfatizada: "si el paso del tiempo incide de manera relevante en la situación jurídica del individuo, resultará necesario que el procedimiento corra con más diligencia a fin de que el caso se resuelva en un tiempo breve" [167], extremo que relativiza la posibilidad de la Administración de escudarse en la falta de vencimiento de determinados plazos legales.

La Comisión Interamericana también ha declarado reiteradamente la violación de las normas de la Convención Americana sobre el plazo razonable [168], aclarando que "la efectiva vigencia de estos principios no se puede limitar a la mera constatación formal de recaudos procesales" [169]. En igual tesitura, se ha dado cuenta de la íntima vinculación de la garantía analizada con el principio de presunción de inocencia, el cual obsta que el Estado cuente con un período de tiempo ilimitado para la resolución de un asunto del cual pueden derivar responsabilidades a un ciudadano. En efecto, "de otro modo, se asumiría de manera implícita que el Estado siempre enjuicia a culpables y que, por lo tanto, es irrelevante el tiempo que se utilice para probar la culpabilidad" [170].

Este cuarto criterio resulta de un valor interpretativo indudable, pues relativiza las formalidades propias del derecho interno y pone en primer lugar al derecho que se encuentra afectado por una determinada actuación estatal. Ese factor, junto con la complejidad del caso, la conducta de los involucrados y de las autoridades, permite abordar cada supuesto desde un plano de razonabilidad que permita soluciones justas en el asunto concreto.

2.2.3.2. El plazo razonable en sede administrativa

¿Cómo se computa el plazo razonable en un caso?

La Corte Europea —siguiendo en este tema la tradicional distinción entre la faceta civil y la penal del art. 6° del Convenio— entiende que en materia civil el punto de partida para la evaluación del plazo razonable comienza el día en que se acude a la jurisdicción competente [171], mientras que en materia penal se trata de saber a partir de cuándo una persona se encuentra delante de una "acusación" —se halle en libertad o no—; es decir que en este último campo el inicio del plazo puede operar en el momento de la acusación misma [172], de la iniciación de incidentes prelimi-

[166] Corte IDH, *Valle Jaramillo*, cit., párr. 155; *Kawas Fernández vs. Honduras. Fondo, reparaciones y costas*, 3/4/2009, párr. 112.

[167] Corte IDH, *Valle Jaramillo* cit., párr. 155.

[168] Comisión IDH, resolución 2/84 del 17/5/1984, Informe Anual de la CIDH, 1984-1985.

[169] Comisión IDH, Informe 74/90 del 4/10/1990, párr. III. 17.

[170] En igual sentido, ha indicado la Corte que "el principio de plazo razonable al que hacen referencia los arts. 7.5 y 8.1 de la Convención Americana tiene como finalidad impedir que los acusados permanezcan largo tiempo bajo acusación y asegurar que esta se decida prontamente" (Corte IDH, *Suárez Rosero*, cit., párr. 70).

[171] SSTEDH, *Buchholz v. Alemania*, 6/5/1981, párr. 48; *Zimmermann y Steiner v. Suiza*, 13/7/1983, párr. 23; *Pretto y otros v. Italia*, 8/12/1983, párr. 30; *Guincho*, cit., párr. 29.

[172] STEDH, *Neumeister*, cit.

nares contra el presunto acusado [173] o de la fecha en la cual aquel recibe la notificación de una orden de arresto [174], entre otros momentos a tener en consideración.

En lo que resulta central para nosotros, si es necesario acudir en primer término a la vía administrativa —por ser esta obligatoria de acuerdo con el ordenamiento aplicable—, es a partir del comienzo de la utilización de dicha vía que comienza el cómputo del plazo razonable [175].

Como explica la Corte Europea en *Hellborg* [176], a los efectos del plazo razonable no pueden tomarse procedimiento y proceso por separado, pues su cómputo comienza *tan pronto la disputa se configura*, aun cuando el ciudadano deba someterla a la autoridad administrativa como instancia previa a la judicial. El factor determinante para el tribunal es —de acuerdo con el art. 6.1— que los procedimientos administrativos y judiciales *refieran a la misma disputa*, pues es aquella —vista de modo integral— la que debe ser resuelta en un plazo razonable, más allá de la existencia de un paso previo por la Administración o la presencia de diferentes instancias procesales. Lo importante es el caso visto en forma global y no la segmentación que el ordenamiento interno pueda prever para su sustanciación. Ello es más claro aún en sistemas en los que —como el argentino— el requisito de congruencia rige en el sentido de que el planteo judicial debe versar sobre los mismos hechos y derechos invocados en el procedimiento frente a la Administración.

Sin embargo, aun cuando el plazo razonable comienza a correr con la existencia de un conflicto ventilado en sede administrativa, vale precisar que en algunas ocasiones [177] la Corte Europea ha sostenido que en aquellos casos en los cuales el dictado de una decisión administrativa configura un paso previo al acceso a la justicia, el período relevante tiene inicio ya no desde que la petición es presentada ante la autoridad administrativa, sino tan pronto surge una disputa. De acuerdo con ese abordaje, el plazo razonable comenzaría a computarse desde que la autoridad administrativa rechaza el pedido formulado por el particular y no desde que aquel fue presentado.

No creemos posible admitir que el plazo razonable comience con el nacimiento de un conflicto en sede administrativa —esto es, con la existencia de una decisión contraria a los intereses del ciudadano que es atacada por aquel— y no cuando la petición se presenta. El plazo razonable debe computarse desde el inicio del planteo, en tanto es en ese momento cuando nace el deber de responder de la autoridad administrativa. Es más, la propia Corte ha precisado en otros precedentes que, cuando existen procedimientos internos de las autoridades, no corresponde que el plazo se compute desde que aquellas deciden dar participación al particular, pues ello permitiría dilatar durante años los trámites sin respetar esta garantía. Es así que el hecho de que existan ciertas etapas preliminares en las que no se da intervención al ciudadano no las excluye del deber del plazo razonable [178].

[173] STEDH, *Ringeisen*, cit.

[174] STEDH, *Eckle*, cit.

[175] SSTEDH, *Hellborg v. Suecia*, 28/2/2006, párr. 59; *Morscher v. Austria*, 5/2/2004, párr. 38, *Nowicky*, cit., párr. 47; *Janssen v. Alemania*, 20/12/2001, párr. 40.

[176] En este caso la violación se declaró expresamente por las dilaciones ocurridas en sede administrativa y no por el desempeño del Poder Judicial (párr. 60).

[177] STEDH, *Hellborg*, cit., párr. 59.

[178] STEDH, *Sakanovic*, cit., párr. 35.

Si trasladamos este último concepto a las presentaciones en sede administrativa, habremos de llegar a la misma conclusión: el plazo razonable comienza con la petición o planteo inicial del ciudadano, máxime cuando aquel se establece como un recaudo obligatorio para el acceso a la Justicia.

Esta aproximación es la que prevalece actualmente en la jurisprudencia de Estrasburgo, la cual ha subrayado recientemente que en aquellos supuestos en que el particular debe obtener un acto administrativo impugnable ante el poder judicial, el plazo razonable comienza a computarse desde el día en que aquel presenta su petición ante la autoridad administrativa [179]. En resumidas cuentas, cuando la legislación interna impone la necesidad de agotar la vía administrativa como recaudo previo de acceso a la justicia, los procedimientos ante el órgano administrativo deben incluirse para calcular la duración del proceso a los efectos de su razonabilidad.[180]

2.2.4. Proceso público

2.2.4.1. Precisiones

El art. 6.1 de la Convención consagra el derecho de ser oído públicamente como uno de los componentes del proceso equitativo, imponiendo —además— que la sentencia deba ser pronunciada públicamente. Por su parte, el art. 8° de la Convención Americana establece expresamente estas dos variantes al aludir al proceso penal en su apart. 5°. Dado que las previsiones de los aparts. 2° a 5° se aplican a toda la gama de procesos abarcados por el apart. 1°, en tanto aquellas *integran el concepto de debidas garantías* exigidas en él, la publicidad del proceso también rige en todo tipo de procedimiento.

El derecho a ser oído en forma pública es, además, otro componente del debido proceso si se atiende a su inserción dentro del más amplio principio de máxima divulgación. El carácter público de los procedimientos protege a las personas de un ejercicio secreto del poder sin control de la opinión pública, lo cual no sólo contribuye a preservar la confianza de la población en sus instituciones, sino que funciona como un reaseguro del debido proceso, en tanto la visibilidad del poder es uno de los principales medios de prevenir su abuso [181].

La importancia de la publicidad del proceso reside, como podemos ver, en erigirse como un instrumento para asegurar un juicio justo, una garantía contra la arbitrariedad y desde tal prisma integrar, sin lugar a dudas, un lugar prominente dentro de las debidas garantías exigidas por el art. 8° de la Convención Americana. La fiscalización de la actuación de la Administración y de los jueces por parte del público, así como la transparencia en la sustanciación de los trámites, se nos presentan como un necesario complemento de la restantes garantías tendientes a asegurar un proceso equitativo.

[179] STEDH, *Vilho Eskelinen y otros*, cit., párrs. 65 y 66.

[180] SSTEDH, *Kiurkchian v. Bulgaria*, 24/3/2005, párr. 51; *Vallée v. Francia*, 26/4/1994, párr. 33.

[181] STEDH, *Galstyan*, cit., párrs. 80 y ss.; *Lamanna v. Austria*, 10/7/2001, párr. 30.

2.2.4.2. Contenido de la publicidad del proceso

Se ha desarrollado ampliamente en Europa el derecho a contar al menos con una audiencia oral —a la que puedan concurrir terceros— frente a la autoridad encargada de resolver la disputa [182], extremo que tiende a garantizar el control social del trámite y con ello el debido proceso. La exigibilidad de al menos una audiencia oral de acceso público es clara, y no puede sustituirse por otra forma de publicidad. La excepción a tal regla deberá ser acreditada por el Estado, demostrando la presencia de circunstancias excepcionales que justifiquen dispensar de tal audiencia [183].

De esta manera el carácter público de los procedimientos involucra en Europa dos aspectos: a) *audiencias públicas genuinas*, lo que significa que ellas se lleven ante el funcionario encargado de dictar resolución o sentencia, sustanciándose realmente las pruebas y los argumentos en juego y no limitándose a dar por reproducido un trámite escrito [184], y b) *pronunciamiento público de la sentencia* [185].

El acceso público a la audiencia es esencial, pues la publicidad sería ilusoria si el sistema legal interno permitiera llevar adelante audiencias formalmente públicas que no son realmente accesibles para la ciudadanía, por ejemplo, por razones de tiempo o ubicación [186]. Es fundamental, entonces, para corroborar el cumplimiento de esta exigencia que los terceros puedan obtener información sobre la fecha y el lugar de la audiencia y que el espacio de esta sea de fácil accesibilidad. Ello en muchos casos se logra simplemente con que se lleve a cabo en la sede ordinaria del organismo, pero demanda —cuando esto no ocurre— que el funcionario a cargo deba poner en marcha medidas compensatorias encaminadas a garantizar que el público y la prensa conozcan adecuadamente su lugar y cuenten con efectivo acceso a aquella [187].

Frente a la rigurosa interpretación de la exigencia de audiencia oral, el pronunciamiento público de las sentencias ha sido matizado por el tribunal europeo, entendiendo que ese requisito debe ser interpretado con algún grado de flexibilidad.

[182] STEDH, *Stefanelli v. San Marino*, 8/2/2000, párr. 20.

[183] STEDH, *Stallinger y Kuso v. Austria*, 23/4/1997, párr. 51; *Valová, Slezák y Slezák v. Eslovaquia*, 1/6/2004, párr. 63.

[184] STEDH, *Barberà*, cit., párr. 89.

[185] SSTEDH, *Sutter v. Suiza*, 22/2/1984, párr. 27; *Axen v. Alemania*, 8/12/1983, párr. 28.

[186] SSTEDH, *Riepan v. Austria*, 14/11/2000, párrs. 29-31.

[187] Vale puntualizar que la Corte Europea considera a esta garantía como renunciable, postulando que ni la letra ni el espíritu del art. 6.1 impiden a las personas resignar libremente, sea expresa o tácitamente, el derecho a la publicidad del trámite, siempre y cuando tal renuncia sea hecha de modo inequívoco y no afecte algún interés público. En esos supuestos, y a fin de valorar la existencia de una renuncia tácita configurada por el hecho de no peticionar expresamente la realización de la audiencia, la Corte considera elementos relevantes de juicio a la ausencia de un interés público gravitante involucrado en el caso, al carácter técnico de este y —por último— a las exigencias de eficiencia y economía en la sustanciación de los trámites, especialmente en el marco del plazo razonable (SSTEDH, *Schuler-Zgraggen*, cit., párr. 58; *Håkansson y Sturesson v. Suecia*, 21/2/1990, párr. 66; *Deweer v. Bélgica*, cit., párr. 49). Para la Corte la parte debe pedir la audiencia "si la considera importante"; en caso contrario, hay renuncia. Sin embargo, es relevante tener en cuenta que para apreciar ese supuesto es necesario que el régimen legal interno, o bien, la práctica del departamento involucrado reconozcan la posibilidad de peticionar eficazmente la audiencia, pues si ella se encuentra prohibida o no se reconoce en la práctica, no podemos hablar de renuncia (SSTEDH, *Zumbtobel*, cit., párr. 33; *Pauger v. Austria*, 21/9/1993, párr. 60; *Werner*, cit., párr. 47).

Así, aun cuando la redacción del art. 6.1 daría a entender que la sentencia debe leerse en público, otros medios para difundir el pronunciamiento pueden admitirse [188]. Sin embargo, en tanto el objetivo de la publicidad del trámite no se limita a garantizar el conocimiento de las partes, sino asegurar su control público mediante el acceso de terceros a este, debe entenderse que la simple notificación escrita a las partes o el condicionamiento de su acceso a la acreditación de un interés legítimo no satisfacen este recaudo, en tanto ello supone no reconocer una "accesibilidad general" a esas resoluciones [189]. Por el contrario, debe contarse con mecanismos que garanticen el conocimiento de la resolución por el público, sea mediante boletines, reportes o modalidades similares.

En efecto, si pretendemos que el concepto de escrutinio público que subyace en esta garantía sea una realidad, no es posible admitir un acceso restringido a las resoluciones, tal como sucede en aquellos supuestos en que se exige la demostración de un interés que es valorado discrecionalmente por los funcionarios para poder estar al tanto de estas. Precisamente, el conocimiento público de las decisiones no puede ser garantizado si se limita ese conocimiento a un círculo restringido de personas [190].

Al igual que con las restantes garantías y en tanto se procura dotarlas de eficacia jurídica a través de su ejercicio en forma previa a la adopción de la decisión, la falta de realización de la audiencia no resulta subsanable, como tampoco lo es —al menos en nuestro continente— la vulneración de la imparcialidad, la igualdad de armas o cualquier otra regla de esta índole. Como ya hemos remarcado, en Europa rige el criterio inverso al propuesto, en tanto se admite la ausencia de las garantías de imparcialidad, independencia o publicidad si el pronunciamiento resultante del trámite con esas características es susceptible de revisión por un tribunal con plena jurisdicción [191].

Debemos concluir que el derecho a la publicidad del trámite es una de las debidas garantías aplicables al procedimiento administrativo a la luz del art. 8° del Pacto de San José de Costa Rica y del principio de máxima divulgación del art. 13 de dicho tratado, comprendiendo dos aspectos diferenciales: a) una o más audiencias de acceso público en las que se sustancie genuinamente el caso, es decir, en las que se ventilen los elementos fácticos y jurídicos necesarios para su resolución; y b) acceso público a la resolución del trámite. Esto implica que las administraciones deben garantizar su concreción antes de resolver, bajo pena de nulidad.

2.3. La garantía de debida fundamentación

Es esta una garantía autónoma, en tanto trasciende el interés del individuo protegido por medio del debido proceso para transformarse en un requisito tendiente a posibilitar el escrutinio del público sobre los fundamentos de la acción gubernamental. En el procedimiento administrativo esta garantía alcanza su máxima expresión

[188] SSTEDH, *Lamanna*, cit., párr. 31.

[189] STEDH, *Sückz*, cit., párrs. 45 y 46.

[190] STEDH, *Sutter*, cit., disidencia de los jueces Cremona, Ganshof Van Der Meersch, Walsh y Macdonald.

[191] STEDH, *Malhous v. República Checa*, 12/7/2001, párr. 58. A *contrario sensu*, *Baková*, cit., párr. 32; *Riepan*, cit., párr. 39.

en la motivación del acto administrativo, erigiéndola como una forma esencial a la cual se condiciona la validez de la declaración.

La motivación del acto administrativo configura una condición elemental para la real vigencia del principio de juridicidad de la actuación de los órganos administrativos. La mención expresa de las razones y los antecedentes —fácticos y jurídicos— determinantes de la emisión del acto se encamina a asegurar que los particulares puedan acceder a un efectivo conocimiento de las razones y los fundamentos que indujeron a la Administración al dictado de un acto que interfiere en su esfera jurídica; ello en función de un adecuado contralor frente a la arbitrariedad y del pleno ejercicio del derecho de defensa [192].

En tal sendero, al examinar una actuación administrativa vinculada con un pedido de información pública [193], la Corte Interamericana ha indicado que el art. 8.1 de la Convención consagra, entre otras, la garantía de una debida fundamentación respecto de aquel acto que determina derechos y obligaciones de la persona.

La plena concreción de esa fundamentación condiciona la validez del acto, que caso contrario es nulo por arbitrariedad [194]. Esto significa que la sola omisión del requisito formal de motivación conlleva un vicio sustancial en la decisión, aun cuando esta contenga causa y objeto legítimos. Se intenta materializar, por medio de una exigencia autónoma, el deber estatal de explicitar, de difundir, las razones de sus decisiones y ese deber se incumple si —aun existiendo esas razones— el órgano público omite darlas a conocer. Al igual que con la imparcialidad, no se trata de ser justo, sino de parecerlo.

Es que si la motivación "es la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión" [195] tendiente a proteger el derecho de los ciudadanos a ser juzgados por las razones que el derecho suministra y otorgar credibilidad de las decisiones jurídicas en el marco de una sociedad democrática, es claro que *esa exteriorización debe ser exigible en forma independiente de otros condicionantes.* Como ha expresado la Corte de San José de Costa Rica, las decisiones que adopten los órganos internos que puedan afectar derechos humanos deben estar debidamente fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias [196]. En este sentido, la argumentación del acto debe mostrar que han sido debidamente tomados en cuenta los alegatos de las partes y que el conjunto de pruebas ha sido analizado. Asimismo, la motivación demuestra a las partes que han sido oídas y, en aquellos casos en que las decisiones son recurribles, les proporciona la posibilidad de criticar la resolución y lograr un nuevo examen de la cuestión ante las instancias superiores. Por todo ello, el deber de motivación es una de las "debidas garantías" incluidas en el art. 8.1 para salvaguardar el derecho a un debido proceso.

En suma, la garantía de debida fundamentación es autónoma, con lo cual no debe acreditarse la lesión a otros factores, como la juridicidad o el debido proceso,

[192] CSJN, *Goldemberg*, 1999, *Fallos* 322:3066, voto disidente conjunto de los jueces Moliné O'Connor y Fayt, consid. 4.

[193] Corte IDH, *Claude Reyes*, cit., párr. 133.

[194] Corte IDH, *Palamara Iribarne*, cit., párr. 216.

[195] Corte IDH, *Apitz Barbera y otros*, cit., párr. 77; *Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez*, cit., párr. 107.

[196] Corte IDH, *Yatama*, cit., párrs. 152 y 153.

para activar la invalidez de la decisión estatal incorrectamente fundada [197]. Esto es así por cuanto la misma configura un presupuesto de la decisión estatal y no un dato accesorio de aquella. Los actos no motivados no pueden ser considerados como actos estatales en sentido estricto, ni su conjunto puede ser calificado como verdadero procedimiento que permita llegar a una auténtica resolución.

III. La nueva composición de los principios del procedimiento administrativo

La conjunción de las directivas tradicionales del procedimiento con los nuevos elementos desarrollados en el seno del derecho convencional arroja la siguiente estructura de principios:

1. Principios sustantivos

1.1. Pro homine

Es este el principio hermenéutico por excelencia, insoslayable para el diseño y la aplicación de las normas de procedimiento. Cualquier duda o laguna del régimen administrativo debe resolverse a favor de la persona. Toda regulación favorable a los derechos debe ser entendida en su máxima extensión y toda restricción en su mínima extensión.

1.2. Juridicidad

El principio de juridicidad, entendido como el ordenamiento jurídico visualizado especialmente desde el plexo interpretativo brindado por los órganos específicos de aplicación de los pactos de derechos humanos, absorbe las nociones de legalidad, verdad material e impulsión de oficio.

La verdad material y la oficialidad no son principios autónomos del procedimiento administrativo, sino derivaciones contingentes de la juridicidad que pueden o no estar presentes en el trámite. El acto administrativo resultante de un procedimiento debe acreditar la sumisión de la Administración al derecho, pero de ello no se deduce que en todos los casos la Administración esté obligada a instruir el trámite de oficio o a buscar la verdad material: sólo debe hacerlo cuando la causa del acto lo demanda. Existen muchos supuestos en los que se ventilan en el procedimiento derechos disponibles por el particular, recayendo en él la carga de la prueba como imperativo del propio interés. En esos casos, la Administración no está obligada a buscar la verdad material, porque el ordenamiento no le impone el deber de satisfacer espontáneamente el interés privado, sino controlar —bajo el manto de los subprincipios de igualdad de armas y contradicción— que se encuentren satisfechos los presupuestos de aplicación de una determinada norma, cuya demostración recae en cabeza del ciudadano.

La contingencia de estas reglas estriba, entonces, en que la verdad material y su consecuencia práctica de impulsión de oficio no rigen cuando el trámite se encuentra limitado a un *interés privado*. El límite es el principio de juridicidad que

[197] Corte IDH, *Claude Reyes*, cit., párrs. 122 y 123.

obliga siempre a la Administración a resolver de acuerdo con los antecedentes de hecho exigidos por la norma, los cuales —cuando el caso se limita a intereses particulares— pueden válidamente restringirse a las alegaciones e impulso de la parte. El auténtico principio es —entonces— el de juridicidad, que —cuando se encuentran en juego normas imperativas— exige la verdad material y cuando se rige por normas disponibles o supletorias de la voluntad del particular, no se ve amenazado por que la resolución del trámite se libre al impulso y alegaciones del interesado. Lo relevante es la *carga de la prueba* y no es correcto deducir del principio de juridicidad la carga de la prueba del Estado en todos los casos. Esa carga sólo rige cuando la norma aplicable —de acuerdo con las garantías constitucionales— así lo exige.

La carga de la prueba se regulará en forma diferente según el tipo de pretensión, pues de lo contrario seguiremos defendiendo un principio que carece de toda virtualidad en la práctica.

1.3. Proporcionalidad

Absorbe la noción de razonabilidad, estableciendo un esquema más riguroso de control con especial relevancia al momento de analizar los fines y los medios invocados por cada estamento estatal para reglamentar las garantías del art. 8° de la Convención Americana y los supuestos de discrecionalidad. Todas las decisiones administrativas deben perseguir un fin legítimo, ser adecuadas, necesarias y estrictamente proporcionadas.

1.4. Eficacia

Exige la acreditación de la idoneidad de la medida en la consecución de las finalidades impuestas por el ordenamiento. Estos elementos no son simples guías, sino reglas jurídicamente exigibles que comprometen la validez del trámite. Un procedimiento formalmente acorde con las normas pero ineficaz es inválido.

1.5. Tutela administrativa efectiva

Los rasgos peculiares de la función administrativa y su consiguiente *posición estratégica* en la tarea de prevención de violaciones a los Pactos determinan que se aplique a esta un principio específico diferente de la tutela judicial efectiva, consistente —según definiera la Corte argentina en *Astorga*— en la posibilidad de ocurrir ante las autoridades administrativas competentes y obtener de ellas decisión útil relativa a los derechos de los particulares y que requiere, por sobre todas las cosas, que no se prive a nadie arbitrariamente de la adecuada y oportuna tutela de los derechos que pudieren eventualmente asistirle, sino por medio de procedimiento conducido en legal forma y que concluya con el dictado de una decisión fundada.

1.6. Igualdad

Este principio veda al Estado incurrir en regulaciones y prácticas discriminatorias. Ello ocurre al dispensarse un trato diferente a personas en igualdad de circunstancias o cuando se efectúa un distingo entre tales personas que no cumple con los estándares de proporcionalidad. Las garantías del art. 8° de la Convención Ame-

ricana constituyen pisos mínimos del procedimiento cuyo disfrute igualitario opera como pauta de uniformación de las normativas particulares —locales y sectoriales— y de reenvío del operador al sistema más protector.

1.7. Máxima divulgación

La accesibilidad de la ciudadanía a la sustanciación y la resolución de cualquier actuación pública trasciende el mero interés del afectado para erigirse como una garantía republicana invocable por cualquier persona ante cualquier órgano, sea administrativo o no.

2. Principios adjetivos

2.1. Imparcialidad

Toda autoridad administrativa con competencia para la determinación de derechos y obligaciones debe cumplir con el requisito de imparcialidad desde sus dimensiones subjetiva y objetiva, a la par que debe revestir condiciones de independencia mediante la presencia de garantías contra presiones externas, sea de particulares o de otros órganos. Deben introducirse en la organización administrativa las reformas necesarias para adecuarla a las exigencias que deparan los tratados en esta materia.

2.2. Debido proceso

Comprende los derechos a ser oído, ofrecer y producir prueba, y obtener una decisión fundada desde una nueva perspectiva que incluye las nociones de *igualdad de armas*, *contradicción*, *plazo razonable* y *publicidad* del procedimiento. Esto implica que para considerarnos ante un procedimiento administrativo regular debemos corroborar la satisfacción de estos requisitos. No alcanza con demostrar el respeto de las nociones tradicionales.

Además, los nuevos componentes del debido proceso conllevan la reformulación de categorías tales como el informalismo o la gratuidad, volviéndolas más tangibles.

2.3. Nuevos alcances del informalismo

Por una parte, el principio del informalismo debe ser precisado y aprehendido en su real dimensión. No es posible seguir considerando a este rasgo característico del procedimiento como la mera "excusación del incumplimiento de exigencias formales no esenciales", por cuanto tal excusación no involucra principio alguno, sino la *ausencia de arbitrariedad configurada por un exceso ritual manifiesto*. Siempre deben excusarse las formas no esenciales, sea en la instancia judicial o en la administrativa.

Si el informalismo no es la simple ausencia de arbitrariedad, exigible tanto en el procedimiento administrativo como en el judicial, esta regla debe ser *algo más* que la simple liberación de ataduras formales no esenciales. El informalismo *va más allá* de la excusación de formalidades no relevantes para posarse en factores

que sí son diferenciales. Es así que la noción comprende —a contrario del criterio usual— al vencimiento de plazos de presentaciones, ofrecimientos de prueba o formulación de impugnaciones, extremo que nos acerca más a la sustancia de esta regla, vinculada con la *inexistencia de preclusión en el procedimiento administrativo.*

Por vía de principio en el procedimiento administrativo no hay bilateralidad, entendida como la presencia de dos partes enfrentadas en igualdad de condiciones que titularizan derechos y garantías entre sí y frente a un tercero. Por el contrario, la dinámica propia del procedimiento se limita al vínculo entre la persona titular de las garantías y la Administración titular de las potestades. No se aplica a esos sujetos el parámetro de la igualdad, porque ellos operan en diferentes planos y no persiguen intereses contrapuestos. Frente a la Administración no hay postulación y defensa, sino petición y resolución conforme a derecho. El Estado no tiene derechos ni garantías oponibles al individuo, porque posee esencia instrumental a favor de las personas.

Al no regir la exigencia de igualdad entre los sujetos del proceso en función de las cuales se impone la perentoriedad de los plazos, la regla que diferencia al informalismo como dato propio del procedimiento frente al proceso judicial es que *la facultad de actuación en el trámite no se extingue por el solo vencimiento de los plazos*, que son, por vía de principio, ordenatorios. Dado que los plazos no pueden establecerse para resguardar igualdad frente a la Administración, los criterios para su fijación y consecuencias son la eficacia y el plazo razonable. *Cuando estos principios no se encuentran amenazados, no existe razón para fijar la pérdida del derecho por el vencimiento del término.*

En suma, el informalismo adquiere una connotación mucho más marcada que la simple dispensa de formulismos [198], en tanto se ve reconducido a las pautas del principio de juridicidad —que impide a la Administración decidir contra el derecho so pretexto de límites formales— y a la igualdad de armas —que obliga a resolver las desigualdades reales—. Decir que el informalismo es la "excusación de formas no esenciales" es lo mismo que definirlo como "la exclusión de la arbitrariedad contenida en el exceso ritual manifiesto". *Sienipre deben excusarse las formas no esenciales*, salvo cuando afecten la igualdad de las partes en el proceso, extremo que no se presenta en el procedimiento administrativo. La relevancia de la noción de informalismo es, en rigor, el carácter ordenatorio de los plazos en el procedimiento como resultado de la inaplicabilidad de la idea de preclusión. La ausencia de preclusión sí es un dato diferencial del procedimiento que obedece a la *ausencia de partes adversas* y al deber de la Administración de asegurar la legalidad de su decisión.

Como dice la Corte Europea, la forma precisa en que la persona expresa la intención de presentar un reclamo no es por sí misma de importancia, sino que la cuestión central reside en constatar si el ciudadano ha dejado en claro su deseo de formular ese reclamo [199].

[198] CSJN, *Resguardo*, 1988, *Fallos* 311:2821. Dictamen del Procurador General que la Corte hace suyo.

[199] STEDH, *Ginnifer v. Reino Unido*, 17/7/2008, párr. 18.

2.4. Debida fundamentación

Aparece en el procedimiento como una garantía autónoma porque trasciende el interés del particular resguardado mediante el debido proceso y absorbe el derecho a una decisión fundada.

IV. Sinopsis

A la luz de todo lo dicho, los principios actuales del procedimiento son:

1. Sustantivos

a) *Pro homine.*
b) Juridicidad.
c) Proporcionalidad.
d) Eficacia.
e) Tutela administrativa efectiva.
f) Confianza legítima.
g) Igualdad.
h) Máxima divulgación de la información en poder del Estado.

2. Adjetivos

a) Imparcialidad.
b) Debido proceso, comprensivo de la igualdad de armas —que abarca, en su caso, la gratuidad—, contradicción, plazo razonable y publicidad.
c) Informalismo o flexibilidad preclusoria.
d) Debida fundamentación.

V. Referencia bibliográfica

Albanese, Susana, "El plazo razonable en los procesos internos a la luz de los órganos internacionales", en Abregú, Martín - Courtis, Christian (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Del Puerto, Buenos Aires, 2004.

Atienza, Manuel, "Sobre el control de la discrecionalidad administrativa. Comentario a una polémica", *Revista Española de Derecho Administrativo*, nro. 85, Civitas, Madrid, 1995.

Bacellar Filho, Romeo F., *Direito administrativo*, Saraiva, São Paulo, 2008.

Bandeira de Mello, Celso A., *Curso de direito administrativo*, Malheiros, San Pablo, 2007.

Barnes, Javier, "Introducción al principio de proporcionalidad en el derecho comparado y comunitario", *Revista de Administración Pública*, nro. 135, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1994.

Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003.

Bianchi, Alberto, "El control judicial bajo la doctrina de la deferencia", en AA.VV., *Control de la Administración Pública*, Rap, Buenos Aires, 2003.

Carrió, Genaro, R., "Exceso ritual manifiesto y garantía constitucional de la defensa en juicio", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, nro. 7, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1990.

CASSAGNE, Juan C., "Acerca de la conexión y diferencias entre el procedimiento administrativo y el proceso civil", *Revista Jurídica La Ley*, Buenos Aires, 1990.

CIANCIARDO, Juan, "El subprincipio de necesidad y el control constitucional de razonabilidad", ED 185-898, Buenos Aires, 1999.

CLÉRICO, Laura, "Las ausencias argumentativas de la Corte Suprema en el caso 'Franco': sobre las limitaciones a las concesiones de los registros públicos notariales provinciales", JA, Suplemento de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Buenos Aires, 2003, p. 40.

COMADIRA, Julio R., "Las bases constitucionales del procedimiento administrativo", en AA.VV., *XXIX Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo*, Rap, Buenos Aires, 2004.

COVIELLO, Pedro J., *La protección de la confianza del administrado*, LexisNexis-Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2004.

FERNÁNDEZ, Tomás R., *De la arbitrariedad de la Administración,* Civitas, Madrid, 1994.

— "De nuevo sobre el poder discrecional y su ejercicio arbitrario", *Revista Española de Derecho Administrativo,* nro. 80, Civitas, Madrid, 1993.

FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal,* Trotta, Madrid, 1998.

FRARE, Hugo E., "Cuestiones en derredor del principio de oficialidad, ¿concepto formal o sustantivo del derecho administrativo?", en AA.VV., *Cuestiones de procedimiento administrativo*, Rap, Buenos Aires, 2006.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, "El principio de proporcionalidad en la extradición (derecho a no ser extraditado, pena de muerte como pena o trato inhumano o degradante, control de la proporcionalidad de las decisiones gubernamentales sobre extradición y otras cuestiones sustanciales en la sentencia Soering, de 7 de julio de 1989, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", *Revista del Poder Judicial*, nro. 15, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1989.

— "La democracia y el lugar de la ley", *Revista Española de Derecho Administrativo*, nro. 92, Civitas, Madrid, 1996.

GARCÍA MACHO, R., "Contenido y límites del principio de la confianza legítima: estudio sistemático en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia", *Revista Española de Derecho Administrativo*, nro. 56, Civitas, Madrid, 1987.

GARRIDO FALLA, Fernando, *Tratado de derecho administrativo*, t. I, Tecnos, Madrid, 2002.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, "Principios de procedimiento administrativo en América Latina", *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, nro. 283, Rap, Buenos Aires, 2002.

GORDILLO, Agustín, *Tratado de derecho administrativo*, t. IV, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2006.

—"La obligatoria aplicación interna de los fallos y opiniones consultivas supranacionales", *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, nro. 215, Rap, Buenos Aires, 1996.

IVANEGA, Miriam M., *Las relaciones de empleo público*, La Ley, Buenos Aires, 2009.

JUSTO, Juan B., "Reserva de ley, razonabilidad y desviación de poder: el fallo Clavier", *Revista de la Asociación Argentina de Derecho Administrativo*, nro. 1, Buenos Aires, 2007.

LINARES, Juan F., *Poder discrecional administrativo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1958.

LÓPEZ MENUDO, Francisco, "Los principios generales del procedimiento administrativo", *Revista de Administración Pública*, nro. 129, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1992.

LÓPEZ RAMÓN, Fernando, "Límites constitucionales de la autotutela administrativa", *Revista de Administración Pública*, nro. 115, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1988.

MENÉNDEZ PÉREZ, Segundo, "El principio de eficacia de la función administrativa. Virtualidad práctica: estudio jurisprudencial", *Revista Cuadernos y Estudios de Derecho Judicial*, nro. 32, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994.

MESSUTI, Ana, *El tiempo como pena,* Campomanes Libros, Buenos Aires, 2002.

MILLER, Jonathan - GELLI, María A. - CAYUSO, Susana, *Constitución y poder político*, t. II, Astrea, Buenos Aires, 1991.

MUÑOZ MACHADO, Santiago, "Los principios generales del procedimiento administrativo comunitario y la reforma de legislación básica española", *Revista Española de Derecho Administrativo*, nro. 75, Civitas, Madrid, 1992.

PASTOR, Daniel, *El plazo razonable en el proceso del Estado de derecho*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002.

PINTO, Mónica, "El principio *pro homine.* Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos", en ABREGÚ, Martín - COURTIS, Christian (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Del Puerto, Buenos Aires, 2004.

SACRISTÁN, Estela B., "Principios generales del procedimiento administrativo", *Documentación Administrativa*, nros. 267-268 (El derecho administrativo en Argentina: situación y tendencias actuales —I—), INAP, Madrid, 2004.

SAINZ MORENO, Fernando, "Reducción de la discrecionalidad: el interés público como concepto jurídico", *Revista Española de Derecho Administrativo*, nro. 08, Civitas, Madrid, 1976.

SALOMONI, Jorge, "Procedimiento administrativo y Mercosur. Una aproximación a los principios emergentes de los distintos ordenamientos aplicables", en AA.VV., *Procedimiento administrativo*, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 1998.

SANZ RUBIALES, Iñigo, "El principio de confianza legítima, limitador del poder normativo comunitario", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nro. 7, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000.

SOLA, Juan V., *Control judicial de constitucionalidad*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2001.

TAWIL, Guido S., "El principio de colaboración y su importancia en el procedimiento administrativo", *Revista Jurídica La Ley*, Buenos Aires, 1985.

CAPÍTULO IV

LAS GARANTÍAS CONVENCIONALES Y SU IMPACTO EN EL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR

SUMARIO: I. Derecho penal y derecho administrativo sancionador. II. El procedimiento administrativo sancionador y los derechos en juego. El debido proceso como prueba de la autorización estatal para ingresar en la esfera individual. III. La Corte Europea: límites normativos, interpretación extensiva y subsanación. IV. La Corte Interamericana y el estándar de *Baena*. V. Conclusiones del examen comparativo. El *ius puniendi* como categoría regulada por el debido proceso y el carácter impostergable de las garantías. VI. El catálogo de garantías de los modelos americano y europeo frente al procedimiento sancionador. VII. Referencia bibliográfica

I. DERECHO PENAL Y DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

El proceso penal ha sido uno de los ámbitos de vanguardia en la apertura de los sistemas internos hacia los criterios de protección internacionales. Ello se explica en que se enfrentan allí los derechos más sensibles para la persona con la forma más cruda de ejercicio de la fuerza estatal: el castigo. El proceso penal es una de las *zonas críticas* de los derechos humanos [1] y es por ello que la atención inicial puesta en las herramientas de protección de la persona frente al poder público se ha alojado en esa disciplina jurídica. Eso ha hecho que garantías como el plazo razonable, la igualdad de armas, la imparcialidad, la doble instancia o la casación como remedio recursivo amplio fueran objeto de especial atención de esta rama jurídica a partir de sostenerse su especial fundamentación en normas y criterios internacionales. En cambio, otras vertientes del derecho público se mostraban al mismo tiempo ajenas a ese tipo de discusiones, exhibiendo un tácito abroquelamiento en defensa de sus institutos tradicionales.

No es casual, entonces, que el carácter sancionatorio de algunos procedimientos administrativos haya sido en términos históricos el primer polo de atracción de diferentes construcciones del derecho penal hacia el derecho administrativo. Ese fenómeno se ha visto plasmado en los efectos expansivos de determinados principios penales que —con diferente magnitud— se predican en el denominado derecho administrativo sancionador.

Un primer avance en la materia lo constituyó la idea del "traslado" de las garantías del derecho penal a otras tipologías de ejercicio del poder estatal, reconociéndose gradual y matizadamente su extrapolación a ciertos ámbitos de la función administrativa que se interpretaban apriorísticamente ajenos a aquellas: el procedimiento sancionador recibía, por efecto expansivo y en forma parcial, determinadas garantías propias del sistema penal.

[1] Corte IDH, *Tibi*, cit., voto concurrente razonado del juez García Ramírez, párr. 11.

En nuestro criterio, el impacto de la Convención Americana ha causado que los niveles de compatibilidad de las construcciones penales en materia de garantías con los principios del procedimiento administrativo sancionador se sitúen ante una nueva realidad.

Tal como hemos sostenido, las garantías del art. 8° de la Convención Americana son de directa aplicación al procedimiento administrativo general en tanto secuencia de pasos encaminados a la determinación de derechos y obligaciones de las personas por parte de la autoridad pública y, por ende —en una relación de género a especie—, ya no es posible hablar de traslación de garantías del ámbito penal al sancionador administrativo, sino de la aplicación directa y plena de esas garantías convencionales a aquella vertiente del procedimiento que discurre en la imposición de penas.

El criterio que intentamos ahora afirmar procura alcanzar —a partir del cambio operado con el sometimiento al Pacto de San José de Costa Rica— un nuevo eslabón superador de esa idea originaria de "traslado" de las garantías del derecho penal a las demás disciplinas del derecho público, en tanto aquella parece denotar que las garantías convencionales no pertenecen *originalmente* a todas las ramas del derecho en cuanto instrumento de ordenación social, sin distinción alguna.

No se trata ya de "extender" los efectos interpretativos de una rama sobre otra, sino de reconocer en el razonamiento jurídico que tanto el proceso penal como el procedimiento administrativo —y dentro de este el sancionador— hunden sus raíces en el art. 8° del Pacto de San José de Costa Rica.

II. El procedimiento administrativo sancionador y los derechos en juego. El debido proceso como prueba de la autorización estatal para ingresar en la esfera individual

El argumento tradicional para negar la aplicación de las garantías penales al procedimiento sancionador ha residido en los *diferentes fines estatales que ambos sistemas persiguen*. Se postulaba, de ese modo, la imposibilidad de aplicar los principios del proceso penal a este tipo de procedimiento, que intenta garantizar el buen orden administrativo y la capacidad de la organización de cumplir sus cometidos [2]. La diversidad de los bienes protegidos en cada área impedía —en esta concepción— lograr una uniformidad en las *características de los procedimientos* utilizados para su puesta en práctica que redundara en la aplicación de garantías comunes.

Creemos que las posturas que pregonaban la inaplicabilidad de las garantías del marco procesal penal al procedimiento administrativo en función de una distinción relativa al bien jurídico protegido incurrían en un abordaje erróneo de la temática: *no se debe mirar el bien perseguido o protegido por el Estado, sino el derecho individual en juego*. Toda privación de un derecho ante un hecho ilícito es expresión del poder punitivo del Estado y, en consecuencia, se aplican, en ese caso, las garantías pensadas para proteger a la persona contra eventuales excesos en el ejercicio de ese poder.

No puede fundarse una distinción en el diferente bien buscado por el Estado si los derechos afectados son los mismos, pues ello implicaría mirar los derechos desde

[2] CSJN, *Pereiro de Buodo*, 1987, *Fallos* 310:316, consid. 4.

el Estado y no desde las personas. La circunstancia de que el proceso penal tutele determinados intereses —seguridad de las personas y bienes— y el procedimiento sancionatorio otros —buen orden y eficacia de la organización administrativa, honorabilidad de los funcionarios— no obsta a que los derechos afectados sean los mismos.

Debemos, por ello, ser enfáticos: *las garantías se activan en función del derecho en juego y no del fin buscado por el Estado*. De otra forma, deberíamos entender que a mayor relevancia del fin perseguido por el Estado menores son las salvaguardas individuales, concepción que estimamos inexacta.

La afectación de un derecho es el común denominador para la activación de una garantía procedimental, independientemente de la distinción que pueda profesarse entre el *ius puniendi* administrativo y el penal. Intentar invertir la secuencia lógica y sostener que la garantía se activa o no a partir del fin estatal perseguido es desacertado, ya que la consagración de esas garantías en las constituciones y los tratados internacionales procura —precisamente— realizar el valor según el cual los derechos individuales operan como límite a la persecución colectiva de determinados bienes y no al revés.

El razonamiento jurídico debe partir, una vez más, desde la centralidad de la persona. Esa centralidad se expresa en que la regla es la libertad y la dignidad del hombre y, por lo tanto, en que "la carga de la prueba recae sobre aquellos que están en contra de la libertad" [3]. En esa noción se encuentra ínsita la idea de que los derechos pueden ser objeto de limitaciones a fin de coordinar su ejercicio entre las personas y en función de ello existen conductas prohibidas, pero —dado que cuando miramos un derecho no debemos partir de su limitación sino de la regla de su ejercicio pleno— el punto de partida del análisis debe posarse en esa esfera inicial de goce de los derechos constitucionales. Recién el segundo paso del análisis es que esa esfera puede ser restringida de forma específica y expresa por el Estado para asegurar la compatibilidad en su ejercicio, y lo importante es que *es él quien debe probar las causas de la restricción del derecho de la persona*. Dicho de otro modo, el Estado debe exhibir el *título de intervención* cuando quiere ingresar en el círculo de derechos que reconocen a la persona las constituciones y los tratados. Esto no es más que depositar en cabeza de la Administración la carga argumental de la existencia de una limitación al ejercicio de un derecho.

Una de las formas de intervención más profundas en los derechos discurre en la aplicación de castigos y lo primero que el Estado debe argumentar y probar en ese caso es que existe una relación de proporcionalidad entre los objetivos que el castigo persigue y el grado de interferencia admitido sobre el derecho afectado por ese castigo. La gravedad de la sanción —extremo que hace tanto al *tipo* de derecho que se afecta como al *grado* de esa afectación— señala, así, la demarcación entre el derecho penal y el administrativo sancionador. En este primer paso sí debemos atender, para ponderar la proporcionalidad, al fin perseguido por el Estado.

Ahora bien, del deslinde entre las sanciones más graves y las más leves en función del fin estatal no se deduce la posibilidad de admitir una red diferente de garantías frente a la persona al momento de *concretar la carga argumentativa esta-*

[3] CSJN, *Hooft*, cit., consid. 3.

tal sobre el título de intervención, esto es, en el necesario paso previo a la aplicación de esas sanciones, pues ello implicaría admitir que cuando el Estado impone una sanción menor puede hacerlo *menos jurídicamente*. El fin estatal sirve para verificar la proporción de la pena, pero no para justificar una menor entidad de las salvaguardas que deben existir en aquel camino por el cual se decidirá si esa pena se aplica o no.

Es que *el debido proceso es una condición previa de intervención sobre el derecho en juego*. Sin debido proceso no hay posibilidad de injerencia, ya que no se puede probar la autorización estatal para avanzar sobre la esfera de la persona. Todas las garantías que esa noción engloba tienen un anclaje común en la *carga de la argumentación*, en cómo el Estado debe demostrar que ostenta una autorización del ordenamiento para limitar un derecho. Sin debido proceso, el Estado no puede probar esa autorización y, por ende, el ejercicio del poder queda despojado de su calidad de jurídico.

De tal manera, cualquier grado de incidencia en el ámbito personal, no importa su gravedad, debe atender al debido proceso porque este opera como una condición mínima. O se prueba que el Estado puede limitar el derecho o no se prueba y esa acreditación —que es el debido proceso— no es menor ni rige con diferente alcance en función de la relevancia del derecho afectado por la sanción, sino que funciona como una *precondición de esa afectación*, sea cual fuere su entidad.

La trascendencia del debido proceso reside, de esa manera, en esa esfera de derechos —los constitucionales y convencionales— en la que sólo es posible avanzar a condición de contar con una autorización. *El debido proceso existe para regular la carga argumentativa y probatoria de esa autorización*. Para intervenir en el ejercicio de los derechos, el Estado debe demostrar que se encuentra autorizado para ello y el ordenamiento fundamental *exige que esa demostración se haga bajo ciertas condiciones*, que se resumen en la idea de debido proceso.

Pues bien, la diferencia de los fines perseguidos o la gravedad de la interferencia *no suponen diferentes grados de demostración. No puede decirse que cuando una pena es menor el Estado debe demostrar en menor medida la autorización del ordenamiento para su aplicación*. De la levedad de la pena no se deduce una relajación en la carga probatoria del Estado en cuanto a su capacidad de avance sobre los derechos protegidos constitucionalmente. Por lo tanto, cuando se impone una sanción menos grave, los hechos no deben ser *menos ciertos*, la persona no debe ser *menos oída* o la decisión *menos fundada*.

Sin prueba de la autorización, el ejercicio del poder deja de ser jurídico. La menor entidad de la pena no torna al procedimiento para llegar a ella menos jurídico.

Si el criterio para aplicar las garantías es el de la *carga argumentativa y probatoria de la posibilidad de afectación del derecho en juego,* los resguardos de los cuales el proceso penal es expresión original no sólo rigen en el procedimiento sancionatorio, sino en todo procedimiento administrativo que pueda derivar en la afectación de cualquier derecho protegido constitucionalmente. Este, como hemos visto, es el estándar delineado por la Corte Interamericana, para la cual el art. 8° de la Convención se aplica al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales, cualesquiera que ellas sean, a fin de que las personas puedan de-

fenderse adecuadamente ante *cualquier acto emanado del Estado —sea sancionatorio o de cualquier otra índole— que pueda afectar sus derechos* [4].

Las "debidas garantías" del art. 8° de la Convención desagregan y reglamentan la forma en que el Estado debe argumentar y probar su capacidad de limitación de cualquier derecho tutelado en la Convención o en el ordenamiento interno y, por ende, rigen cuando esos derechos están involucrados. No importa si se persigue un fin u otro, o si el tipo específico de acción estatal es penal, administrativo, civil o de cualquier otra índole, en tanto se pruebe que es una acción autorizada. Todo derecho cubierto por la Convención demanda en su limitación la carga de la prueba por vía del art. 8° y, por ende, toda determinación de aquellos bajo cualquier modalidad debe respetarlas.

Con esas aclaraciones debemos abocarnos a estudiar la dinámica de las reglas de protección internacional en el ámbito del procedimiento administrativo sancionador, para lo cual recurriremos nuevamente a los dos sistemas más desarrollados de tutela, el europeo y el americano. Veremos, en esa tarea, que el primer modelo podría describirse como más débil en su grado de protección, en comparación con las directivas de nuestro sistema regional en la materia.

Vale puntualizar, en forma previa, que al referirnos al procedimiento administrativo sancionador hemos de recurrir a un concepto amplio que pretende abarcar todos aquellos supuestos en los que la Administración priva a una persona de un derecho como forma de reacción ante una conducta contraria a una norma general. Las especificidades propias de cada procedimiento sancionador (fiscalizador, disciplinario, entre otros) presentan notas típicas que exceden la presente obra.

III. La Corte Europea: límites normativos, interpretación extensiva y subsanación

El art. 6° del Convenio Europeo de Derechos Humanos —en su versión en español— limita, en lo que aquí nos interesa, las garantías generales de su apartado 1° a los litigios relativos a "cualquier acusación en materia penal", la presunción de inocencia de su apartado 2° a "toda persona acusada de una infracción" y el catálogo de garantías de su apartado 3° al "acusado". Por su parte, el art. 7° de este tratado alude a la garantía de legalidad punitiva.

Con esa base normativa, al examinar la aplicación de los principios del proceso equitativo asegurado en los arts. 6° y 7° a los procedimientos administrativos de índole punitiva, la Corte Europea ha desarrollado dos vertientes de análisis que participan de las premisas interpretativas utilizadas por el tribunal al momento de discernir el alcance de la faz "civil" de esa disposición.

Por una parte, una jurisprudencia constante del Cuerpo se ha ocupado de deslindar los supuestos de aplicación de las garantías del art. 6° —desde su faceta sancionatoria— a los diferentes procedimientos administrativos en los cuales se ventila la aplicación de penalidades. En esa tarea ha establecido criterios de gran valor interpretativo reconociendo —en definitiva— que las garantías del art. 6° son aplicables a aquellos casos que pueden ser *asimilados a una acusación de carácter penal*; es decir que, si bien el punto de partida es, nuevamente, la no aplicación

[4] Corte IDH, *Ivcher Bronstein*, cit., párr. 102.

autónoma de las garantías al ámbito administrativo, ese criterio cede por vía de *interpretar extensivamente la noción de acusación penal* al caso, relativizando de ese modo el enfoque que pueda realizar el ordenamiento interno sobre el punto. Esta fórmula es, en definitiva, similar a la empleada al momento de dilucidar el alcance del término civil: por vía de principio los procedimientos administrativos están fuera del alcance del art. 6°, pero este criterio cede por vía de interpretar extensivamente la noción de derecho civil.

Sin embargo, ya hemos visto en la parte general del procedimiento que en paralelo a esa construcción —de la cual debería derivarse que la violación de algunas de esas garantías en un procedimiento administrativo sancionatorio considerado como acusación penal trae aparejada su invalidez— la Corte Europea sostiene en general que *se cumple el art. 6° de la Convención si en algún momento se produce un control judicial de plena jurisdicción sobre las decisiones administrativas*, esto es, aunque no se hayan respetado las garantías del proceso equitativo en sede administrativa.

En este sentido, si bien las garantías del art. 6° rigen en ciertos procedimientos administrativos de naturaleza punitiva, su ausencia concreta en cada caso se convalida cuando la decisión es controlable judicialmente.

1. La aplicación de las reglas del proceso equitativo al procedimiento administrativo sancionador

Como hemos dicho, para la Corte de Estrasburgo los procedimientos administrativos sancionatorios se encuentran por vía de principio excluidos del alcance del art. 6°, salvo que pueda lograrse su comprensión a partir de los estándares de la *acusación penal*. El recaudo inicial para la viabilidad de ese esquema interpretativo consiste precisamente en relativizar los alcances del enfoque doméstico del caso, especialmente cuando el ordenamiento nacional califica a una determinada situación como falta administrativa con el fin de excluirla del perímetro del art. 6°. Si pese a esa calificación nos hallamos ante una imputación que podemos asimilar a una acusación penal, el art. 6° deviene aplicable.

Por lo tanto, si bien el punto de partida de la jurisprudencia de la Corte Europea reside en que por regla general las faltas administrativas o disciplinarias están excluidas del ámbito del art. 6°, el tribunal ha entendido que la forma de sortear esta limitación estriba en "extender" los alcances de la alusión a la acusación de carácter penal a ciertos tipos de infracciones bajo los siguientes parámetros.

1.1. Cuando nos hallamos ante una acusación

El primer elemento de esta construcción reside en que el término "acusación" (*charge*) posee autonomía conceptual, es de amplio alcance y debe ser entendido dentro del significado del tratado, no quedando el intérprete vinculado por la calificación nacional [5]. Ello es así en tanto el prominente lugar que tiene el derecho a un proceso equitativo en una sociedad democrática lleva a la necesidad de propen-

[5] SSTEDH, *Engel y otros*, cit., párr. 81; *Ringeisen*, cit., párr. 110; *Imbrioscia v. Suiza*, 24/11/1993, párr. 36; *Messina v. Italia*, 26/2/1993, párr. 25; *Delta v. Francia*, 19/12/1990, párr. 36; *Quaranta v. Suiza*, 24/5/1991, párrs. 28-36.

der hacia un significado sustancial más que formal de la noción de acusación, planteando el desafío de "mirar detrás de las apariencias e investigar las realidades del procedimiento en cuestión" [6].

A esos efectos, debe entenderse por "acusación" la notificación oficial de una alegación sobre la comisión de una ofensa proscripta por una regla de carácter general que establece una sanción punitiva y disuasiva para la conducta por ella prevista [7]. Esa notificación oficial dada a un individuo por la autoridad competente puede adoptar la forma de otras medidas que impliquen tal alegación y que de ese modo afecten la situación de éste, y por lo tanto debe considerarse que una persona ha sido acusada cuando su situación se ha visto sustancialmente afectada [8].

1.2. El carácter "penal" de la acusación como punto de atracción de las garantías de los arts. 6º y 7º del Convenio Europeo

El segundo requisito consiste en que la acusación, con los alcances expresados en el punto anterior, debe ser *penal*. Ello significa que las faltas administrativas no se encuentran en el ámbito del proceso equitativo, *salvo que sea posible su encuadre convencional como delitos*. El derecho administrativo sancionatorio no queda comprendido en los arts. 6º y 7º *por sí mismo*; sino que sólo logran extrapolarse las previsiones de estas normas si se fuerza un abordaje de la falta como asimilable a un delito, lo cual es expresión de la tesis del "traslado" de las garantías penales al procedimiento sancionatorio [9].

El primer elemento a discernir para esa asimilación, aunque no el concluyente, será la calificación que la ofensa recibe en el derecho interno. Si ella es definida como penal rigen los arts. 6º y 7º, mientras que si es calificada como falta administrativa, queda fuera de su ámbito. Sin embargo, esa calificación será evaluada detenidamente por el tribunal para dilucidar si se justifica o no la exclusión de estas garantías.

La clave inicial es, entonces, que el Convenio permite a los Estados —en el ejercicio de su función de guardianes del interés público— mantener o establecer una distinción entre el derecho penal y el derecho disciplinario, y fijar de esa manera la *línea divisoria* que deslinde la aplicabilidad de los arts. 6º y 7º, aunque con las siguientes puntualizaciones.

Si bien el tratado otorga libertad a los Estados para designar como ofensa penal un acto u omisión que no constituya el ejercicio normal de alguno de los derechos protegidos, lo cual tiene el efecto de *hacer aplicables* los arts. 6º y 7º, la alternativa opuesta, esto es, la "despenalización" de una conducta a efectos de *tornar inaplicables* las garantías de esos artículos, se encuentra sujeta a reglas más estrictas. En efecto, si los Estados contratantes se encontraran facultados a su discreción para

[6] SSTEDH, *Deweer*, cit., párr. 44; *Adolf v. Austria*, 26/3/1982, párr. 30; *Minelli v. Suiza*, 25/3/1983, párr. 27.

[7] SSTEDH, *Vashchenko*, cit., párr. 51; *Foti y otros v. Italia*, 10/12/1982, párr. 52; *Tejedor García v. España*, 16/12/1997, párr. 15; *Serves v. Francia*, 20/10/1997, párr. 42.

[8] STEDH, *Heaney y McGuinness v. Irlanda*, 21/12/2000, párr. 44.

[9] La independencia entre la materia disciplinaria y la penal ha sido analizada en *Moullet v. Francia* (dec. Nº 27521/04) del 13/9/2007, oportunidad en que se declarara la inadmisibilidad parcial de la presentación por considerar al art. 6.2 del Convenio como inaplicable al caso.

clasificar una ofensa como disciplinaria en vez de penal, o para perseguir al autor de una ofensa mixta en el plano disciplinario en vez del penal, la operatividad de las cláusulas de los arts. 6° y 7° se encontraría subordinada a su voluntad soberana. La Corte entiende que una laxitud tan extendida podría conducir a resultados incompatibles con el propósito y el objeto del Convenio, por lo cual el tribunal tiene jurisdicción para verificar que la calificación de un acto disciplinario no suponga una indebida intromisión sobre lo criminal. En otras palabras, la autonomía del concepto "penal" *opera en un solo sentido*: para ampliar las garantías pero no para limitarlas [10].

El Convenio no se opone, entonces, a la descriminalización, pues al remover ciertas conductas de la categoría de delitos penales en el derecho interno, el legislador puede favorecer los intereses de los individuos, así como las necesidades de una adecuada administración de justicia, en particular por medio de liberar a las autoridades judiciales de la tarea de perseguir y castigar contravenciones. Sin embargo, esa facultad no debe ser entendida como carente de todo límite, pues si los Estados parte estuvieran autorizados a su sola discreción —por medio de clasificar a una ofensa como falta administrativa en vez de penal— para excluir la operatividad de las disposiciones de los arts. 6° y 7° del Convenio, la aplicación de esas normas quedaría librada a su voluntad y ello pondría en cuestión la eficacia del tratado. Por lo tanto, la calificación de la noción de acusación penal no es de libre definición por los Estados, gozando el término de autonomía conceptual y haciendo imprescindible avanzar en su definición convencional para marcar los límites a esa discreción [11].

Para determinar si una ofensa es calificable como penal para los propósitos del Convenio —y de ese modo activar la vigencia de los arts. 6° y 7° en el caso— la Corte recurre a la valoración de los siguientes extremos [12]: a) la pertenencia o no de la previsión que define la ofensa al derecho penal en el sistema legal del Estado; b) la naturaleza de la falta; y c) la naturaleza y la gravedad de la pena en juego.

Es decir que, sentada la autonomía del concepto de acusación de carácter penal, la aplicación de esa autonomía en cada caso implicará discernir si —de acuerdo con la ubicación de la norma en el derecho interno, la naturaleza de la falta, y la sustancia y la gravedad de la sanción— [13] nos hallamos ante una acusación penal *y al consiguiente supuesto de vigencia de las garantías convencionales* o no [14]. Se aclara que estos tres criterios presentan diferente significación: el primero —indicaciones del ordenamiento doméstico del Estado parte— posee solamente un valor relativo, mientras que el segundo —naturaleza de la falta— considerado en relación con la naturaleza de la sanción —tercer criterio— representa un factor de apreciación de mayor peso [15].

[10] STEDH, *Engel*, cit., párr. 81. CSJN, *Romero Cacharane*, 2004, *Fallos* 327:388, consid. 12; *Transportes del Tejar SA*, 2005, *Fallos* 328:2752, voto del juez Petracchi, consid. 16.

[11] STEDH, *Öztürk*, cit., párr. 49.

[12] SSTEDH, *Lauko v. República Eslovaca*, 2/9/1998, párr. 56; *Garyfallou AEBE v. Grecia*, 24/9/1997, párr. 32; *O. v. Noruega*; 11/2/2003, párr. 33; *Phillips v. Reino Unido*, 5/7/2001, párr. 31; *Hammern v. Noruega*, 11/2/2003, párr. 28; *Sergey Zolotukhin v. Rusia*, 10/2/2009, párr. 53.

[13] STEDH, *Öztürk*, cit., párr. 50.

[14] Sobre el concepto de acusación penal y su vínculo con procedimientos civiles ver SSTEDH, *Y v. Noruega* y *Ringvold v. Noruega*, ambos del 11/2/2003, párrs. 39-41 y 38, respectivamente.

[15] SSTEDH, *Galstyan*, cit., párr. 58.

1.2.1. Calificación interna

Para discernir este primer criterio la Corte ha tomado en cuenta elementos tales como el tipo de normativa que regula la falta y los rasgos de la autoridad que la aplica; considerando, por ejemplo, que si la ofensa proviene del ordenamiento tributario y su persecución se encuentra deferida a las autoridades administrativas, esta debe ser calificada como falta administrativa y no como delito, derivando en la inaplicabilidad del art. 6° si no se satisfacen los otros dos parámetros de ponderación [16]. En rigor, este primer elemento de análisis procura evitar mayores indagaciones cuando es el propio Estado el que califica la ofensa como penal. En este caso, el tribunal no considerará necesario avanzar en el resto del examen y declarará aplicable el art. 6°. Sin embargo, cuando la situación es la inversa y la calificación administrativa de la falta determina la inaplicabilidad de ese artículo en este primer paso, será necesario recurrir a los otros dos criterios. Rige aquí la idea conforme a la cual la protección en Estrasburgo no puede ser menor a la existente en el plano interno y, por ende, si es el propio Estado quien reconoce el carácter penal de la acusación, la vigencia del proceso equitativo en su faz convencional no ofrece mayores dudas. Por el contrario, cuando el resultado de la calificación interna es la exclusión de esa tutela, se hace necesario avanzar con los otros factores de juicio. En definitiva, la calificación interna sirve por sí sola para incluir el caso dentro del art. 6°, pero no para sustraerlo de su ámbito.

Los dos criterios restantes son alternativos y no acumulativos, por lo cual a efectos de aplicar el art. 6° en su vertiente penal es suficiente que la falta en cuestión posea naturaleza penal desde el punto de vista convencional, o bien, que exponga a la persona a un tipo de sanción que, por su naturaleza y grado de severidad, pertenezca en general a la esfera penal. Esta afirmación no excluye la posibilidad de adoptar un enfoque acumulativo cuando el análisis separado de cada criterio no permita arribar a una conclusión clara sobre la existencia de una acusación penal [17].

1.2.2. Naturaleza de la falta

Para determinar la naturaleza de la falta debe evaluarse si los destinatarios de la norma son un sector específico (régimen estatutario) o la generalidad de los ciudadanos. Ello es así en tanto las prescripciones penales suelen estar dirigidas a la población en general, mientras que las faltas administrativas tienden a orientarse más asiduamente hacia grupos de personas con un estatus especial [18]. Relativizando su valor como regla de ponderación, puede decirse que este criterio resulta un tanto ambiguo, desde que existen tantas figuras penales destinadas a ciertas categorías de personas como reglas administrativas dirigidas a la población en general.

En cuanto a la naturaleza de la conducta que activa la configuración de la falta, la Corte ha precisado que la existencia de factores objetivos para la imputación y la consiguiente innecesariedad de establecer intenciones dolosas o negligencia no excluye *per se* la existencia de un delito en los términos del art. 6°. Así, la ausencia

16 STEDH, *Janosevic*, cit., párr. 66.
17 SSTEDH, *Lutz v. Alemania*, 25/8/1987, párr. 55; *Bendenoun*, cit., párr. 47.
18 SSTEDH, *Öztürk*, cit., párr. 53; *Zaicevs v. República de Letonia*, 31/7/2007, párrs. 33-36.

de elementos subjetivos no necesariamente priva a una falta de su carácter penal [19]. En contrapartida, cuando la medida analizada no involucra la imputación de responsabilidad por un hecho antijurídico, sino que se encamina al cumplimiento de un cometido estatal independiente de aquella, no resulta calificable como sanción. La sola existencia de un resultado adverso a un derecho no conlleva, *per se*, que la medida sea sancionatoria [20].

Por otra parte, la presencia de una ofensa menor no resulta determinante para excluir la falta del ámbito criminal. El tratado no presenta —según la Corte— indicio alguno que permita sostener que la ofensa es penal a partir de cierto índice de gravedad de la conducta. Claramente, sería contrario al objeto y propósito del Convenio de Roma que el Estado pudiera sustraer del ámbito de protección del art. 6° toda una categoría de faltas con el solo argumento de considerarlas leves [21]. Esta afirmación desecha —en la línea propuesta al inicio— la posibilidad de considerar que a menor gravedad de la ofensa menor es la vigencia de las garantías.

1.2.3. Naturaleza y gravedad de la pena

Para saber si nos hallamos ante la imputación de una falta calificable en términos convencionales como delito, un elemento de análisis relevante reside en la presencia o no de un propósito compensatorio en la aplicación de las medidas. Cuando estas buscan conminar a los ciudadanos al cumplimiento de sus obligaciones legales y castigar sus violaciones, nos encontraremos ante objetivos tanto disuasivos como punitivos, que para la Corte son el elemento tradicional de caracterización de una pena criminal y que —por ende— activan la aplicación del art. 6° [22]. La presencia de una finalidad preventiva —por medio de desalentar la realización de hechos similares— y punitiva en la sanción resulta suficiente para atraer la aplicación del art. 6ª, mientras que un fin compensatorio tiende al resultado contrario [23].

Al igual que con la configuración de la falta, la poca gravedad de la pena no priva por sí misma a una falta de su carácter penal, de modo que los criterios segundo y tercero son independientes: verificada la naturaleza penal de la falta, ese extremo activa la aplicación del art. 6° sin necesidad de indagar en la envergadura de la pena.

Sintetizando lo anterior, podemos decir que la Corte ha tomado en cuenta los siguientes elementos [24]:

a) Si los destinatarios de la disposición son los ciudadanos en general o un grupo de aquellos con un estatus particular.
b) Si las medidas aplicadas tienen una finalidad compensatoria de un perjuicio fiscal o configuran un castigo para evitar infracciones, esto es, si revisten naturaleza preventiva y punitiva.

[19] STEDH, *Janosevic*, cit., párr. 68.
[20] SSTEDH, *Air Canada*, cit., párrs. 52 y 53; *Zlínsat*, cit., párr. 71.
[21] STEDH, *Öztürk*, cit., párr. 52.
[22] STEDH, *Öztürk*, cit., párr. 53; *Janosevic*, cit., párr. 68.
[23] STEDH, *Hamer v. Bélgica*, 27/11/2007, párrs. 59 y 60.
[24] STEDH, *Kyprianou v. Chipre*, 27/1/2004, párr. 31.

c) Si las penalidades son sustanciales en orden al bien jurídico afectado, tal como el importe de las multas o la trascendencia del bien del cual se priva al sancionado.

Si la combinación de estos elementos arroja un predominio de la esfera penal, aun cuando aquellos por sí solos no lo logren, el art. 6° se torna aplicable.

2. Nuevas críticas estatocéntricas

Esta construcción de la Corte recibe, vale aclararlo, similares embates a los suscitados respecto de la interpretación de la noción de derechos y obligaciones de carácter civil en el marco del art. 6° [25]. Muestra de ello es la opinión disidente del juez Matscher en el caso *Öztürk* [26], que retoma la línea "voluntarista" de interpretación que ya hemos reseñado, indicando que cuando los redactores del Convenio vincularon las garantías del art. 6° con la determinación de derechos y obligaciones civiles o de acusaciones penales, debieron haber pensado solamente en los asuntos que, en el entendimiento prevaleciente en este momento, caían bajo la esfera del derecho civil o privado y del derecho penal, y cuyo conocimiento se encontraba en principio conferido a los tribunales ordinarios. Sostiene esta corriente que las garantías procedimentales incluidas en el art. 6° son típicamente aquellas aplicables a casos que, en razón de su importancia para el individuo y la sociedad, se someten a los tribunales.

Por ello, para esta corriente es necesario preguntarse si el propósito y el objeto del tratado, en los cuales la interpretación autónoma se funda, requieren que las garantías procedimentales consagradas en la vertiente "penal" sean respetadas en casos que involucran temas menores, como las faltas en materia de tránsito o similares, al ser tal condición la única que justificaría una descripción de aquellas como penales. En esa tarea, el juez Matscher se aboca al examen de los tres criterios existentes para determinar si una falta cae bajo la esfera del derecho penal. Especialmente en lo relativo a la naturaleza de la falta, explica que el proceso de transferencia de una ofensa del ámbito penal al disciplinario posee importantes consecuencias que llevan a concluir que la naturaleza misma de la falta se ve modificada. En ese caso el veredicto moral ya no es el mismo, la falta ya no conlleva el grado de culpabilidad propio de un delito, la decisión no genera un antecedente penal y las facultades investigativas son limitadas, no presentándose restricciones a la libertad ambulatoria. Las sanciones son también fundamentalmente diferentes, en tanto no se prevén penas privativas de la libertad, reduciéndose a apercibimientos o multas. Esas diferencias no pueden considerarse para el juez como meramente cuantitativas, pues en este campo lo cuantitativo se transforma en cualitativo, afectando la naturaleza misma de las faltas. Esa alteración sustrae a la situación del ámbito del art. 6°, pensado exclusivamente para los delitos.

Para esta postura existen áreas —casos administrativos— en los que el individuo indudablemente necesita ciertas garantías procedimentales, pero no necesariamente todas las que el art. 6° provee para casos civiles y penales. La solución, a

[25] Que hemos analizado en el capítulo segundo.
[26] STEDH, *Öztürk*, cit., disidencia del juez Matscher.

todo evento, debe provenir de un protocolo que extienda las garantías a esos casos, no siendo una respuesta apropiada una interpretación excesivamente amplia de los términos "civil" o "penal".

Nuevamente hemos de expresar nuestra discrepancia con estas críticas, por cuanto desnaturalizan la comprensión de un tratado de derechos humanos, sin que ello implique nuestra coincidencia con el criterio mayoritario, al que vemos como insuficiente. No se trata de extender el concepto de acusación penal, sino de admitir la aplicación directa de las garantías a todo caso de ejercicio del poder punitivo estatal, bajo cualquier modalidad.

3. Modalidad de aplicación de las reglas del proceso equitativo en el procedimiento administrativo sancionador

De acuerdo con el análisis efectuado podemos concluir que los procedimientos administrativos disciplinarios se encuentran inicialmente fuera del ámbito de protección del art. 6° desde su faceta penal. Sin embargo, pueden considerárselos en ese ámbito si se asimila el asunto a una acusación de ese tipo. La única forma de activar dichas garantías en esos supuestos consiste en lograr —por medio de una composición de las previsiones del derecho interno, la naturaleza de la falta y el grado de severidad de la sanción— que la imputación de la ofensa pueda ser calificada como acusación penal. Las potestades punitivas de la Administración quedan fuera del espectro del proceso equitativo a menos que sea factible calificarlas como referidas a una acusación de esa índole.

Ahora bien, aun cuando en un supuesto determinado el ejercicio anterior nos lleve a una respuesta afirmativa en cuanto a la vigencia en el caso de las garantías examinadas, rige aquí el mismo criterio delineado por la Corte Europea para los casos abarcados por la faceta civil del art. 6°. En consecuencia, *aunque no se hayan respetado las garantías del proceso equitativo en sede administrativa se cumple el art. 6° del Convenio si en algún momento se produce un control judicial de plena jurisdicción sobre las decisiones derivadas de aquella.*

El análisis comentado permite concluir en las dos características principales que este tópico presenta en el ámbito europeo:

a) Los procedimientos administrativos sancionatorios se encuentran por vía de principio excluidos del alcance de los arts. 6° y 7°, salvo que pueda lograrse su comprensión a partir de los estándares de acusación penal. La materia administrativa de carácter punitivo no se encuentra —por sí misma y sin necesidad de recurrir a analogía o traslación alguna— abarcada por las salvaguardas del proceso equitativo.
b) Cuando —de acuerdo con las reglas anteriores— un caso queda comprendido en los arts. 6° y 7°, la existencia de violaciones en sede administrativa a las garantías orgánicas y procedimentales de tales cláusulas no activa la declaración de una infracción al Convenio si la decisión en juego ha sido susceptible de revisión por un órgano judicial con plena jurisdicción que asegure el respeto de dichas garantías.

IV. La Corte Interamericana y el estándar de *Baena*

Una vez más, la tutela americana de las garantías esenciales de la persona frente al ejercicio de las potestades públicas supera los márgenes de su par europea.

En nuestro continente, los factores esenciales para el esclarecimiento de la cuestión son los siguientes:

a) Aun en los supuestos en que el texto de la Convención alude a la materia penal, la dilucidación de la vigencia de tales garantías en el plano administrativo debe atender a que "las sanciones administrativas son, como las penales, una expresión del poder punitivo del Estado y tienen, en ocasiones, naturaleza similar a la de estas. Unas y otras implican menoscabo, privación o alteración de los derechos de las personas, como consecuencia de una conducta ilícita" [27].

b) Dado que las sanciones poseen ese efecto de pérdida de derechos como resultado de un ilícito, "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" [28].

c) Como resultado de lo anterior, "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 art. 8° de la Convención Americana en el caso de sanciones disciplinarias y no penales. Permitirles 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" [29].

Nuevamente llegamos al criterio básico en esta temática que trasciende al proceso sancionatorio para erigirse en regla general: el concepto de debidas garantías se aplica a los órdenes civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter y, por ende, "en ese tipo de materias el individuo tiene derecho también al debido proceso que se aplica en materia penal" [30].

Como puede notarse, la respuesta americana se asienta en el *bien jurídico individual* que se afecta por medio del ejercicio de las facultades punitivas, sean pe-

[27] Corte IDH, *Baena y otros*, cit., párr. 106.

[28] Corte IDH, *Baena y otros*, cit., párr. 106.

[29] Corte IDH, *Baena y Otros*, cit., párr. 106.

[30] Corte IDH, OC-11/90, cit., párr. 28. En el extremo opuesto, el Tribunal de Estrasburgo postula que los requisitos inherentes al concepto de proceso equitativo no son necesariamente los mismos en los casos de determinación de derechos civiles que en los de determinación de una acusación penal. Esto se refleja, para el Cuerpo, en la ausencia de previsiones detalladas como las de los apartados 2° y 3° del art. 6° que sean aplicables a la primera categoría, lo cual muestra que los Estados gozan de mucha más amplitud de facultades cuando manejan los casos civiles que cuando se enfrentan a los penales (STEDH, *Dombo Beheer B.V.* cit., párr. 32). Esto indicaría que, pese a ser elementos constitutivos de la noción analizada, las garantías de los apartados 2° y siguientes del art. 6° se limitan al ámbito punitivo y no se reconducen a los casos abarcados por el art. 6.1, mientras que en América las garantías de los apartados 2° y siguientes se aplican a los casos abarcados por el art. 8.1.

nales o administrativas. Siempre que la actuación estatal suponga la privación de un derecho como respuesta a una conducta ilícita, el catálogo de garantías originariamente entendidas como penales resulta aplicable. Este factor marca la clara distinción con el modelo europeo, donde se atiende a los fines perseguidos por el Estado y por ello la respuesta pasa a residir en la calificación establecida en el ordenamiento interno, la naturaleza de la falta y la gravedad de la sanción, elementos que denotan un acento en la medida estatal en sí misma y no en el bien individual en juego. La naturaleza sancionatoria se vive en América desde el derecho afectado —el cual se ve menoscabado como reacción ante un ilícito— y no desde la medida estatal —donde pasan a ser relevantes la calificación doméstica, el tipo de falta o la naturaleza de la pena—.

Es que el punto de partida americano es diametralmente opuesto a aquel pensado en función de los propósitos de cada Estado al deslindar los órdenes penal y administrativo: las garantías son el límite de esos propósitos y facultades, y no a la inversa, por lo cual no resulta admisible sustraer a los individuos de la salvaguarda de esos derechos con el simple expediente de considerar que el castigo impuesto no es penal. El respeto a los derechos humanos constituye un límite a la actividad estatal y es ilícita toda forma de ejercicio del poder público que viole los derechos reconocidos por la Convención.

Por otra parte, ya hemos dicho que la postura de la subsanación propuesta por la Corte Europea no parece de sencilla adaptación a nuestro ámbito. La subsanación no tiene cabida en el sistema americano, porque en él está claro que el debido proceso es *impostergable*, en tanto garantía esencial. Si las defensas mínimas del art. 8° se aplican a la determinación de los derechos y las obligaciones en el procedimiento sancionador, no cabe otra conclusión que postular que aquellas deben estar presentes en cada etapa del desarrollo de esa determinación y no solamente en el control judicial posterior. No otra interpretación puede darse al hecho de que las garantías aludidas se apliquen a esos órdenes: decir que la subsanación es posible significa admitir que las garantías *no se aplican* en el procedimiento, sino después.

V. Conclusiones del examen comparativo. El *ius puniendi* como categoría regulada por el debido proceso y el carácter impostergable de las garantías

Durante muchos años ha sido un lugar común defender la matización de ciertas garantías, desarrolladas 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.

La pretendida diferenciación de fines entre el procedimiento administrativo sancionador y el derecho penal es una muestra de ello, constituyéndose tal distingo en la justificación que permitía la no aplicación de ciertas garantías del proceso penal al administrativo sancionador.

El enfoque elaborado por la Corte Interamericana en *Baena* nos muestra el equívoco en que se incurre cuando se pretende fijar compartimientos estancos en materia de garantías. La mirada compartimentada explica la reticencia que ciertas ramas del derecho público diferentes del penal exhiben frente al proceso de internacionalización de los ordenamientos.

El criterio desarrollado en nuestro continente refiere al menoscabo de cualquier derecho como resultado de una conducta ilícita; ese marco activa el plexo de garantías sin importar el ordenamiento interno, la naturaleza de la falta o la gravedad de la sanción. Los criterios europeos no son, por ende, aplicables a nuestro medio.

La disyuntiva es clara: o bien participamos de una *disociación* de los sistemas punitivos basada en una diversidad de los propósitos estatales en juego —y, por ende, admitimos diferentes grados de protección entre la materia penal y la administrativa sancionatoria—, o bien afirmamos el carácter *único* del *ius puniendi* como categoría estatal y su correlativa regulación omnicomprensiva bajo el marco de las garantías convencionales del debido proceso.

En esa disyuntiva, el estándar fijado en el caso *Baena* nos muestra que la diversidad de objetivos —de existir— no justifica hoy la negación de aquellos resguardos que ha establecido el ordenamiento internacional como presupuestos mínimos que debe respetar el Estado en el ejercicio de sus potestades, y en especial de su función punitiva. De resultas de ello el debido proceso adquiere una virtualidad propia que impide su postergación *en cualquier plano*.

Nuevamente insistimos en la aplicación directa, que no se trata de "traslado" alguno. El máximo grado de garantías reconocido en los tratados internacionales es el *principio unificador* de todo el obrar estatal, sin importar si ese obrar tiene como campo de acción reglas internas nacidas bajo la égida de la distinción entre disciplinas jurídicas.

La plena vigencia de las garantías informantes del debido proceso adquiere 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. No se condice entonces con la magnitud de los principios involucrados la pretensión de abandono o reducción de las garantías sobre la base del distinto plano en que se ejecuta la potestad estatal de imponer penas.

En fin, en nuestro sistema de derechos 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 —so pena de responsabilidad internacional— de las garantías reconocidas en los instrumentos internacionales. No se trata de *transplantar* institutos de una rama del derecho hacia otra, 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 insoslayable de atenerse.

Ambas ramas —derecho penal y sancionador administrativo— se nutren de una unidad superior: *ius puniendi*, categoría jurídica unitaria que posee una regulación omnicomprensiva en el plano supranacional por vía de las cláusulas del debido proceso, sin importar las distinciones que introduzcan los ordenamientos domésticos.

VI. El catálogo de garantías de los modelos americano y europeo frente al procedimiento sancionador

Si las garantías convencionales —con un mayor desarrollo inicial en el proceso penal— son aplicables al procedimiento sancionador, es necesario analizar qué alcance poseen y cómo juegan en él. Es así que, si bien los repertorios jurisprudenciales muestran que en su mayoría estas garantías han sido tratadas y delimita-

das en el marco de asuntos penales en sentido estricto, los criterios desplegados en aquellos casos son aplicables para el procedimiento sancionador tanto como las garantías que allí se abordaron.

La recta y leal aplicación de estas garantías obliga, necesariamente, a una amplia reformulación de muchos regímenes sancionadores. La presunción de inocencia, la legalidad de las faltas y las penas, la adecuada preparación de la defensa, la posibilidad de producir y controlar la prueba de cargo en cabeza de la acusación son sólo algunos aspectos que demandan una urgente adaptación del derecho doméstico a los parámetros de los tratados. Es necesario que la Administración se ajuste a estas directivas y abandone tendencias habituales, tales como poner —directa o indirectamente— en cabeza del ciudadano la carga de la prueba de su inocencia, conferir exiguos plazos para formular descargo, imponer crónicas obstaculizaciones al acceso al expediente, enfrentar a la persona a imputaciones que no se hallan correctamente desarrolladas en su base fáctica y jurídica, entre otras falencias que nos muestran la urgente necesidad de lograr la incorporación efectiva del catálogo de defensas analizadas al ámbito procedimental administrativo.

A esos fines, reseñaremos a continuación los principales factores a tener en cuenta al analizar los arts. 8° de la Convención Americana, y 6° y 7° de la Europea en el procedimiento sancionador. A esta reseña se agregará el análisis del art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos por su órgano de aplicación —el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas— en virtud de la profunda relevancia que aquella posee.

1. Garantías generales (remisión)

Respecto de las garantías establecidas en los arts. 8.1 de la Convención Americana y 6.1 del Convenio Europeo, corresponde remitirse a lo expresado en relación con el procedimiento administrativo general. Las garantías allí reseñadas se aplican al procedimiento sancionatorio [31], en tanto éste queda naturalmente comprendido en la noción de debido proceso o proceso equitativo [32]. A la inversa, la noción de proceso equitativo del art. 6.1 del texto europeo comprende y atrae las garantías específicas de los puntos 2° y 3° de ese artículo, mientras que en América la noción de debidas garantías del art. 8.1 comprende y atrae las garantías de los aparts. 2° y siguientes, todo ello bajo el *enfoque global* tendiente a verificar si el procedimiento en su conjunto ha respetado los mínimos establecidos en tales normas convencionales.

2. Presupuestos de las potestades punitivas. Tipicidad. Legalidad de las sanciones

2.1. El principio de legalidad en las convenciones americana y europea

Las convenciones americana y europea han operado de diferente modo frente al principio *nullum crime sine lege*. La primera ha *reafirmado* la entidad tradicional

[31] Corte IDH, *Lori Berenson Mejía*, cit., párr. 176; OC-11/90, cit., párr. 24; STEDH, *Albert y Le Compte*, cit., párr. 30 y 39.

[32] SSTEDH, *Kamasinski v. Austria*, 19/12/1989, párr. 62; *Mattoccia v. Italia*, 25/7/2000, párr. 58.

del principio de legalidad en sus arts. 9° y 30, mientras que la segunda lo ha *relativizado* en su art. 7.2.

Ese diferente abordaje ha condicionado también la interpretación de los órganos convencionales. Para la Corte Interamericana, una de las garantías de mayor relevancia para asegurar que no se vulneren los atributos inviolables de la persona consiste en la necesidad de que la limitación de los derechos provenga de una ley adoptada por el Poder Legislativo [33]. Sólo la ley en sentido formal tiene aptitud para restringir el goce o el ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención, regla que se ve reflejada específicamente en su art. 9° en el plano punitivo. Por el contrario, el apart. 2° del art. 7° del Convenio Europeo, luego de reconocer el principio conforme el cual "nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el derecho nacional o internacional", aclara que "el presente artículo no impedirá el juicio o la condena de una persona culpable de una acción o de una omisión que, en el momento de su comisión, constituía delito según los *principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas*".

La mayor laxitud de la fórmula europea ha dado lugar a que su tribunal sostenga el criterio opuesto al de Costa Rica, entendiendo a la ley que puede tipificar una falta en un sentido sustancial y no formal, esto es, abarcando reglamentos, estatutos e incluso derecho no escrito [34].

2.2. *El principio de legalidad y la tipificación de las faltas en América. El requisito de previsibilidad*

En nuestro continente los principios de legalidad e irretroactividad deben presidir la actuación de todos los órganos del Estado en sus respectivas competencias, particularmente cuando estamos frente al ejercicio del poder estatal punitivo [35].

La interpretación brindada al art. 30 de la Convención, según hemos visto, demanda que las limitaciones se establezcan por ley formal, fijando con ello un primer condicionamiento de carácter orgánico referido a la autoridad emisora de la norma punitiva.

Para cumplir ese cometido, el legislador se encuentra condicionado por diferentes requisitos cuyo denominador común es permitir a las personas conocer las consecuencias de sus conductas. Es así que en aras de la seguridad jurídica es indispensable que la disposición, 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 pretenden sancionar.

[33] Esa exigencia no es casual; precisamente agrega la Corte Interamericana que "a través de este procedimiento no sólo se inviste a tales actos del asentimiento de la representación popular, sino que se permite a las minorías expresar su inconformidad, proponer iniciativas distintas, participar en la formación de la voluntad política o influir sobre la opinión pública para evitar que la mayoría actúe arbitrariamente"; de modo que "la reserva de ley para todos los actos de intervención en la esfera de la libertad, dentro del constitucionalismo democrático, es un elemento esencial para que los derechos del hombre puedan estar jurídicamente protegidos y existir plenamente en la realidad" (Corte IDH, OC-6/86, cit., párrs. 22 y 24).

[34] SSTEDH, *Kafkaris v. Chipre*, 12/2/2008, párr. 139; *De Wilde, Ooms y Versyp*, cit., párr. 93.

[35] Corte IDH, *Baena, Ricardo y otros*, cit., párr. 107; *Ricardo Canese*, cit., párr. 177. CSJN, *Mouviel*, 1957, *Fallos* 237:636.

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, porque de lo contrario los particulares no podrían orientar su comportamiento conforme a un orden jurídico vigente y cierto en el que se expresen el reproche social y sus consecuencias. Estos son los fundamentos de los principios de legalidad y de irretroactividad de la norma punitiva en contra del imputado.

De acuerdo con ese objetivo de previsibilidad, la elaboración de reglas de este tipo reclama con especial énfasis una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles. La ambigüedad en la formulación de la norma sancionatoria —tan habitual en el plano administrativo— genera dudas y abre el campo al arbitrio de la autoridad y, por ende, debe ser reducida al máximo [36].

Ese rigor en la redacción debe observarse minuciosamente al momento de la aplicación, debiendo el operador atenerse estrictamente a lo dispuesto por la norma y observar la mayor precisión al encuadrar la conducta de la persona incriminada en el marco jurídico aplicable [37]. Obviamente ese estándar rige para la autoridad administrativa con competencia para la imposición de sanciones [38].

La aplicación de esta garantía a la materia sancionatoria administrativa es directa [39] y, por consiguiente, las faltas administrativas deben respetar las reglas de legalidad formal e irretroactividad. Esto significa la imposibilidad de fijar faltas por vía reglamentaria, resultando ese tipo de previsiones violatorias de los arts. 1°, 18 y 19 de la Constitución argentina, y 9° y 30 de la Convención Americana.

2.3. El principio de legalidad y la tipificación de las faltas en Europa

El art. 7° del Convenio Europeo [40] establece —bajo el título "no hay pena sin ley"—, en su apart. 1°, que nadie puede ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el derecho nacional o internacional. Igualmente no puede imponerse una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida.

Sin embargo, el apart. 2° de la norma abre la posibilidad de imponer penas sobre la base de delitos no sólo tipificados por la ley formal, sino también por los "principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas". Esta última previsión supone un abordaje más flexible del principio de legalidad según la interpretación dada a este en el derecho continental europeo.

La Corte ha dado a esta cláusula un valor dominante, explicando que la garantía consagrada en el art. 7° es un elemento esencial del Estado de derecho y ocupa un lugar sobresaliente en el sistema de protección del tratado, tal como se desprende del hecho de que no se admite en el art. 15 su derogación en supuestos de guerra

[36] Corte IDH, *Cantoral Benavides*, cit., párr. 157; *Fermín Ramírez v. Guatemala. Fondo, reparaciones y costas*, 20/6/2005, párr. 90; *De la Cruz Flores v. Perú. Fondo, reparaciones y costas*, 18/11/2004, párr. 79.

[37] Corte IDH, *De la Cruz Flores*, cit., párr. 82.

[38] CSJN, *Spinosa Melo*, 2006, *Fallos* 329:3617, consid. 10.

[39] CSJN, *Romero Cacharane*, cit., consid. 16.

[40] Este artículo no se aplica a procedimientos civiles, según STEDH *Kot v. Rusia*, 18/1/2007, párr. 38.

o emergencia. Por lo tanto, debe ser construida y aplicada —tal como se sigue de su objeto y finalidad— de un modo tal que provea salvaguardas efectivas contra la persecución y el castigo arbitrarios [41].

En ese sendero, la previsibilidad es uno de los requerimientos inherentes a la exigencia de la presencia de ley. Una norma no puede ser considerada como "ley" a menos que se encuentre formulada con precisión suficiente para permitir al ciudadano —si es necesario, con adecuado asesoramiento— prever razonablemente, de acuerdo con las circunstancias, las consecuencias que una acción puede acarrear [42]. La aparente severidad de esta regla ha sido matizada por el tribunal, que ha destacado la imposibilidad de lograr una precisión absoluta en la formulación de las normas, especialmente en aquellos campos en los cuales las situaciones varían según las visiones prevalecientes en la sociedad. La necesidad de evitar una excesiva rigidez y avanzar al ritmo de las cambiantes circunstancias implica que muchas leyes se encuentren inevitablemente redactadas en términos que, en mayor o menor medida, son vagos [43].

Cierto es que para evaluar si una disposición cumple con el requisito de previsibilidad no debemos ceñirnos solamente a su texto, ya que es también de suma relevancia constatar la existencia de una interpretación de ese texto por parte de una jurisprudencia consolidada que resulte accesible. La previsibilidad resulta, así, de la conjugación entre el texto normativo y la interpretación que los tribunales han hecho de este a lo largo del tiempo. Ambos factores son los que permiten al ciudadano conocer en cada caso las consecuencias que su conducta conlleva.

Pese a la laxitud del apart. 2° del art. 7° ya apuntada, el órgano judicial del Convenio de Roma considera que el apart. 1° encarna el principio conforme el cual solamente la ley puede definir un delito y establecer una pena, es decir, el principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*, a la par que se desprende también de aquel la máxima según la cual la ley penal no debe ser aplicada extensivamente en detrimento del acusado. En función de ello, la ofensa debe ser claramente definida por la ley, condición que se satisface cuando el individuo puede conocer a partir del texto de la disposición relevante, y —si lo necesita— mediante la asistencia de la interpretación realizada por los tribunales, qué actos y omisiones lo harán responsable [44].

Como puede notarse, el papel de la jurisprudencia en este plano ha sido reiteradamente destacado por la Corte, al punto de que el concepto mismo de ley comprende tanto a las normas escritas como a la interpretación judicial e implica requerimientos cualitativos, tales como la accesibilidad y la previsibilidad [45]. El rol de aplicación depositado en los tribunales existe precisamente para disipar las dudas interpretativas inherentes al rasgo de generalidad de las normas y es por ello que el

[41] SSTEDH, *S. W. v. Reino Unido* y *C. R. v. Reino Unido*, ambos del 22/11/1995, párrs. 34-36 y 32-34, respectivamente; *K.-H. W. v. Alemania*, 22/3/2001, párr. 45.

[42] SSTEDH, *Müller y otros v. Suiza*, 24/5/1988, párr. 29; *Ezelin v. Francia*, 26/4/1991, párr. 45.

[43] SSTEDH, *Barthold v. Alemania*, 25/3/1985, párr. 47; *Kokkinakis v. Grecia*, 25/5/1993, párr. 40.

[44] SSTEDH, *Kokkinakis*, cit., párr. 52; *Cantoni v. Francia*, 15/11/1996, párr. 29; *Larissis y otros v. Grecia*, 24/2/1998, párr. 56.

[45] SSTEDH, *Baskaya y Okçuoglu v. Turquía*, 8/7/1999, párr. 36; *Coëme y otros v. Bélgica*, 22/6/2000, párr. 145; *Streletz, Kessler y Krenz v. Alemania*, 22/3/2001, párr. 88 y ss.; *K.-H. W. v. Alemania*, cit., párr. 85.

test de previsibilidad se realiza con la lectura del texto legal, pero a la luz de la jurisprudencia existente en el momento relevante.

Además de encontrarse integrada con la jurisprudencia, la noción de previsibilidad depende en grado considerable del campo que la norma está destinado a abarcar, así como del número y estatus de sus destinatarios. Una ley puede satisfacer el requisito de previsibilidad aun si el afectado debe recurrir a asesoramiento legal para determinar razonablemente de acuerdo con las circunstancias las consecuencias de una determinada acción. Esto es especialmente cierto en relación con personas que desarrollan una actividad profesional y que se encuentran habituadas a la necesidad de proceder con un alto grado de cautela cuando desempeñan su tarea. Esa característica lleva a que se espere de esas personas un especial cuidado en la identificación de los riesgos propios de su actividad. Por tal razón, si con un adecuado asesoramiento el afectado podía identificar —tomando en cuenta la jurisprudencia existente— los riesgos que su acción implicaba, no existe violación art. 7.1 [46]. En el plano del procedimiento, lo anterior conlleva la flexibilización de las exigencias de la previsibilidad en el ámbito regulatorio, atento a la especial calificación que se demanda de sus actores.

La aplicación de la idea de previsibilidad en la concepción del Convenio Europeo alcanzó uno de sus puntos de máxima tensión con motivo de la necesidad de constatar la violación del art. 7° frente a las condenas impuestas a diversos funcionarios de la República Democrática Alemana como resultado del asesinato por parte de los guardias del muro de Berlín de personas que intentaron traspasarlo [47]. La Corte consideró que esas condenas no violaban el Tratado de Roma, ratificando el alcance amplio del art. 7° y reiterando que el análisis sobre la previsibilidad comprende tanto al derecho escrito como a la interpretación de esas reglas por los tribunales y la práctica estatal referida a estas [48]. Por su parte, y más allá de las intere-

[46] SSTEDH, *Groppera Radio AG y otros v. Suiza*, 28/3/1990, párr. 68; *Tolstoy Miloslavsky v. Reino Unido*, 13/7/1995, párr. 37.

[47] SSTEDH, *Streletz, Kessler y Krenz*, cit. y *K.-H. W v. Alemania*, cit. En el segundo caso el condenado consideraba lesionado el principio de legalidad desde el plano de la previsibilidad, pues al momento de los hechos el disparo a los fugitivos era una directiva del ordenamiento que regía al país. Frente a ello la Corte valoró especialmente el alistamiento voluntario del afectado en las fuerzas armadas de la RDA. Ese extremo fue considerado como muestra del cabal conocimiento por parte de este de la naturaleza de la política fronteriza del régimen, el deseo de la mayoría de la población de salir del país y el hecho de que muchos ciudadanos —conocidos como fugitivos— intentaban hacerlo por todos los medios. El afectado, por lo tanto, conocía o debió conocer que alistarse por un período de tres años en el servicio militar equivalía a prestar su lealtad al régimen en el poder y conllevaba la posibilidad de ser destinado a la frontera, donde corría el riesgo de verse obligado a disparar a fugitivos desarmados (párr. 74). Además, la Corte consideró que aun un soldado raso no podría mostrar una total y ciega obediencia a aquellas órdenes que infringían flagrantemente no solamente los principios legales de la RDA, sino también los derechos humanos internacionalmente reconocidos, especialmente el de la vida (párr. 75). La Corte concluyó que una práctica estatal como la desplegada por la política de fronteras de la RDA no puede ser cubierta por el art. 7.1 y que la condena penal por homicidio doloso impuesta a los guardianes del muro de Berlín no vulneraba esa disposición, en tanto al momento de comisión de los hechos los actos constituían una ofensa definida con suficiente accesibilidad y previsibilidad por las reglas del *derecho internacional de los derechos humanos* (párr. 105). La norma aplicable que brindaba previsibilidad era, entonces, no la normativa penal, sino el derecho de los derechos humanos.

[48] STEDH, *K.-H. W. v. Alemania*, cit., párr. 52. Ver también STEDH, *Jorgic v. Alemania*, 12/7/2007, párrs. 113-116.

santes discusiones que se suscitan en esas sentencias, la disidencia del juez Cabral Barreto aporta criterios de comprensión sumamente útiles para dilucidar el contenido de los requisitos de claridad, previsibilidad y accesibilidad de la ley que configura la falta. La *claridad* se satisface si es posible discernir —sobre la base de la disposición legal relevante— qué actos u omisiones conllevan responsabilidad, aun cuando ello deba ser determinado por la interpretación de los tribunales. La *previsibilidad* depende del contenido del dispositivo legal, su ámbito de aplicación, y el número y el estatus de destinatarios, y debe ser medida *con la vara de una persona normal en el mismo momento y lugar en que se encontraba el afectado*. Por último, la *accesibilidad* presupone que la información concerniente a la formación y la aplicación de la norma se encuentren disponibles para el afectado [49].

2.4. La previsibilidad en la configuración de las faltas administrativas

Hemos visto que el denominador común de los sistemas americano y europeo en cuanto al grado de precisión exigible al momento de configurar una falta reside en la necesidad de respetar la pauta de previsibilidad. Eso no es más que la derivación lógica del propósito mismo de esta garantía, que es proteger la seguridad jurídica permitiendo a las personas ponderar las consecuencias de sus conductas.

Vale interrogarse, entonces, sobre la virtualidad que esta máxima posee frente a la tipificación de las faltas administrativas, pues es sumamente usual que se utilicen para ello conceptos dotados de un alto grado de ambigüedad, tales como probidad, honorabilidad, decoro, entre otros. ¿Respetan estos términos la pauta de previsibilidad?

Entendemos que en este punto no caben respuestas unívocas. Si bien la propia dinámica administrativa puede demandar un mayor grado de laxitud de las faltas, ello no puede significar que la interpretación de lo que es una conducta prohibida quede librada al criterio cambiante de las autoridades, ni tampoco a la discrecionalidad de quien, en definitiva, es el interesado en aplicar la sanción.

Por ende, en los supuestos en que esa ambigüedad se presenta tres son los elementos a tener en cuenta:

a) La posibilidad de utilización de términos laxos resulta —en tanto excepción a la regla de la mayor precisión— de interpretación restrictiva y, cuando la ambigüedad de la norma implique vulnerar la regla de previsibilidad, será inválida. Para verificar el respeto de este requisito algunos de los criterios desarrollados en Europa son de gran utilidad: la autoridad debe acreditar que la persona puede discernir —sobre la base de la disposición legal relevante— qué actos u omisiones conllevan responsabilidad. Esa posibilidad depende del contenido del dispositivo legal, su ámbito de aplicación, y el número y el estatus de destinatarios, debiendo ser medi-

[49] Considera el votante que esos requisitos no concurren en el caso, especialmente la claridad y la previsibilidad. En efecto, si bien el asesinato de personas se encontraba prohibido en la RDA, el sistema legal imperante también demandaba que los guardias de frontera, luego de efectuar disparos de advertencia, abrieran fuego contra las personas que intentaban cruzar la frontera. En ese escenario, es evidente que el hecho de disparar a los fugitivos no podría —en la mente del afectado— configurar homicidio intencional en los términos del Código Penal del país. Se suma a ello la ausencia de jurisprudencia relevante sobre el tema al momento de los hechos. Tampoco, de haber recurrido a un abogado, el afectado hubiese obtenido una respuesta como la que ahora da la Corte. Lo previsible era, por el contrario, que si no cumplía las órdenes podría verse sujeto a responsabilidad disciplinaria.

da con la vara de una persona normal en el mismo momento y lugar en que se encontraba el afectado. Por último, la accesibilidad presupone que la información concerniente a la aplicación de la norma se encuentre disponible para el afectado.

Cuando la norma supera ese *test* de previsibilidad en abstracto, su aplicación demanda dos criterios de acción donde los principios *pro homine* y de proporcionalidad tienen una especial relevancia.

b) La autoridad tiene la carga de acreditar de qué modo la conducta probada configura en el caso la falta imputada y para ello debe precisar motivadamente los contornos de la figura recurriendo a un juicio de orden jurídico y no a valoraciones de otra índole.

c) Esa decisión resulta plenamente controlable y en modo alguno puede ser considerada discrecional, operando la regla de la unidad de decisión justa propia de los conceptos jurídicos indeterminados. No existen varias alternativas jurídicamente válidas para delimitación de la falta, sino una sola y la autoridad debe demostrar de qué modo la conducta en juego encuadra en esa solución. Ante la duda referida a si la conducta quedaba abarcada por la prohibición normativa debe, naturalmente, absolverse de responsabilidad.

En fin, una definición excesivamente vaga de los actos, las omisiones o las conductas sancionables viola los arts. 8° y 9° de la Convención Americana, algo que ocurre cuando esa vaguedad impide a la persona conocer anticipadamente las consecuencias de esas acciones. Cuando, con ese límite, se recurre a conceptos jurídicos indeterminados, la autoridad administrativa tiene la carga de demostrar su concreción en el caso y el respeto de la pauta de previsibilidad sobre la base de criterios lógicos, técnicos o de experiencia [50].

2.5. Principio de legalidad y retroactividad

De conformidad con el principio de irretroactividad de la ley penal desfavorable, el Estado se encuentra impedido de ejercer su poder punitivo en el sentido de aplicar de modo retroactivo leyes que aumenten las penas, establezcan circunstancias agravantes o creen figuras agravadas de delito. Asimismo, esa pauta obsta a que una persona sea penada por un hecho que al tiempo de cometerse no era punible [51].

Al igual que la legalidad, el principio de irretroactividad de la norma desfavorable es aplicable no sólo al ámbito penal, sino también a la materia sancionatoria administrativa [52]. Nuevamente, es en la posibilidad de prever las consecuencias de las conductas donde radica el eje fundamental de la garantía [53], sin ser dudosa su gran relevancia frente a la Administración, especialmente si atendemos al carácter dinámico y cambiante de esa organización. La necesidad de evitar que las variaciones de criterios —a veces notablemente vertiginosas— comprometan la seguridad jurídica de los ciudadanos brinda una especial dimensión práctica a esta regla.

[50] STS España, sala 3ª de lo Contencioso-Administrativo, 29/1/2003.

[51] Corte IDH, *Castillo Petruzzi y otros*, cit., párr. 120.

[52] Corte IDH, *Ricardo Canese*, cit., párr. 176.

[53] Corte IDH, *De la Cruz Flores*, cit., párr. 104; *Baena, Ricardo y otros*, cit., párr. 106, con cita de SSTEDH, *Ezelin*, cit., párr. 45 y *Müller y otros*, cit., párr. 29.

La contracara de esta garantía es la retroactividad de la ley punitiva más favorable, prevista también en el art. 9° *in fine* de la Convención. De acuerdo con esta regla, si con posterioridad a la comisión del hecho la ley dispone la imposición de una pena más leve, el condenado se beneficiará con ello.

Dicha norma debe interpretarse de buena fe, conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta el objeto y el fin de la Convención Americana, cual es la eficaz protección de la persona humana, así como mediante una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos [54]. Por lo tanto, debe entenderse como ley punitiva más favorable tanto a aquella que establece una pena menor respecto de la falta como a la que desincrimina una conducta anteriormente considerada como falta, crea una nueva causa de justificación, de inculpabilidad o un impedimento a la operatividad de una penalidad, entre otras. Esos supuestos no constituyen una enumeración taxativa de los casos que merecen la aplicación del principio de retroactividad de la ley punitiva más favorable, debiendo destacarse, también, que esta regla se aplica respecto de las leyes que se hubieren sancionado antes de la emisión de la resolución, así como durante su ejecución. En el plano del procedimiento administrativo la retroactividad de la norma más favorable conlleva la aplicación inmediata de toda condición normativa novedosa que redunde en un beneficio para el sujeto pasivo de la persecución estatal.

2.6. Legalidad y criterio de peligrosidad

¿Puede una norma sancionatoria atender a las características personales del sujeto al momento de evaluar los alcances de la pena? Dicho de otro modo, ¿puede fundarse una pena o su aumento en la peligrosidad del individuo?

La Corte Americana ha dado una respuesta negativa. La utilización de criterios de peligrosidad, esto es, del riesgo potencial de comisión de faltas en el futuro, como justificativo de una agravación de la sanción vulnera el art. 8° del Pacto de San José de Costa Rica, desde que implica sancionar a alguien no por lo que ha hecho, sino por lo que se presume puede llegar a hacer [55]. En igual sentido, la Corte Europea veda la posibilidad de que las alegaciones sobre la personalidad del imputado puedan configurar por sí mismas una nueva acusación en los términos del Convenio [56].

La invocación de la peligrosidad del sujeto constituye claramente una expresión del ejercicio del *ius puniendi* estatal sobre la base de las características personales del agente y no del hecho cometido e implica, al fin de cuentas, sancionar al individuo, no con apoyo en lo que ha hecho, sino en lo que es, alternativa contra la cual se ha construido todo el plexo de garantías pensadas para poner freno al abuso del castigo estatal. La aplicación del criterio de peligrosidad contraviene, de esa forma, el sentido mismo del principio de legalidad, en tanto implica imponer una sanción a partir de un mandato legal aplicable a una acción inexistente.

[54] Corte IDH, *19 Comerciantes*, cit., párr. 173; *Cantos*, cit., párr. 37; *Constantine y otros*, cit., párr. 75.

[55] Corte IDH, *Fermín Ramírez*, cit., párr. 92-96. En igual sentido, CSJN, *Gramajo*, 2006, *Fallos* 329:3680, consids. 17 y 18; *Maldonado*, 2005, *Fallos* 328:4343, consid. 38.

[56] SSTEDH, *Böhmer v. Alemania*, 3/10/2002.

La aplicación de este límite a la materia administrativa produce importantes consecuencias, en tanto veda la fijación de consecuencias punitivas con fundamento en cualquier tipo de circunstancia que resulte ajena a los hechos que dieron lugar a la imputación de una falta. El principio de legalidad presupone que la norma opera como reguladora de conductas y, por ende, sólo puede tener sentido si tiene antecedente en una acción individual identificable.

2.7. Legalidad de la pena

La exigencia de legalidad no sólo existe para la configuración de la falta, sino también de la pena, razón por la cual es necesario saber cuándo nos encontramos ante una pena.

Para la Corte Europea el concepto de "pena" en el art. 7.1 del Convenio, al igual que las nociones de derechos y obligaciones de carácter civil y acusación en materia penal, es convencionalmente autónomo [57]. Para activar la protección provista por el art. 7° la Corte debe poder ir más allá de las apariencias y valorar cuándo una medida determinada equivale en sustancia a una pena [58].

El punto de partida para la determinación de la existencia de una pena consiste en corroborar si la medida en cuestión resulta impuesta como resultado de una condena por una ofensa penal. Otros elementos relevantes son la naturaleza y el objeto de la medida, su caracterización en el orden nacional, los procedimientos involucrados en su adopción e implementación, y su severidad [59]. Es importante que el propósito de la medida sea de orden disuasivo y no de otro carácter [60], con lo cual no cabe calificar como pena a aquellas conductas que procuran objetivos diversos, como la compensación de un perjuicio fiscal.

La relevancia de la legalidad en la definición de la pena reside, en el campo del procedimiento, en vedar la posibilidad de que el ordenamiento deje librado en una forma excesivamente amplia al órgano competente la determinación del alcance de la sanción. La pena debe encontrarse en la norma que prevé la falta y rige en su aplicación el principio de proporcionalidad.

3. Presunción de inocencia

3.1. Contenido de la garantía

En el ámbito europeo la presunción de inocencia es otro elemento constitutivo del debido proceso [61] que se ve especialmente comprometida cuando, sin que se haya probado legalmente la culpabilidad del acusado y, en particular, sin que aquel haya tenido la oportunidad de ejercer su derecho de defensa, una decisión refleja la opinión de que es culpable. Esto puede ocurrir aun ante la ausencia de cualquier con-

[57] SSTEDH, *Welch v. Reino Unido*, 9/2/1995, párr. 27.

[58] SSTEDH, *Van Droogenbroeck v. Bélgica*, 24/6/1982, párr. 38; *Jamil v. Francia*, 8/6/1995, párr. 30.

[59] SSTEDH, *Kafkaris*, cit., párr. 142; *Göktan v. Francia*, 2/7/2002, párr. 48.

[60] STEDH, *Engel y otros*, cit., párr. 82.

[61] SSTEDH, *Bernard v. Francia*, 23/4/1998, párr. 37; *Y v. Noruega*, cit., párrs. 44-47.

clusión formal, alcanzando con la presencia de un razonamiento que denote que la autoridad considera al acusado culpable [62].

La presunción de inocencia demanda, entre otros elementos, que cuando lleva adelante sus funciones, el órgano con capacidad de decisión no parta de la idea preconcebida de que el acusado ha cometido la ofensa que se le imputa. Ello trae aparejado, como veremos, que la carga de la prueba recae en la acusación y que cualquier duda debe beneficiar al acusado. También se deduce de tal garantía el deber de la acusación de informar al imputado sobre el caso existente contra él, a efectos que este pueda preparar y presentar su defensa de modo acorde, así como de suministrar suficiente evidencia para condenarlo [63].

Vale aclarar, en este punto, que el espectro de aplicación es amplio: una interpretación del Convenio que garantice derechos prácticos y efectivos en oposición a teóricos e ilusorios [64] lleva a la Corte a postular que la presunción de inocencia puede ser infringida no solamente por un juez, sino también por otras autoridades públicas [65]. De tal modo, se vulnera esta garantía ante la manifestación efectuada por cualquier funcionario que califica sin reserva alguna a alguien como culpable, pues ello implica una declaración que fomenta la creencia pública de su responsabilidad y prejuzga la valoración de los hechos por parte de la autoridad competente [66].

En nuestro continente, el art. 8.2 de la Convención exige que una persona no pueda ser condenada mientras no exista prueba plena de su responsabilidad. Si obra contra ella prueba incompleta o insuficiente, no es procedente condenarla, sino absolverla [67]. Este principio, por otra parte, reclama que el Estado no condene informalmente a una persona o emita juicio ante la sociedad, contribuyendo así a formar una opinión pública, mientras no se acredite, conforme a la ley, la responsabilidad de aquella [68].

3.2. La carga de la prueba

Uno de los más sensibles productos de este principio, tantas veces olvidado en la práctica, reside en que *en todo momento la carga de la prueba recae en quien formula la acusación* [69].

En función de esta máxima, *debe desestimarse toda interpretación que —por vía directa o indirecta— imponga al imputado la tarea de probar su inocencia.* Esta

62 SSTEDH, *Allenet de Ribemont v. Francia*, 10/2/1995, párr. 35; *Daktaras v. Lituania*, 10/10/2000, párr. 41.

63 SSTEDH, *Barberà, Messegué y Jabardo*, cit., párr. 77; *Janosevic*, cit., párr. 97.

64 SSTEDH, *Artico v. Italia*, 13/5/1980, párr. 33; *Cruz Varas y otros v. Suecia*, 20/3/1991, párr. 99.

65 STEDH, *Allenet de Ribemont*, cit., párrs. 35 y 36.

66 STEDH, *Allenet de Ribemont*, cit., párr. 41. En disidencia, el juez Bonnici considera que la interpretación extensiva de la presunción de inocencia que propugna la Corte no puede ser garantizada de un modo práctico y efectivo, dado que la violación se produce en el mismo momento en que las autoridades públicas se expiden con anterioridad a la condena. Frente a esa situación no existe remedio práctico alguno que un tribunal pueda aplicar antes que el juicio se realice.

67 Corte IDH, *Cantoral Benavides*, cit., párr. 120; *Suárez Rosero*, cit., párr. 77.

68 Corte IDH; *Tibi*, cit., párr. 182; *Lori Berenson Mejía*, cit., párr. 160, con cita de STEDH, *Allenet de Ribemont*, cit., párrs. 36 y 38.

69 Corte IDH, *Kimel*, cit., párr. 78. SSTEDH, *Barberà, Messegué y Jabardo*, cit., párr. 77; *Janosevic*, cit., párr. 97.

regla rige sin cortapisas, pues acompaña al acusado durante toda la tramitación del proceso hasta que una sentencia condenatoria que determine su culpabilidad quede firme [70].

En el marco de los sistemas universales de protección, el art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos también reconoce expresamente esta garantía, entendiendo el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas que ella: a) impone la carga de la prueba a la acusación, b) garantiza que no se presuma la culpabilidad a menos que se haya demostrado el cargo fuera de toda duda razonable, c) asegura el beneficio de la duda, y d) exige que las personas acusadas sean tratadas de conformidad con este principio [71].

La regla de la presunción de inocencia se ve a menudo relativizada —cuando no desconocida— en la práctica. Un campo especialmente propicio para ello es la utilización de presunciones normativas de diferente índole. Al respecto, la Corte Europea ha sostenido que si bien las presunciones de hecho y de derecho existen en todos los sistemas jurídicos y no se encuentran en principio prohibidas por el Convenio, deben operar ciertos límites en el plano sancionatorio. Es evidente que el estado de inocencia no sólo debe ser respetado por el órgano encargado del trámite, sino también por el legislador y si la presunción legal implica despojar al aplicador de cualquier poder genuino de valoración y privar a la regla de la inocencia de su sustancia, se producirá una lesión a esta garantía [72]. Al emplear ese tipo de presunciones, los Estados deben encontrar un equilibrio entre la importancia de los intereses estatales en juego y el derecho de defensa, de resultas de lo cual los medios empleados deben ser razonablemente proporcionados al propósito legítimo buscado [73].

En el plano del procedimiento sancionatorio debe recuperarse el elemento crucial de la carga de la prueba por parte del órgano acusador a efectos de desvirtuar el estado que ostenta el ciudadano hasta tanto se declare su culpabilidad por acto estatal expreso y fundado. Debe abandonarse la tendencia a reprochar —abierta o solapadamente— al ciudadano la falta de prueba sobre los extremos de su inocencia. El estado de inocencia significa precisamente un *estatus jurídico conferido constitucionalmente*, una *posición* que debe ser destruida por el acusador para habilitar una condena.

3.3. Las medidas anticipadas

Uno de los ejes de debate más relevantes del derecho de nuestro tiempo reside en la validez, el alcance y los límites de los institutos cautelares de privación de la libertad, en especial la prisión preventiva. Sin pretender ahondar en este tópico, resulta útil trasladar algunos de sus elementos al plano de la imposición anticipada de restricciones en los procedimientos administrativos sancionatorios, con atención especial al modo en que ese tipo de decisiones incide en la garantía de inocencia del acusado [74].

[70] Corte IDH, *Ricardo Canese*, cit., párr. 154. CSJN, *Bodegas El Globo*, 1969, *Fallos* 275:9, consid. 3.

[71] ONU, Comité de Derechos Humanos, OG 32, cit., párr. 30.

[72] STEDH, *Salabiaku v. Francia*, 7/10/1988, párr. 28.

[73] STEDH, *Janosevic*, cit., párr. 101.

[74] El vínculo entre la presunción de inocencia y este tipo de medidas ha sido abordado en Europa desde uno de los enfoques que más conflictos ha presentado, como es el relacionado con los

La Corte Interamericana deduce de esta presunción la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludirá la acción de la justicia. A partir de allí se remarca la necesaria excepcionalidad y limitación de las restricciones cautelares, pues lo contrario equivale a anticipar la pena, vulnerando los principios generales del derecho universalmente reconocidos [75].

Pues bien, estos mismos límites presentes para la prisión preventiva operan frente a las medidas de restricción en el marco de procedimientos disciplinarios.

En efecto, si esta garantía requiere que toda persona sea considerada inocente hasta tanto no se obtenga el pronunciamiento de una resolución condenatoria firme que destruya el estado jurídico que el ordenamiento reconoce a todos los seres humanos, corolario de ello será la exigencia de *tratar a la persona como inocente* durante la sustanciación del procedimiento. Y la consecuencia más importante de este derecho a ser tratado como inocente consiste en limitar la imposición de cualquier restricción de derechos hasta tanto se dilucide de modo certero la eventual responsabilidad, o bien, en admitirla excepcionalmente en aquellos supuestos en que *no exista otra posibilidad menos lesiva para asegurar la viabilidad del trámite.*

Por ello, al momento de utilizar una medida cautelar que conlleve la restricción de un derecho, la Administración debe, en primer lugar, acreditar de modo fehaciente cuál es el bien jurídico perseguido, que no puede ser otro que garantizar el desarrollo del trámite o prevenir nuevos sucesos como los investigados. Ahora bien, para cumplir esos propósitos, la autoridad administrativa debe contar con diferentes alternativas cuya elección debe ser previamente definida y fundamentada a la luz del estado de inocencia, verificándose —en especial— si es posible llegar al mismo resultado por un medio menos restrictivo de derechos. Lo que de ningún modo puede hacerse es aplicar estas medidas precautorias en forma automática o sin una carga argumental sólida en cabeza de la Administración.

En suma, la aplicación de restricciones antes de la finalización del trámite resulta —a la luz de la garantía de inocencia— excepcional y requiere para su validez respetar los criterios de la proporcionalidad. En primer lugar, debe probarse la persecución de una finalidad legítima, que naturalmente excluye intenciones persecutorias o razones de comodidad. Luego debe constatarse que la medida sea idónea para conseguir ese fin, por lo que aquella que resulta inocua para el trámite no supera este requisito, pudiendo notarse que muchas veces las restricciones anticipadas no conllevan beneficio alguno para la investigación o no disuaden de hechos similares y, por lo tanto, en esos casos no se cubre la pauta de adecuación. Aun cuando esa idoneidad se pruebe, debe justificarse que era la forma menos lesiva para lograr el objetivo que se tuvo en miras. Por último, el sacrificio de la presunción de inocencia debe guardar un equilibrio tangible con el beneficio que se obtiene.

---

pedidos de reparación de daños por parte de personas absueltas en procesos penales que sufrieron privación cautelar de su libertad. Ver, al respecto, SSTEDH, *Sekanina v. Austria*, 25/8/1993, párr. 30, seguido en *O. v. Noruega*, 11/2/2003, párr. 39; *Asan Rushiti v. Austria*, 21/3/2000, párr. 31; *Lamanna*, cit., párr. 38; *Weixelbraun v. Austria*, 20/12/2001, párr. 8; *Hammern*, cit., párr. 24; *Lutz*, cit., párr. 60, entre otros).

[75] Corte IDH, *Acosta Calderón*, cit., párr. 111; *Bayarri v. Argentina. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas*, 30/10/2008, párr. 110.

La Administración —al momento de elegir— debe fundar, constatar y explicitar de modo cabal que la medida de restricción anticipada es ineludible para la viabilidad del procedimiento. Se recuerda en este punto lo dicho respecto de las presunciones legales: cuando el ordenamiento prevé automáticamente medidas anticipadas con un alcance tal que conlleva despojar al órgano de aplicación de cualquier poder genuino de valoración y privar a la regla de la inocencia de su sustancia, se producirá una lesión a esta garantía.

4. Asistencia gratuita de un traductor o intérprete

Este derecho se encuentra establecido en los arts. 8.2, a) de la Convención Americana y 6.3, e) de la Europea y se presenta como un presupuesto elemental del ejercicio de cualquier defensa aplicable a todo procedimiento, especialmente porque resulta una condición insoslayable para materializar el derecho a conocer de qué se trata el caso y poder exponer el descargo. Es, de esa manera, una expresión puntual del concepto más general de igualdad de armas y, pese a que inicialmente se encuentra previsto para asuntos penales, la asistencia de un intérprete opera como una de las debidas garantías exigibles por el art. 8° para cualquier tipo de trámite, pues resulta obvio que una persona no cuenta con la posibilidad real de ser oída si no conoce el idioma en que se sustancia el procedimiento.

En ese sendero, la Corte Interamericana ha destacado que la provisión de un intérprete es una de las típicas medidas de compensación de la desigualdad real que demanda la igualdad de armas. La posibilidad de contar con un traductor es un medio tendiente a posibilitar que la persona que no conoce el idioma pueda hacer pleno uso de otros derechos que la ley reconoce a todas las personas [76]. Posee, desde ese prisma, un carácter instrumental frente a otras garantías, especialmente el derecho a conocer la acusación y ser oído respecto de aquella, controlar la prueba y demás condiciones básicas para decir que se respetó el derecho de defensa. De esta manera, se da cuenta de su especial proyección respecto del derecho de los pueblos originarios a reclamar un trato igualitario en relación con su lengua.

Este principio se extiende no sólo a las declaraciones orales, sino también a la documentación involucrada en el asunto. El punto central reside en que la persona cuente con la posibilidad efectiva de conocer el caso y defenderse en consecuencia, y para que esta posibilidad no sea meramente formal, en algunos supuestos no alcanzará con que el Estado provea el intérprete; se deberá también controlar el grado de adecuación de la traducción por él realizada [77].

5. Comunicación previa y detallada de la acusación formulada

El art. 8.2, b) del texto americano y el 6.3, a) del europeo consagran el derecho del imputado de ser informado previa y detalladamente de la acusación formulada contra él.

[76] Corte IDH, OC-16/99, cit., párrs. 119 y 120.
[77] STEDH, *Kamasinski*, cit., párr. 74.

5.1. Finalidad y alcance

El conocimiento de la acusación aparece como otro presupuesto lógico del debido proceso [78], por cuanto nadie puede defenderse de algo que no conoce. El derecho a ser oído sería puramente ilusorio si la persona no supiera con la precisión necesaria de qué debe defenderse, lo cual incluye tanto el marco fáctico como el encuadre jurídico del caso, en tanto ambos son elementos indisolubles de la acusación. Lo esencial es que quien se ve afectado por la actividad persecutoria del Estado conozca oportunamente el *motivo*, el *significado* y las *posibles repercusiones* de esa actividad, porque sólo así puede enfrentarla adecuadamente [79].

La Corte Europea ha suministrado diferentes directivas de gran utilidad para la práctica procedimental cotidiana, resaltando que de la presunción de inocencia no sólo se deriva la carga de la prueba en cabeza de quien acusa, sino el deber de esa parte de informar al imputado del caso en su contra, a fin de permitirle preparar y presentar su defensa de forma apropiada. Una vez más, la virtualidad de esta garantía no se limita a imponer el deber de abstenerse de conductas que retaceen el conocimiento de la acusación, sino que también ella incluye la adopción de medidas positivas tendientes a informar prontamente al afectado sobre la naturaleza y la causa de la incriminación [80].

Debe concederse especial atención al acto de notificación de la acusación al afectado, que debe cubrir ciertos requerimientos mínimos. En tanto las particularidades de la falta atribuida juegan un rol crucial en el proceso, pues es a partir del momento de su exposición que el sospechoso es anoticiado formalmente de las bases fácticas y legales de los cargos en su contra [81], el imputado no sólo tiene derecho a ser informado de la causa de la acusación, esto es, de los actos que se alega ha cometido, sino también de la caracterización legal dada a esos actos. Tanto los *hechos materiales* como su *calificación legal* son condiciones de validez de la información detallada que debe suministrarse al momento de comunicar el cargo [82].

De nuevo aparece aquí la naturaleza instrumental de ciertas garantías, desde que sólo resulta posible preparar adecuadamente la defensa si se conoce la acusación. No es un tema menor, pues implica que el respeto del derecho a ser informado de la naturaleza y causa de la acusación debe ser analizado a la luz del derecho a preparar la defensa. Esa es la finalidad del recaudo y —consecuentemente— el elemento que nos permite corroborar si la garantía ha sido efectivamente respetada en cada caso. Si la comunicación no resguardó esta finalidad, su objetivo no se ha cumplido y la garantía, por lo tanto, no ha sido respetada. La extensión sobre el detalle de la información dependerá de las circunstancias particulares de cada supuesto, pero el umbral mínimo es que el acusado debe al menos ser provisto con la información suficiente para entender plenamente la extensión de los cargos en su contra con miras a la preparación de una adecuada defensa [83].

[78] SSTEDH, *Pélissier y Sassi v. Francia*, 25/3/1999, párr. 52; *Deweer*, cit., párr. 56; *Goddi v. Italia*, 9/4/1984, párr. 28; *Colozza v. Italia*, 12/2/1985, párr. 26.

[79] Corte IDH, *López Álvarez*, cit., voto razonado del juez García Ramírez, párrs. 10 y 11.

[80] STEDH, *Barberà, Messegué y Jabardo* cit., párr. 78.

[81] SSTEDH, *Pélissier y Sassi*, cit., párr. 51; *Kamasinski*, cit., párr. 79; *Mattoccia*, cit., párr. 59

[82] STEDH, *Kyprianou*, cit., párr. 65.

[83] SSTEDH, *Gea Catalán v. España*, 10/2/1995, párr. 29.

Es importante aclarar que la autoridad pública no queda liberada del deber de efectuar una información precisa de la acusación por el hecho de que el afectado pueda tener acceso a las actuaciones. La obligación reposa enteramente en los hombros de la acusación y no puede ser cumplida en forma pasiva por medio de poner a disposición la información sin hacerla llegar a la defensa [84]. De acuerdo con lo anterior, la comunicación resulta insuficiente si sólo se advierte sobre el marco normativo que se indica como infringido, pero no se detallan de forma íntegra, clara y precisa las circunstancias fácticas concretas en que se funda tal encuadre. Tampoco se cumple esta exigencia si no se informa la norma en la cual se considera que corresponde enmarcar a los hechos, pues la defensa no será plena si no se puede insertar en el análisis jurídico del asunto.

Va de suyo que la acusación debe darse a conocer en forma previa a la realización del proceso. Para que este derecho opere en plenitud y satisfaga los fines que le son inherentes, es necesario que esa notificación ocurra antes de que el inculpado rinda su primera declaración, pues de otro modo no se cumpliría con el propósito esencial de permitir la elaboración de la defensa [85]. Tan pronto como existe acusación —esto es, imputación formal de una falta o designación pública como sospechoso por parte de la autoridad competente— este derecho se torna operativo [86].

5.2. Correlación entre la acusación y la resolución condenatoria

Otra consecuencia de esta garantía reside en la conformidad entre la acusación y la resolución condenatoria, que establece que la sentencia y, en nuestro caso, el acto administrativo pueden versar únicamente sobre hechos o circunstancias contemplados en la acusación [87].

Resulta fundamental —a efectos de corroborar el respeto de esta garantía— verificar si el imputado pudo estar al tanto de la posibilidad de recibir una condena por un determinado hecho o encuadre al tiempo de preparar su descargo. Por tal razón, aun cuando la autoridad cuenta con la facultad para reformular la calificación de los hechos, debe en todo momento garantizar al imputado la posibilidad de ejercer su defensa sobre el punto de una manera efectiva y práctica y, en especial, en tiempo oportuno. El acusado debe ser regular y plenamente informado sobre ello y contar con el tiempo y los medios adecuados para reaccionar y organizar su postura sobre la base de cualquier nueva información o alegación.[88] Indudablemente, si la recalificación se dicta en la sentencia o acto definitivos, esa posibilidad no habrá existido, configurándose una lesión de la garantía [89].

La Corte Interamericana ha declarado que la calificación jurídica de los hechos de la acusación puede ser modificada durante el proceso por el órgano acusador o por el juzgador, sin que ello atente contra el derecho de defensa, siempre y cuando se mantengan sin variación los hechos mismos y se observen las garantías procesales previstas en la ley para llevar a cabo la nueva valoración. Conviene aclarar

[84] STEDH, *Mattoccia*, cit., párr. 65.
[85] Corte IDH, *Tibi, cit.*, párr. 187, con cita de STEDH, *Pélissier y Sassi*, cit., párr. 51.
[86] ONU, Comité de Derechos Humanos, OG 32, cit., párr. 31.
[87] Corte IDH; *Fermín Ramírez*, cit., párrs. 66-69.
[88] STEDH, *Mattoccia*, cit., párr. 61.
[89] STEDH, *Pélissier y Sassi*, cit., párrs. 62 y 63.

que en el supuesto de cambio de calificación de los hechos debe darse al acusado el tiempo y los medios necesarios para pronunciarse. Es fundamental conocer la calificación y que esta no pueda ser alterada sin dar la oportunidad previa de expedirse, pues es en función de ella que la estrategia defensiva se organiza [90]. La defensa no sería eficaz si al momento de resolverse fuese posible invocar un nuevo encuadre.

La garantía que examinamos posee una especial significación práctica en el procedimiento, dada la recurrente tendencia a la formulación de acusaciones vagas tanto desde el plano fáctico como normativo [91]. En muchas ocasiones quienes son sometidos a investigaciones sumariales se enfrentan a imputaciones en las que la autoridad pública no informa ni exterioriza cuáles son las acciones o las omisiones identificables en un ámbito temporal y espacial racionalmente delimitado que merecen un encuadre en una norma punitiva también claramente identificada.

El derecho administrativo —también en su faceta sancionatoria— presenta un gran dinamismo y abarca situaciones de gran amplitud. Ello hace especialmente importante que el órgano estatal exponga acusaciones concretas y, sin embargo, es habitual encontrarnos frente a la enunciación de reproches administrativos de una laxitud tal que impide verificar tanto en el plano de la defensa del ciudadano como en el control judicial cuáles son las conductas específicas que merecen la imposición de una sanción. *No hay que caer en el equívoco de describir hechos y no conductas.*

6. Concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa

Vimos recién que el sentido último que posee el conocimiento de la acusación radica en posibilitar la preparación de la defensa. De eso se ocupan los arts. 8.2, c) y 6.3, b) de los textos americano y europeo, respectivamente.

El concepto de la defensa, cuya preparación debe posibilitarse, es amplio y comprende todos aquellos actos que sean necesarios para delimitar la estrategia del acusado de un modo apropiado y sin restricciones. Lo importante es la posibilidad de exponer todos los argumentos relevantes y, de ese modo, *influir en el resultado de los procedimientos* [92], para lo cual será necesario familiarizarse con las constancias del expediente y todo otro elemento de juicio.

En suma, si bien la adecuación del tiempo y los medios debe ser valorada de acuerdo con las circunstancias de cada caso [93], lo determinante es que el acusado cuente con los instrumentos necesarios para exponer su posición e influir con ellos en la resolución de este. Un abordaje estrictamente formalista de esta garantía que pierda de vista ese objetivo será susceptible de reparos desde el punto de vista de los tratados.

En cuanto al tiempo, si la parte considera sobre bases fundadas que el plazo para la preparación de la defensa es insuficiente, es ella quien debe solicitar un aplazamiento del procedimiento. Por regla corresponde admitir esa petición en tanto

[90] SSTEDH, *Sadak y otros v. Turquía (Nº 1)*, 17/7/2001, párr. 55; *Miraux v. Francia*, 26/9/2006, párrs. 30, 36 y 37.

[91] Ver, como ejemplo de ello, Corte IDH, *Yvon Neptune*, cit., párr. 126.

[92] SSTEDH, *Galstyan*, cit., párr. 84; *Mayzit v. Rusia*, 20/1/2005, párr. 78.

[93] STEDH, *Foucher v. Francia*, 18/3/1997, párrs. 26-38.

resulte justificada, valorándose especialmente a ese fin la gravedad de la falta imputada. Por otra parte, los "medios adecuados" deben comprender el acceso a los documentos y otras pruebas similares, que incluyen —en términos generales— todos los materiales que la acusación tenga previsto presentar contra el acusado o que constituyan pruebas de descargo. Se consideran materiales de descargo no sólo los que establezcan la inocencia sino también otras pruebas que puedan asistir a la defensa (p. ej., indicios sobre la vulneración de alguna garantía) [94].

7. Asistencia de un defensor

Los incs. d) y e) del apart. 2° del art. 8° de la Convención Americana consagran el derecho del inculpado de defenderse personalmente o mediante un defensor de su elección, con quien debe poder comunicarse libre y privadamente. Cuando el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley, el tratado estipula el derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado. El art. 6.3, c) del Convenio Europeo reconoce el derecho del acusado a defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, si no tiene medios para pagarlo, a ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia lo exijan.

La Convención Americana, a diferencia de la Europea, distingue entre el derecho a elegir un defensor y el derecho irrenunciable a contar con uno proporcionado por el Estado. Esta última disposición es subsidiaria de la libertad de elección inicial que permite a la persona optar por designar un abogado o por defenderse por sí misma. Si ninguna de estas alternativas se ejerce, aparece el derecho irrenunciable a un defensor provisto por el Estado. Los tres caminos son, entonces: a) designación de un abogado de confianza; b) autodefensa, y c) cuando los dos anteriores no se ejercen, designación irrenunciable de un defensor oficial. La Convención Europea no resulta tan categórica: si bien reconoce las tres alternativas, no establece que el defensor oficial sea irrenunciable y —más aún— limita la asistencia gratuita a las situaciones en las que "los intereses de la justicia lo exijan". Las dos grandes particularidades son, entonces, que no solamente no se establece que la garantía de la defensa oficial es irrenunciable sólo en América, sino que su gratuidad depende del ordenamiento interno.

La Corte de Estrasburgo ha destacado el carácter fundamental de esta garantía como integrante del proceso equitativo, enfatizando que la necesidad de garantizar derechos efectivos determina que la simple asignación de un defensor no asegure por sí misma la efectividad de la asistencia al acusado [95]. Es por ello que no alcanza con el simple nombramiento del defensor para garantizar asistencia efectiva. Cuando se produce cualquier evento que imposibilita desarrollar su tarea y las autoridades son informadas, deben o bien reemplazarlo, o bien constreñirlo a cumplir sus obligaciones [96]. Es necesario aclarar, sin embargo, que un Estado no puede ser responsabilizado por cada defecto en que incurre el abogado designado para asistencia legal. Se deriva de la independencia de la profesión legal respecto del Estado que la conducta de la defensa es básicamente un tema entre el defendido y su letra-

[94] ONU, Comité de Derechos Humanos, OG 32, cit., párrs. 32 y 33.
[95] SSTEDH, *Imbrioscia*, cit., párr. 38; *Krombach v. Francia*, 13/2/2001, párr. 89.
[96] STEDH, *Kamasinski*, cit., párr. 65.

do, tanto aquel provisto por el Estado como el contratado en forma privada. Por lo tanto, según el art. 6.3, c) las autoridades nacionales solamente deben intervenir cuando una falencia en la asistencia legal aparece como manifiesta o es puesta en su conocimiento de algún otro modo [97].

Este derecho debe ser asegurado desde los momentos iniciales del trámite [98], pues la posibilidad de participar efectivamente del proceso incluye —en general— no solamente el derecho de estar presente, sino de recibir asistencia legal [99].

El derecho de ser asistido por un defensor ingresa, para la Corte Europea, dentro de la categoría de los derechos renunciables. Es claro para el tribunal que, de acuerdo con el texto del art. 6.3, c), el acusado tiene el derecho de defenderse personalmente o mediante asistencia legal y, por ende, no resulta contrario a los requisitos de esa norma que el acusado se represente a sí mismo voluntariamente, a menos que los intereses de la justicia demanden otra solución [100]. Sin embargo, rige aquí el principio general según el cual la renuncia a un derecho garantizado por la Convención —cuando es admisible— [101] debe ser establecida de un modo inequívoco y verse rodeada de salvaguardas mínimas proporcionales a su importancia [102]. En tal supuesto, la opción debe resultar de una decisión libre, carente de toda ambigüedad y no afectada por ninguna circunstancia externa a su voluntad, adoptada con pleno conocimiento de las consecuencias que de ella se derivan [103].

Las repercusiones de esta garantía en nuestro campo no son menores. Implican que en el procedimiento administrativo el Estado debe proveer asistencia jurídica cuando la persona no puede o no quiere defenderse por sí misma. Ello podría instrumentarse, al igual que los instructores *ad hoc*, mediante defensores suministrados por la propia Administración para intervenir en cada asunto, bajo determinadas condiciones reglamentarias que aseguren tanto su idoneidad como independencia técnica [104].

8. Derecho de hacer comparecer e interrogar testigos y peritos

Los arts. 8.2, f) y 6.3, d) de los pactos americano y europeo también fijan como piso mínimo del debido proceso al derecho de interrogar testigos. En cuanto a los

[97] STEDH, *Artico*, cit., párr. 36; ONU, Comité de Derechos Humanos, OG 32, cit., párrs. 37 y 38.

[98] SSTEDH, *John Murray v. Reino Unido*, 8/2/1996, párr. 63; *Öcalan v. Turquía*, 12/3/2003, párr. 131.

[99] STEDH, *Lagerblom v. Suecia*, 14/1/2003, párr. 49. La Corte argentina tiene dicho que "no basta para cumplir con las exigencias básicas del debido proceso que el acusado haya tenido patrocinio letrado de manera formal, sino que es menester además que aquel haya recibido una efectiva y sustancial asistencia de parte de su defensor" (CSJN, *Gordillo*, 1987, *Fallos* 310:1934, consid. 4; *Igualt Pérez*, 2006, *Fallos* 329:1417. Dictamen del Procurador Fiscal que la Corte hace suyo; *Peirano Basso*, 2006, *Fallos* 329:1219. Dictamen del Procurador Fiscal que la Corte hace suyo).

[100] STEDH, *Galstyan*, cit., párr. 91.

[101] STEDH, *De Wilde, Ooms y Versyp*, cit., párr. 65.

[102] SSTEDH, *Colozza*, cit., párr. 28; *Oberschlick v. Austria (Nº 1)*, 23/5/1991, párr. 51; *Sejdovic v. Italia*, 1/3/2006, párr. 86.

[103] SSTEDH, *Thompson v. Reino Unido*, 15/6/2004, párr. 44; *Bonev v. Bulgaria*, 8/6/2006, párr. 41.

[104] Ver, al respecto, CSJN *López*, 2007, *Fallos* 330:399, voto de la jueza Argibay, consids. 5 y 9.

peritos, sólo la norma americana los reconoce expresamente, pero el tribunal europeo también los considera comprendidos en la previsión del Convenio.

Esta cláusula resulta nuevamente de gran importancia para el procedimiento administrativo, en el cual es usual la realización de actos irreproducibles en las instancias previas a la citación del imputado, y que consisten en la recolección de testimonios de dificultoso control posterior. La regla emanada de estas disposiciones es que la parte debe contar no solamente con la posibilidad de presenciar esos interrogatorios, sino también de efectuar preguntas y obtener la presencia de nuevos testigos.

8.1. Reglas para el examen de testigos

Este derecho es una de las manifestaciones más claras de la noción genérica de igualdad de armas, en tanto el acceso y el tratamiento de testigos no sólo debe realizarse bajo la premisa de trato igualitario entre acusación y defensa, sino que forma parte de la idea conforme a la cual toda la evidencia debe ser producida en presencia del acusado en una audiencia pública de contenido adversarial [105].

Si bien tal es la regla, la Corte del Tratado de Roma ha relativizado esta exigencia al expresar que el uso de declaraciones testimoniales obtenidas en la etapa previa al juicio no resulta por sí mismo inconsistente con el Convenio, siempre y cuando el derecho de defensa haya sido respetado. Como pauta genérica, este derecho requiere que el acusado cuente con una oportunidad adecuada para cuestionar e interrogar al testigo en su contra, tanto en el momento en que hace su declaración como en etapas posteriores del proceso [106].

8.2. Reglas para el examen de peritos

Si bien, a diferencia del art. 8.2, f) de la Convención Americana, su par europeo no alude expresamente a la prueba pericial, el tribunal ha tenido oportunidad de expedirse incluyendo tal supuesto dentro de la noción genérica del art. 6.1 [107].

El análisis de la prueba pericial ingresa al Convenio por medio del principio de igualdad de armas, que implica, en un caso penal, que tanto la acusación como la defensa cuenten con la oportunidad de conocer y comentar las observaciones plan-

[105] SSTEDH, *Bönisch*, cit., párr. 32; *Delta*, cit., párr. 36; *Brandstetter*, cit., párr. 66.

[106] STEDH, *Kostovski*, cit., párr. 41. La Corte argentina ha enfatizado la relevancia constitucional que posee el derecho de examinar a los testigos, entendiendo —con cita de los criterios de Estrasburgo— que este "exige que el imputado haya tenido una oportunidad adecuada y apropiada para desafiar y cuestionar a un testigo o cualquiera que hubiera hecho declaraciones en su contra", explicando que testigo de cargo es toda declaración de una persona en que se funda una acusación o una decisión judicial condenatoria. La magnitud de tal garantía determina que la imposibilidad de controlar al testigo vicie todo el procedimiento, pues la imposibilidad de hallar al testigo "no basta para subsanar la lesión al derecho de defensa producida durante el debate y justificar la incorporación por lectura", desde que "el hecho de que el Estado haya realizado todos los esfuerzos posibles para hallar al testigo y para satisfacer la pretensión de la defensa de interrogarlo carece de toda relevancia, pues lo que se encuentra en discusión es otra cosa: si la base probatoria obtenida sin control de la defensa es legítima como tal" (CSJN, *Benítez*, 2006, *Fallos* 329:5556, consids. 13, 14, 15 y 16, con cita de SSTEDH, *Säidi v. Francia*, 20/9/1993; *Barberà, Messegué y Jabardo*, cit., y *Bönisch*, cit. Ver también, Corte IDH, *Castillo Petruzzi*, cit., párr. 154).

[107] STEDH, *Brandstetter*, cit., párrs. 42 y 67.

teadas y la prueba aportada por la contraria, y es por ello determinante poder acceder a la prueba de expertos y controlarla. Es importante tener en cuenta que se aplican a los peritos los criterios objetivo y subjetivo de imparcialidad.

9. Derecho del imputado a no ser obligado a declarar contra sí mismo

Esta garantía, consagrada en los arts. 8.2, g) y 8.3 de la Convención Americana, es, junto con la presunción de inocencia, otra salvaguarda de trabajosa materialización en sede administrativa. Su sentido práctico —muchas veces olvidado en los sumarios— descansa en que *se encuentra prohibido a la autoridad realizar inferencias de cargo a partir del silencio del acusado*. Al igual que no puede reprocharse al imputado no haber desvirtuado la acusación, tampoco se puede deducir de su silencio reconocimiento alguno.

En Europa este derecho no se encuentra expresamente mencionado en el art. 6° del Convenio, pero ello no impide que sea reconocido como un estándar internacional que reposa en el corazón de la noción de proceso equitativo [108]. La Corte europea no comparte el carácter absoluto de esta inmunidad, y si bien estima incompatible con aquella fundar una condena *única* o *principalmente* en el silencio del acusado, considera igualmente obvio que esa protección no puede impedir que ese silencio, en situaciones que claramente demandan una explicación de su parte, pueda ser *tomado en cuenta* al valorar el grado de persuasión de la evidencia producida por la acusación.

Este matiz —que pareciera debilitar sensiblemente el alcance final de la garantía— no se encuentra exento de críticas en el seno del tribunal [109], expresándose que cualquier coacción que tenga por efecto castigar el ejercicio de este derecho, por medio de obtener inferencias en contra del acusado, equivale a una violación del principio. Es que el órgano no puede derivar del hecho de que el acusado ha permanecido en silencio, ninguna información equivalente a evidencia incriminatoria. El derecho a no autoincriminarse, íntimamente ligado a la presunción de inocencia, presupone que la acusación en un asunto penal debe probar su caso en contra del imputado sin apoyarse en evidencia obtenida a través de métodos de coerción u opresión a despecho de la voluntad de aquel [110]. Esta salvaguarda debe interpretarse en el sentido de que no debe ejercerse presión física o psicológica directa o indirecta alguna sobre el acusado por parte de las autoridades investigadoras con miras a que se confiese culpable [111] y, por lo tanto, impide extraer de su silencio cualquier consecuencia perjudicial para aquel o exigirle el aporte de elementos probatorios que vayan en detrimento de su defensa. Por lo tanto, *la imposición de consecuencias procesales adversas debe ser entendida como una presión psicológica prohibida* y, consecuentemente, deben suprimirse todas aquellas normas o interpretaciones que permitan de algún modo la concreción de esas presiones. Como ha expresado la Corte Europea, si ante la imposibilidad o la falta de voluntad de la autoridad estatal en obtener una determinada documentación se impone al afectado la carga de proveer evidencia sobre la falta que se alega ha cometido, se vulnera esta garan-

[108] STEDH, *John Murray*, cit., párrs. 45 y 47.
[109] STEDH, *John Murray*, cit., disidencia parcial del juez Pettiti, seguida por el juez Valticos.
[110] STEDH, *Heaney y McGuinness*, cit. párr. 4.
[111] ONU, Comité de Derechos Humanos, OG 32, cit., párr. 41.

tía [112]. Son, de esa manera, nulas las previsiones estatutarias que obligan al sumariado a declarar sobre la base de un deber de colaboración con la Administración Pública.

10. Derecho a recurrir ante una autoridad superior

10.1. Ámbito de aplicación y contenido

El art. 2° del Protocolo 7° al Convenio Europeo [113] establece —bajo el título de "Derecho a un doble grado de jurisdicción en materia penal"— que

1. Toda persona declarada culpable de una infracción penal por un tribunal tiene derecho a que la declaración de culpabilidad o la condena sean examinadas por un tribunal superior. El ejercicio de este derecho, que incluye los motivos por los que puede ser ejercitado, será regulado por la ley.

2. Este derecho puede estar sujeto a excepciones respecto de las infracciones de carácter menor definidas por la ley, así como en los casos en que el interesado haya sido juzgado en primera instancia por un tribunal superior o haya sido declarado culpable y condenado después de un recurso contra su absolución.

También el art. 8.2, h) de la Convención Americana resguarda el derecho de recurrir ante un juez o tribunal superior, aunque sin los agregados europeos que tienden a restringir el alcance de la garantía. El remedio procesal atribuido por el ordenamiento debe ser de características tales que permitan al tribunal revisor indagar sobre todas las cuestiones ventiladas en el proceso, sin limitaciones jurídicas ni fácticas y sin sujeciones a formalismos excesivos. En otras palabras, debe asegurarse por medio de un recurso *ordinario* el *examen integral de la decisión recurrida* [114].

Ya hemos enfatizado que, en tanto el elenco de garantías mínimas establecido en el numeral 2° del mismo precepto se aplica también a las materias del art. 8.1 [115], el derecho al doble conforme asegurado en la Convención Americana no se limita a la materia penal. En la vereda opuesta, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas considera que este derecho —plasmado en el art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos— no se aplica a los procedimientos para determinar los derechos y las obligaciones de carácter civil ni a ningún otro procedimiento que no forme parte de un proceso de apelación penal, como los recursos de amparo constitucional [116].

Si bien el alcance de esta garantía difiere sustancialmente en los dos sistemas —universal y americano—, el Comité provee pautas relevantes para dilucidar el contenido del derecho reconocido en nuestra región. Expresa así que el art. 14.5 del Pacto se vulnera no sólo si la decisión de un tribunal de primera instancia se considera definitiva, sino también si una condena impuesta por un tribunal de apelación o un tribunal de última instancia a una persona absuelta en primera instancia no puede ser revisada por un tribunal superior.

[112] STEDH, *Funke v. Francia*, 25/2/1993, párr. 44.

[113] Protocolo N° 7 al Convenio Europeo para la Salvaguardia de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, celebrado por los estados miembro del Consejo de Europa, en Estrasburgo, Francia, el 22/11/1984.

[114] Corte IDH, *Herrera Ulloa*, cit., párrs. 165 y 167.

[115] Corte IDH, OC-11/90, cit.; *Paniagua Morales y otros*, cit., párr. 149.

[116] ONU, Comité de Derechos Humanos, OG 32, cit., párr. 46.

Refutando la limitación fijada por el apart. 2° del art. 2° del Protocolo 7° al Convenio Europeo, el Comité de Naciones Unidas considera que cuando el tribunal más alto de un país actúa como primera y única instancia, la ausencia de todo derecho a revisión por un tribunal superior no queda compensada por el hecho de haber sido juzgado por el cuerpo judicial de mayor jerarquía del Estado parte. Por el contrario, tal sistema es inconciliable con el Pacto, a menos que el Estado interesado haya formulado una reserva a ese efecto [117]. Esto implica que existe una incompatibilidad entre el art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas y el art. 2° del Protocolo 7° del Convenio Europeo de Derechos Humanos que, según entendemos, debería ser resuelto en aquellos Estados que integran ambos sistemas, recurriendo a la norma más favorable a la persona, que es sin dudas la de Naciones Unidas en la interpretación que ha recibido.

Por otra parte, ese derecho impone al Estado parte la obligación de revisar sustancialmente el fallo condenatorio y la pena [118], en lo relativo a la suficiencia tanto de las pruebas como de la legislación, de modo que el procedimiento permita tomar debidamente en consideración la naturaleza de la causa. Una revisión que se limite a los aspectos formales o jurídicos de la condena no es suficiente a tenor del Pacto. Sin embargo, el párr. 5° del art. 14 no exige un nuevo juicio o una nueva "audiencia" si el tribunal que realiza la revisión puede estudiar los hechos de la causa [119].

Como dijimos, estas acotaciones provenientes del sistema universal de protección deben servirnos para entender los modelos regionales y —en su caso— introducir las modificaciones o adaptaciones necesarias, pues es obvio que no puede violarse el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos con el argumento de que se respetan las convenciones americana o europea.

10.2. Expresiones de la garantía en el procedimiento administrativo

En el plano de procedimiento la regla del doble conforme se traduce en el principio de impugnabilidad, que consiste en el derecho a atacar aquel acto que se considere lesivo de alguna garantía, resultando inconstitucional todo dispositivo normativo o interpretativo que imposibilite de cualquier modo el derecho a obtener la revisión de lo decidido [120].

Este principio es una derivación del principio de efectividad plasmado en el art. 25.1 de la Convención Americana, de acuerdo con el cual el Estado parte de un tratado de derechos humanos debe asegurar la efectividad de los instrumentos o medios procesales destinados a garantizar tales derechos. Como tiene dicho la Corte Interamericana, "según este principio, la inexistencia de un recurso efectivo contra las violaciones a los derechos reconocidos por la Convención constituye una transgresión de la misma por el Estado parte en el cual semejante situación tenga lugar" [121].

117 ONU, Comité de Derechos Humanos, OG 32, cit., párrs. 47 y 48.
118 CSJN, *Casal*, cit., consid. 24.
119 ONU, Comité de Derechos Humanos, OG 32, cit., párrs. 47 y 48.
120 CSJN, *Astorga*, cit. párr. 10.
121 Corte IDH, OC-9/87, cit., párr. 24.

El principio de impugnabilidad no se satisface simplemente con la existencia del recurso o su admisibilidad, sino que demanda —por sobre todo— que "sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla" [122]. Este factor es el que mayores falencias presenta en nuestro ordenamiento procedimental y la regla es —como vimos— la posibilidad de obtener una revisión integral de lo decidido.

Vale aclarar que este derecho a obtener la revisión —al igual que las restantes garantías convencionales— se encuentran fijadas a favor de la persona y no del Estado, y no se puede deducir de aquellas la restricción de otros medios de tutela. Tal como lo hemos explicado, el art. 29, b) de la Convención Americana impide ese razonamiento.

Dicha regla interpretativa produce consecuencias en dos vertientes, que profundizaremos en el capítulo siguiente.

Por una parte, *impide considerar al recurso administrativo como obligatorio*, en tanto condición para el acceso a la jurisdicción, pues ello implica invocar este instrumento en contra de la garantía de tutela judicial efectiva.

En segundo lugar, el principio de impugnabilidad *brinda cobertura convencional a la prohibición de la* reformatio in pejus *en sede administrativa.* La autoridad con capacidad de resolución del recurso no puede decidir en forma más gravosa al acto atacado, pues resultaría ilógico conceder al afectado la facultad de impugnación y, al mismo tiempo, exponerlo al riesgo de que por el ejercicio de esta garantía —en ausencia de recurso de la parte acusadora— su situación procesal se vea empeorada. De esa manera, se lo colocaría en la disyuntiva de correr ese riesgo o consentir una resolución que considera injusta [123].

En suma, deducir del derecho a la impugnación el carácter obligatorio del recurso —restricción a la tutela efectiva— o la *reformatio in pejus* —imponiendo efectos perjudiciales como resultado del ejercicio de ese derecho— son dos alternativas que deben considerarse prohibidas en la lógica del tratado.

11. *Non bis in idem*

El art. 4° del Protocolo 7° al Convenio Europeo reconoce el derecho a no ser juzgado o castigado dos veces, bajo los siguientes términos:

1. Nadie podrá ser perseguido o condenado penalmente por los tribunales de un mismo Estado por una infracción por la que haya sido absuelto o condenado mediante sentencia firme conforme a la ley y al procedimiento de ese Estado.

2. Las disposiciones del párrafo anterior no impiden la reapertura del proceso, conforme a la ley y al procedimiento del Estado interesado, si hay evidencia de hechos nuevos o revelados ulteriormente o un vicio fundamental en el procedimiento precedente de tal naturaleza que pudiera afectar a la sentencia adoptada.

3. No cabe derogación alguna de este artículo invocando el art. 15 del Convenio.

Originalmente, la Corte Europea determinó su criterio sobre la materia a partir de dos precedentes centrales:

[122] Corte IDH, OC-9/87, cit., párr. 24.
[123] CSJN, *Olmos*, 2006, *Fallos* 329:1447, consid. 4.

a) Aun cuando las disposiciones legales que derivan en la aplicación de dos sanciones distintas difieran no sólo en la regulación de las faltas sino también en su naturaleza y finalidad, si las decisiones impugnadas se basan *en la misma conducta*, se produce una violación del principio *non bis in idem* [124].
b) Sin embargo, este principio no se vulnera cuando *un mismo acto constituye varias ofensas* (concurso ideal). El rasgo característico de esta noción es que un acto singular es separado en dos ofensas diferentes. En esos supuestos la pena mayor usualmente absorbe la menor. Para la Corte no existe nada en esa situación que infrinja el art. 4° del Protocolo 7°, desde que esa cláusula prohíbe que las personas sean enjuiciadas dos veces por la misma falta, mientras en que los casos referidos a un acto singular constitutivo de varias ofensas ese acto pasa a constituir *dos faltas separadas* [125].

De este modo el tribunal consideró que el *non bis in idem* no impide que dos faltas separadas, aun cuando sean parte de un mismo acto, den lugar a procedimientos, especialmente cuando las penas no son acumulativas, sino que la menor es absorbida por la mayor [126]. La opinión disidente del juez Repik explica, por el contrario, que es necesario delimitar cuál es el factor determinante para la aplicación del *non bis in idem*: el acto en sí mismo o su calificación legal. El objetivo del art. 4° del Protocolo 7° es asegurar que el destino del acusado no quede abierto a revisión, en otras palabras, garantizar que no se encuentre expuesto más de una vez a las coacciones del proceso penal o condenado o sentenciado más de una vez en relación con el mismo incidente. Considera el votante que la solución de *Gradinger* se adapta a esa necesidad de seguridad jurídica, en tanto expresamente excluye la identificación sobre la base de la calificación legal como criterio para determinar la falta en los términos del Protocolo. De acuerdo con ese precedente, lo central reside en que las ofensas provengan de la misma conducta. Ese criterio evita que un solo acto sea fracturado mediante el cambio de alguno de sus aspectos específicos y que el mismo individuo sea enjuiciado más de una vez en relación con el mismo incidente como resultado de diferentes calificaciones legales.

El objetivo del art. 4° del Protocolo 7° consiste en prohibir la repetición de procesos penales que han sido concluidos por una decisión final. Ello hizo que la Corte reconociera [127] que las decisiones de *Gradinger* —en la que encontró una violación como resultado de dos decisiones basadas en la misma conducta— y *Oliveira* —en la cual consideró que no se presentaba violación ante la presencia de un acto que constituía varias ofensas, por cuanto la Convención sólo prohíbe que una persona sea enjuiciada dos veces por la misma *falta*, y no por el mismo *hecho*— aparezcan en cierto modo como contradictorias, siendo necesario adoptar una postura coherente, que se lograría en el caso *Franz Fischer*.

Para ello el tribunal observó que la redacción del art. 4° del Protocolo 7° no se refiere a la misma falta, sino a enjuiciar y castigar nuevamente por una falta respec-

[124] STEDH, *Gradinger*, cit., párr. 55.
[125] SSTEDH, *Oliveira v. Suiza*, 30/7/1998, párr. 26; *Göktan*, cit., párr. 50.
[126] STEDH, *Oliveira*, cit., párr. 27.
[127] SSTEDH, *Franz Fischer v. Austria*, 29/5/2001, párr. 22; *Sailer v. Austria*, 6/6/2002, párr. 23; *Nikitin v. Rusia*, 20/7/2004, párr. 35.

to de la cual el afectado ya ha sido absuelto o condenado por una decisión final. De ese modo, mientras es cierto que el mero hecho que un acto singular constituya más de una falta no es contrario a ese artículo, no alcanza con verificar si el afectado fue, con base en un solo acto, enjuiciado o castigado por ofensas *nominalmente diferentes*, sino que debe analizar la *identidad sustancial de esas ofensas*. Es así que cuando distintas faltas basadas en un solo acto son enjuiciadas consecutivamente, una luego de la decisión final respecto de la otra, *lo central pasa a ser corroborar si las faltas en cuestión tienen los mismos elementos esenciales* [128]. Dicho de otro modo, el *non bis in idem* prohíbe iniciar dos procedimientos por las mismas faltas y, por ende, no hay impedimento cuando ellas son diversas, pero los Estados no gozan de libre arbitrio para segmentar las conductas y crear diferentes ofensas burlando de ese modo esta garantía. Cuando las ofensas tienen los mismos elementos esenciales, nos hallaremos ante una lesión a esta salvaguarda, aun cuando pueda decirse que ellas eran formalmente distintas.

En definitiva, si una persona —sobre la base de un solo acto— es enjuiciada o sancionada en función de dos ofensas que contienen los mismos elementos esenciales, se produce una violación de este principio [129]. Se aclara, por otro lado, que el *non bis in idem* refiere a la relación entre las dos faltas y no al orden en que los respectivos procedimientos son llevados adelante. El art. 4° del Protocolo 7° no se limita al derecho a no ser castigado dos veces, sino a no ser enjuiciado dos veces.

Las diferentes aproximaciones que —como podemos ver— la jurisprudencia europea ha presentado para discernir si una persona es enjuiciada por la "misma ofensa" (misma conducta, concurso ideal y elementos esenciales) fueron finalmente armonizadas en el caso *Sergey Zolotukhin* [130]. Allí se definió que esta garantía debe ser entendida como prohibición del enjuiciamiento de una segunda ofensa en la medida en que esta provenga de "hechos idénticos" o "sustancialmente similares" a los que motivaron la anterior.

Sumada a la conceptualización de la "misma ofensa", la Corte ha definido que a efectos de corroborar el respeto de este principio deben evaluarse los siguientes aspectos [131]:

a) Si existe en el caso una decisión final o si la actuación procesal es parte integrante del procedimiento ordinario y se encamina a esa decisión final.
b) Si el afectado es enjuiciado nuevamente o si es susceptible de serlo a partir de las nuevas actuaciones.

Una decisión es final si —de acuerdo con la expresión tradicional— ha adquirido fuerza de cosa juzgada. Tal es el caso cuando esta es irrevocable, es decir, cuando no existen remedios ordinarios disponibles o cuando las partes han agotado tales remedios o han permitido que el límite de tiempo para su interposición expire sin incoarlos.

[128] STEDH, *Franz Fischer*, cit., párr. 25.
[129] SSTEDH, *Franz Fischer*, cit., párr. 31; *Sailer*, cit., párrs. 27 y ss.
[130] STEDH, *Sergey Zolotukhin*, cit. párrs. 78 y ss.
[131] STEDH, *Nikitin*, cit., párr. 36.

Por otra parte, corresponde tener presente que —a diferencia del art. 8.4 de la Convención Americana, que impone la prohibición de un nuevo juicio por los mismos hechos que motivaron una absolución por sentencia firme— el art. 4° del Protocolo 7° distingue el *segundo enjuiciamiento* —que se encuentra prohibido por el primer apartado de esa norma— de la *reapertura* de un juicio en circunstancias excepcionales, prevista en el segundo apartado. El art. 4.2 del Protocolo expresamente prevé la posibilidad de que un individuo deba aceptar un enjuiciamiento fundado en los mismos cargos cuando un caso es reabierto luego de la aparición de nueva evidencia o del descubrimiento de un defecto fundamental en los procedimientos previos [132].

En nuestro ámbito, el principio del *non bis in idem* busca proteger los derechos de los individuos que han sido procesados por determinados hechos para que no vuelvan a ser enjuiciados por esos mismos hechos. A diferencia de la fórmula utilizada por otros instrumentos internacionales de protección de derechos humanos, la Convención Americana utiliza la expresión "los mismos hechos" —y no el mismo "delito" o "falta"— que es un término más amplio en beneficio de la víctima [133]. Esta es la aproximación que, en definitiva, ha seguido la jurisprudencia europea.

En cuanto a la aplicación de esta garantía al procedimiento administrativo, sabido es que un sector de la doctrina sostiene que ella no se viola ante la existencia de persecuciones penal y administrativa paralelas basadas en los mismos hechos, desde que ellas buscan la protección de bienes diferentes. Ya hemos planteado que la divergencia de fines no justifica para nosotros un alcance distinto de las garantías, con lo cual ello no justifica por sí solo el castigo en los dos planos. El hecho de perseguir objetivos diversos será uno de los factores a tener en cuenta, pero no es concluyente. Además, la jurisprudencia europea ofrece elementos interesantes para dilucidar estos interrogantes. De acuerdo con ella no se viola esta garantía cuando se produce la investigación y la sanción de *dos faltas diferentes*, aun basadas en los mismos hechos. Pero esa diferenciación impuesta por el Estado debe encontrarse debidamente respaldada en elementos que la justifiquen, demostrándose —en resumidas cuentas— que las faltas son *sustancialmente distintas* y no una duplicación de sanciones por el simple expediente de haber emitido dos normas con un diverso *nomen iuris*. *Si los componentes —sujeto, hecho y fundamento— de las normas punitivas en juego son iguales, se viola el* non bis in idem [134].

[132] SSTEDH, *Fadin v. Rusia*, 27/7/2006, párr. 32. Entendemos que esta posibilidad, si bien resulta del texto del Protocolo, desnaturaliza al punto de su supresión la garantía de *non bis in idem*. Si luego de una absolución el Estado cuenta con la facultad de seguir investigando al acusado, o bien este queda siempre sujeto a la aparición de nueva evidencia, la seguridad jurídica contenida en la garantía queda lisa y llanamente de lado. *La posibilidad de superar la cosa juzgada debe operar solamente a favor de la persona*, porque está en juego el estado de inocencia, que se recupera si la condena fue inválida, por medio de mecanismos de revisión. Pero no puede proponerse un sistema que mantenga en vilo al individuo con fundamento en los impedimentos o las dificultades que pudieron presentarse al Estado cuando utilizó la única oportunidad que el ordenamiento le provee para desafiar su estado de inocencia, que no es otro que el juicio propiamente dicho que finaliza con una sentencia. La previsión analizada y su admisión por la Corte ponen seriamente en cuestión la dignidad de la persona y su correlativo derecho a no verse perseguido indefinidamente por el Estado.

[133] Corte IDH, *Loayza Tamayo*, cit., párr. 66.

[134] STC España, 30/1/1981.

Por otra parte, además de no ser posible aplicar dos normas que en la realidad son lo mismo, rige en la diferenciación de ofensas el principio de proporcionalidad y, por ende, ese distingo debe perseguir una finalidad legítima, ser adecuado, necesario y proporcional en sentido estricto. La satisfacción de estos requisitos será ciertamente dudosa cuando el Estado ofrezca, para la misma conducta, una sanción del orden penal que conlleve la privación del estatus administrativo en juego (p. ej., inhabilitación), desde que en ese caso el objetivo se consigue con la sanción mayor y la menor aparece como una *duplicación innecesaria.*

De lo que se trata, en definitiva, es de probar en la práctica la *pertinencia* de cada falta administrativa. Ello se logra cuando la disposición invocada *cubre una situación que —de aplicarse solamente la otra norma administrativa o penal involucrada— quedaría impune. Si no hay riesgo de impunidad, hay duplicidad de penas por los mismos hechos* y se configura una violación de este principio.

12. Publicidad del proceso (remisión)

Sobre este punto nos remitimos a los principios del procedimiento administrativo, estudiados en el capítulo tercero, especialmente la publicidad como integrante del debido proceso y la máxima divulgación, que resultan aplicables al procedimiento sancionatorio.

VII. Referencia bibliográfica

Buteler, Alfonso, "Acerca de la *non reformatio in pejus* en sede administrativa", LL del 2/9/2005, Buenos Aires, p. 1.

García Pulles, Fernando R., "Garantías constitucionales procesales, procedimiento administrativo y potestad sancionatoria de la administración", ED, Suplemento de Derecho Administrativo del 31/10/2007, Buenos Aires.

Gordillo, Agustín, "La prueba en el derecho procesal administrativo", LL 1996-A-1398.

Linares, Juan F., *Razonabilidad de las leyes. El debido proceso como garantía innominada en la Constitución Argentina*, Astrea, Buenos Aires, 2002.

Maier, Julio B., *Derecho procesal penal*, t. I, Del Puerto, Buenos Aires, 2002.

Maljar, Daniel E., *El derecho administrativo sancionador*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004.

Marienhoff, Miguel S., "El exceso de punición como vicio del acto jurídico de derecho público", LL 1989-E-963.

Nieto, Alejandro, *Derecho administrativo sancionador*, Madrid, Tecnos, 2005.

Silvestroni, Mariano H., *Teoría constitucional del delito*, Del Puerto, Buenos Aires, 2004.

Suay Rincón, José, "La discutible vigencia de los principios de imparcialidad y de contradicción en el procedimiento administrativo sancionador", *Revista de Administración Pública*, nro. 123, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1990.

CAPÍTULO V

ELEMENTOS ESTRUCTURALES DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO A LA LUZ DE LAS GARANTÍAS

SUMARIO: I. La nueva estructura del procedimiento administrativo y el artículo 8° de la Convención Americana. II. Regulación del trámite. III. Ámbito de aplicación de las normas de procedimiento administrativo. IV. Situaciones subjetivas frente a la Administración Pública. Legitimación. V. El principio de máxima divulgación y la publicidad en el expediente administrativo. Vistas y notificaciones. VI. La igualdad de armas y los plazos en el procedimiento administrativo. VII. La igualdad de armas y la operatividad de las garantías. La teoría del fruto del árbol venenoso. VIII. Principio de contradicción y dictámenes. IX. El principio de eficacia y el procedimiento administrativo. X. Referencia bibliográfica

I. LA NUEVA ESTRUCTURA DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y EL ART. 8° DE LA CONVENCIÓN AMERICANA

Si los principios actuales del procedimiento son el *pro homine*, la juridicidad, la proporcionalidad, la eficacia, la tutela administrativa efectiva, la confianza legítima, la igualdad, la máxima divulgación de la información en poder del Estado, la imparcialidad, el debido proceso —que comprende la igualdad de armas, contradicción, plazo razonable y publicidad—, el informalismo y la debida fundamentación, debemos preguntarnos cuáles son los elementos estructurales que ellos proyectan en la regulación concreta del procedimiento administrativo.

Sin ánimo de agotar el elenco de temas que la aplicación de las garantías convencionales al procedimiento depara, resulta útil realizar algunas advertencias en ciertos ámbitos "sensibles" de este.

II. REGULACIÓN DEL TRÁMITE

1. El procedimiento administrativo debe regularse por ley formal

Hemos visto ya que el art. 30 de la Convención Americana establece los límites para la reglamentación de los derechos allí reconocidos. La Corte Interamericana ha interpretado dicha norma estableciendo que la expresión "leyes", utilizada por esa disposición, no puede tener otro sentido que el de ley formal, es decir, norma jurídica adoptada por el órgano legislativo y promulgada por el Poder Ejecutivo, según el procedimiento requerido por el derecho interno de cada Estado [1].

A partir de tal principio se desprenden dos elementos relevantes. Primero, las normas de procedimiento administrativo, en tanto reglamentación de las garantías del art. 8° de la Convención para ese ámbito de la acción estatal, deben sancionarse

[1] Corte IDH, OC-6/86, cit., párrs. 18 y ss.

por ley formal emanada del órgano legislativo. Segundo, esas leyes se encuentran sujetas al principio de proporcionalidad y, por lo tanto, deben perseguir una finalidad legítima y ser adecuadas, necesarias y proporcionadas al logro de ese fin.

No resulta válida, por lo tanto, la emisión de normas procedimentales por vía reglamentaria y tampoco alcanza con que el Estado demuestre que una determinada regulación "le conviene" o resulta útil para la "correcta gestión" de la Administración. Debe verificarse que tal instituto propende —en última instancia— a favorecer los derechos, pues no otro es el compromiso esencial del aparato estatal.

2. La competencia del órgano debe provenir de la ley

Por otra parte, el art. 8° de la Convención demanda que el órgano con facultad para la determinación de derechos y obligaciones no sólo sea independiente e imparcial, sino que resulte competente y se encuentre establecido por la ley. Estos últimos dos factores determinan en su faz procedimental que *tanto el órgano como su competencia deban ser fijados por ley formal* si se pretende que este cuente con la facultad de determinar derechos y obligaciones de las personas.

3. La regulación del procedimiento y el principio de igualdad

No sólo la regulación del procedimiento debe derivar de la legislación en sentido formal, sino que los alcances de las facultades en la materia deben respetar el principio de igualdad en su faz supranacional. Ello produce consecuencias en dos vertientes: la fijación de pisos mínimos que deben respetar todos los estamentos —funcionales y territoriales— del Estado parte y la posibilidad de invocar la norma más protectora que provenga de cualquier otra regulación propia de las diversas jurisdicciones internas.

III. Ámbito de aplicación de las normas de procedimiento administrativo

En tanto las reglas del art. 8° de la Convención Americana revisten la calidad de garantías de protección de los derechos fundamentales, se aplican a cualquier actuación del poder público en el ejercicio de su función administrativa. Esto incluye tanto al Estado como a delegados de aquel [2] y —por vía de las obligaciones *erga omnes*— se extiende incluso a la actuación de particulares [3].

Conforme a ello, el ámbito de aplicación de las normas regulatorias de estas garantías en el campo del procedimiento administrativo no debe encontrarse segmentado en virtud del carácter público o privado de las disposiciones domésticas aplicables. Debe atenderse solamente al ejercicio de función administrativa como modalidad puntual de expresión del poder público, sin importar de quién proviene ese ejercicio. Eso es así por cuanto la remisión al tipo de normas aplicables al caso no sólo genera incertidumbre, sino que supone un enfoque insuficiente de los parámetros de ponderación exigibles, pues en virtud del principio de juridicidad *siempre* resultan aplicables a la función administrativa las normas de derecho público que deben plasmar las garantías convencionales.

[2] Corte IDH, *Ximenes Lopes v. Brasil. Fondo, reparaciones y costas*, 4/7/2006, párrs. 85 y ss; *Albán Cornejo y otros v. Ecuador. Fondo, reparaciones y costas*, 22/11/2007, párrs. 119 y ss.

[3] Corte IDH, OC-18/03, cit., párr. 140.

De tal forma, al momento de delimitar el ámbito de aplicación de las leyes de procedimiento, debe recurrirse a un criterio que comprenda el ejercicio de función administrativa por parte de cualquier órgano del Estado —ejecutivo, judicial, legislativo o extrapoder—, así como el llevado adelante por personas públicas no estatales y sujetos privados que actúan por delegación estatal.

IV. Situaciones subjetivas frente a la Administración Pública. Legitimación

La idea de una legitimación amplia en el procedimiento administrativo importa aceptar que la vigencia del principio de juridicidad en la acción administrativa constituye un derecho de los ciudadanos. Ello obliga a promover la ampliación del universo de personas facultadas para efectuar peticiones a la Administración, así como para controlar sus actos. En este sentido, el ordenamiento jurídico debe tutelar la facultad de exigir, para resguardo propio o de la legalidad misma, prestaciones o abstenciones administrativas debidas a los ciudadanos en situación de exclusividad, concurrencia o generalidad.

La juridicidad, la participación de los particulares en los asuntos públicos y el principio de máxima divulgación son los estándares básicos en esta materia. Es sobre la base de aquellos que deben conferirse a las personas los instrumentos necesarios para activar peticiones e impugnaciones ante la Administración Pública tendientes a la materialización de los derechos y las garantías protegidos por el plexo constitucional. Ello no sólo incluye, desde ya, los derechos patrimoniales, sino que abarca la totalidad de derechos protegidos tanto a nivel internacional como doméstico. Su amplitud y el papel esencial que la plena vigencia del Estado de derecho posee en el sistema americano de protección de los derechos humanos llevan a reafirmar esa posibilidad amplia de acceso a la Administración.

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

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

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

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

Esta idea se desprende de las siguientes pautas interpretativas.

En primer lugar, "el concepto de derechos y libertades y, por ende, el de sus garantías, es inseparable del sistema de valores y principios que lo inspira. En una sociedad democrática los derechos y libertades inherentes a la persona, sus garantías y el Estado de derecho constituyen una tríada, cada uno de cuyos componentes se define, completa y adquiere sentido en función de los otros" [4].

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

En segundo lugar, "la protección de los derechos humanos requiere que los actos estatales que los afecten de manera fundamental no queden al arbitrio del poder público, sino que estén rodeados de un conjunto de garantías enderezadas a asegurar que no se vulneren los atributos inviolables de la persona, dentro de las cuales, acaso la más relevante, tenga que ser que las limitaciones se establezcan por una ley adoptada por el Poder Legislativo, de acuerdo con lo establecido por la Constitución" [5].

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

En tercer lugar, "para que los principios de legalidad y reserva de ley constituyan una garantía efectiva de los derechos y libertades de la persona humana, se requiere no sólo su proclamación formal, sino la existencia de un régimen que garantice eficazmente su aplicación y un control adecuado del ejercicio de las competencias de los órganos" [6]. La legitimación amplia se nos presenta como el peldaño inicial para asegurar la eficacia en la aplicación de la legalidad. Por el contrario, establecer los límites legales del obrar estatal pero no conferir a las personas los instrumentos para instar su respeto implica la mera proclamación formal del principio.

[4] Corte IDH, OC-8/87, cit., párr. 26; *Yatama*, cit., párr. 191; OC-17/02, cit., párr. 92; OC-13/93, cit., párr. 31; OC-9/87, cit., párr. 35; OC-8/87, cit., párr. 26.

[5] Corte IDH, OC-6/86, cit., párr. 22.

[6] Corte IDH, OC-6/86, cit., párr. 24.

La tríada *democracia - derechos y garantías - Estado de derecho* erige el sometimiento del Estado al ordenamiento jurídico en una garantía fundamental del individuo inserto en el sistema interamericano. El principio de juridicidad no opera como una simple regla organizacional ni como un asunto ajeno a los ciudadanos, sino que su infracción determina una *lesión autónoma a un derecho fundamental.* Es erróneo plantear que la protección de la "mera" legalidad no confiere legitimación, pues ello implica privarla de entidad jurídica propia, como si su violación "por sí sola" no generara más que un asunto menor e hiciera necesario probar la afectación de algún otro derecho "propio" digno de tutela. ¿Qué derecho más sensible para la persona puede existir en un Estado democrático que la sujeción del Estado al derecho? La juridicidad no es un asunto del Estado en el cual el ciudadano no puede inmiscuirse a menos que tenga algún otro derecho afectado, sino que es una *garantía instrumental de tutela de todos los derechos* que titulariza cualquier persona sometida al poder de ese Estado. ¿Puede pensarse en un Estado en el cual se reconocen los derechos pero no se fija el límite de la juridicidad? Si la juridicidad reviste la condición de garantía, es elemental que existan instrumentos jurídicos para su materialización, entre los cuales la legitimación amplia es uno de los primeros, al referir a la posibilidad de acceso a la Administración.

Si la juridicidad es el presupuesto institucional del sistema de protección de los derechos humanos a cuya concreción está obligado todo el aparato estatal en virtud de los arts. 1° y 2° de la Convención Americana, poco sentido tendría catalogar la sumatoria de derechos de la persona pero no brindar herramientas para asegurar la precondición de su goce.

Nuestro sistema jurídico parte de la premisa conforme a la cual no es posible lograr la protección de los derechos constitucionalizados si no se asegura la supremacía de la Carta que los reconoce. Esa supremacía configura un límite tanto negativo (exceso en ejercicio de las atribuciones) como positivo (defecto en el ejercicio de las atribuciones) al obrar de los poderes constituidos y desde ella el principio republicano que se entronca en la juridicidad estatal adquiere su dimensión propia. Si consideramos que el incumplimiento de las normas no lesiona derecho alguno de los ciudadanos —y, por ende, no brindamos instrumentos de tutela ante esa situación—, habremos, quizás, transformado la noción de Estado constitucional de derecho en un postulado meramente formal. Justamente, si las constituciones y los tratados existen para imponer límites al obrar estatal, para establecerle reglas y acotar el ejercicio del poder, pero esos límites dependen de la voluntad del limitado, debemos concluir que aquellos no tienen eficacia jurídica o —mejor aun— que no son normas.

Si sólo mediante la vigencia plena del bloque de juridicidad es posible —en la lógica de nuestro ordenamiento— asegurar la vigencia de los derechos, resulta un contrasentido negar la posibilidad de su defensa por los cauces institucionales pertinentes. Cada violación a las normas por el Estado afecta a *todos* los derechos del ciudadano, pues aquellos tienen como presupuesto la sujeción a las leyes sancionadas bajo los procedimientos democráticos.

2. La protección de la legalidad como derecho implícito

El art. 33 de la Constitución argentina estipula que, aun cuando no están expresamente enumerados, son derechos protegidos "aquellos que nacen del principio

de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno". Indudablemente, que los gobernantes acaten las normas democráticamente sancionadas es un derecho elemental que se deriva de la soberanía popular y el principio republicano. Es esa la gran diferencia entre un gobierno limitado y uno despótico. Si lo anterior es así, si la preservación de la legalidad es un derecho protegido por la Constitución, necesariamente deben existir los mecanismos para su tutela, pues no es posible pensar en un derecho que no pueda ser invocado ante la Administración.

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

3. El deber de proteger el Estado de derecho

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

Indudablemente, si tenemos el deber de obediencia y defensa del Estado de derecho no puede negársenos el derecho de preservarlo a través de los cauces institucionales, entre los cuales sobresale el procedimiento administrativo. No es admisible imponer el deber de obediencia pero desplazar a la persona que lo quiere ejercer. Como decía el juez Fayt en sus disidencias en los casos *Gascón Cotti* [7] y *Polino* [8], "no cabe hablar de dilución de un derecho con relación al ciudadano, cuando lo que el ciudadano pretende es la *preservación de la fuente de todo derecho*. Así como todos los ciudadanos están a la misma distancia de la Constitución para acatarla, están también igualmente habilitados para defenderla cuando entienden que ella es desnaturalizada, colocándola bajo la amenaza cierta de ser alterada por maneras diferentes de las que ella prevé".

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

[7] CSJN, *Gascón Cotti*, 1990, *Fallos* 313:594, voto disidente del juez Fayt, consid. 21.
[8] CSJN, *Polino*, 1994, *Fallos* 317:335, voto disidente del juez Fayt, consid. 13.

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

V. El principio de máxima divulgación y la publicidad en el expediente administrativo. Vistas y notificaciones

El principio de máxima divulgación, de acuerdo con el cual se presume que toda información en poder del Estado es accesible, tiene en el procedimiento administrativo un gravitante campo de influencia en lo atinente a la publicidad del expediente administrativo, noción que abarca a las vistas y a la notificación.

Al ser expresiones de este principio, estos elementos de la publicidad del trámite se encuentran condicionados a diferentes reglas.

1. Regulación por ley formal

En tanto reglamentación de una garantía fundamental protegida por el art. 13 de la Convención Americana, todo lo relativo al acceso al expediente, vistas, notificaciones y elementos vinculados debe ser regulado por ley en sentido formal y no por vía reglamentaria [9]. Esa ley debe cumplir naturalmente con los requisitos de proporcionalidad, persiguiendo una finalidad legítima por medios adecuados y necesarios.

2. Sistema restringido de excepciones

En segundo lugar, las limitaciones al principio de máxima divulgación —entre las cuales se destaca la reserva del expediente— deben estar fijadas taxativamente por la ley, pues este principio se encuentra sujeto a un sistema restringido de excepciones [10] que impide admitir la posibilidad de la reserva en forma general.

No resulta admisible que las normas habiliten la competencia para limitar el acceso a las actuaciones en forma genérica ni que deleguen esa facultad en forma irrestricta a la autoridad administrativa [11]. La legislación debe fijar las causas ta-

[9] La normativa federal argentina no cumpliría ese requisito, pues la materia relativa a las vistas del expediente se encuentra regulada por un decreto del Poder Ejecutivo, el 1172/2003, que ha venido a reemplazar al dec. 1759/1972 —reglamento del dec.-ley 19.549— en el punto. Esto, sin embargo, puede ser sorteado si conceptualizamos al dec. 1172/2003 como reglamentario de esa norma. Puntualmente, puede decirse que el Anexo VII del dec. 1172/2003 ha sustituido parcialmente la regulación del art. 38 del dec. 1759/1972, el que ha perdido vigencia en las partes que se oponen al primero, dando lugar a nuevas reglas aplicables al acceso al expediente administrativo y su reserva.

[10] Corte IDH, *Palamara Iribarne*, cit., párr. 85.

[11] Tal como sucede con los arts. 2°, inc. d), dec.-ley 19.549 y 38, dec. 1759/1972. Es importante tener presente que el art. 38, dec. 1759/1972, ha sido modificado por el Anexo VII del dec. 1172/2003, de modo que no es posible seguir invocándolo para denegar las vistas a quien no es parte o decretar reservas del expediente sin una causal tasada. Esto es así no solamente porque esa norma resultaba inconstitucional al violar las reglas que hemos visto precedentemente, sino porque simplemente ha sido derogada por una norma posterior de rango equivalente. Ello implica que el acceso a las actuaciones administrativas es hoy pleno de acuerdo con el ordenamiento doméstico.

sadas de reserva del expediente, fuera de las cuales rige en forma plena el acceso a este.

3. Accesibilidad amplia a las actuaciones

Todas las personas deben contar con la posibilidad de tomar vista de las actuaciones administrativas, y no es válido imponer restricciones fuera de las que se establezcan de acuerdo con el punto anterior. El acceso al expediente no puede denegarse invocando la ausencia de la calidad de parte, sino solamente fundándose en las causales tasadas que debe fijar la ley.

Esto es así por cuanto el acceso público no sólo procura proteger el derecho de defensa de quien es parte, sino que también resulta una condición esencial de validez de la actuación de las autoridades estatales en una sociedad democrática en el marco de un Estado republicano. La trascendencia de este principio reside en garantizar el contacto público con todas las actuaciones estatales, lo cual hace que la accesibilidad de los terceros a la sustanciación y la resolución de un procedimiento trascienda el mero interés del afectado para posarse como una garantía republicana invocable por cualquier persona. Por otra parte, el principio de máxima divulgación impone al Estado no solamente el deber de abstenerse de incurrir en prácticas que conlleven retacear la accesibilidad pública a la información, sino también el de adoptar positivamente todas las medidas necesarias para asegurar que este derecho pueda ser ejercido en la práctica. Dicho de otro modo, no alcanza con no obstaculizar el acceso, sino que debe facilitarse y promoverse [12].

4. La publicidad como requisito de validez y la notificación del acto

Otro aspecto central de la publicidad del trámite es la notificación de los actos. En este punto, entendemos que la regla de máxima divulgación demanda que la notificación del acto revista la calidad de *condición de validez* y no de mera eficacia. [13].

[12] El principio de máxima divulgación encuentra su regulación específica en el ámbito federal argentino en el dec.-ley 19.549 y su reglamentación, la cual incluye al dec. 1759/1972 y a las reformas en él introducidas por el Anexo VII del dec. 1172/2003. La relevancia de esta última norma reside en la incorporación de interesantes innovaciones en el plano de la publicidad del trámite administrativo que comportan un sustancial avance en el acatamiento de nuestro país de los postulados del art. 13 de la Convención Americana, pues ha significado la modificación de los aspectos centrales del régimen tradicional de publicidad de actos administrativos. Por una parte, el art. 38 del reglamento del dec.-ley 19.549 ha quedado parcialmente derogado por el Anexo VII del dec. 1172/2003 por el cual toda persona física o jurídica pública o privada se encuentra legitimada para requerir la vista de cualquier expediente administrativo, sin que pueda fundarse la negativa en la ausencia de calidad de parte de este. De igual manera, la autoridad administrativa únicamente puede decretar la reserva de las actuaciones en los supuestos autorizados por el art. 16 del Anexo VII, encontrándose derogada la facultad genérica otorgada a tales efectos por el anterior régimen. Se ha suprimido la indeterminada facultad otorgada por el art. 38 del dec. 1759/1972 en este punto, en cuanto no precisaba normativamente los casos en que se autorizaba la reserva, sino que sólo exigía determinados recaudos competenciales y procedimentales para su establecimiento. A partir del nuevo régimen, solamente podrá decretarse la reserva de las actuaciones en tanto la situación encuadre en alguno de los supuestos previstos por el art. 16 referenciado. Tal elemento sanea el vicio constitucional que el régimen anterior presentaba, en cuanto habilitaba en forma genérica la reserva del expediente y no fijaba causales taxativas para ello.

[13] Este abordaje es el que, según entendemos, se desprende de las SSTEDH, *Miragall Escolano y otros v. España*, 25/1/2000, párrs. 36-38, y *De Geouffre de La Pradelle v. Francia*, 16/12/1992, párrs. 33 y 34.

En efecto, no es posible, a la luz de la dimensión individual y colectiva del principio analizado, considerar que el acto ha cumplido con sus presupuestos de validez si no ha sido dado a conocer. La ausencia de publicidad —por sí sola— priva de entidad jurídica, y no sólo de eficacia, al acto.

Esto significa que *un acto no notificado no puede ser invocado en ninguna circunstancia en contra del ciudadano* [14]. Si admitimos a la notificación como condición de eficacia, es posible que ese acto no notificado pretenda ser aducido por la Administración como pauta habilitante de algún curso de acción determinado. Por el contrario, supeditar la validez del acto a su publicidad impide recurrir a este en cualquier caso y tal debe ser la solución acorde con las garantías de la persona.

Aun cuando el acto haya sido dictado cumpliendo todos los pasos previstos legalmente, la falta de publicidad implica la ausencia a su respecto de principios esenciales del ordenamiento que deben condicionar su validez. De nada sirve un acto internamente perfecto pero no dado a conocer al afectado y al público.

VI. La igualdad de armas y los plazos en el procedimiento administrativo

La igualdad de armas exige que cada parte del procedimiento cuente con una oportunidad razonable de presentar su caso en condiciones que no la ubiquen en una sustancial desventaja frente a su oponente. Entre esas condiciones, el término para deducir peticiones es uno de los factores centrales y, por ende, no puede existir una sustancial desventaja en materia de plazos aplicables al ciudadano y al Estado.

La Corte Europea tuvo oportunidad de materializar este principio en el espinoso tópico de la concesión de diferentes plazos al particular y al Estado. En el caso se analizaba si el hecho de que la feria judicial suspendiera los plazos para el Estado y no para el ciudadano violaba la igualdad de armas. La Corte consideró que el hecho de que el Estado contara con plazos diferentes a los del particular implicaba ubicarlo en una sustancial desventaja, lesionando así esa garantía integrante del debido proceso [15].

Este precedente es valioso, porque pone de resalto uno de los problemas centrales en las diferentes regulaciones de nuestro medio. Si la diversidad temporal para la realización de un planteo implica una violación a la igualdad de armas en tanto ubica a una de las partes en una sustancial desventaja; otro tanto ocurre con aquellos sistemas que establecen diferentes plazos para obtener la revisión de un acto en el marco del procedimiento, fijando términos perentorios para el ciudadano y ninguno para el Estado.

La igualdad de armas demanda que el ciudadano cuente con los mismos plazos que el Estado para activar la revisión de un acto administrativo. No es posible que el efecto del vencimiento de un exiguo lapso de días sea la pérdida del derecho en el marco del procedimiento y la consiguiente imposibilidad de acceso a la Justicia, mientras que el Estado cuenta con extensos plazos de prescripción. Esas diferencias posicionan al particular en una sustancial desventaja frente al Estado al momento de tutelar sus derechos por vía del sistema de impugnación del acto administrativo.

[14] En contra: CSJN, *Cima*, 1977, *Fallos* 298:172, consid. 6.
[15] STEDH, *Platakou v. Grecia*, 11/1/2001, párr. 48.

Que la Administración disponga de plazos amplios de prescripción para instar la revisión de un acto administrativo, mientras que el particular cuenta con términos exiguos para el mismo fin, cuyo vencimiento activa la pérdida sustancial del derecho [16] y que rigen de modo indiscriminado ante cualquier situación —esto es, sin importar el grado de invalidez en juego—, supone ubicar al ciudadano en una sustancial desventaja frente al Estado.

Veamos.

1. Cómo funciona el sistema cuando el Estado quiere suprimir un acto por razones de ilegitimidad

En el régimen federal argentino la facultad de la Administración de revocar por sí misma un acto administrativo por razones de ilegitimidad ha quedado atravesada por dos elementos que juegan en forma paralela. Por una parte, la potestad revocatoria se postula como regla general para los actos que presentan vicios graves, a los cuales el art. 17 del dec.-ley 19.549 denomina irregulares, mientras que resulta excepcional para los actos cuyos defectos no alcanzan a afectar algún elemento esencial, llamados regulares por el art. 18 de ese cuerpo legal. El primer elemento a dilucidar para verificar si nos encontramos ante la posibilidad de revocar un acto en sede administrativa reside —entonces— en determinar su grado de invalidez. Sin embargo, a tales premisas debe sumarse un elemento capital para el régimen nacional, consistente en la existencia o no de derechos subjetivos derivados del acto administrativo cuya validez es puesta en cuestión.

La lectura de los arts. 17, 18 y 27 del dec.-ley 19.549 permite sintetizar las siguientes características del régimen federal en estos temas.

a) Los actos administrativos deben contener válidamente los elementos relativos a la competencia, causa, objeto, procedimientos, motivación, finalidad y forma. La afectación de estos acarrea, según su magnitud, la nulidad absoluta o la anulabilidad del acto administrativo de que se trate. Para verificar ante qué supuesto de invalidez nos encontramos, deberemos constatar si el vicio supone la supresión o grave alteración de un elemento esencial o no.
b) El acto nulo se considera irregular y pesa sobre la Administración el deber de revocarlo por razones de ilegitimidad aun en sede administrativa.
c) Tal regla, que trasunta la facultad administrativa de ejercer su potestad de autotutela en materia revocatoria, cede cuando —pese a ser nulo el acto— presente los siguientes rasgos: se encuentre *firme y consentido*, y haya generado *derechos subjetivos que se estén cumpliendo*. En tal caso, la autotutela se repliega y sólo le es dado a la Administración incoar la perti-

[16] Sobre el alcance del concepto de caducidad, tiene dicho la Corte Federal que dicho instituto se aplica a pretensiones que "nacen originariamente" con una limitación temporal cuyo vencimiento impide su ejercicio (CSJN, *Sud América*, 1988, *Fallos* 311:2646, consid. 3). Cabe entonces preguntarse si las pretensiones de impugnación de actos administrativos pueden considerarse —a partir de una visión global de nuestro ordenamiento jurídico— como nacidas originariamente con un término de ejercicio de —por ejemplo— noventa días, tal el establecido para la impugnación judicial de actos administrativos en el art. 25 del dec.-ley 19.549.

nente acción de lesividad propugnando la declaración judicial de nulidad del acto.

d) Por el contrario, cuando el vicio de que se trate no afecte gravemente alguno de los elementos esenciales, el acto adolecerá de anulabilidad y será considerado regular. Tal condición veda por vía de principio la autotutela en materia revocatoria, presentándose como regla la necesidad de acudir a la vía judicial para eliminar el acto. Sin embargo, esa pauta cede —facultando la revocación en sede administrativa por razones de ilegitimidad— [17] cuando el interesado hubiere *conocido el vicio*; la revocación *favorece al ciudadano sin causar perjuicios a terceros*; o el derecho se hubiere otorgado *expresa y válidamente a título precario.*

e) Con esos alcances el Estado puede, *en cualquier momento dentro del plazo de prescripción*, instar la revisión de un acto administrativo. Esa prescripción varía, según los criterios, desde la imprescriptibilidad o el plazo de diez años en el caso de la nulidad absoluta hasta el plazo cinco años en caso de anulabilidad, por cuanto se recurre analógicamente a las reglas del Código Civil que establecen tales términos.

2. Cómo funciona el sistema cuando el particular quiere lograr que el Estado suprima un acto por razones de ilegitimidad

Frente a la posibilidad de la Administración de instar la revisión de un acto dentro del plazo de prescripción, cabe ahora bosquejar los extremos prácticos de este régimen cuando se produce el supuesto más común, consistente en el dictado de un acto administrativo que restringe algún derecho y que el particular se ve obligado a impugnar para liberarse de su ejecutividad y eventual ejecutoriedad.

Cuando la Administración dicta un acto administrativo, el particular debe impugnarlo dentro de los diez o quince días hábiles administrativos, según decida interponer recurso de reconsideración o jerárquico [18]. Si no lo hace, pierde el derecho de atacar ese acto [19] y resta sólo la posibilidad de tener éxito en una denuncia de ilegitimidad o de esperar una revocación de oficio, alternativas que son de utilización discrecional por la Administración. Si logró instar el recurso en plazo, deberá seguir la línea jerárquica hasta obtener un acto denegatorio de la autoridad máxima de la Administración. Una vez que obtiene ese acto denegatorio, debe interponer la demanda dentro de los noventa días hábiles judiciales. Si no cumple alguno de estos pasos, pierde totalmente su derecho.

Como resultado de lo anterior, un acto —cualquiera que sea el grado de violación al orden jurídico que evidencie— queda rápidamente protegido por la norma de procedimiento administrativo por preclusión. En esos supuestos el dec.-ley 19.549 decide conservar esos actos a través de la exclusión de su escrutinio, con lo que parecería que el orden público interesado en la vigencia de la legalidad cede frente a la necesidad de una estabilidad de las decisiones administrativas, tal como desliza

[17] Descartamos del cuadro de este análisis el supuesto previsto por la norma respecto de la revocación por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, por resultar ajeno el estudio de la eliminación por invalidez y ser su inclusión impropia en tal precepto.

[18] Arts. 23 y 25, dec.-ley 19.549, en concordancia con los arts. 84 y 90, dec. 1759/1972.

[19] CSJN, *Nava*, 1996, *Fallos* 319:1532, consid. 7.

la Corte Suprema argentina en el precedente *Serra* al sostener que la brevedad de los plazos de caducidad "se justifica por la necesidad de dar seguridad y estabilidad a los actos administrativos" [20].

Las disposiciones procedimentales no fijan, así, plazo para que la Administración revise el acto, pero diseñan un sistema hermético de conservación del acto inválido cuando ha expirado el término perentorio —de quince días— para que el particular intente impugnarlo [21].

Parece quedar librado al exclusivo arbitrio administrativo la decisión de activar prerrogativas también exclusivas: posibilidad de revocación o declaración de lesividad del acto sin más plazo que el de prescripción. En palabras de nuestra Corte Suprema, si la caducidad ha operado, "la administración conocerá en breve plazo de la firmeza del acto en cuestión, quedando a su decisión discrecional la posibilidad de revocarlo" [22]. Pasada la fugaz posibilidad del particular de luchar contra el acto ilegal, el sistema lo hace inmune *atribuyendo potestades a la Administración cuyo ejercicio no se le puede exigir*; de modo que la revocación queda sujeta a la libre voluntad de los funcionarios.

Ese esquema denota claramente una lesión a la igualdad de armas. La sustancial desventaja del ciudadano reside en la exigüidad de los plazos con que este cuenta para expulsar las decisiones que infringen reglas primarias del sistema, en comparación con las herramientas de marcada laxitud que se reconocen cuando es la Administración quien pretende dejar sin efecto un acto, pese a que no es posible exigirle esa iniciativa.

Conviene entonces cotejar si ese dispar tratamiento entre el control a instancias de la Administración y el que se produce a petición del ciudadano se apoya en algún factor de distinción relevante, pues pecaría de incoherente un sistema normativo que —con la pretensión de proteger los mismos fines— diera a algunos lo que niega a otros.

No es posible justificar ese trato desigual en razones de eficiencia de la acción administrativa o de seguridad jurídica, pues estos principios se encuentran comprometidos en el mismo grado ante la invalidez de un acto cuestionado por la Administración como por el particular. El principio de juridicidad y el consiguiente sometimiento de la Administración al derecho no está establecido a favor de esa organización, sino de los ciudadanos, y lo importante es, por lo tanto, la habilitación de ese control —que se encuentra por cierto en cabeza exclusiva del Estado y en interés de sus miembros—, sea que provenga de un ciudadano como de la propia Administración.

[20] CSJN, *Serra*, 1993, *Fallos* 316:2454, consid. 9; *Gypobras SA*, 1995, *Fallos* 318:441, consid. 7.

[21] En 1937 la Corte argentina debió analizar la validez de un contrato de obra pública que había incluido una cláusula no prevista —favorable a la contratista— en el pliego de una licitación. Allí sentó un principio de primer orden del cual no se ha hecho cargo el derecho administrativo nacional: "Lo que es inmoral, lo que es contrario al orden social, lo que se reputa inexistente por falta de formas sustanciales, no puede subsanarse por el transcurso del tiempo. El acto será siempre inmoral, contrario al orden público o carente de las formas indispensables a su existencia, cualquiera sea el número de años que hayan pasado desde su celebración". Así, "el tiempo es impotente para transformar lo inmoral en moral, lo lícito en ilícito, lo informal en formal, y siempre el acto conservará el vicio original" (CSJN, *Sociedad Anónima Empresa Constructora F. H. Schmidt*, 1937, *Fallos* 179:249).

[22] CSJN, *Serra*, cit., consid. 15.

Lo gravitante para la legalidad estatal es que esta se preserve por involucrar un interés sustancial y esa necesidad de preservación puede ser instada tanto por el Estado —para mantener su propia existencia— como por el particular —para defender sus derechos—. La legalidad es una sola, está para proteger a los ciudadanos, al sistema en general, mas no a la Administración, por lo que el acceso a su control debe permitirse a todas las personas con fundamento en la libertad individual y es —paralelamente— un deber para el Estado en tanto opera dentro del derecho y no fuera de él.

La propia formulación del principio de juridicidad impide dotar al Estado de una mayor posibilidad de acceso a la revisión que a los particulares. Dar al particular quince días para impugnar el acto bajo pena de caducidad y ningún plazo a la Administración genera una *situación de sustancial desventaja frente a un bien jurídico único* —como la juridicidad— que deviene lesiva de la igualdad de armas.

La juridicidad administrativa es una sola y tiende a proteger a las personas. Salvo causa fundada, debe evitarse un dispar tratamiento entre el control a instancias de la Administración y el que se produce a petición del ciudadano.

3. La perentoriedad de los plazos recursivos

A lo anterior puede añadirse que la perentoriedad de los plazos no se presenta como un instituto necesario del procedimiento administrativo, sino que esa característica es —a todo evento— una contingencia aplicable en los supuestos puntuales en que se pruebe su pertinencia.

En efecto, la regla de la perentoriedad está fundada en la igualdad de las partes adversas de un litigio y deriva del carácter disponible de los derechos en juego, el principio dispositivo y la verdad formal. Por el contrario, el procedimiento administrativo no posee esa configuración y la legalidad aparece como imperativa, no siendo disponible ni por el particular ni por la Administración, quien se halla obligada a resolver siempre de acuerdo con el ordenamiento, actuando incluso de oficio para encontrar la verdad material.

Por lo tanto, el vencimiento de los plazos no debe clausurar la posibilidad de realizar nuevas peticiones a la Administración. El límite temporal para ello debe encontrarse en los principios ya estudiados de *eficacia* del trámite y *plazo razonable*, pero no en los privilegios del Estado desvinculados de esos factores [23]. En definitiva, el interés público comprometido en la plena vigencia de la juridicidad estatal debe prevalecer sobre la preclusión de los plazos perentorios recursivos.

4. La denuncia de ilegitimidad como posible solución en el sistema federal argentino

El sistema administrativo federal argentino contempla a la denuncia de legitimidad como la herramienta procedimental con que cuenta el ciudadano una vez vencidos los plazos perentorios en que debió activar los diversos mecanismos de impugnación. Así, prevé el art. 1°, e), 6° del dec.-ley 19.549 la regla conforme la cual "una vez vencidos los plazos establecidos para interponer recursos administra-

[23] Com. IDH, Informe 85/98, caso 11.472, *Gilbert Bernard Little - Costa Rica*, 28/9/1998, ap. V.2.

tivos, se perderá el derecho para articularlos", reconociendo a renglón seguido la posibilidad de consideración de esas peticiones como denuncia de ilegitimidad. Esto es así, a menos que la autoridad competente disponga lo contrario por motivos de *seguridad jurídica* o que, por estar excedidas razonables pautas temporales, se entienda que medió *abandono voluntario del derecho.*

Esa disposición ofrece un escenario interesante en el que, sin necesidad de introducir reformas normativas o declaraciones de inconstitucionalidad, sea posible compatibilizar los limitados plazos legales con la igualdad de armas. Sin embargo, esa alternativa dependerá de aceptar como mecanismo interpretativo posible la *obligatoriedad del tratamiento de la denuncia de ilegitimidad*, por medio de dos caminos:

a) Revisabilidad plena del acto de admisibilidad de la denuncia de ilegitimidad cuando se presentan determinados elementos, tales como la presencia de una nulidad absoluta, frente a la cual tanto la seguridad jurídica como la renuncia del derecho por parte del ciudadano son inocuos.
b) Revisibilidad plena del acto de fondo dictado en función de la apertura de la denuncia de ilegitimidad, en tanto ello implica el dictado de un nuevo acto controlable tanto en la esfera administrativa como judicial.

Como puede verse, frente a los exiguos plazos para deducir impugnación administrativa, la denuncia de ilegitimidad puede erigirse como un cauce apto para asegurar la igualdad de armas. Sin embargo, la Corte Suprema argentina ha desechado esa posibilidad convirtiendo a esta figura en una concesión graciable del poder administrador, al sostener que la decisión administrativa que desestima en cuanto al fondo un recurso extemporáneo, tramitado en el caso como denuncia de ilegitimidad, no es susceptible de ser impugnada en sede judicial [24].

Si tenemos en cuenta que el ciudadano dispone de plazos sumamente breves [25] para impugnar en sede administrativa, cuyo vencimiento acarrea generalmente la pérdida de todo derecho debido a la imposibilidad de agotar la vía administrativa y, por ende, de acceder a la instancia judicial, impedir la revisión judicial del acto administrativo que resuelve como denuncia de ilegitimidad un recurso interpuesto fuera de término implica, *sin sustento en la norma aplicable*, ubicarlo en una sustancial desventaja.

En primer término, el art. 1°, e), 6° del dec.-ley 19.549 *no brinda cobertura al criterio de la Corte*, por cuanto son precisamente los presupuestos de habilitación de la denuncia de ilegitimidad allí previstos los que demuestran la *obligatoriedad* de su apertura cuando nos hallamos ante un acto viciado.

Por una parte, es obvio que no es posible abdicar de ese control de legitimidad invocando la *seguridad jurídica.* La idea de que la seguridad jurídica puede preservarse mediante la conservación de actos anómalos parece desatender que *nuestra forma de convivencia se asienta en que la certeza de las relaciones, la seguridad jurídica y la eficiente gestión del Estado se garantizan mediante el respeto de las leyes*, con lo cual disociarlos no parece conteste con una firme convicción en

[24] CSJN, *Gororodo,* 1999, *Fallos* 322:73, consid. 12.
[25] V.gr., quince días en el régimen del dec. 1759/1972.

pos del Estado de derecho. Retacear el control de legalidad de los actos para preservar la seguridad jurídica supondría admitir un polo de conflicto entre esos principios, cuando aquellos no sólo distan de encontrarse enfrentados sino que se hallan indisolublemente unidos. En otras palabras, desproteger la legalidad ínsita en la necesidad de dejar sin efecto los actos inválidos, como medio para resguardar la seguridad jurídica, equivaldría a afirmar que esta no se encuentra garantizada cuando se controla el acto, lo cual es absurdo. No hay conflicto entre seguridad jurídica y legalidad, esos principios van de la mano y confluyen en el control administrativo y judicial. *El conflicto real es entre esos dos valores y la búsqueda de inmunidad.*

Por la otra, tampoco es factible negarse a la revisión fundándose en que medió *abandono voluntario del derecho*, desde que el ciudadano no tiene la capacidad de "abandonar" la juridicidad administrativa. El control de legitimidad es objetivo y, por ende, la decisión del particular es indiferente. De otra forma, deberíamos entender que la legalidad de los actos está sujeta a la voluntad de los particulares, quienes con no recurrir el acto pueden dispensar esa legalidad. La sola idea de que el ciudadano pueda condicionar con su acción u omisión la subsistencia de un acto ilegal resulta extravagante. Tampoco puede argüirse que tratar el recurso fuera de plazo implica violar la igualdad respecto de quien ha acatado ese plazo. Ese análisis pone, nuevamente, el acento en el comportamiento del ciudadano y en la eventual sanción a su negligencia, cuando —en realidad— aquel no es concluyente frente a la necesidad de determinar si el acto es válido o no.

En definitiva, si consideramos como valor primario al deber de la Administración de someterse al derecho y revocar los actos nulos, la conducta del particular es irrelevante; de manera que los factores enunciados en el art. 1°, e), 6 del dec.-ley 19.549 para justificar el rechazo de la denuncia (seguridad jurídica y abandono voluntario del derecho derivado del transcurso del tiempo) son inhábiles para motivar la confirmación de un acto: si la Administración constata la nulidad, debe lisa y llanamente revocar sin importar la conducta del ciudadano, para proteger la seguridad jurídica. Y si ese deber existe, debe ser posible controlarlo judicialmente.

El único criterio aplicable es la *existencia de una nulidad*, pues frente a ella ni la seguridad jurídica ni el comportamiento del ciudadano pueden oponerse. Esto implica que cuando se plantea un recurso fuera de plazo, la Administración debe habilitar el tratamiento y decretar la eventual revocación si constata una nulidad, sin importar la conducta del particular. Naturalmente, esa decisión por la cual la Administración se expide sobre la validez del acto cuestionado es tan revisable como cualquier otra resolución, desde que la revocación de los actos ilegales es un deber jurídicamente exigible de la Administración [26].

La denuncia de ilegitimidad debe operar —en la composición actual del dec.-ley 19.549— como medida compensatoria de la desigualdad real en que se en-

[26] Resulta interesante el enfoque propuesto por la Corte Suprema de Justicia en otro precedente (CSJN, *Jaramillo SCA*, 1976, *Fallos* 295:276, consids. 3-5), en el que se reprobó la relevancia dada a la extemporaneidad de los recursos administrativos a los fines de la habilitación del control judicial, considerando expresamente que si el órgano administrativo había tratado los recursos administrativos interpuestos fuera de plazo, esa extemporaneidad "perdió virtualidad a los fines de influir sobre la concesión del recurso judicial". Esto significa que cuando la Administración ingresa en el análisis del recurso extemporáneo como denuncia de ilegitimidad, *rehabilita plenamente el tratamiento de la cuestión.*

cuentra ubicado el ciudadano frente al Estado en materia de plazos de revisión. La interpretación que se propone no sólo es la que se ciñe a la igualdad de armas, sino la que se desprende de una lectura armónica del precepto y, por lo tanto:

a) La decisión administrativa de habilitar o no el tratamiento de un recurso extemporáneo como denuncia de ilegitimidad es obligatoria cuando se invoca una nulidad y resulta plenamente controlable, en tanto debe discernirse la correcta aplicación de los componentes jurídicos de esa decisión, especialmente el grado de invalidez.
b) La decisión sobre el fondo del asunto rehabilita la discusión en sede administrativa y, eventualmente, en el plano judicial por cuanto implica el dictado de un nuevo acto que no puede considerarse irrevisable.

En definitiva, el camino de nuestro orden constitucional es el inverso al que se desprende de considerar al tratamiento del recurso extemporáneo como una facultad incontrolable del órgano administrativo: no se debe buscar la fijación de privilegios para el Estado, sino establecer *mecanismos de compensación* de la desigualdad inherente a la relación entre el poder público y la persona. Esos mecanismos consisten en la ampliación de las garantías y no en su acotamiento.

5. Plazos y valores comunes

Cuando hablamos de los límites que al ejercicio de los derechos plantea el paso del tiempo, podemos encontrar en las diferentes normas ciertos valores comunes.

Es por ello sumamente útil tomar como parámetro de comparación a los términos de prescripción del Código Civil, dada la gran cantidad de relaciones jurídicas que ese cuerpo normativo abarca. Esa comparación, vale aclararlo, solamente se efectúa con el fin de mostrar la divergencia entre los plazos que rigen en el marco de las relaciones jurídicas en general frente a los propuestos para la relación *ius* administrativa, sin que ello implique considerar que el Código Civil contiene reglas *directamente* aplicables a nuestro objeto de estudio. Lo que se procura es solamente indagar en torno a los valores jurídicos involucrados, en gran medida comunes a todas las ramas del derecho.

En el Código Civil argentino la regla en la materia es que el plazo para solicitar la tutela de un derecho depende de la graduación del valor de la seguridad jurídica —y la consiguiente necesidad de certeza de las situaciones— en comparación con el otro derecho que se encuentre en juego: *a mayor necesidad de certeza, menor será el plazo para peticionar institucionalmente la protección del derecho involucrado* y *a mayor necesidad de proteger ese derecho, mayor es el plazo para formular esa petición*. De la combinación de esos dos parámetros se deducen los plazos prescriptivos.

En nuestro sistema un particular tiene diez años para exigir del obligado el cumplimiento del deber asumido; dos años para reclamar un resarcimiento ante la lesión de derechos esenciales, como la vida o la integridad personal en ausencia de un nexo previo entre las partes; cinco años para demandar la anulación de actos con determinados vicios; y no tiene plazo alguno para pedir la declaración de nulidad de actos que atenten gravemente contra el ordenamiento jurídico.

Frente a esos plazos, pensados por vía de principio para el vínculo entre particulares, la juridicidad de la acción administrativa no puede contar con una protección acotada al transcurso de *días* para el planteo de los recursos administrativos o el control judicial [27], pues ella es digna, como mínimo, de un amparo equivalente a los sustanciales principios merituados en el Código Civil y normas similares.

El principio de juridicidad que nos determina como comunidad debe tener al menos un plazo de protección equiparable a las directivas del Código Civil, fijándose términos de prescripción similares *que atiendan al grado de invalidez de la decisión en juego*. Por el contrario, condicionar la protección de ese valor constitucional a un plazo de quince o noventa días supone descuidarlo de un modo incompatible con nuestras propias instituciones. Ciertamente, la necesidad de dotar de certeza a los actos de la Administración no justifica semejante desproporción con el derecho privado, pues ello implicaría decir que los individuos —regidos por el principio del art. 19 de la Constitución argentina— tienen menor necesidad de certeza en sus libertades que una organización confinada por el principio de legalidad y sustraída de la idea de libertad. En otras palabras, el sujeto más subordinado por las normas en su accionar se vería relevado con mayor facilidad de ese condicionamiento que los particulares amparados por la regla de autonomía personal.

Lo que en realidad se procura cuando se establecen exiguos plazos para cuestionar los actos administrativos es lograr la rápida confirmación de las decisiones *a cualquier costo*, sin importar el grado de ilegalidad que puedan contener. En otras palabras, es proteger los actos anómalos en un breve lapso, para poder seguir adelante *sin temor a retrocesos*. En esos esquemas los actos de la Administración —cualquiera que sea el grado de violación al orden jurídico que evidencien— quedan rápidamente *dispensados de todo control* por preclusión. Ello implica que en esos supuestos habremos decidido como comunidad conservar esas decisiones a través de la exclusión de su escrutinio. Y al hacerlo habremos tomado partido por la *inmunidad* en desmedro de la *legalidad*.

La consecuencia de esa opción será que la única alternativa de control dependerá de los funcionarios de turno, pues pasada la fugaz posibilidad del ciudadano de luchar contra el acto ilegal, el sistema lo hará inmune atribuyendo potestades a la Administración cuyo ejercicio no se le puede exigir. Convertir en intocable aun la decisión más groseramente viciada porque ha transcurrido un breve plazo implica renunciar a la materialización de herramientas útiles para expulsar las decisiones que infringen reglas primarias del sistema y tomar partido por la rápida irrevisibilidad de las decisiones estatales, es decir, por desalentar el control de los actos de gobierno.

Para no caer en esa concepción, el establecimiento de los plazos para plantear administrativa o judicialmente el control de un acto administrativo debe tomar como parámetros de ponderación los términos previstos en el ordenamiento de la jurisdicción de que se trate para relaciones jurídicas similares, fijándose a partir de la combinación de los siguientes estándares: a) *derecho* cuya protección se soli-

[27] Tal como sucede en la Argentina, a partir de los arts. 23 y 25 del dec.-ley 19.549 en composición con los arts. 84 y 89 de su reglamentación.

cita, b) *juridicidad* estatal y c) necesidad de *certeza* de las decisiones administrativas [28].

VII. La igualdad de armas y la operatividad de las garantías. La teoría del fruto del árbol venenoso

Resulta una consecuencia natural de la juridicidad la imposibilidad del Estado de tomar en cuenta actuaciones inválidas para respaldar sus decisiones. Dar valor a la infracción y apoyar en ella una resolución es contradictorio con el reproche formulado en el reconocimiento de esa infracción y constituye a la Administración en beneficiaria de un hecho ilícito [29]. Viola la igualdad de armas —y, por lo tanto, el debido proceso— toda decisión que implique aprovechar en beneficio del Estado la infracción de una norma.

Esa regla tiene, entre muchas otras, las siguientes proyecciones.

1. El silencio administrativo y el derecho de peticionar a las autoridades

La configuración del silencio administrativo presupone el incumplimiento de la Administración en dar respuesta a la persona en el plazo que le fijan la ley o —en su caso— los criterios del plazo razonable.

De ese incumplimiento no puede deducirse perjuicio alguno para el ciudadano, directiva que da lugar a un sinnúmero de vertientes de análisis, entre las cuales podemos ejemplificar las siguientes:

a) Debe evaluarse la inversión del principio del silencio negativo en materia de derechos fundamentales: el silencio ante una petición de tutela de un derecho fundamental debe ser tomado como admisión de esta.
b) La inactividad administrativa genera una presunción a favor de la tutela cautelar de los derechos, especialmente mediante la suspensión de la eficacia del acto que se impugna.
c) Cuando se produce el silencio administrativo, el particular queda relevado del agotamiento obligatorio de la vía administrativa y debe contar con la posibilidad —a su criterio— del acceso directo al juez.
d) Ante un incumplimiento estatal al deber de responder no puede activarse el cómputo de plazo alguno que conlleve la pérdida de un derecho de la persona. Aquellas previsiones normativas que inician el curso de términos de

[28] En la sentencia del asunto *Millon v. Francia* (no. 1), del 30/8/2007, la Corte de Estrasburgo tuvo oportunidad de expedirse sobre la existencia de límites temporales para la impugnación de un acto administrativo. El requirente planteaba que la inexistencia de plazos en la legislación doméstica para la impugnación de un acto administrativo que lo beneficiaba lesionaba el principio de seguridad jurídica (el Consejo de Estado francés había declarado admisible un pedido de revisión judicial de decisiones emanadas de un Consejo Regional más de nueve años antes). Ante tal postulación la Corte sentó un principio de enorme valor para nosotros, en tanto demuestra la ausencia de bases normativas en abstracto para la fijación de plazos de caducidad. Expuso, así, que ni el art. 6° ni ninguna otra disposición del Convenio impone a los Estados el deber de introducir limitaciones temporales para el control judicial de un acto. De tal forma, la existencia de plazos de caducidad debe entenderse como un dato contingente que deriva de la pauta de coordinación de los derechos desde los principios de juridicidad y proporcionalidad, y no como una exigencia inmanente e imprescindible del ordenamiento.

[29] CSJN, *Montenegro,* 1981, *Fallos* 303:1938, consid. 5.

caducidad de la acción judicial o de preclusión de la impugnación administrativa en caso de silencio administrativo [30] resultan inconstitucionales, pues implican convertir al Estado en beneficiario del incumplimiento a la obligación de tratar y resolver el pedido del ciudadano.

e) Ante el inicio de un procedimiento por parte del particular se interrumpe la prescripción *a favor del Estado*, aun cuando este se demore como resultado de la falta de acatamiento de los plazos por parte de la Administración. Los criterios que postulan que aun con un trámite en curso la prescripción continúa corriendo como resultado de la falta de activación del trámite por el particular tornan a la Administración en beneficiaria de su incumplimiento y cargan en las espaldas del ciudadano la desobediencia a los plazos. La obligación de activar el expediente es del Estado.

f) *A contrario sensu*, cuando el procedimiento se demora como resultado de la inactividad estatal, se extingue su capacidad interruptiva respecto de la prescripción *a favor del particular*. No es posible que el Estado se beneficie indefinidamente de ese efecto interruptivo si no cumple con la carga de llevar adelante el trámite. La obligación de activar el expediente es del Estado.

2. La teoría de la subsanación

Verificado el vicio procedimental en sede administrativa, no puede dispensarse la declaración de nulidad de la decisión adoptada como resultado de ese procedimiento. Ello implicaría incurrir en los dos comportamientos vedados por este principio: apoyar la sentencia judicial en un acto ilícito —como el derivado de un procedimiento defectuoso— y contradecir el reproche que conlleva identificar el vicio. Por otra parte, no anular el acto pese a detectar el defecto implica presuponer que el respeto o no de la garantía no altera la solución final, esto es, la equivalencia entre el procedimiento viciado y el regular.

3. Los defectos en materia de notificaciones y el curso de los plazos

Los dispositivos procedimentales que establecen que, aun cuando una notificación resulte defectuosa, los plazos para interposición de recursos o acciones comienzan a correr igual, incluso otorgando una extensión de aquellos [31], resultan inconstitucionales, pues —nuevamente— implican violar la igualdad al cargar en las espaldas del ciudadano la infracción del Estado a su deber de notificar correctamente. Si los plazos corren inclusive a partir de una notificación defectuosa, se ubica a la persona en una sustancial desventaja.

De igual modo, el Tribunal Europeo ha considerado que la omisión en informar el plazo disponible para la interposición de un recurso cuando la persona no cuenta con patrocinio letrado constituye una violación del proceso equitativo [32]. En el procedimiento administrativo ello brinda rango convencional a la obligación de

[30] V.gr., art. 31, dec.-ley 19.549, en su versión posterior a la ley 25.344.

[31] V.gr., arts. 40 y 44, dec. 1759/1972.

[32] SSTEDH, *Antonicelli v. Polonia* y *Kulikowski v. Polonia*, ambos del 19/5/2009, párrs. 44 y 70, respectivamente.

indicar en la notificación de un acto administrativo los recursos o acciones disponibles contra aquel, así como el plazo con que se cuenta para su utilización [33].

4. Prueba. Algunas reformas necesarias frente a la igualdad de armas

La responsabilidad primaria en materia probatoria se encuentra en cabeza del Estado cuando el principio de juridicidad demanda imperativamente la aplicación de ciertas normas cuyo presupuesto fáctico debe verificar la Administración. Esa competencia no es disponible y su falta de ejercicio no puede perjudicar al ciudadano.

Por ejemplo, existen normas que prevén que cuando los terceros no respondan un pedido de informes, "se prescindirá de esta prueba" [34]. Tal solución resulta inconstitucional, pues no sólo viola la igualdad de armas, sino que convalida la abdicación de la Administración del ejercicio de su competencia irrenunciable de llevar adelante el trámite y recabar los antecedentes necesarios para su resolución. De igual modo, aparece como reñido con tales premisas poner en cabeza del particular la carga de hacer comparecer a los testigos, ante cuya ausencia se da por decaída la prueba [35]. Es obvio que en la mayoría de los casos el ciudadano no cuenta con los medios prácticos para garantizar esa presencia y sí el Estado.

En similar tónica, imponer el desistimiento de pruebas, tales como un informe pericial como resultado del incumplimiento de su presentación en tiempo y forma por parte del experto [36], comporta una lesión de la igualdad de armas, pues carga una vez más sobre el ciudadano las consecuencias de omisiones de terceros, sobre los cuales no tiene capacidad de control.

Las reglas de procedimiento que estatuyen que los peritos serán a costa de la parte y que la Administración debe recabar informes de sus agentes [37] pueden en algunos casos irrogar una lesión a la igualdad de armas. Ello sucederá cuando no se encuentre garantizada la imparcialidad subjetiva y objetiva e independencia de los órganos técnicos, caso en el cual la Administración debe designar a su costa a un perito imparcial. También resultará exigible sufragar al perito si la parte se encuentra imposibilitada económicamente de hacerlo.

VIII. Principio de contradicción y dictámenes

La regla generalmente admitida de la inimpugnabilidad de los informes y dictámenes [38] no debe ser interpretada como sinónimo de la imposibilidad del ciudadano de *conocer esos actos preparatorios y expedirse sobre ellos antes de su tratamiento por la autoridad competente.*

De no admitirse esa posibilidad nos hallaríamos también ante la violación del principio de igualdad de armas, que *alcanza a toda afirmación que pueda inclinar*

[33] En esa línea, el art. 40, dec. 1759/1972, establece que las notificaciones de los actos administrativos "indicarán los recursos que se puedan interponer contra dicho acto y el plazo dentro del cual deben articularse los mismos o, en su caso, si el acto agota las instancias administrativas".

[34] Art. 48, dec. 1759/1972.

[35] Art. 50, dec. 1759/1972.

[36] Art. 57, dec. 1759/1972.

[37] Art. 54, dec. 1759/1972.

[38] Plasmada en el art. 80, dec. 1759/1972.

la balanza en la decisión final. Como ya vimos, el derecho de conocer y comentar toda la prueba o las alegaciones realizadas se extiende a las que provienen de cualquier persona que intervenga en el procedimiento *con posibilidades de influir en la decisión* [39]. Ello comprende a los procuradores, asesores, peritos, *amicus curiae* y cualquier otro funcionario o persona que tenga esa capacidad. El factor determinante en estos supuestos consiste en que el funcionario con autoridad para emitir opiniones o dictámenes que influyan en la decisión puede transformarse —de acuerdo con el contenido de aquellos— en el "aliado" o el "oponente" de la parte [40], por lo cual se considera vulnerada esta garantía si no se otorga la oportunidad de contraargumentar tales exposiciones. Dicho de otra forma, cuando un funcionario sugiere acoger o rechazar un planteo, deja de ser neutral desde el punto de vista del litigante y ese solo hecho hace exigible la posibilidad de expedirse sobre sus dichos.

De resultas de lo anterior, la parte debe contar con la posibilidad de formular observaciones a los dictámenes e informes, para lo cual deben serle notificados.

IX. El principio de eficacia y el procedimiento administrativo

Hemos dicho que la eficacia es otro principio central del procedimiento administrativo que se traduce en la consecución oportuna de los objetivos que este tiene encomendados. Esa consecución no debe ser entendida como una simple expresión de deseos, sino como un condicionante jurídico concreto del modo de llevar adelante las actuaciones. Toda decisión que conspire contra el efecto útil del trámite será inválida si se encuentra en juego un derecho fundamental, pues implicará —en el plano del procedimiento— incumplir la manda de los arts. 1° y 2° de la Convención Americana.

La eficacia marca toda la estructura del procedimiento administrativo, desde su diseño global hasta el más simple acto de trámite. Sin embargo, interesa aquí recalcar dos vertientes sumamente sensibles para la comprensión de nuestros modelos: la efectividad del sistema de recursos administrativos y la obligatoriedad del procedimiento.

1. El sistema impugnatorio. Los recursos administrativos y la directiva de efectividad

¿Cuáles son las condiciones que debe cumplir un procedimiento administrativo impugnatorio?

1.1. El principio de eficacia y el art. 25 de la Convención Americana como norma específica del ámbito recursivo

Para responder esa pregunta, indagaremos someramente sobre cuáles son las pautas que sobre la materia ofrece una interpretación armónica del Pacto de San José de Costa Rica.

[39] SSTEDH, *Lanz*, cit., párr. 57; *Bulut*, cit., párr. 47.
[40] SSTEDH, *Borgers*, cit., párr. 26.

1.1.1. El distingo entre los arts. 8° y 25 de la Convención Americana. Ámbitos material y temporal de aplicación.

El principio de eficacia encuentra en el art. 25 de la Convención Americana una modulación jurídica puntual destinada a verificar los requisitos que deben cumplir los mecanismos de tutela utilizados en sede administrativa, entre los cuales el procedimiento impugnatorio aparece como uno de los fundamentales. Dicho de otro modo, el art. 25 establece las condiciones que debe revestir un recurso administrativo encaminado a amparar a la persona contra un acto que lesiona sus derechos.

Esta norma consagra, bajo el título de "Protección judicial", el derecho de toda persona "a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención" (apart. 1°). Por su parte, el apart. 2° sanciona el compromiso de los Estados parte de: a) garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b) desarrollar las posibilidades de recurso judicial; y c) garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

La *especificidad* del art. 25 de la Convención para el procedimiento impugnatorio reside en que —a diferencia del art. 8° de ese tratado— *esta norma presupone que la persona se encuentra ante un acto que viola sus derechos*, siendo precisamente esa circunstancia la que habilita la exigibilidad de un remedio contra esa vulneración que contenga las características allí fijadas. Por el contrario, el art. 8° posee un alcance más general, en tanto enuncia las garantías que deben estar presentes en todos los supuestos en que nos hallemos ante la preparación de una decisión estatal por medio de la cual se determinen derechos u obligaciones. Cuando esa decisión se emite y la persona denuncia que esta importa la violación de algún derecho protegido por el tratado o el ordenamiento interno, el art. 25 adquiere su virtualidad propia, pues provee una garantía específica, consistente en la necesidad de dotar a la persona de la posibilidad de *atacar esa decisión* por medio de un recurso efectivo. El art. 8° de la Convención *rige siempre*, exista acto o no, mientras que el art. 25 tiene un alcance más puntual: garantizar a la persona un recurso *cuando existe un acto que la afecta.*

Cuando analizamos las posturas contrarias a la aplicación del art. 8° en el marco del procedimiento, vimos que aquellas plantean que dicha norma *presupone una violación* que es llevada al juez mediante un proceso donde sí rigen las garantías. El fundamento de esa postura reside, así, en que la condición básica para la aplicación del art. 8° es "que se haya producido un desconocimiento por parte del Estado de algún derecho" [41]. Es así que sólo cuando se da esa negación la Convención crea a través del art. 8° el derecho para las personas de dar inicio a un proceso.

Hemos planteado el desacuerdo con esa posición por entender que, al condicionar la aplicación del art. 8° a la existencia de la violación de un derecho, ella no

[41] Corte IDH, *Claude Reyes y otros*, cit., voto disidente de los jueces Abreu Burelli y Medina Quiroga.

da cuenta de la finalidad esencialmente *preventiva* del Pacto de San José de Costa Rica, propósito que se cumple si las garantías rigen durante el procedimiento de formación y emisión de la decisión estatal, al maximizarse la posibilidad de *evitar* una violación.

El análisis del art. 25 confirma tal postura, pues esa norma viene a cumplir el papel específico que corresponde al momento ulterior a la formación y la emisión del acto, consistente en la posibilidad de instar un recurso con determinadas características que ampare a la persona cuando ese acto comporta la violación de algún derecho. En otras palabras, *el rol que la disidencia atribuye al art. 8° —protección frente a la violación de un derecho— es el que cumple específicamente el art. 25.* La primera norma opera de modo general cuando debe determinarse algún derecho y, por ende, para *llegar* a la decisión debe respetarse. Sólo una vez que se llega a esa decisión y eventualmente existe una violación, la regla del recurso del art. 25 adquiere toda su virtualidad. Como ha precisado la Corte Interamericana, "el art. 8° no contiene un recurso judicial propiamente dicho, sino el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales para que pueda hablarse de verdaderas y propias garantías judiciales según la Convención" [42]; es decir que el art. 8° regula en general las garantías que deben estar siempre presentes y el art. 25 el recurso *strictu sensu* [43].

Es erróneo plantear que el art. 8° viene a operar como el resguardo de la persona ante la existencia de una negación a alguno de sus derechos. Esta norma opera en forma previa a esa negación y cuando esta se produce, la norma de aplicación es el art. 25. De otra forma estas dos disposiciones se superpondrían. El plano de formación de la decisión se encuentra abarcado por esta disposición del art. 8°, mientras que el ataque a esa decisión se reconduce al art. 25.

En síntesis, la norma del art. 25 de la Convención es la disposición especial aplicable a los procesos de impugnación de decisiones estatales ya adoptadas, pues su rasgo puntual es que funciona para proteger a la persona contra una violación, mientras que el art. 8° funciona para prevenir esa violación. Esto implica que el art. 5° es subsidiario del art. 8°, aplicándose sólo luego de la adopción de la decisión. La primera norma comienza a operar en la faz administrativa ante una decisión ya tomada.

1.1.2. Del recurso judicial al recurso administrativo

Ahora bien, el art. 25 —al igual que el 8°— hace referencia a la materia *judicial*, a la necesidad de contar con un recurso *ante los jueces*, puntualización que nuevamente genera el interrogante relativo a la posibilidad de su aplicación al procedimiento administrativo.

Una vez más el criterio fundamental para ensayar una respuesta reside en el carácter evolutivo de los sistemas internacionales de protección: en 1969 los redactores de la Convención fijaron como *piso mínimo* la efectividad del recurso judicial

[42] Corte IDH, OC-9/87, cit., párr. 27.

[43] Sobre el deslinde conceptual entre los instrumentos previstos en los arts. 8° y 25 de la Convención ver Corte IDH, *Escué Zapata v. Colombia. Fondo, reparaciones y costas*, 4/7/2007, voto razonado del juez García Ramírez, párr. 11.

en el art. 25, pero ahora esa efectividad debe extenderse a la posibilidad de obtener ese recurso útil ante la Administración [44].

La intención básica fue inicialmente poner a disposición de las personas un recurso que las ampare *ante los jueces* frente a una violación [45], recogiendo para ello "la institución procesal del amparo, como procedimiento sencillo y breve que tiene por objeto la tutela de los derechos fundamentales" [46]. Independientemente del grado de efectividad real en cada sistema de los países americanos, no puede discutirse el amplio reconocimiento formal de los mecanismos de amparo y hábeas corpus en estos.

Consolidada de esa forma la necesidad de conceder a las personas mecanismos judiciales sencillos y expeditos para la protección de sus derechos, la concepción evolutiva demanda hoy que esa protección deba extenderse al marco específico de la Administración, por ser esta un ámbito de actuación del poder donde se determinan derechos y obligaciones. La idea fundamental de aplicar esta norma al plano administrativo reside en permitir a la persona contar —a su discreción— con un *plus de tutela* consistente en mecanismos de protección ante la propia instancia administrativa *sin necesidad de recurrir al juez al que —como mínimo— tiene acceso*. Esos mecanismos existen habitualmente en todos los sistemas de procedimiento, pero en general no cumplen con los requisitos que establece el art. 25, como ya veremos. En definitiva, el sentido de una interpretación evolutiva es brindar a la per-

[44] El art. 23 del Anteproyecto de Convención Interamericana sobre Protección de Derechos Humanos preparado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, del cual deriva el actual art. 25, establecía que "toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, sencillo y rápido ante los jueces y tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la ley". El actual art. 25 de la Convención es el resultado de las enmiendas a ese proyecto propuestas principalmente por el delegado de Chile en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos de 1969, el cual tomó como referencia principal el art. 2.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que habla solamente de un "recurso efectivo" y no alude expresamente al recurso judicial. El sentido de plasmar una referencia expresa a los jueces apuntó a consolidar la protección por medio de fijar ese "piso" de tutela, pero no a excluir la efectividad de los recursos en otras instancias gubernamentales. Es así que cuando se estableció en el actual apart. 2°, art. 25 la referencia a la "autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado" se buscó solamente *mejorar la redacción del art. 2.3, inc. b), del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* que alude a que la "autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa o cualquiera otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso". Con la expresión "competente" se procuró *englobar a todo tipo de autoridad* subsanando las falencias que —por redundancia— presentaba la norma de las Naciones Unidas y de ningún modo restringir el recurso a la sede judicial. La norma exige como mínimo el acceso al juez, pero no excluye a otras autoridades del ámbito del recurso efectivo. La vocación de amplitud protectoria de este remedio y la premisa de efectividad como rasgo esencial de este aparece ostensible en el debate de su redacción (Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. *Actas y Documentos*, p. 260. Acta de la XIV sesión de la Comisión "I", 17/11/1969).

[45] Explica Cançado Trindade que "el origen —poco conocido— de esta garantía judicial es latinoamericano: de su consagración originalmente en la Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre (abril de 1948), fue transplantada a la Declaración Universal de los Derechos Humanos (diciembre de 1948), y de ahí a las Convenciones Europea y Americana sobre Derechos Humanos (arts. 13 y 25, respectivamente), así como al Pacto de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas (art. 2. 3)" (Corte IDH, *Genie Lacayo v. Nicaragua. Solicitud de revisión de la sentencia de fondo, reparaciones y costas*, 13/9/1997, voto disidente del juez Cançado Trindade, párrafo 19).

[46] Corte IDH, OC-9/87, cit., párr. 23.

sona un instrumento más de tutela en el campo específico de la Administración, sin perjuicio —claro está— de disponer del acceso rápido al juez.

Este abordaje evolutivo, desde el cual el objetivo del intérprete del Pacto debe ser el de ampliar su zona de protección, es el que en definitiva se desprende de una lectura armónica de los arts 1°, 2° y 29 de la Convención Americana. Es por ello que el art. 25 —al igual que el 8°— debe juzgarse de manera amplia y esa lectura amplia obsta a que la alusión al recurso "judicial" pueda interpretarse como exclusión de la tutela de los derechos de la persona frente a otras modalidades de ejercicio del poder público en las que —de acuerdo con el Estado de derecho— también deben regir mecanismos para proteger al individuo; de modo que, aun recurriendo al parcialmente útil criterio de la voluntad de los redactores, es claro que la alusión al recurso judicial —que al momento de la elaboración de la Convención tuvo el propósito de imponer a los Estados el deber de asegurar una tutela rápida bajo una modalidad específica, la judicial, y no por cualquier otro medio— operó como una base mínima de resguardo que —a la luz de las condiciones actuales— debe ser extendida a otros planos de gran relevancia para los derechos humanos, entre los cuales se destaca sin dudas la Administración.

Tanto el objeto de la Convención como una interpretación evolutiva del art. 25 permiten hoy sostener, en consecuencia, la generalización de su aplicación a nuevos ámbitos, diversos al piso mínimo impuesto a los Estados parte en su redacción original —el recurso efectivo ante los jueces—. Descontada hoy la exigibilidad del recurso judicial, la norma del art. 25 no se ha agotado ni permanece estática: su valor —a la luz de una interpretación dinámica— consiste en la capacidad de amplificarse a nuevos espacios donde la protección es requerida, siendo la Administración uno de los principales.

Naturalmente, y al igual que respecto del art. 8°, nada de lo dicho aquí debe ser entendido como una disminución de la plena vigencia de las garantías de los arts. 8° y 25 frente a los jueces [47]. Se trata aquí de adoptar un enfoque que posicione a la Administración como un ejecutor espontáneo de las garantías, sujeto —naturalmente— al control judicial. En otros términos, cuando se propone la vigencia de los arts. 8° y 25 en el procedimiento, se pretende *asegurar un plus de protección que haga innecesaria la llegada al juez por medio de prevenir la violación del derecho*. Desde ese prisma, el recurso administrativo concebido bajo los parámetros del art. 25 busca asegurar una tutela inmediata ante la Administración frente a la concreta situación de denuncia de una violación.

Esta idea se resume —parafraseando a la Corte Interamericana— en la obligación genérica de los Estados de consagrar normativamente y de asegurar la debida aplicación de los recursos efectivos y las garantías del debido proceso legal ante las autoridades competentes —*de cualquier especie*— que amparen a todas las personas bajo su jurisdicción contra actos que violen sus derechos fundamentales o que conlleven a la determinación de los derechos y obligaciones de estas [48].

[47] El piso mínimo del art. 25 de la Convención es, precisamente, asegurar el recurso judicial en todos los casos (CSJN, *Brusa*, 2003, *Fallos* 326:4816, consids. 5 a 7). Se trata aquí de ampliar la protección por sobre esa base.

[48] Corte IDH, *Baena, Ricardo y otros*, cit., párr. 79; *Cantos*, cit., párrs. 59 y 60; *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni*, cit., párr. 135; *Durand y Ugarte v. Perú. Fondo*, 16/8/2000, párr. 121.

2. Los requisitos que debe cumplir el sistema de impugnación administrativa. El recurso como garantía de la persona y no como privilegio estatal

Si el art. 25 es la norma específica aplicable frente a una decisión administrativa —en cuya emisión debió respetarse el art. 8°— que se denuncia como violatoria de algún derecho convencional o doméstico, debemos preguntarnos cuáles son las consecuencias de esa afirmación.

Primera consecuencia: la importancia decisiva de considerar a los recursos administrativos como una expresión del derecho consagrado en el art. 25 de la Convención Americana radica, fundamentalmente, en entender que esos recursos son una *garantía para la persona y no un privilegio del Estado para demorar la habilitación de la instancia judicial*. Entender al recurso como garantía trastoca toda su construcción, especialmente su obligatoriedad.

Dicho de otra forma, si el art. 25 consagra como mínimo la protección ante los jueces, la posibilidad de extender su alcance al campo administrativo no puede ser entendida como un impedimento para esa protección judicial, sino como un instrumento optativo a disposición de la persona tendiente a maximizar, a hacer más efectiva, la tutela. Ello dependerá de la evaluación que haga la persona, atendiendo a los rasgos de mayor informalidad en el procedimiento o a los menores plazos para su resolución. Es el afectado quien decidirá si instar la petición administrativa le reporta una solución más eficaz, pero la falta de ejercicio de esa opción no puede comprometer la tutela mínima, esto es, la judicial.

El recurso administrativo no debe ser entendido como una formalidad para el acceso a la vía judicial, esto es, como un privilegio para evitar que la Administración sea demandada directamente, sino como una garantía. Entender al recurso administrativo como una garantía y *no como una exigencia* conlleva cambios sustanciales en el modo de aproximarse al sistema administrativo de impugnaciones. El recurso administrativo debe —desde su faz preventiva— ser *más eficaz* en la protección que el propio recurso judicial, en tanto configura un *plus* sobre el piso mínimo de la tutela judicial efectiva. Por ello, los requisitos del art. 25 deben ser más enfáticamente aplicados respecto del primero. Si esos requisitos no se cumplen, no sólo el recurso administrativo no es obligatorio, sino que se habrá configurado una violación al principio de tutela administrativa efectiva que deberá ser conjurado por medio de la protección judicial contra tal violación.

La segunda consecuencia esencial de este planteo reside en las características que el recurso debe cumplir de acuerdo con esa norma. Los medios administrativos de impugnación deben satisfacer los estándares de *sencillez*, *rapidez* y *efectividad* para ser válidos, resultando aplicable a esos fines la jurisprudencia construida por la Corte Interamericana respecto de los recursos judiciales.

Los patrones en la materia son los siguientes:

a) No basta con que los recursos existan formalmente; es necesario que sean efectivos, es decir, se debe brindar la posibilidad real de interponer un recurso sencillo y rápido que permita alcanzar, en su caso, la protección requerida [49].

[49] Corte IDH, *López Álvarez*, cit., párr. 137 y ss; *García Asto y Ramírez Rojas*, cit., párr. 113; *Palamara Iribarne*, cit., párr. 183; *Acosta Calderón*, cit., párr. 92; *Hermanas Serrano Cruz*, cit., párr. 75; *Tibi*, cit., párr. 131. Com. IDH, Informe 27/93, caso 11.092, *Canadá*, 6/10/1993, párrs. 26 y ss.

b) La directiva de efectividad implica que el recurso sea idóneo para combatir la violación y que sea efectiva su aplicación por la autoridad competente, es decir que pueda dar resultados o respuestas frente a la violación [50].
c) La garantía del recurso efectivo se aplica no sólo respecto de los derechos contenidos en la Convención, sino también de aquellos que estén reconocidos por la Constitución o por la ley [51].
d) No pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios. Ello puede ocurrir, por ejemplo, cuando su inutilidad haya quedado demostrada por la práctica, porque el órgano carezca de la independencia necesaria para decidir con imparcialidad o porque falten los medios para ejecutar sus decisiones, o por cualquier otra situación que configure un cuadro de denegación de justicia, como sucede cuando se incurre en retardo injustificado en la decisión [52].
e) Esta garantía es aplicable a todo acto que viole derechos fundamentales o que conlleve la determinación de los derechos y las obligaciones de las personas [53].
f) Los recursos efectivos que los Estados deben ofrecer conforme al art. 25 de la Convención Americana deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal (art. 8°, Convención) [54].

La Corte Interamericana ha tenido oportunidad de aplicar estos criterios al procedimiento administrativo, considerando que el Estado había incurrido en violaciones a los arts. 8° y 25 de la Convención al no proveer un "recurso administrativo efectivo" para tutelar los derechos invocados por los peticionantes. La ineficacia del trámite operó, de esa forma, como causal para considerar al Estado incurso en una violación a estas disposiciones, al concluirse que la "abierta inefectividad del procedimiento administrativo" configura una transgresión de los arts. 8° y 25 de la Convención Americana, en concordancia con sus arts. 1.1 y 2° [55].

También la Corte Europea ha aplicado líneas similares para controlar la validez de los mecanismos internos que se ofrecen ante la violación de un derecho, puntualizando que la existencia de los remedios domésticos —de acuerdo con el art. 35 del Convenio de Roma— debe ser suficientemente cierta no sólo en teoría, sino también en la práctica. De igual manera, es carga del Estado que invoca la falta de agotamiento de los recursos internos probar que aquellos resultaban accesibles,

[50] Corte IDH, *Acevedo Jaramillo y otros v. Perú. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*, 7/2/2006, párrs 213 y ss; *Goiburú y otros v. Paraguay. Fondo, reparaciones y costas*, 22/9/2006, párr. 131; *Caso "Cinco Pensionistas"*, cit., párr. 136; *Raxcacó Reyes v. Guatemala. Fondo, reparaciones y costas*, 15/9/2005, párr. 112; Com. IDH, Informe 32/98, caso 11.507, *Anselmo Ríos Aguilar - México*, 5/5/1998, párr. 20.

[51] Corte IDH, *Yatama*, cit., párr. 167.

[52] Corte IDH, *Aguado Alfaro y otros*, cit., párrs. 124 y ss; *Acevedo Jaramillo y otros*, cit., párrs. 213 y ss; *Caso 19 Comerciantes*, cit., párr. 192; *Maritza Urrutia*, cit., párr. 116.

[53] Corte IDH, *Cantos*, cit., párrs. 59 y 60; *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni*, cit., párr. 135; *Durand y Ugarte*, cit., párr. 121.

[54] Corte IDH, *Comunidad indígena Yakye Axa*, cit., párr. 62.

[55] Corte IDH, *Comunidad indígena Yakye Axa*, cit., párrs. 97 y ss y *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa*, cit., párrs. 102 y ss.

capaces de brindar la protección necesaria respecto de la denuncia y ofrecer perspectivas razonables de éxito [56], atendiéndose especialmente a la existencia de antecedentes sobre su utilidad. Si la jurisprudencia o precedentes nacionales denotan incertidumbre sobre la viabilidad del remedio en la práctica, este no podrá considerarse como el exigido por el art. 13 del tratado [57]. De igual forma, el recurso provisto por el ordenamiento debe revestir la condición de normal u ordinario, no pudiendo el Estado invocar la puesta a disposición de remedios extraordinarios [58].

En otros términos, la efectividad del remedio depende de que prevenga la continuación de una violación o brinde adecuada compensación respecto de la ya acaecida [59].

3. Consecuencias de los principios del sistema impugnatorio

De acuerdo con los parámetros de sencillez, rapidez y efectividad, y al modo en que estos han sido entendidos por el órgano convencional, los recursos administrativos no pueden contener en su consagración normativa o en su aplicación concreta elementos que obstaculicen la eficacia de la tutela solicitada.

Toda limitación que se traduzca en la inidoneidad del recurso debe considerarse violatoria del art. 25 de la Convención. Ello sucederá cuando el recurso exista formalmente pero no reciba una aplicación real por parte de la Administración, cuando su tratamiento no sea rápido, cuando no pueda dar resultados o cuando su inutilidad haya quedado demostrada por la práctica, entre otros supuestos.

3.1. Admisibilidad del recurso

No se brinda la posibilidad real de interponer un recurso sencillo y rápido cuando se plantean obstáculos vinculados con su admisibilidad, tales como ritualismos formales [60] o plazos recursivos exiguos [61].

Vale aclarar, en este punto, que esta garantía no se agota con el libre acceso y desarrollo del recurso. Es necesario que el órgano interviniente produzca una conclusión razonada sobre los méritos del planteo, que establezca la procedencia o improcedencia de la pretensión jurídica que, precisamente, da origen al recurso. Esa decisión final es el fundamento y el objeto final del derecho reconocido por la Convención Americana en el art. 25. Es que la propia lógica interna de todo recurso indica que el decisor debe establecer claramente la verdad o el error de la postulación del reclamante. El ciudadano acude al órgano competente alegando la realidad de una violación de sus derechos, y el órgano en cuestión, tras un procedimiento de

[56] SSTEDH, *Herbst*, cit., párr. 62 y ss.; *Dalia v. Francia*, 19/2/1998, párr. 38; *Horvat v. Croacia*, 26/7/2001, párr. 38; *Scordino v. Italia*, 29/3/2006, párr. 142.

[57] STEDH, *Marini*, cit. párrs. 154-157.

[58] STEDH, *Assanidze*, cit., párr. 127.

[59] SSTEDH, *Kudla v. Polonia*, 26/10/2000, párr. 158; *Lukenda v. Eslovenia*, 6/10/2005, párr. 67.

[60] CSJN, *Barone*, 2004, *Fallos* 327:4629. Dictamen del Procurador Fiscal que la Corte hace suyo. La Corte de Estrasburgo ha considerado que se produce una violación al proceso equitativo si el sistema de procedimiento administrativo visto globalmente no resulta "suficientemente coherente y claro" (STEDH, *De Geouffre de La Pradelle*, cit., párr. 35).

[61] CSJN, *Parra de Presto*, 1993, *Fallos* 316:2539, consids. 8, 9 y 10.

prueba y de debate sobre esa alegación, debe obligatoriamente decidir si el reclamo es fundado o infundado. De lo contrario, el recurso devendría inconcluso.

Es así que la propia norma del art. 25.2.a establece expresamente el derecho de aquel que acude al recurso judicial a que "la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso". Decidir sobre los derechos implica efectuar una determinación entre los hechos y el derecho que recaiga y que trate sobre un objeto específico. Ese objeto es la pretensión particular del reclamante. Cuando la autoridad competente elude determinar los derechos del peticionario y analizar la viabilidad de su reclamo, impide a este último gozar del derecho a un remedio en los términos del art. 25 [62].

3.2. Efectos del recurso

No se cumple con la directiva de efectividad cuando el recurso no sirve para dar resultados o respuestas frente a la violación. Ello sucederá cuando el recurso no paralice la ejecución del acto de gravamen [63]; de modo que *la regla del efecto suspensivo de los recursos administrativos viene exigida por la premisa de su efectividad.*

En efecto, el carácter no suspensivo compromete esa efectividad si pensamos que la impugnación se formula contra una decisión dotada de caracteres que la hacen *irrevisable judicialmente* por prematura cuando el agotamiento de la vía administrativa es obligatorio, eficaz y exigible cuando se reconoce la *ejecutividad* y ejecutable por la Administración cuando goza de *ejecutoriedad.* El mantenimiento de esas condiciones hace ilusorio el recurso, pues priva a la persona de toda posibilidad de obtener un resultado.

Así lo ha reconocido expresamente la Corte Europea, tribunal que ha establecido principios sumamente relevantes en este punto, especialmente para aquellos modelos de control de las decisiones de la Administración Pública que, como el nuestro, son tributarios del derecho administrativo francés.

En efecto, Estrasburgo considera que la regla del efecto no suspensivo de los recursos y las acciones contra actos administrativos propia de ese modelo constituye una infracción al art. 13 del Convenio de Roma, indicando que esa norma exige —al menos en supuestos de grave compromiso de un derecho fundamental— el *efecto suspensivo automático y obligatorio de los recursos y acciones contra las decisiones de la Administración*, no siendo suficiente con que la paralización de la medida quede a criterio del órgano administrativo.

Como podrá notarse, el estándar general en este plano produce un fuerte impacto en aquellos sistemas *ius* administrativos que fijan la regla de ejecutoriedad y consiguiente efecto no suspensivo de recursos y acciones: la noción de remedio efectivo en los términos del art. 13 del tratado *requiere que este impida la ejecución de medidas contrarias al Convenio cuyos efectos sean potencialmente irreversibles.* En

[62] Com. IDH, Informe 30/97, caso 10.087, *Gustavo Carranza - Argentina*, 30/9/1997, párrs. 71 y ss. Corte IDH, *Castañeda Gutman*, cit., párrs. 100 y 101.

[63] La Corte Federal pareció en algunos casos reconocer al carácter no suspensivo de los recursos y acciones la jerarquía de principio interpretativo derivado del art. 12, dec.-ley 19.549 (CSJN, *Senok*, 1987, *Fallos* 310:2682, consid. 7 y 8).

consecuencia, *resulta contrario al art. 13 que tales medidas sean ejecutadas con anterioridad a que las autoridades nacionales hayan podido examinar esa compatibilidad*, aun cuando se reconozca a los Estados cierto margen de apreciación en este plano [64].

Esto implica que *la suspensión no puede quedar librada al criterio discrecional del órgano emisor de la decisión administrativa cuestionada*, que es precisamente lo que ocurre en la mayoría de los regímenes de procedimiento administrativo [65]. La efectividad de la tutela nacional de los derechos fundamentales demanda que las impugnaciones de las medidas que puedan afectarlos tengan efecto *suspensivo automático de jure* y no sólo *de facto*.

Es que las medidas de ejecución adoptadas con anterioridad a que la decisión administrativa adquiera firmeza pueden tener serias implicancias para la persona afectada, por lo cual los Estados deben restringir esa ejecución dentro de límites razonables que encuentren un justo equilibrio entre los intereses involucrados. Esto es especialmente importante en aquellos casos en que las medidas de ejecución son adoptadas sobre la base de decisiones de una autoridad administrativa, es decir, con anterioridad a la determinación de la obligación por parte de un tribunal. A fin de llevar a cabo el *test* de proporcionalidad de la ejecución inmediata de la medida administrativa —y del consiguiente efecto no suspensivo de las impugnaciones planteadas por el particular—, la Corte destaca los requisitos de finalidad legítima, adecuación, necesidad y proporcionalidad estricta [66]. Para ello deben ponderarse los fines esgrimidos por el Estado para justificar la necesidad de ejecución inmediata y la posibilidad de la persona de recuperar la posición legal original en caso de éxito en la impugnación contra la decisión. Un sistema que permite la ejecución de medidas administrativas sensibles para la persona con anterioridad a la determinación judicial de la obligación se encuentra abierto a crítica y sujeto a un estricto escrutinio [67], y en supuestos de consecuencias potencialmente irreversibles ello implicará directamente una violación a la garantía del recurso nacional efectivo, según hemos visto.

Tal vez una forma de conseguir el equilibrio que reclama el Tribunal de Estrasburgo, así como la eficacia del remedio nacional de protección, consista en plantear que los recursos que interpongan los ciudadanos suspendan la ejecución del acto administrativo, pero otorgando a la Administración o a los terceros afectados la posibilidad de requerir judicialmente esa ejecución cuando prueben que la decisión administrativa no logrará los efectos previstos por la norma atributiva de la competencia si no se permite su inmediata efectivización.

Vale apuntar que la Corte argentina ha considerado violatorio del art. 18 de la Constitución Nacional al efecto devolutivo del recurso contra una sanción de clausura impuesta por la autoridad administrativa, sobre la base de postular que "no cabe hablar de juicio —y en particular de aquel que el art. 18 de la Carta Magna exige como requisito que legitime una condena— si el trámite ante el órgano administra-

[64] SSTEDH, *Gebremedhin v. Francia*, 26/4/2007, párrs. 58 y 66; *Conka v. Bélgica*, 5/2/2002, párr. 79.

[65] V.gr., art. 12, dec.-ley 19.549.

[66] STEDH, *Janosevic*, cit., párr. 107.

[67] STEDH, *Janosevic*, cit., párr. 108.

tivo no se integra con la instancia judicial correspondiente; ni de juicio previo si esta instancia no ha concluido y la sanción, en consecuencia, no es un resultado de actuaciones producidas dentro de la misma" [68]. Es claro que tal criterio debe extenderse a toda actuación administrativa que afecte un derecho, aun cuando la medida no sea de índole sancionatoria, pues de lo que se trata es de la posibilidad de contar con un juicio previo, factor que necesariamente debe integrarse con la revisión judicial. Estos precedentes confirman, de ese modo, la base constitucional del efecto suspensivo de recursos y acciones.

3.3. Plazo de resolución

El recurso tiene que ser resuelto en tiempo útil [69]. Para la valoración de esa utilidad en el caso concreto debemos recurrir a los parámetros del plazo razonable, siendo especialmente relevante el cuarto criterio de análisis: el interés en juego para la persona.

Ello implica que las autoridades administrativas no sólo deben cumplir con los plazos fijados legalmente para decidir la impugnación, sino asegurar que el asunto se dilucide en un tiempo que sirva para remediar la situación en que se encuentra el afectado. Los plazos rigen en la medida en que la naturaleza y la importancia de lo que está en juego para el ciudadano lo permitan.

3.4. Garantías de independencia

No pueden considerarse efectivos aquellos recursos que, por las características de la organización administrativa, no permiten una revisión del acto atacado por parte de una autoridad que cumpla con las condiciones objetivas y subjetivas de imparcialidad e independencia respecto del órgano emisor del acto cuestionado. El funcionario que resuelve el recurso debe estar protegido contra presiones por parte del emisor del acto atacado.

3.5. Ejecución del recurso

Obviamente no se satisface la directiva de efectividad si la protección dispensada a la persona por medio del recurso no se realiza por falta de ejecución de la decisión [70].

3.6. El carácter opcional del recurso administrativo

Es esta la primera consecuencia de la dimensión convencional del sistema impugnatorio administrativo, como ya anticipamos. Un recurso administrativo no debe servir para impedir la llegada al juez, sino para hacerla innecesaria, y eso se logra si el recurso ofrece garantías de efectividad.

[68] CSJN, *Dumit*, 1972, *Fallos* 284:150, consid. 12, reiterado en *Lapiduz*, 1998, *Fallos* 321:1043, consid. 7.

[69] Corte IDH, *Salvador Chiriboga v. Ecuador. Excepción preliminar y fondo*, 6/5/2008, párrs. 88 y 117.

[70] SSTEDH, *Hornsby v. Grecia*, 19/3/1997, párr. 40; *Philis v. Grecia*, 27/8/1991, párr. 59; *Di Pede v. Italia* y *Zappia v. Italia*, ambos del 26/9/1996, párrs. 20-24 y 16-20 respectivamente; *Iza Ltd y Makrakhidze v. Georgia*, 27/9/2005, párr. 42.

El recurso —en tanto medio de protección o garantía— deber ser optativo para el ciudadano. No puede imponerse su utilización como un requisito de acceso a la protección judicial. La obligatoriedad del recurso como límite de acceso a la justicia implica infringir el art. 29, a) de la Convención Americana, en tanto se interpreta una garantía (recurso administrativo efectivo) para desconocer otra garantía (recurso judicial efectivo). El cauce administrativo configura un *plus* de protección por sobre el mínimo de acceso a la justicia y, por ende, no puede afectar ese mínimo.

Es decir que la obligación de interponer un recurso administrativo como impedimento para el acceso a la Justicia, en tanto implica concebirlo como un privilegio, vulnera el art. 25 de la Convención desde el prisma de la tutela administrativa efectiva. Al dotarse al recurso administrativo de obligatoriedad, este deja de funcionar como una *garantía* para convertirse en una *restricción*. Contrariamente a esa posibilidad, la utilización del recurso depende de una decisión del particular que atenderá a la constatación sobre la oportunidad de recibir una respuesta útil por parte de la Administración.

En definitiva, entender el recurso como un impedimento de acceso al control judicial viola el principio *pro homine*: *de los institutos creados para proteger los derechos no se pueden derivar interpretaciones contrarias a esos derechos y favorables al poder estatal. Del control judicial no puede deducirse la posibilidad de violar garantías en el procedimiento y del procedimiento no puede deducirse la imposibilidad de acceso a la justicia.* El recurso administrativo efectivo pretende ser un instrumento tendiente a reforzar la protección de los ciudadanos y no a limitarla, y, por ende, sería contradictorio derivar de la alternativa de su utilización una disminución de la garantía de recurso judicial.

4. El derecho al recurso efectivo como garantía procedimental autónoma

La efectividad del recurso establecido en el art. 25 de la Convención Americana constituye una garantía independiente de las establecidas en el art. 8°. Lo que debe asegurarse es la posibilidad de revisión eficaz de la decisión que se postula lesiva, más allá de que a la postre se verifique o no esa lesión. En otras palabras, cuando se impida el acceso al recurso administrativo efectivo, se producirá una violación autónoma del art. 25, aun cuando no se presente una afectación a otros derechos. Es el acceso a una instancia efectiva de revisión y la eventual tutela administrativa lo que asegura esa norma.

Por ejemplo, debe asegurarse un recurso efectivo para verificar el respeto al plazo razonable, más allá de que en definitiva se concluya que no se violó esa salvaguarda. Esto es así porque el derecho al recurso importa un derecho procedimental *al control*, más allá del resultado de ese control.

Al analizar la dimensión del art. 13 del Convenio Europeo —que obliga a los Estados a proveer remedios efectivos ante una instancia nacional ante la violación de algún derecho reconocido— la jurisprudencia de Estrasburgo ha destacado ampliamente la independencia entre la obligación del recurso efectivo y las garantías del proceso equitativo, expresando que dicha norma establece la disponibilidad a nivel nacional de un remedio para hacer cumplir los derechos y las libertades del Convenio en el modo en que se encuentren garantizados en el ordenamiento nacional. El efecto del art. 13 es, de esa manera, la exigencia de la provisión de un recurso doméstico que permita a la autoridad nacional competente hacer frente a la sus-

tancia del reclamo convencional tanto como garantizar adecuada protección. Lo exigible es ese remedio efectivo —tanto en la práctica como en derecho—, más allá de su resultado [71].

En ese camino, lo relevante es que el sistema interno sea capaz de verificar la existencia de la violación. Por ende, si el recurso no existe o impone restricciones excesivas en el alcance de la revisión que determinen la ineficacia del sistema, esa exigencia no se cumple [72]. Paralelamente, debe contarse con la posibilidad de responder a la queja por medio de la provisión directa y rápida de reparación ante el daño [73].

A diferencia del art. 25 de la Convención Americana —que extiende la exigibilidad del recurso efectivo tanto a la protección de derechos convencionales como a la de aquellos tutelados por el ordenamiento nacional— el deber de dotar de un remedio efectivo sólo rige en Europa para la protección de derechos reconocidos por el Convenio y no por el régimen interno [74]. Sin embargo, desde el punto de vista de la autonomía jurídica del remedio su jurisprudencia resulta sumamente útil. Es que, como ha aclarado con lucidez la Corte Europea, si bien el art. 13 refiere a la existencia de un remedio efectivo *ante una violación*, no es posible establecer la existencia de tal violación por parte de la autoridad nacional *a menos que sea posible primero plantear la queja* a esos efectos. De tal manera, no puede considerarse como prerrequisito para la aplicación del art. 13 que el tratado haya sido de hecho infringido. Dicha norma, por el contrario, exige que cuando un individuo considere haber sido perjudicado por una medida supuestamente violatoria del Pacto, cuente con un remedio ante la autoridad interna a efectos tanto de obtener una resolución sobre su reclamo y —si corresponde— una reparación. De tal forma, el art. 13 debe ser interpretado como garantía de un remedio efectivo ante la autoridad nacional para todo aquel que denuncie —en un planteo defendible— [75] que sus derechos y libertades asegurados por la Convención han sido vulnerados [76]. Además, se aclara que aunque un remedio particular no satisfaga completamente por sí mismo los requerimientos del art. 13, el conjunto total de remedios provistos por el derecho interno sí puede cumplir ese objetivo [77].

Es ese el sentido que cabe asignar también al art. 25 de la Convención. La dilucidación del respeto de las garantías en un caso concreto, por ejemplo el plazo razonable o la igualdad de armas, *es una cuestión independiente del hecho de si el afectado contó con un recurso efectivo para plantear su queja* y obtener —eventualmente— una tutela efectiva. La relevancia del carácter autónomo de la garantía del recurso efectivo reside en independizar la tutela de esta garantía de la presencia de otras lesiones jurídicas y —por lo tanto— exigir una respuesta ante la sola violación de esta por parte de la Administración. El quebrantamiento de esta garantía

[71] SSTEDH, *Dizman v. Turquía*, 20/9/2005, párr. 94; *Aksoy v. Turquía*, 18/12/1996, párr. 95; *Aydın v. Turquía*, 25/9/1997, párr. 103; *Kaya v. Turquía,* 19/2/1998, párr. 167

[72] Por ejemplo STEDH, *Hatton y otros v. Reino Unido*, 8/7/2003, párrs. 141 y 142.

[73] STEDH, *Apostol*, cit., párr. 44.

[74] STEDH, *Pierre-Bloch*, cit., párr. 64.

[75] STEDH, *Burdov*, cit., párr. 96.

[76] STEDH, *Klass y otros*, cit., párr. 64.

[77] SSTEDH, *Leander v. Suecia*, 26/3/1987, párr. 84.

activa la debida protección administrativa o judicial, sin necesidad de vulneración de ningún otro derecho.

Es importante aclarar que la autonomía del derecho al recurso que hemos tomado de la jurisprudencia del Tratado de Roma no ha sido siempre reconocida. Inicialmente, la Corte Europea proponía el carácter *accesorio* del derecho a un recurso efectivo ante las autoridades nacionales, con lo cual cuando no se verificaba la lesión a algún derecho del Convenio se concluía automáticamente en ausencia de una vulneración del art. 13 [78]. En pronunciamientos posteriores [79] el ámbito de aplicación del art. 13 comenzó a ampliarse, llegándose al reconocimiento de una *garantía procedimental autónoma* —llamada "remedio efectivo ante la autoridad nacional"— ante cuya lesión se configuraba responsabilidad internacional, aun cuando no se lesionara otro interés protegido. Esta noción de *garantía procedimental autónoma* es la que interesa rescatar respecto del procedimiento administrativo.

La Corte comenzó a distinguir los contornos propios de la figura establecida en el art. 13, explicando que existe una diferencia de naturaleza entre los intereses protegidos en esa cláusula y los propios de otras disposiciones convencionales en las cuales las garantías procedimentales son accesorias de los bienes jurídicos esenciales tutelados en la norma. Tal es el caso, por ejemplo, del derecho de propiedad protegido en el art. 1° del Protocolo 1° o del derecho a la privacidad del art. 8°. En esos supuestos, las garantías procedimentales allí establecidas no poseen calidad autónoma, sino que son accesorias del propósito mayor de la disposición. Por el contrario, el art. 13 establece una garantía procedimental —a saber, el "derecho a un recurso efectivo"— que *no es accesoria de otro derecho*. La diferencia sustancial que se desprende del distingo reconocido por la Corte será, precisamente, que —en atención a las diferentes finalidades de las salvaguardas reconocidas en las disposiciones de la Convención frente a las del art. 13— resulta ahora admisible examinar los hechos de cada caso bajo las dos normas, solución que se traduce en la consagración de la autonomía jurídica de la garantía procedimental del recurso nacional [80].

Al igual que con lo sucedido en relación con el art. 13 del Convenio Europeo, se propone aquí abordar la garantía del art. 25 de la Convención Americana como una protección procedimental que *no es accesoria de otros derechos*, tales como la libertad, la propiedad, la igualdad, el debido proceso, el plazo razonable o la debida fundamentación [81]. Por lo tanto, cuando la Administración no garantice la sencillez, la efectividad y la rapidez de sus recursos, se producirá una lesión al art. 25, independientemente de la infracción a otras cláusulas convencionales. Las personas cuentan con el derecho a un recurso administrativo efectivo y ese derecho se conculca cuando la Administración no dota a sus sistemas impugnatorios de pautas de eficacia, sino que los encara como formas de demorar la solución judicial de un conflicto.

[78] STEDH, *Leander*, cit., párr. 78.

[79] Gradualmente, en sus sentencias en los casos *Klass*, cit.; *Silver*, cit., y otras, la Corte Europea empezó a reconocer el carácter autónomo del art. 13.

[80] SSTEDH, *Iatridis v. Grecia*, 25/3/1999, párr. 65; *McMichael*, cit., párr. 91.

[81] SSTEDH, *Iatridis*, cit., párr. 66; *Aksoy*, cit., párr. 95 *in fine*; *Smith y Grady v. Reino Unido*, 27/9/1999, párr. 135; *Vilvarajah y otros v. Reino Unido*, 30/10/1991, párr. 122.

5. El recaudo de agotamiento de la vía administrativa como excepción y no como regla para el acceso a la Justicia

¿Puede plantearse el agotamiento de la vía administrativa como un requisito genérico de acceso a la Justicia?

Hemos anticipado la respuesta negativa a este interrogante a partir de postular el carácter optativo del recurso administrativo. A esos argumentos se adiciona que la Corte Interamericana ha sido categórica al sostener la siguiente regla: "Cualquier norma o medida del orden interno que imponga costos o *dificulte de cualquier otra manera el acceso de los individuos a los tribunales* y que no esté justificada por las razonables necesidades de la propia administración de justicia debe entenderse contraria al precitado art. 8.1 de la Convención" [82].

Esta enfática afirmación de la Corte lleva a preguntarnos qué debemos entender por "dificultar de cualquier otra manera el acceso de los individuos a los tribunales", también si eso se aplica a los presupuestos de la acción procesal administrativa y cuáles son las razonables necesidades de la propia administración de justicia. Todos estos elementos deben ser objeto de una cauta respuesta a fin de constatar si el agotamiento de la vía administrativa como limitación de la llegada a los jueces cumple los requerimientos que —según considera la Corte Interamericana— impone el art. 8.1.

Es posible aproximarnos a las respuestas a tales preguntas teniendo en cuenta algunas pautas:

a) La noción de dificultar de cualquier manera el acceso de los individuos a los tribunales debe ser aprehendida desde el lenguaje ordinario y la premisa conforme a la cual la Convención asegura derechos concretos y prácticos. Ello significa que dificultar el acceso a los jueces implica *imponer exigencias que conlleven un plus sobre las propias del funcionamiento del Poder Judicial*, tales como contar con patrocinio letrado o cumplir ciertas reglas que hacen a la ordenada tramitación de los juicios. Las exigencias vedadas son aquellas que exceden las reglas lógicas elaboradas para llevar un proceso a buen puerto.
b) En segundo lugar, las restricciones —para ser válidas— deben justificarse en las necesidades razonables *de la propia administración de justicia*. Esto implica que no pueden imponerse limitaciones que no atiendan a ese patrón, tales como aquellas basadas en consideraciones financieras o en la existencia de prerrogativas exorbitantes de la Administración. Nuevamente las únicas exigencias justificadas en la propia administración de justicia son aquellas que tienden a facilitar el juicio —y naturalmente el derecho de defensa—. Otras razones no se encontrarán autorizadas a la luz del art. 8.1.

Desde tal óptica, puede decirse que el agotamiento de la vía administrativa establecido *en forma indiscriminada* como requisito obligatorio de habilitación de la instancia judicial para todos los casos configura una medida del orden interno que

[82] Corte IDH, *Cantos*, cit., párr. 50; *Tiu Tojín v. Guatemala. Fondo, reparaciones y costas*, 26/11/2008, párr. 95.

dificulta el acceso de los individuos a los tribunales sin encontrarse justificada por las razonables necesidades de la propia administración de justicia, violando —en consecuencia— el art. 8.1 del Pacto de San José de Costa Rica.

Por el contrario, es posible fijar —como dice la Corte— *limitaciones* al acceso directo al juez y, por lo tanto, no resulta contrario a la Convención establecer los supuestos excepcionales en que debe agotarse la vía administrativa, siempre y cuando se demuestre que ello favorece el desarrollo de los procesos.

De este modo *el agotamiento de la vía administrativa debe ser entendido como una excepción a las reglas de acceso directo e irrestricto a la justicia* y *demandabilidad directa del Estado*. La regla es el acceso directo al juez y la inexigibilidad del agotamiento, pero a la vez se permite al legislador la fijación taxativa y expresa de las excepciones a esa directiva general. Esas limitaciones deben ser enunciadas claramente y precisado su alcance, pues fuera de esos supuestos subsistirá la directiva de llegada irrestricta al juez por parte de los ciudadanos. *Lo que no es admisible es imponer el agotamiento en todos los casos*, sin distinciones y como regla general. No se trata de fijar excepciones al agotamiento de la vía administrativa, sino de lo inverso: excepciones al acceso directo a la instancia judicial.

X. Referencia bibliográfica

Badell Madrid, Rafael, "La ejecución administrativa de los actos administrativos y la garantía de los derechos constitucionales", en AA.VV., *Terceras Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan Brewer-Carías*, Funeda, Caracas, 1997.

Balbín, Carlos F., "Sobre la habilitación de la instancia en el proceso contencioso administrativo de la Ciudad de Buenos Aires", LL del 1/8/2001.

Beladiez Rojo, Margarita, "La nulidad y la anulabilidad. Su alcance y significación", *Revista de Administración Pública*, nro. 133, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1994.

Bianchi, Alberto B., "Entre el agotamiento de la instancia y el plazo de caducidad. (¿A quién protege el procedimiento administrativo?)", en AA.VV., *Cuestiones de procedimiento administrativo*, Rap, Buenos Aires, 2006.

— "¿Tiene fundamentos constitucionales el agotamiento de la instancia administrativa?", LL 1995-A-397.

Bosch, Juan, "La actividad jurisdiccional de la Administración Pública y la garantía del debido proceso", LL 1996-E-1332.

Canda, Fabián O., "El incumplimiento de los procedimientos esenciales previos al dictado del acto administrativo y la teoría de la subsanación", ED, Serie Especial de Derecho Administrativo, 28/6/2002.

— "La suspensión de los efectos del acto administrativo (requisitos para su procedencia en sede administrativa y judicial)", en Comadira, Julio R., *Elementos de derecho administrativo*, La Ley, Buenos Aires, 2005.

Cassagne, Juan C., *Fragmentos de derecho administrativo. Entre la justicia, la economía y la política*, Hammurabi, Buenos Aires, 2003.

— "Principios generales del procedimiento administrativo", en AA.VV., *Procedimiento administrativo*, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 1998.

Comadira, Julio R., *Derecho administrativo*, LexisNexis, Buenos Aires, 2003.

— "Procedimiento administrativo y participación ciudadana", *www. eldial.com.*

COMADIRA, Julio R., "La posición de la Administración Pública ante la ley inconstitucional", *Revista Derecho Administrativo*, año 1, Buenos Aires, 1989.
— *La anulación de oficio del acto administrativo*, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 1998.
COMADIRA, Julio R. - MONTI, Laura M., *Procedimientos administrativos. Ley Nacional de Procedimientos Administrativos anotada y comentada*, La Ley, Buenos Aires, 2002.
D'ARGENIO, Inés, *La justicia administrativa en Argentina*, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2003.
FERNÁNDEZ, Tomás R., "Juzgar a la Administración contribuye también a administrar mejor", *Revista Española de Derecho Administrativo*, nro. 076, Civitas, Madrid, 1992.
FIORINI, Bartolomé A., *Derecho administrativo*, t. II, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997.
— *Qué es el contencioso,* Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997.
GALLEGOS FEDRIANI, Pablo O., *Las medidas cautelares contra la Administración Pública*, Ábaco, Buenos Aires, 2002.
GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La lucha contra las inmunidades del poder*, Civitas, Madrid, 1983.
— "Principio de legalidad, estado material de derecho y facultades interpretativas y constructivas de la jurisprudencia en la constitución", *Revista Española de Derecho Constitucional*, nro. 10, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1984.
GARCÍA PULLÉS, Fernando R., *Tratado de lo contencioso administrativo*, t. II, Hammurabi, Buenos Aires, 2004.
— "¿Es el agotamiento de la vía administrativa inconciliable con el derecho a la tutela judicial efectiva?", *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, nro. 348, Buenos Aires, 2007.
GARRIDO FALLA, Fernando, "La obligación de resolver: actos presuntos y silencio administrativo", *Revista Española de Derecho Administrativo*, nro. 82, Civitas, Madrid, 1994.
GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *El derecho a la tutela jurisdiccional*, Civitas, Madrid, 2001.
— "Los obstáculos del acceso a la Justicia administrativa", *Revista Española de Derecho Administrativo*, nro. 83, Civitas, Madrid, 1994.
GORDILLO, Agustín, *La administración paralela*, Civitas, Madrid, 2001.
— *Procedimiento administrativo*, LexisNexis, Buenos Aires, 2003.
GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo A. - JUSTO, Juan B. - EGEA, Federico, M., *Principios para una justicia administrativa en el actual Estado de derecho*, Publifadecs, General Roca, 2007.
HERNÁNDEZ MENDIBLE, Víctor R., *La tutela judicial cautelar en el contencioso administrativo*, Vadell, Caracas, 1998.
HUTCHINSON, Tomás, *Régimen de procedimientos administrativos*, Astrea, Buenos Aires, 1998.
JUAN LIMA, Fernando, "Leyes secretas. Continúa el sigilo", LL 2006-E-74.
JUSTO, Juan B., "Sobre la ejecutoriedad del acto administrativo", *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, nro. 361, suplemento especial, Rap, Buenos Aires, 2008.
LISA, Federico, J. "La presunción de legitimidad de los actos administrativos ema-

nados de particulares" (conferencia pronunciada en las "Jornadas sobre Cuestiones de acto administrativo, reglamento y otras fuentes del derecho administrativo", Universidad Austral, 21, 22 y 23 de mayo, Buenos Aires, 2008, en prensa).

MAIRAL, Héctor, *Control judicial de la Administración Pública*, ts. I y II, Depalma, Buenos Aires, 1984.

MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, t. I, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1988.

MERTEHIKIAN, Eduardo, "La prueba en el proceso administrativo a la luz de la garantía constitucional a la tutela judicial efectiva y el principio de legalidad", *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, nro. 341, Buenos Aires, 2007.

— "Validez y eficacia del acto administrativo", *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, nro. 210, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 1996.

MONTI, Laura, "El principio del informalismo en el procedimiento administrativo", en AA.VV., *Procedimiento administrativo*, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 1998.

MUÑOZ, Guillermo A., *Silencio de la Administración y plazos de caducidad*, Astrea, Buenos Aires, 1982.

— "Inmunidad del poder: la inactividad administrativa", LL 1990-B-851.

MUÑOZ, Guillermo A. - GRECCO, Carlos M., *Fragmentos y testimonios del derecho administrativo*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999.

PERRINO, Pablo, "La tutela judicial efectiva y el acceso a la jurisdicción contencioso administrativa", *Revista de Derecho Público*, Proceso Administrativo, t. I, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003.

REIRIZ, María G., "Legitimación para ser parte en el procedimiento administrativo", en AA.VV., *Acto y procedimiento administrativo*, Plus Ultra, Buenos Aires, 1975.

RUBIO LLORENTE, Francisco, "El principio de legalidad", *Revista Española de Derecho Constitucional*, nro. 39, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1993.

SACRISTÁN, Estela B., "La motivación como requisito esencial del acto administrativo", en AA.VV., *Acto administrativo y reglamento*, Rap, Buenos Aires, 2002.

SALOMONI, Jorge L., "Denuncia de ilegitimidad, seguridad jurídica y derechos fundamentales", en AA.VV., *Cuestiones de procedimiento administrativo*, Rap, Buenos Aires, 2006.

— "La ejecutoriedad del acto administrativo", en AA.VV., *Acto administrativo y reglamento*, Rap, Buenos Aires, 2002.

SAMMARTINO, Patricio M., *Principios constitucionales del amparo administrativo*, LexisNexis, Buenos Aires, 2003.

SANTAMARÍA PASTOR, Juan A., "Tutela judicial efectiva y no suspensión en vía de recurso", *Revista de Administración Pública*, nro. 100, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1983.

SESIN, Domingo J., *Administración Pública. Actividad reglada, discrecional y técnica. Nuevos mecanismos de control judicial*, LexisNexis, Buenos Aires, 2004.

TAWIL, Guido S., *Administración y justicia*, ts. I y II, Depalma, Buenos Aires, 1993.

— "El Código Varela y la necesidad de una profunda transformación en el contencioso-administrativo provincial argentino", en BIANCHI, Alberto B. - TAWIL, Guido S., *Proceso administrativo y constitucional*, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 1992.

TAWIL, Guido, "Los plazos para accionar en la instancia contencioso-administrativa", en TAWIL, Guido S. - BIANCHI, Alberto B., *Proceso administrativo y constitucional*, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 1992.

CAPÍTULO VI

EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMO CAUCE PARA LA SATISFACCIÓN DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

SUMARIO: I. Obligaciones contenidas en los tratados de derechos económicos, sociales y culturales. II. Valor interpretativo de los criterios de los órganos de aplicación. III. Las obligaciones características de los derechos económicos, sociales y culturales. Clasificación. IV. Proyecciones procedimentales de la distinción entre obligaciones de medio y de resultados. V. El procedimiento administrativo como indicador de progreso en materia de derechos económicos, sociales y culturales. VI. Referencia bibliográfica

I. OBLIGACIONES CONTENIDAS EN LOS TRATADOS DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

No pretende este capítulo adentrarse en el alcance y el contenido de los derechos económicos, sociales y culturales —que se encuentran reconocidos en el derecho positivo argentino con rango constitucional—, sino solamente analizar las proyecciones que sus particularidades producen en el plano del procedimiento administrativo, atendiendo especialmente a la índole prestacional de las medidas a las que estos dan lugar.

Así como hemos tratado de enfatizar las consecuencias que los arts. 8° y 25 de la Convención Americana producen en el procedimiento en general y en el sancionador en especial, es necesario ahondar en las proyecciones que en la actuación administrativa genera el hecho de que el objeto del trámite sea un derecho económico, social y cultural, especialmente protegido.

Principalmente, veremos que esa circunstancia activa una serie de obligaciones estatales de distinta índole que deben quedar plasmadas en las actuaciones administrativas y que la característica procedimental más marcada de esas obligaciones consiste en demandar una *participación genuina de los afectados* por las medidas estatales que incidan en el goce o ejercicio de este tipo de derechos.

En esa tarea, es necesario enfatizar, en primer término, el principio de indivisibilidad de los derechos humanos, que se opone a la formulación de distinciones entre los derechos civiles y políticos frente a los económicos, sociales y culturales. Ambos tipos de derechos generan obligaciones de respeto, protección y garantía, y con ello el deber de organizar el aparato estatal —y, por ende, también la Administración— de modo de asegurar su efectivo disfrute.

Un elemento distintivo, sin embargo, es el principio de progresividad en esta materia, que parte de reconocer la imposibilidad de asegurar en forma inmediata el grado más alto de disfrute de estos derechos. Esto, por cierto, de ningún modo implica la inexistencia de obligaciones jurídicamente exigibles en este campo.

Como ha quedado plasmado en los Principios de Limburgo sobre la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales [1] —incorporado a nuestro bloque constitucional en el art. 75, inc. 22, de la Carta Federal—, los elementos de carácter interpretativo a tener en cuenta para discernir el alcance de las obligaciones contenidas en ese Pacto tienen su punto de partida en su art. 2.1, en tanto obliga a adoptar medidas "por todos los medios apropiados" para garantizar el ejercicio efectivo de los derechos allí reconocidos. Ello implica que todos los Estados parte tienen la obligación de comenzar de inmediato a concretar medidas que persigan la plena realización de los derechos reconocidos en el tratado, para lo cual deben utilizarse todos los medios adecuados a nivel nacional, incluyendo, entre otras, las medidas legislativas, administrativas, judiciales, económicas, sociales y educacionales que resulten coherentes con la naturaleza de aquellos.

El propósito de esas medidas es lograr progresivamente la plena efectividad de estos derechos, partiendo del reconocimiento de la imposibilidad de hacerlo en forma inmediata. Sin embargo, "bajo ninguna circunstancia esto será interpretado de manera que implique que los Estados tienen el derecho de aplazar indefinidamente los esfuerzos destinados a asegurar la plena efectividad. Al contrario, todos los Estados parte tienen la obligación de comenzar inmediatamente a adoptar medidas dirigidas a cumplir sus obligaciones bajo el Pacto" [2].

Anticipando reticencias habituales, vale aclarar que la obligación del logro progresivo existe independientemente de cualquier aumento de recursos. Por el contrario, requiere de una utilización eficiente de los recursos de que se disponga [3].

Paralelamente, algunas de las obligaciones previstas en el Pacto exigen su plena e inmediata realización, como la prohibición contra la discriminación estipulada en el art. 2.2 del Pacto y el aseguramiento de la subsistencia mínima de todas las personas, límite insoslayable de la progresividad como excusa estatal.

Como resultado de esas premisas, el principio 72 de Limburgo establece que un Estado parte incurre en una violación del Pacto, si:

a) no toma alguna medida que le es requerida por el Pacto;
b) no elimina rápidamente los obstáculos a que está obligado para permitir la efectividad inmediata de un derecho;

[1] Elaborados por un grupo de distinguidos expertos en el campo del derecho internacional, que fueron convocados por la Comisión Internacional de Juristas, la Facultad de Derecho de la Universidad de Limburgo (Maastricht, Países Bajos) y el Instituto de Derechos Humanos Urban Morgan, Universidad de Cincinnati (Ohio, Estados Unidos de América). El grupo se reunió en Maastricht en junio de 1986 con el propósito de considerar la naturaleza y el alcance de las obligaciones de los Estados parte conforme al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; la consideración por parte del recientemente constituido Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del Ecosoc, de los informes presentados por los Estados parte y la cooperación internacional bajo la Parte IV del Pacto. Los veintinueve participantes provenían de Australia, la República Federal de Alemania, Hungría, Irlanda, México, los Países Bajos, Noruega, Senegal, España, Reino Unido, Estados Unidos, Yugoslavia, el Centro de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, la Organización Internacional del Trabajo (OIT), la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (Unesco), la Organización Mundial de Salud (OMS), la Secretaría del *Commonwealth* y las organizaciones patrocinadoras. Cuatro de los participantes eran miembros del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del Ecosoc.

[2] Principio 21 de Limburgo.

[3] Principio 23 de Limburgo.

c) no aplica sin demora un derecho a que está obligado a garantizar de inmediato conforme al Pacto;
d) incumple intencionalmente una norma mínima internacional de realización ampliamente reconocida y cuya efectividad está dentro de sus posibilidades;
e) impone una limitación a un derecho reconocido en el Pacto en contraposición con lo estipulado en este;
f) retrasa o interrumpe intencionalmente la realización progresiva de un derecho, a menos que se actúe dentro del contexto de una limitación admitida por el Pacto o por razones de la falta de recursos disponibles o de fuerza mayor;
g) no presenta informes tal como lo estipula el Pacto.

II. Valor interpretativo de los criterios de los órganos de aplicación

Los dos instrumentos de tutela internacional de los derechos económicos, sociales y culturales a que haremos referencia —uno universal, el otro regional— contienen directivas jurídicas cuya internalización por parte de los Estados es todavía incipiente en los hechos. Ello quizás responda a la histórica tendencia a relegar a este tipo de derechos frente a los civiles y políticos, lo cual se ha traducido especialmente en la idea de una mayor laxitud de las obligaciones jurídicamente exigibles frente al Estado y —correlativamente— en una menor eficacia de los instrumentos judiciales y administrativos de tutela.

Como veremos a lo largo de este capítulo, esas dos características no reflejan en la actualidad la dimensión concreta de los sistemas jurídicos de protección de estos derechos. Por el contrario, los derechos económicos, sociales y culturales no solamente resultan plenamente exigibles por medio de los mecanismos usuales de protección, sino que presentan, como particularidad propia, una apertura a la participación ciudadana notablemente vasta que debe trasladarse a los procedimientos de toma de decisiones de la Administración.

En efecto, siendo una de las obligaciones más relevantes en este campo la *adopción de medidas, políticas y programas estratégicos* tendientes a la progresiva consecución de los propósitos convencionales, la participación de los titulares de esos derechos en la formulación de estas aparece como un rasgo saliente que afecta, sin lugar a dudas, a las modalidades de gestión administrativa.

1. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Comité

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales fue aprobado y abierto a la firma en 1966 y entró en vigor el 3/1/1976. La Argentina le confirió rango constitucional en 1994. El cumplimiento por los Estados parte de las obligaciones que les impone el Pacto y el grado de efectividad de los derechos y las obligaciones en cuestión son vigilados por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que se ha ocupado de discernir el contenido básico de los compromisos asumidos por los contratantes.

Dicho Comité fue creado por el órgano de aplicación previsto en la Parte IV del Pacto —el Consejo Económico Social— en 1985 [4] y se compone por un cuerpo de expertos independientes que tiene la función de monitorear el grado de implementación del Pacto en el ámbito de los Estados parte y de emitir observaciones generales sobre el sentido y alcance de las disposiciones del tratado. Podría decirse que el Consejo Económico Social ha delegado en ese cuerpo la ejecución de los mecanismos de supervisión propios de esta convención y, por ende, que es el órgano de referencia para indagar en torno a la aplicación concreta del tratado [5].

A esos efectos, los Estados se encuentran obligados a presentar reportes cada cinco años sobre las modalidades internas de implementación de los derechos, esto es, las medidas judiciales, legislativas y de política adoptadas, así como los progresos realizados con el fin de asegurar el goce de los derechos reconocidos en el Pacto. El Comité evalúa cada reporte y expone sus comentarios y recomendaciones en la forma de observaciones finales [6].

Es importante precisar que el Comité no puede tratar reclamos o denuncias individuales, teniendo actualmente una función acotada a la evaluación de los informes de los Estados [7]. Ello marca una diferencia fundamental con el Comité de Derechos Civiles y Políticos previsto en la Parte IV del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el cual cuenta con amplias facultades de intervención frente a planteos individuales, especialmente a partir de la puesta en funcionamiento del Protocolo Facultativo de dicho tratado.

Se observan, de esta manera, diferentes asimetrías procedimentales entre los dos Pactos que seguramente obedecen a la reticencia de los Estados a obligarse jurídicamente en el campo de los derechos económicos, sociales y culturales:

a) El Comité de Derechos Civiles y Políticos ha sido creado por el Pacto, mientras que el de Derechos Económicos, Sociales y Culturales no posee tal rango, sino que proviene de una resolución del Consejo Económico Social. Las normas de creación de los órganos poseen, consecuentemente, diferente jerarquía y mecanismos de modificación.

[4] ONU, Resolución del Consejo Económico Social (Ecosoc) 1985/17.

[5] La Corte Federal argentina ha definido al Comité como "el intérprete autorizado del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales en el plano internacional y actúa, bueno es acentuarlo, en las condiciones de vigencia de este, por recordar los términos del art. 75, inc. 22, CN (CSJN, *Aquino*, 2004, *Fallos* 327:3753, consid. 8).

[6] Se encuentran compiladas por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Representación Regional para América Latina y el Caribe c/o Comisión Económica para América Latina y el Caribe (Cepal) en *Compilación de observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sobre países en América Latina y el Caribe (1989-2004)*. Santiago, Chile, noviembre 2004. Por ejemplo, en la última observación final respecto de los informes presentados por la Argentina, el Comité sugirió al gobierno de nuestro país que tome medidas institucionales, en la Administración Pública, para garantizar que se tengan en cuenta las obligaciones que ha contraído en virtud del Pacto al formular políticas nacionales sobre cuestiones como la vivienda, la salud y la educación (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales E/C.12/1/Add.38, 8/12/1999, párr. 27).

[7] Tanto en los trabajos preparatorios del Pacto Internacional como del Protocolo de San Salvador se concibieron mecanismos de aplicación no contenciosos a partir del supuesto carácter programático de los derechos económicos, sociales y culturales.

b) El art. 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece la obligación de adoptar medidas para la efectividad de los derechos de modo incondicional, mientras que el art. 2.1 del Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales matiza esa obligación por medio de la sujeción a la disponibilidad de recursos y realización progresiva.
c) El art. 2.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos consagra de modo expreso el derecho a un recurso nacional efectivo en caso de violación. Esa previsión no se observa en el tratado de derechos económicos, sociales y culturales, cuyo mecanismo de protección se acota a la evaluación de informes y elaboración de recomendaciones.
d) El Comité de Derechos Civiles y Políticos posee competencia para intervenir en denuncias individuales de violación, mientras que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales tiene limitada su capacidad de acción al examen de los informes periódicos de los Estados [8].

Estas diferencias de orden formal no deben llevarnos a concluir en una debilidad del sistema de tutela internacional de los derechos económicos, sociales y culturales. Si bien es evidente la necesidad de dotar de mayores atribuciones al órgano de aplicación, este ha realizado una labor interpretativa de indudable valor para los sistemas internos. El contenido prescriptivo de esas interpretaciones cumple, así, la exigencia última de este tipo de modelos de protección, que es fundamentalmente la aplicación espontánea de sus directivas en el plano doméstico. Como ya hemos dicho, la eficacia de los tratados se vería seriamente comprometida si dependiera de la intervención de los órganos internacionales; ellos despliegan una labor orientadora —y en su caso de control subsidiario— que cumple su propósito cuando es recibida y aplicada por las autoridades nacionales.

En ese orden, consideramos que uno de los instrumentos más útiles para esa tarea reside en las *observaciones generales* elaboradas por el Comité, las cuales se asimilan a la competencia consultiva de la Corte Interamericana, en el sentido de propender a la definición de los preceptos convencionales en abstracto [9]. A la fecha un total de diecinueve observaciones generales nos ilustran de modo acabado sobre las medidas concretas que el Estado debe adoptar para mantenerse dentro de las fronteras del Pacto.

Debemos, sin embargo, interrogarnos sobre el valor de esas interpretaciones para los órganos internos: ¿son meras opiniones?; ¿son decisiones vinculantes?; ¿son criterios genéricos de aplicación?

[8] Vale aclarar que existen proyectos tendientes a revertir esta deficiencia. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su 15° período de sesiones, celebrado en Ginebra del 18/11 al 6/12/1996, concluyó su examen de un proyecto de protocolo facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el que se enuncia el derecho de los particulares o grupos a presentar comunicaciones (denuncias) relativas al incumplimiento del Pacto.

[9] "La labor interpretativa que debe cumplir la Corte en ejercicio de su competencia consultiva busca no sólo desentrañar el sentido, propósito y razón de las normas internacionales sobre derechos humanos, sino, sobre todo, asesorar y ayudar a los Estados miembros y a los órganos de la OEA para que cumplan de manera cabal y efectiva sus obligaciones internacionales en la materia" (Corte IDH, OC-14/94, cit., párr. 23).

En la Argentina, la respuesta a este interrogante debe atender, en primer término, al hecho de que estos Pactos han sido dotados de rango constitucional y que nuestro país ha decidido someterse al control del cumplimiento de estos por parte de órganos internacionales. Esos comportamientos muestran que calificar como meras opiniones a las interpretaciones emanadas de esos órganos al ejercer las competencias reconocidas por nuestro país resulta incorrecto.

Ello trae a colación nuevamente el sentido de la remisión al plano internacional fijada en el art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional, especialmente en la alusión allí efectuada respecto de la jerarquía constitucional de los tratados "en las condiciones de su vigencia".

El elemento definitorio, a nuestro juicio, es una vez más el *efecto útil* de los tratados, condición que depende en grado sumo de su aplicación espontánea por las autoridades internas. Si el objetivo final del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales es que se produzca una gradual internalización de los estándares interpretativos internacionales que prevenga la ocurrencia de violaciones por medio de la acción directa de los propios estamentos internos, no puede menos que admitirse que las directivas del Comité son de obligatorio seguimiento por parte de esos estamentos. En efecto, si estos pudieran adoptar cursos de acción diferentes, serían evaluados y considerados por el Comité como violaciones al Pacto, generando con ello una contradicción interna con nuestro propio ordenamiento constitucional.

En definitiva, las pautas propuestas en cuanto al alcance actual que posee el principio de juridicidad, el cual se integra tanto con la normativa supranacional como con la interpretación que de ella hagan los órganos convencionales, resultan también aplicables al entendimiento de este tratado.

Sumado a lo dicho, las directivas desarrolladas por el Comité poseen carácter prescriptivo para nuestro país no solamente en atención a la jerarquía constitucional del Pacto, sino también como resultado de dos principios centrales de nuestro ordenamiento: a) el principio de buena fe establecido en el art. 31 de la Convención de Viena y b) los principios interpretativos de los arts. 29, b) y 64 de la Convención Americana.

Respecto de la buena fe, basta remitirse a la observación anterior. Indudablemente contradiría ese deber la pretensión estatal de desconocer la *delegación interpretativa* inherente a la ratificación del tratado. Ello sucedería si una de las partes intentara privar de valor prescriptivo a las indicaciones de los órganos de aplicación internacionales.

A su turno, tanto el inc. b) del art. 29 como el art. 64 de la Convención explicitan la apertura del sistema interamericano a los demás tratados de protección que celebren sus miembros.

Por una parte, el art. 29, inc. b), fija las normas de interpretación de la Convención Americana, de acuerdo con las cuales *ninguna* disposición de ese instrumento puede entenderse en el sentido de limitar el goce y el ejercicio de un derecho reconocido en *otra Convención* en que sea parte cualquiera de los Estados sometidos a la primera o excluir otros derechos y garantías que sean *inherentes al ser humano*. En tanto se encuentra vedado entender a la Convención Americana como justificativo para limitar el goce y el ejercicio de un derecho reconocido en otro tratado al que pertenezca cualquiera de los Estados sometidos a ella, si a una misma

situación son aplicables la Convención Americana y otro tratado internacional, debe prevalecer la norma más favorable a la persona.

Por su parte, el art. 64 de la Convención extiende la competencia consultiva de la Corte Interamericana a la interpretación de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos.

De esta manera, por un lado, el art. 29 de la Convención opera como norma de reenvío al sistema de protección más favorable del que sea parte el Estado sometido a ese tratado y, por ende, *el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se transforma en norma aplicable por la Corte Interamericana en el marco de su competencia contenciosa y aun consultiva*. En otras palabras, ese Pacto es una norma aplicable por los órganos americanos de protección en función de los arts. 29, b) y 64 de la Convención y, en consecuencia, los ciudadanos sometidos a la jurisdicción del Estado parte de la Convención Americana y del Pacto Internacional pueden recurrir a la Comisión y a la Corte a fin de que ejerzan sus competencias para garantizar el cumplimiento del segundo. Por medio de esas normas se integran las competencias de la Convención Americana con los derechos protegidos del Pacto Internacional.

Esta interpretación ha sido claramente respaldada por la Corte Interamericana al indagar en torno a los alcances de su competencia consultiva en los términos del art. 64 de la Convención [10]. En ese pronunciamiento se percibe claramente la naturaleza universal de los sistemas de protección de los derechos humanos, universalidad que opera en el plano interpretativo por medio de remisiones jurídicas o normas de reenvío que permitan garantizar el mayor grado de amparo de todos los derechos protegidos, aun aquellos que no se encuentren previstos en la Convención Americana pero sí en otro tratado del que sea parte el Estado miembro del régimen interamericano. De ese modo, el modelo de San José de Costa Rica funciona bajo una cláusula de apertura directa a los sistemas de protección universal, residiendo el límite en la imposibilidad de aplicar tratados celebrados por Estados que no sean parte del sistema regional americano.

La historia confirma esta interpretación, pues —como ha relatado la Corte Interamericana— en la fase preparatoria de la Convención quedó evidenciada la oposición de la mayoría de las partes a considerar una distinción radical entre universalismo y regionalismo. En efecto, con motivo de la apertura a la firma del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y del Protocolo Facultativo de este último, concebidos dentro del marco de las Naciones Unidas, el Consejo de la Organización de los Estados Americanos (OEA), consultó en junio de 1967 a sus miembros si debía proseguirse la preparación de una convención americana, no obstante la aprobación de aquellos instrumentos por las Naciones Unidas. Diez de los doce Estados que respondieron la consulta se inclinaron por la continuación de los trabajos preparatorios de esa convención, dentro de la idea de que *esta se coordinaría con las disposiciones de los pactos aprobados por la Asamblea General de la ONU*. Como resultado de esta encuesta, se celebró finalmente la Conferencia Interamericana Especializada sobre Derechos Humanos en Costa Rica, en noviembre de 1969,

[10] Corte IDH, OC-1/82, cit.

de la cual emergería la actual Convención Americana, revelando la *tendencia a integrar el sistema regional con el universal* [11].

A partir de esa vocación de integración, la Corte ha establecido que, si bien no está llamada a asumir, ni en lo contencioso, ni en lo consultivo, una función orientada a determinar el alcance de los compromisos internacionales asumidos por Estados que no sean miembros del sistema interamericano, o a interpretar las normas que regulan la estructura o funcionamiento de órganos u organismos internacionales ajenos a este, en cambio *sí puede abordar la interpretación de un tratado siempre que esté directamente implicada la protección de los derechos humanos en un Estado miembro del sistema interamericano* [12].

Es que el fondo mismo de la materia se opone a una distinción tajante entre universalismo y regionalismo. La unidad de naturaleza del ser humano y el carácter universal de los derechos y las libertades que merecen garantía están en la base de todo régimen de protección internacional; de modo que *resultaría impropio hacer distinciones sobre la aplicabilidad del sistema de protección, según que las obligaciones internacionales contraídas por el Estado nazcan o no de una fuente regional.* Por ello, se reclama la existencia de ciertos patrones mínimos en esta materia [13].

Si la competencia consultiva de la Corte puede ejercerse, en general, sobre toda disposición concerniente a la protección de los derechos humanos de *cualquier tratado internacional aplicable en los Estados americanos*, con independencia de que sea bilateral o multilateral, de cuál sea su objeto principal o de que sean o puedan ser partes de él Estados ajenos a nuestro sistema regional, es dable colegir que ese tribunal goza de aptitud para interpretar y aplicar el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y, en consecuencia, que las personas pueden resguardar los derechos que tal tratado les reconoce *utilizando los mecanismos provistos por la Convención Americana.* Esta interpretación permite suplir algunas falencias que el Pacto posee en materia de dispositivos de protección.

[11] Corte IDH, OC 1/82, cit., párrs. 41, 42 y 47. La tendencia de la Convención a integrar los sistemas regional y universal de protección de los derechos humanos se advierte en su Preámbulo, que reconoce que los principios que sirven de base a ese tratado han sido también consagrados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y que han sido reafirmados y desarrollados en otros instrumentos internacionales, tanto de ámbito universal como regional. Igualmente, varias disposiciones de la Convención hacen referencia a otras convenciones internacionales o al derecho internacional, sin restringirlas al ámbito regional (arts. 22, 26, 27 y 29, por ejemplo). Dentro de ellas, cabe destacar muy especialmente lo dispuesto por el art. 29, que contiene las normas de interpretación de la Convención y que *se opone, en términos bastante claros, a restringir el régimen de protección de los derechos humanos atendiendo a la fuente de las obligaciones que el Estado haya asumido en esa materia.* En función de lo anterior, excluir, *a priori*, de la competencia consultiva tratados internacionales que obliguen a Estados americanos en materias concernientes a la protección de los derechos humanos constituiría una limitación a la plena garantía de estos, en contradicción con las reglas consagradas por el art. 29, b).

[12] Corte IDH, OC-1/82, cit., párr. 21.

[13] Corte IDH, OC-1/82, cit., párr. 40.

2. Protocolo de San Salvador. Comisión y Corte Interamericanas

El Protocolo [14] fue aprobado en la Argentina por la ley 24.658 de 1996 y entró en vigor en 1999. No surge de la ley la utilización del mecanismo agravado del art. 75, inc. 22, para su jerarquización constitucional y, por ende, desde el plano interno tiene carácter supralegal e infraconstitucional. Sin embargo, en el marco del Pacto de San José de Costa Rica posee el efecto de obligar frente a los órganos convencionales, con lo cual el Protocolo adquiere el rango propio del art. 27 de la Convención de Viena.

Las carencias comentadas precedentemente respecto del Pacto Internacional se agravan en el Protocolo de San Salvador.

En efecto, el art. 19, relativo a los medios de protección de los derechos allí reconocidos, se nos presenta como una norma restrictiva que parece indicar una vez más la persistente negativa de los Estados a obligarse en el plano de los derechos económicos, sociales y culturales. Si bien esa reticencia va cediendo paulatinamente, la realidad es que todavía subsisten normas como la comentada, que *limita los medios de protección al esquema de informes periódicos respecto de las medidas progresivas adoptadas*. Esos informes son presentados al Secretario General de la Organización de los Estados Americanos, quien los transmitirá al Consejo Interamericano Económico y Social y al Consejo Interamericano para la Educación, la Ciencia y la Cultura, a fin de que los examinen conforme a lo dispuesto en dicho artículo. También se prevé que el secretario General envíe copia de tales informes a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, puntualizándose en el ap. 7° de esta disposición la posibilidad de que dicha Comisión formule las observaciones y recomendaciones que considere pertinentes sobre la situación de los derechos económicos, sociales y culturales establecidos en el Protocolo en todos o en algunos de los Estados parte, las que podrá incluir en el informe anual a la Asamblea General o en un informe especial, según lo considere más apropiado.

Únicamente se admite la utilización de los dispositivos naturales de protección establecidos en la Convención Americana respecto de los derechos de organizar sindicatos y educación. Así, el apart. 6° del art. 19 del Protocolo establece que "en el caso de que los derechos establecidos en el párr. a) del art. 8° y en el art. 13 fuesen violados por una acción imputable directamente a un Estado parte del presente Protocolo, tal situación podría dar lugar, mediante la participación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y cuando proceda de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a la aplicación del sistema de peticiones individuales regulado por los arts. 44 a 51 y 61 a 69 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos".

De esa manera, la composición de la norma que establece los medios de protección de los derechos reconocidos en este Protocolo trae aparejado:

a) Que la Corte Interamericana no pueda aplicar el Protocolo propio del sistema regional pero sí el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

[14] Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Adoptado en San Salvador, El Salvador, el 17 de noviembre de 1988. Aprobada por la República Argentina por ley 24658 del 15/7/1996.

b) Que los estamentos internos queden obligados a cumplir el compromiso contenido en el tratado sin que su órgano internacional de aplicación por excelencia —la Corte Interamericana— pueda controlar ese cumplimiento. Ello es así en tanto, de acuerdo con el art. 77 de la Convención, el Protocolo es una norma de rango supralegal e imperativa para los órganos internos de sus Estados parte, pero no para el órgano natural del sistema americano en función del límite planteado en su art. 19. Creemos que ello constituye una infracción al art. 29, b), pues la Convención pasa a garantizar una menor protección que el ordenamiento interno, cuando ella debe ser el estándar mínimo. El Protocolo es jurídicamente exigible en el plano nacional, pero no en el regional.
c) Que las personas puedan lograr la tutela internacional efectiva de los derechos de sindicalización y educación, pero no de salud, vivienda, agua o medio ambiente. Se incurre en un trato diferencial no admitido desde la perspectiva del art. 24 de la Convención.

Estos elementos llevan a preguntarnos si la severa limitación derivada del art. 19 del Protocolo, que claramente contraviene la tendencia hacia el reconocimiento de la exigibilidad jurídica de estos derechos, puede ser sorteada. Una posibilidad sería considerar que el Protocolo es aplicable por la Corte en función del art. 29 de la Convención Americana. Ello sería consecuente con el sistema integral del Pacto, pero se opondría a la clara voluntad de los Estados firmantes del Protocolo en el sentido de excluir al tribunal de su aplicación.

En tal sentido, es posible observar que si los instrumentos internacionales deben ser interpretados y aplicados en el cuadro del conjunto del sistema jurídico en vigor en el momento en que la interpretación tiene lugar [15], no cabe más que concluir que el art. 19 del Protocolo fractura el cuadro del conjunto del sistema americano, por lo que la única forma de solucionar sus severas secuelas es postular su invalidez. En efecto, el art. 31 del Pacto de San José de Costa Rica establece que el procedimiento de los Protocolos tiene como objetivo incluir nuevos derechos "en el régimen de protección de esta Convención". Las competencias de la Comisión y la Corte son inherentes y esenciales en ese régimen y, por lo tanto, *el Protocolo que sustrae a los nuevos derechos de tales garantías orgánicas y procedimentales de protección vulnera esa cláusula.*

Por lo dicho, entendemos que el art. 19 del Protocolo infringe los arts. 24, 29, 31, 62.1 y 64 de la Convención y, por ende, el límite allí fijado a las competencias propias de la Comisión y de la Corte Americanas no debe regir. De acuerdo con lo expuesto, las instituciones interamericanas cuentan con plenas facultades para ejercitar sus funciones de protección en relación con los derechos garantizados en el Protocolo de San Salvador.

III. Las obligaciones características de los derechos económicos, sociales y culturales. Clasificación

El control de cumplimiento de estos tratados de protección comienza por el análisis de la estructura de cada uno de los derechos allí reconocidos, sus bases

[15] Corte IDH, OC-10/89, cit., párr. 37.

normativas y su contenido mínimo, el cual se indaga a través de los componentes de *disponibilidad*, *calidad* y *accesibilidad* —factor que se desagrega en accesibilidad física y económica, directiva de no discriminación y acceso a la información—.[16] Una vez que se fija el alcance del derecho de que se trate, corresponde delinear los rasgos centrales de las obligaciones asumidas por los Estados parte respecto de aquel.

La clasificación de las obligaciones en esta materia atiende, por una parte, al *contenido de la conducta debida* por el Estado. Ello nos permite identificar a las obligaciones de respeto, protección y cumplimiento (aplicación), la cual se desagrega en los deberes de facilitar, promover y proveer. De forma paralela, el segundo criterio de clasificación atiende al *grado de satisfacción del derecho que resulta exigible*. Ello permite identificar las obligaciones básicas, que son aquellas de exigibilidad inmediata y procuran asegurar un grado mínimo de disfrute de derechos elementales, frente a las obligaciones progresivas, que se cumplen demostrando la adopción de medidas eficaces tendientes al logro gradual del objetivo convencional. Para acreditar el cumplimiento de las obligaciones progresivas los Estados deben demostrar que han tomado de buena fe las medidas necesarias y factibles encaminadas a la plena realización del derecho en juego. Esto significa que esas obligaciones son *de medios*. Por el contrario, las obligaciones básicas son *de resultado*: el Estado no puede justificar en ninguna circunstancia su falta de acatamiento y, por ende, toda situación que implique ausencia de disfrute de estas configura una violación al tratado.

1. Conducta debida por el Estado. Respeto, protección y cumplimiento

Este criterio nos permite distinguir entre:

1.1. Obligación de respeto

La obligación de respeto demanda que los Estados parte *se abstengan de interferir directa o indirectamente con el disfrute del derecho de que se trate*. Esa obligación incluye, entre otras, el deber de no incurrir en cualquier práctica o actividad que implique privar o limitar el acceso igualitario al derecho y va definiéndose en función de cada interés.

1.2. Obligación de protección

Esta obligación requiere que el Estado *prevenga la interferencia de terceros en el disfrute de cada derecho*. El concepto de terceros incluye a individuos, grupos, corporaciones y otras entidades, así como a los agentes que actúan bajo la autoridad

[16] V.gr., ONU, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, OG 15, *El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto)*, 2002, párr. 12; OG 14, *El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, (artículo 12 del Pacto)*, 2000, párr. 12; OG 13, *El derecho a la educación (artículo 13 del Pacto)*, 1999; OG 11, *Planes de acción para la educación primaria (art. 14 del Pacto)*, 1999, párr. 11; OG 4, *El derecho a una vivienda adecuada (art. 11 del Pacto)*, 1991, entre otras.

pública. Proteger implica, así, diseñar y poner en práctica medidas regulatorias tendientes a impedir a cualquier sujeto la realización de conductas lesivas [17].

1.3. Obligación de cumplimiento (aplicación)

Esta obligación puede ser desagregada en las obligaciones de *facilitar*, *promover* y *proporcionar*. La obligación de facilitar supone que el Estado adopte medidas positivas tendientes a asistir a los individuos y grupos en el disfrute del derecho. Promover implica que el Estado debe llevar adelante medidas educativas y de concientización sobre los modos de satisfacción del derecho. Por último, el Estado tiene la obligación de proporcionar el derecho cuando los individuos o grupos se encuentran imposibilitados, por razones ajenas a su control, de realizarlo por sí mismos con los medios a su disposición [18].

2. Grado de satisfacción del derecho que resulta exigible. Obligaciones de resultado y de medios

Respecto del grado de ejercicio de los derechos que resulta invocable, debe distinguirse entre obligaciones de medios y de resultado. Ambos tipos de obligaciones resultan exigibles en forma inmediata, pero en el primer caso el Pacto se cumple adoptando las medidas tendientes al logro progresivo de los objetivos, mientras que en el segundo deben asegurarse logros mínimos.

2.1. Obligaciones de resultado

2.1.1. No discriminación

El deber de garantizar —y no simplemente procurar— que el ejercicio de los derechos protegidos se desarrolle sin discriminación es una obligación que produce efectos inmediatos y conlleva la supresión inmediata de toda práctica estatal contraria a la igualdad [19].

2.1.2. Pisos mínimos esenciales de derechos. Obligaciones básicas

Independientemente del deber de adoptar medidas, "corresponde a cada Estado parte una obligación mínima de asegurar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos" [20], extremo en el cual se dirime en gran parte la razón de ser de esta convención internacional. En ese punto, ha de tenerse en cuenta que "para que cada Estado parte pueda atribuir su falta de cumplimiento

[17] ONU, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, OG 14, cit., párrs. 33 y 59; OG 5, *Personas con discapacidad*, 1994, párr. 11. En igual sentido, Corte IDH, *Ximenes Lopes*, cit., párrs. 103 y ss. CSJN, *Hermosa*, 2007, *Fallos* 330:2774, voto disidente de los jueces Zaffaroni y Lorenzetti, consid. 6; *R., M. J.* del 19/2/2008, C. 1195. XLII, consids. 7 y 8.

[18] V.gr., ONU, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, OG 12, *El derecho a alimentación adecuada (art. 11 del Pacto)*, 1999, párrs. 15 y 23.

[19] ONU, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, OG 18, *El derecho al trabajo (art. 6º del Pacto)*, 2005, párr. 31.

[20] ONU, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, OG 3, *La índole de las obligaciones de los Estados parte (párr. 1 del art. 2º del Pacto)*, 1990, párr. 10.

de las obligaciones mínimas a una falta de recursos disponibles, debe demostrar que ha realizado todo esfuerzo para utilizar todos los recursos que están a su disposición con el fin de satisfacer, con carácter prioritario, esas obligaciones mínimas" [21].

De este modo el Estado debe demostrar inmediatamente que ha logrado asegurar el disfrute de niveles mínimos de cada derecho [22]. No alcanza con alegar que ha tomado medidas tendientes a ello, sino que debe exponer resultados y si invoca la imposibilidad material de hacerlo por falta de recursos, le cabe acreditar que ha priorizado esa obligación al aplicar los que posee.

2.2. *Obligaciones de medios. Progresividad y no regresividad*

En forma paralela al deber de exponer logros básicos —como la ausencia de discriminación y la cobertura de niveles *esenciales* de disfrute de cada derecho— el art. 2.1 obliga en forma inmediata a adoptar medidas que deben funcionar como un camino adecuado para lograr paulatinamente la *plena* efectividad de los derechos reconocidos en el Pacto.

El deslinde entre las obligaciones de resultado y las de medios reside, de esa forma, en la noción de *plenitud del goce de los derechos*, comprometiendo al Estado a seguir en simultáneo dos cursos de acción diferentes: a) logro —inmediato— de un nivel esencial de acceso a los derechos, y b) adopción —inmediata— de medidas que permitan llegar gradualmente a la plenitud de ese acceso.

Ambos cursos de acción son exigibles sin dilaciones, pero en el primer supuesto la obligación se cumple garantizando esa cobertura básica, aun cuando no sea plena, mientras que en el segundo se satisface poniendo en marcha medidas tendientes a la plenitud en el ejercicio de los derechos, pese a que no ofrezcan resultados inmediatos. En la lógica de esta Convención, *el goce mínimo de los derechos protegidos es un logro actual y el pleno uno futuro derivado de políticas actuales.*

Al respecto el Comité ha dicho que el concepto de *progresiva efectividad* constituye un reconocimiento del hecho de que la *plena efectividad* de todos los derechos económicos, sociales y culturales en general no podrá lograrse en un breve período de tiempo. Sin embargo, el hecho de que la efectividad a lo largo del tiempo o, en otras palabras, progresivamente se prevea en relación con el Pacto no se ha de interpretar equivocadamente como privando a la obligación de todo contenido significativo. Por una parte, se requiere un dispositivo de flexibilidad necesaria que refleje las realidades del mundo real y las dificultades que implica para cada país asegurar la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales. Por otra parte, la frase debe interpretarse a la luz del objetivo general del Pacto, que es establecer claras obligaciones para los Estados parte con respecto a la plena realidad de los derechos de que se trata. Impone así una obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr ese objetivo. Además, todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto que configuren un supuesto de regresividad requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto

[21] ONU, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, OG 3, cit., párr. 10.

[22] ONU, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, OG 15, cit., párr. 40; OG 14, cit., párrs. 43 y 47.

y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga [23].

IV. Proyecciones procedimentales de la distinción entre obligaciones de medio y de resultados

El catálogo de obligaciones que se desprende de los instrumentos de protección de los derechos económicos, sociales y culturales se transforma en derechos directamente exigibles en el plano interno. Algunos de ellos son imperativos, automáticos e inderogables y su falta de satisfacción activa por sí sola una violación que debe ser conjurada tanto interna como internacionalmente. Otros generan en el Estado el desplazamiento de la carga argumentativa de haber destinado el máximo de recursos disponibles para justificar su falta de satisfacción. En ambos casos, no se admite una respuesta fundada en la naturaleza programática del derecho como sinónimo de discrecionalidad estatal para decidir cuándo adopta medidas concretas.

En tanto titular de derechos protegidos, no es dudoso que la persona que participa de un procedimiento administrativo en el cual se ventila algún derecho económico, social y cultural debe gozar de las garantías procedimentales establecidas en los arts. 18 de la Constitución, y 8° y 25 de la Convención Americana. El debido proceso, la igualdad de armas, el plazo razonable, la máxima divulgación o la debida fundamentación son garantías que deben estar presentes en la resolución que la Administración realice de las peticiones e impugnaciones que estos afectados practiquen. Tanto el art. 8° como el 25 de la Convención son categóricos en reconocer la plena vigencia del debido proceso en todo asunto en el que se determine un derecho del ciudadano que puede estar reconocido por la Convención, por otro tratado en que sea parte el Estado o por el ordenamiento interno y obviamente no podría oponerse al cabal respeto de esas garantías el carácter progresivo de ciertas obligaciones estatales. Eso hace a la *exigibilidad* del derecho, esto es, al fondo del asunto, pero no a las salvaguardas aplicables al momento de tramitarse la petición o impugnación administrativa.

Como hemos comentado ya, la aplicación del art. 6.1 del Convenio Europeo —que consagra los principios integrantes de la noción de proceso equitativo— se ha ceñido a las causas de orden civil. Sin embargo, ello no ha impedido que en diversos casos en los cuales se invocaban derechos de carácter social, la Corte Europea los haya considerado comprendidos por la noción de controversia civil. Es así que en *Deumeland*, *Felbruddge* o *Schouten* —ya citados— la Corte concluyó que en materia de seguridad social prevalecían aspectos de derecho privado, tales como la naturaleza personal y económica del derecho a la cobertura de seguridad social, su conexión con el contrato de trabajo privado y las afinidades con el seguro como figura comercial. Esas disquisiciones le permitieron aplicar a los trámites allí examinados las garantías del proceso equitativo, pero —reiteramos— sobre la premisa de que los rasgos privados del derecho predominaban sobre los públicos *y no por considerar que ese tipo de derechos posean una protección independiente del carácter de las reglas que los regulan, como sucedería en América.*

Por tal razón, si bien el modo de solución de esos casos ha sido valioso, no ha de perderse de vista que en ellos se mantiene la limitación del carácter civil del de-

[23] ONU, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, OG 3, cit., párr. 9.

recho en juego y que —por ende— subsiste la inaplicabilidad del art. 6.1 para aquellas materias que se consideran del dominio del derecho público. Ello es especialmente peligroso para los derechos económicos, sociales y culturales, pues estos encuentran su regulación principal en el campo de las relaciones con el Estado y no entre particulares.

En este tópico cobra una especial dimensión el principio de igualdad de armas desde el prisma de la *compensación* por medio de *medidas positivas del Estado*. Ya hemos visto que la Corte Interamericana ha enfocado a la igualdad de armas como aquel principio que obliga al Estado a introducir las *medidas compensatorias de la desigualdad real* que pueda existir entre las partes, no limitándose su alcance —por consiguiente— al deber de no *generar* desigualdades sustanciales entre los oponentes, sino de *resolver las existentes* como producto de factores económicos, sociales o de cualquier otra índole. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha sido enfático también sobre esta precisión. Consecuentemente, no alcanza que el Estado no imponga obstáculos para el acceso a medios efectivos de tutela y exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales, sino que debe adoptar medidas positivas para que todas las personas puedan recurrir útilmente a ellos [24].

Con esas aclaraciones, corresponde centrarnos en las derivaciones procedimentales del distingo entre obligaciones de medio y de resultado a que hemos hecho referencia. En el caso de las obligaciones de resultado el factor determinante en materia de actuaciones administrativas pasa a ser la puesta a disposición de la persona de *remedios eficaces para asegurar el nivel esencial del derecho*, mientras que en materia de obligaciones de medios aparece como eje la *participación ciudadana genuina en la elaboración de estrategias y programas*, que es el contenido típico de esas obligaciones a la luz de la progresividad. Esta distinción no se traduce en compartimientos estancos, debiendo considerarse ambos abordajes como complementarios, idea a partir de la cual tanto la eficacia de los remedios actuales para el aseguramiento del estándar mínimo del derecho como la participación ciudadana en

[24] Aun con las limitaciones ya estudiadas, también ese abordaje "prestacional" ha sido admitido en Estrasburgo. Tal es el ejemplo del caso *Airey* (STEDH, *Airey v. Irlanda*, 9/10/1979), en el cual se discutía el alcance del derecho de acceso a la justicia desde el punto de vista de la asistencia jurídica gratuita en asuntos de familia. En esa oportunidad, la Corte Europea desechó el argumento estatal conforme al cual la falta de provisión de asistencia gratuita no violaba el Convenio en tanto no ocasionaba un obstáculo positivo al acceso a la Justicia, al expresar que *un impedimento fáctico puede violar un derecho convencional tanto como uno jurídico* y que el cumplimiento de un deber impuesto por el tratado en ocasiones implica acciones positivas por parte del Estado. En esos casos, *el Estado no puede permanecer pasivo y no hay lugar para distinguir entre actos y omisiones* (STEDH, *Airey*, cit., párr. 25). La anterior conclusión, en tanto implicaba obligar al Estado demandado a organizar un sistema de asistencia jurídica gratuita en causas civiles como paliativo frente a la falta de recursos para el pago de costas, adquiría una particular gravitación en la esfera de los derechos sociales. En tal sentido, la Corte aclaró que no ignoraba que la progresiva realización de los derechos sociales y económicos depende de la situación de cada Estado, y sobre todo de su situación económica, pero el Convenio debe interpretarse a la luz de las condiciones de vida de cada momento y dentro de su campo de aplicación tiende a lograr una protección real y efectiva del individuo, porque, si bien el Convenio recoge derechos esencialmente civiles y políticos, gran parte de ellos tienen implicaciones de naturaleza económica y social. Por eso el Tribunal estimó que el hecho de que una interpretación del Convenio pueda extenderse a la esfera de los derechos sociales y económicos no era factor decisivo en contra de dicha interpretación, ya que no existe una separación tajante entre esa esfera y el campo cubierto por el Convenio. (STEDH, *Airey*, cit., párr. 26).

el diseño de estrategias y programas hacia su plenitud se conjugan en una acción gubernamental única a favor del acatamiento de los compromisos convencionales.

Tanto el compromiso de obtener niveles mínimos de cobertura en cada derecho como el de tomar medidas ponen de resalto la gravitación esencial que en el fiel cumplimiento del Pacto posee la actividad administrativa. Por una parte, no es dudoso que sólo a través de una acción coordinada de las autoridades administrativas resultará posible concretar la satisfacción de esos niveles mínimos exigidos en el marco de las obligaciones básicas e inderogables del Estado [25]. De igual forma, las medidas progresivas deben ser diseñadas e implementadas dentro de un plazo razonablemente breve tras la entrada en vigor del tratado y ser deliberadas, concretas y orientadas lo más claramente posible hacia la satisfacción de las obligaciones reconocidas en el Pacto.

De esta manera, si bien los modos de implementación de las medidas exigidas por el Pacto varían de país a país, la directiva esencial consiste —de acuerdo con el art. 2.1— en utilizar todos los medios para poner en práctica sus obligaciones. Ello incluye medidas legislativas, diseño y ejecución de políticas y programas, actividades de monitoreo a través de indicadores y puntos de referencia y otorgamiento a los ciudadanos de remedios adecuados para la tutela de los derechos, a la par que el establecimiento de mecanismos de *accountability* o rendición de cuentas. Esta gama de herramientas atraviesa en su totalidad a los componentes de la actividad administrativa, confirmando el rol capital que cabe a esta organización en la materia.

Es en ese marco que de la distinción entre obligaciones de medio y de resultado se deriva un diferente enfoque procedimental. Como dijimos, en el caso de las obligaciones de resultado el factor determinante será la presencia de *remedios eficaces para asegurar el nivel esencial del derecho*, mientras que en materia de obligaciones de medios el eje residirá en la *participación ciudadana genuina en la elaboración de estrategias y programas.*

En resumidas cuentas, las garantías del debido proceso rigen plenamente en los procedimientos administrativos relativos a derechos económicos, sociales y culturales con la siguiente particularidad: ante los mandatos de resultado del tratado el acento reside en la eficacia de los remedios que provee el ordenamiento, mientras que ante la directiva de progresividad la participación genuina de los afectados en el diseño de programas, formación de reglamentos, contrataciones y demás decisiones relevantes se erige como el rasgo característico.

1. Obligaciones de resultado y remedios eficaces. Secuelas procedimentales de la directiva de cobertura de niveles esenciales de cada derecho

Cuando nos hallamos ante una obligación de resultado, esto es, la satisfacción inmediata de un nivel mínimo del derecho o la garantía de no discriminación, lo relevante pasa a ser la eficacia sin dilaciones de los remedios que ofrece el ordenamiento para obtener ese margen básico e inderogable de acceso al derecho. La efectividad inmediata en la satisfacción de ese grado esencial del derecho es el eje fundamental de los mecanismos de gestión administrativa, en tanto el contenido esen-

[25] Corte IDH, *Pueblo Saramaka v. Surinam. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*, 28/11/2007.

cial del mandato en juego es la obtención del logro y, en consecuencia, en ese plano debe ponerse el acento al momento de diseñar herramientas procedimentales.

1.1. Recaudos de validez de los remedios administrativos

Explicitada la relevancia del papel de la Administración como uno de los "medios apropiados" por excelencia para cumplir los propósitos del tratado, interesa ahora indagar en torno a las implicancias que ese rol produce en el procedimiento administrativo desde la vertiente de los reclamos y los recursos encaminados a asegurar la tutela del contenido esencial de estos derechos, por medio de instar el acatamiento del Estado de sus obligaciones de respeto, protección y cumplimiento, y conjurar omisiones o acciones lesivas.

En ese sendero, el Comité se ha ocupado con detalle del contenido tangible del art. 2.1 del Pacto y ha destacado que la obligación central de los Estados consiste en dotar de eficacia a los derechos allí reconocidos. Al requerir que esto se realice por todos los medios apropiados, el Pacto adopta un abordaje amplio y flexible para tomar en cuenta las particularidades de los sistemas legales y administrativos de cada país. Sin embargo, esta flexibilidad coexiste con la obligación en cabeza de cada Estado de utilizar todos los mecanismos a su disposición para efectivizar los derechos, que implica que debe establecer medios apropiados de protección y reparación para cualquier individuo o grupo afectado, así como formas de gestión que aseguren la debida rendición de cuentas por parte del obligado. Estos estándares deben operar en forma directa e inmediata en el plano interno, y permitir a los individuos procurar la materialización de sus derechos ante la Administración y los tribunales nacionales. Rige en esta materia la regla de primacía de los remedios domésticos y el carácter suplementario de los procedimientos internacionales, derivados de la regla de agotamiento de los recursos internos [26].

En el tema puntual que nos ocupa, esto es, los medios de gestión administrativa que obligatoriamente el Estado debe seguir en pos de cumplir los propósitos del Pacto, el Comité ha brindado orientaciones relevantes, al indicar que el derecho a un remedio efectivo no debe ser interpretado como exigencia de un remedio judicial en todos los casos. Los instrumentos procedimentales administrativos serán en muchos supuestos adecuados, en tanto se respete la expectativa legítima de los afectados —basada en el principio de buena fe— de que *todas las autoridades administrativas tomarán en cuenta los requerimientos del Pacto en sus procesos de toma de decisiones* [27].

Ahora bien, esos mecanismos de tutela administrativa deben cubrir ciertas condiciones que el Comité ha detallado con toda claridad, con lo cual no alcanza con la instauración formal de procedimientos. Los remedios provistos por esos cauces deben ofrecer *vías de reclamos ante omisiones ilegítimas y de recursos ante acciones de ese tipo que sean:*

a) Accesibles: condición que obsta a la imposición, tanto legal como de facto, de impedimentos sustanciales o procedimentales a la posibilidad concreta

[26] ONU, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, OG 9, *La aplicación doméstica del Pacto*, 1998, párrs. 2 y 4.

[27] ONU, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, OG 9, cit., párr. 9.

de realizar la petición o impugnación ante la autoridad administrativa. El informalismo a favor del ciudadano adquiere una nueva impronta convencional en este punto.

b) Asequibles: requisito que obliga a regular y aplicar los procedimientos de petición e impugnación bajo parámetros de sencillez, uniformidad y gratuidad. Los principios de unidad recursiva y exención de impuestos y tasas en los procedimientos administrativos serán algunos de los mecanismos esenciales para cumplir esta exigencia.

c) Oportunos: ello implica que los remedios deben ser capaces de brindar una respuesta en el tiempo necesario para garantizar efectivamente el derecho en juego. El silencio negativo o la denegación tácita luego de transcurridos meses desde la petición deben ser adaptados —o suprimidos— en función de esta directiva.

d) Eficaces: una impugnación administrativa que no suspende la ejecutividad del acto lesivo de un derecho económico, social y cultural, y que por lo tanto permite la consumación del agravio, no satisface esta condición. De igual modo, la tramitación de un pedido de protección de un derecho económico, social o cultural que no brinda una respuesta antes de consumarse la lesión incumple este recaudo.

Como podrá advertirse, los requisitos de validez de los reclamos y los recursos que el ordenamiento administrativo debe ofrecer resultan en gran medida asimilables a las características de la garantía procedimental autónoma del recurso efectivo aludida en relación con el art. 25 de la Convención Americana [28]. Sin embargo, el intérprete debe adicionar en cada caso concreto el reconocimiento de las peculiaridades que al trámite imprime el hecho de que en él se encuentre en juego un derecho económico, social o cultural.

1.2. Eficacia jurídica de los derechos económicos, sociales y culturales, y discrecionalidad administrativa

En consonancia con lo anterior, consideramos que seguir defendiendo una debilitación de los instrumentos jurídicos de protección de estos derechos a partir de entender que ellos son meramente programáticos no parece del todo admisible. Es necesario adecuar concepciones que ubican a estos derechos fuera de la órbita de los tribunales y dentro de la discrecionalidad administrativa.

En cuanto a la justiciabilidad el Comité ha lamentado que, mientras se da por sentado que en materia de derechos civiles y políticos los remedios judiciales son esenciales, cuando de derechos económicos, sociales y culturales hablamos, la presunción es la inversa. Explica que semejante discrepancia carece de todo asidero en las disposiciones del Pacto y que muchas de estas son de implementación inmediata. En tal sendero, si bien deben respetarse las competencias en materia de asignación de recursos, debe reconocerse que los tribunales se encuentran generalmente involucrados en una considerable gama de asuntos con importantes implicancias en el campo presupuestario. De tal modo, la adopción de una clasificación rígida de

[28] CSJN, *Comunidad Indígena Eben Ezer*, C. 2124. XLI; Rhe, del 30/9/2008, consid. 3.

los derechos económicos, sociales y culturales que los ubique, por definición, fuera del alcance de los tribunales será arbitraria e incompatible con el principio de acuerdo con el cual ambos tipos de derechos son indivisibles e interdependientes, a la par que reducirá drásticamente la capacidad de los jueces para proteger los derechos de los grupos más vulnerables de la sociedad [29].

Igual tendencia debe ser combatida cuando nos referimos a la intervención administrativa en este tipo de asuntos. En efecto, existe una propensión a considerar que la respuesta a pedidos sobre estos derechos depende de *facultades discrecionales*, o bien, se encuentra condicionada a la existencia de un *programa* específico en la materia. Por el contrario, ante derechos exigibles la discrecionalidad pierde claramente su fuerza y el hecho de la inexistencia de un programa puntual no justifica desentenderse del deber de dar una respuesta útil. En este último punto el Estado debe acreditar que carece —pese a que ha asegurado su máxima utilización— de recursos disponibles para hacer frente a la petición, no alcanzando con que explique que ha omitido implementar un plan adecuadamente. De igual manera, aun cuando pruebe la ausencia de recursos, eso no lo releva del deber de demostrar cuáles son las medidas concretas encaminadas a revertir la situación ni tampoco del aseguramiento de niveles esenciales de disfrute, en tanto típica obligación de resultado.

En este sentido, el Comité ha delimitado un estándar interpretativo esencial para la adopción de decisiones por la Administración Pública: cuando la autoridad interna competente se enfrenta a la alternativa entre una interpretación del ordenamiento doméstico que ubicaría al Estado en una violación del Pacto y otra que le permitiría cumplirlo, el ordenamiento internacional exige la adopción de la última [30]. Esa finalidad, netamente reglada, condiciona el dictado del acto o reglamento de que se trate.

2. Obligaciones de medios y participación ciudadana genuina. Secuelas procedimentales de la directiva de progresividad

Cuando no nos hallamos ante una obligación básica de resultado, sino ante el deber —de medios— de poner en marcha estrategias encaminadas a la futura plenitud del derecho, la obtención inmediata del logro estatal se ve relativizada por la propia naturaleza del mandato convencional en juego. Sin embargo, esa característica traslada la atención del intérprete hacia la participación genuina de los afectados en el diseño de esas políticas.

Dicho de otro modo, si frente a las obligaciones de resultado, el rasgo preponderante desde la óptica procedimental reside, como hemos visto en el punto anterior, en la eficacia de los remedios administrativos y judiciales para proveer satisfacción inmediata al derecho en su faz esencial, frente a las de medios, la directiva jurídica esencial estriba en la participación de los afectados.

En efecto, hemos visto que la estructura de los mandatos convencionales en la materia parte de reconocer a la progresividad como un rasgo preponderante, acentuando de esa forma la imperatividad del diseño inmediato de estrategias nacionales encaminadas al logro gradual de la plena satisfacción de estos derechos.

[29] ONU, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, OG 9, cit., párr. 10.
[30] ONU, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, OG 9, cit., párr 15.

Y justamente, al momento de diseñar y aplicar esas estrategias, las autoridades deben asegurar que sus acciones se llevan a cabo de acuerdo con la ley y el Pacto, lo cual comprende la oportunidad de una genuina participación de los afectados que debe viabilizarse por medio de la previa y plena divulgación de la información relevante sobre las medidas pretendidas. Como podrá advertirse, la conjunción de estos requisitos produce consecuencias profundas en las modalidades administrativas de toma de decisiones.

Interesa, entonces, desde este vértice, materializar ese denominador común del reconocimiento jurídico de los derechos económicos, sociales y culturales que han remarcado en forma constante los órganos de aplicación de los Pactos, consistente en la obligación estatal de garantizar procedimientos participativos genuinos respecto de la emisión de normas sobre planes vinculados con un determinado derecho, actos administrativos y contrataciones públicas.

2.1. Presupuestos sustanciales en materia de progresividad

2.1.1. Máxima utilización de recursos disponibles

Un primer componente jurídico en este análisis de las secuelas procedimentales de la regla de progresividad estriba en recordar que las violaciones a la obligación de logro gradual de la plenitud de los derechos económicos, sociales y culturales pueden darse tanto por acción como por omisión. Para determinar cuáles acciones u omisiones configuran una violación es necesario distinguir entre la *imposibilidad* y la *falta de voluntad* del Estado en cumplir sus deberes. Un Estado que no desea utilizar el máximo de sus recursos disponibles para la realización del derecho incurre en violación al Pacto. Por el contrario, si las restricciones de recursos hacen imposible al Estado dar pleno cumplimiento a sus obligaciones, aquel tiene la carga de justificar que se han realizado todos los esfuerzos tendientes a la utilización de todos los recursos disponibles a fin de satisfacer de modo prioritario los compromisos asumidos.

El criterio de máxima utilización de recursos disponibles se transforma, de ese modo, en un componente esencial de la juridicidad del obrar estatal. El Estado debe acreditar de forma fehaciente —esto es, mediante una descripción clara del reparto de fondos de acuerdo con las prioridades que impone el Pacto— que ha cumplido con esa máxima asignación hacia el ámbito de los derechos económicos, sociales y culturales. Los gastos superfluos del Estado no generan ya un problema de distorsión del sistema republicano, sino que resultan *per se* inválidos, desde que infringen el deber de máxima utilización de recursos con una dirección concreta impuesta por el tratado: la satisfacción progresiva de los derechos protegidos convencionalmente. La libertad estatal para elaborar su propio presupuesto debe ser claramente matizada desde este prisma.

2.1.2. No regresividad

La segunda derivación puntual de la progresividad reside en la correlativa regla de *no regresividad,* que se traduce en la prohibición de sancionar normas jurídicas o desarrollar prácticas que empeoren la situación del derecho de que se trate

en comparación con su alcance al momento de adoptarse el tratado [31]. Como hemos dicho, la progresividad no implica ausencia de obligaciones ni discrecionalidad y una de sus principales consecuencias es que *toda medida regresiva se presume violatoria del Pacto*. A partir de tal presunción, si se adopta una medida regresiva, el Estado tiene la carga de probar que ha sido adoptada luego de una cuidadosa consideración de todas las alternativas y que se encuentra debidamente justificada *en referencia a la totalidad de los derechos reconocidos por la Convención en un contexto de máxima utilización de los recursos disponibles* [32].

En el plano regional, ha dicho la Comisión Interamericana que en virtud de la obligación de progresividad, en principio le está vedado al Estado adoptar políticas, medidas y sancionar normas jurídicas que, sin una justificación adecuada, empeoren la situación de los derechos económicos, sociales y culturales de los que gozaba la población al momento de adoptarse el Protocolo de San Salvador, o bien, con posterioridad a cada avance progresivo. Dado que *el Estado se obliga a mejorar la situación de estos derechos*, simultáneamente asume la prohibición de reducir los niveles de protección de los derechos vigentes o, en su caso, de derogar los derechos ya existentes, sin una justificación suficiente. De esta forma, una primera instancia de evaluación de la progresividad en la implementación de los derechos sociales consiste en comparar la extensión de la titularidad y del contenido de los derechos y de sus garantías concedidas a través de nuevas medidas normativas con la situación de reconocimiento, extensión y alcance previos. La precarización y el empeoramiento de esos factores, sin debida justificación por parte del Estado, supondrá una regresión no autorizada por el Protocolo. La obligación de no regresividad se constituye, entonces, en uno de los parámetros de juicio de las medidas adoptadas por el Estado [33].

2.2. *Progresividad y participación ciudadana genuina. Efectos en materia de legitimación y elaboración participativa de normas*

2.2.1. *Legitimación amplia*

La directiva de participación genuina dota de legitimación directa a los afectados para la intervención y la impugnación en esos procesos de toma de decisiones. La ampliación de la legitimación a todo potencial afectado implica conferirle la calidad de parte y con ello hacerlo titular de las garantías procedimentales establecidas en los arts. 18 de la Constitución argentina, y 8° y 25 de la Convención Americana.

[31] La Corte Federal ha considerado que el principio de no regresividad en materia de derechos fundamentales se encuentra consagrado en los arts. 75, inc. 23, CN, y 2.1, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (CSJN, *Milone*, 2004, *Fallos* 327:4607, consid. 6).

[32] ONU, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, OG 14, cit., párr. 32.

[33] Com. IDH, *Lineamientos para la elaboración de indicadores de progreso en materia de derechos económicos, sociales y culturales*, OEA/ser/L/V/II.129, 2007. Ver también Com. IDH, Informe 100/01, caso 11.381, *Milton García Fajardo y otros - Nicaragua*, 11/10/2001, párr. 101. Allí se consideró a la adopción de medidas de reducción en el goce de derechos de los trabajadores como contraria a los compromisos asumidos en virtud del Protocolo de San Salvador, confirmando con ello que la prohibición de regresividad es una derivación concreta de la regla de progresividad.

Una vez más podrán aquellos titulares de derechos protegidos cuestionar el alcance concreto de la finalidad tenida en miras por la Administración al disponer una medida, programa, contratación o cualquier otra modalidad que incida en la posibilidad de disfrute de un derecho. Así, cualquier persona sobre la cual influya directa o indirectamente la medida estatal tiene derecho a exigir en un caso concreto que la decisión no sólo no vulnere sino que asegure el pleno goce del núcleo básico de los derechos fundamentales en el contexto que venimos describiendo. Se parte necesariamente de la finalidad última que posee la Administración, esto es, su obligación de perseguir eficazmente la protección, el respeto y la garantía de los derechos humanos. Cualquier persona protegida por el régimen supranacional tiene derecho a exigir —en un caso concreto— que el programa, el reglamento o la contratación en juego se constituyan en un instrumento eficaz de tutela, lo cual en esta esfera se resume en la máxima utilización de recursos hacia el cumplimiento del desarrollo progresivo de los derechos sociales, económicos y culturales.

Como podrá notarse, la gama de legitimados no puede definirse *a priori*, correspondiendo enunciar a modo de ejemplo a los destinatarios de servicios sociales y de salud, educación, vivienda, discapacidad o ancianidad, usuarios de servicios públicos, habitantes de zonas afectadas en su medio ambiente, entre tantos otros. Es entonces razonable pretender también en esta materia una legitimación administrativa y judicial amplia del ciudadano a fin de cuestionar eficazmente la omisión o acción estatal en lo relativo a la adopción de medidas que afecten esos derechos de forma directa o indirecta; especialmente si aquellas implican vulnerar, restringir, retroceder en el grado de protección o no remover los obstáculos para el goce de los derechos establecidos en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y en el Protocolo de San Salvador.

En definitiva, esa participación debe ser un *"componente integral"* de cualquier política, programa o estrategia, especialmente aquellos encaminados a liberar al gobierno de sus obligaciones [34].

2.2.2. *Participación de los afectados en la elaboración e implementación de las medidas vinculadas con derechos económicos, sociales y culturales*

Como se expusiera en los Principios de Limburgo —y como ha precisado el Comité en cada una de sus observaciones generales— para avanzar en la realización de los derechos económicos, sociales y culturales, es indispensable unir todos los esfuerzos a nivel nacional con el fin de convocar la participación de todos los sectores de la sociedad. La participación popular es necesaria en cada etapa del proceso, incluyendo la formulación, la aplicación y la revisión de políticas nacionales [35]. La participación de la ciudadanía permite controlar eficazmente la adecuación de la función administrativa al fin público que se invoca para ejercer una determinada potestad. Claro está que para ello será presupuesto necesario haber transitado un procedimiento administrativo caracterizado por la publicidad y la transpa-

[34] ONU, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, OG N° 14, cit., párr. 54.
[35] Principio 11 de Limburgo.

rencia, y por ello interesa remarcar el adjetivo que agrega el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: la participación, la consulta, deben ser *genuinas* y no meramente formales.

Frente a la progresividad, el denominador común de las obligaciones estatales desde el plano aquí analizado consistirá, de esa manera, en el deber de garantizar procedimientos auténticamente participativos respecto de la emisión de normas sobre planes vinculados con un determinado derecho, actos administrativos y contrataciones públicas [36]. Ello dota de legitimación directa a los afectados para la intervención e impugnación en esos procesos de toma de decisiones. La amplitud de esas salvaguardas procedimentales merece destacarse, pues la intervención plena en el proceso de toma de la decisión demanda que sea oportuna, esto es, previa a la resolución; que se encuentre precedida por la plena divulgación de la información relevante sobre las medidas pretendidas y que otorgue a los afectados medios de protección útiles [37]. Estas exigencias brindan cabida constitucional, entre otros, a los mecanismos de elaboración participativa de normas [38].

[36] En materia de contrataciones públicas, esa participación tendrá una especial relevancia si se la combina con el consolidado criterio de la Corte Federal que sujeta la validez y los efectos de los contratos administrativos al estricto acatamiento del principio de juridicidad y al respeto de las pautas procedimentales derivadas de aquel para su celebración (CSJN, *Espacio SA*, cit.; *SA Organización Coordinadora Argentina*, 1998, *Fallos* 308:618 y 316:382; *Carl Chung Ching Kao*, 2001, *Fallos* 324:3019; *Mas Consultores*, 2000, *Fallos* 323:1515; *Servicios Empresarios Wallabies SRL*, 2000, *Fallos* 323:1841; *El Rincón de los Artistas SRL*, 2003, *Fallos* 326:3700; *Punte*, 2006, *Fallos* 329:809; *Cardiocorp SRL*, 2006, *Fallos* 329:5976, entre otros).

[37] ONU, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, OG 15, cit., párr. 56; OG 12, cit., párr. 23; OG 19, *El derecho a la seguridad social (art. 9 del Pacto)*, 2007, párr. 26.

[38] Dicho instituto actualmente tiene regulación en la esfera federal argentina en el dec. 1172/2003. El Anexo V de esa norma regula la participación ciudadana en la elaboración de normas por la Administración Pública, procedimiento que se describe en su art. 3° como un mecanismo por el cual se habilita un espacio institucional para la expresión de opiniones y propuestas respecto de proyectos de normas administrativas y de ley para ser elevados por el Poder Ejecutivo Nacional al Congreso de la Nación, todo ello desde el vértice de los principios de igualdad, publicidad, informalidad y gratuidad. En cuanto a los efectos de dicho procedimiento, estatuye el art. 6° del Anexo V del decreto 1172/2003 que las opiniones y propuestas que se presenten durante el proceso de elaboración participativa de normas no tienen carácter vinculante, lo cual —según entendemos— no empece a su eficacia, en tanto se resguarde el derecho de los participantes a que sus puntos de vista sean adecuada y racionalmente valorados. Es así que estatuye el art. 20 que en los fundamentos de la norma debe dejarse constancia de la realización del procedimiento aludido, de los aportes recibidos y de las modificaciones incorporadas al texto como consecuencia de este. En definitiva, se trata de que los contenidos de las propuestas influyan en la elaboración de la decisión, aun cuando sean desechados legítimamente. De acuerdo con el art. 9° puede ser participante en este procedimiento toda persona física o jurídica, pública o privada, que invoque un derecho o interés simple, difuso o de incidencia colectiva, relacionado con la norma a dictarse, lo cual concreta la directiva de legitimación amplia que venimos propugnando. Por nuestra parte, entendemos que las nuevas reglas de procedimiento que el decreto 1172/2003 impone no deben ser entendidas como de libre utilización por parte de las autoridades. En efecto, el Anexo V del dec. 1172/2003 ha configurado un nuevo sistema procedimental de emisión de reglamentos administrativos que resulta de aplicación obligatoria, salvo que la autoridad administrativa justifique en cada caso concreto la inviabilidad o la inconveniencia de este, cuestión que podrá ser revisada judicialmente con diferentes alcances.

V. El procedimiento administrativo como indicador de progreso en materia de derechos económicos, sociales y culturales

Recientemente la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha elaborado un detallado documento sobre los indicadores que los Estados parte del Protocolo de San Salvador deben tener en cuenta al momento de elaborar los informes exigidos por el art. 19 [39]. Si bien los elementos allí consignados abarcan una gran gama de tópicos, interesa —en el marco de este estudio— destacar los indicadores relativos al acceso efectivo al goce de los derechos desde una perspectiva procedimental.

En tal sentido, se aclara en el informe que "resulta relevante para un sistema de indicadores de derechos medir la capacidad de las personas de exigir los derechos de los que son titulares (...) La información relevada debería servir para formar un diagnóstico acerca de la situación en la que se encuentran los potenciales titulares de derechos del Protocolo, para exigirlos con ciertas posibilidades de éxito. Esta posibilidad no depende sólo del reconocimiento normativo, ni de la posición legal de cada individuo, sino de la disponibilidad de una serie de recursos y capacidades".

Sobre tal base es que se han diseñado los llamados indicadores sobre temas transversales: igualdad, acceso a la justicia, y acceso a la información y participación. Ellos procuran medir aspectos vinculados con las condiciones que determinan la posibilidad real de acceder a los derechos sociales en cada uno de los Estados a través del libre juego de las instituciones y los procesos democráticos y deliberativos, esto es, aquellos aspectos relacionados con las garantías institucionales y sociales de esos derechos y con las capacidades y los recursos con que cuenta la población para poder demandarlos y ejercerlos. Para ello la Comisión entiende adecuado poner énfasis en algunos mecanismos y políticas que debe disponer el Estado para asegurar protección y un adecuado nivel de información, participación, transparencia y rendición de cuentas. También ha de atenderse a los recursos y las capacidades con que deben contar las personas y en especial los sectores sociales que se encuentran en situación de desventaja o desigualdad, para involucrarse en la adopción de las políticas de gobierno, para poder exigir a las autoridades públicas el cumplimiento de sus obligaciones, para fiscalizarlas y recurrir a sistemas de responsabilidad en casos o situaciones de incumplimiento de esas obligaciones [40].

Dentro de aquellos, la Comisión destaca que el régimen internacional de protección ha desarrollado estándares sobre el derecho a contar con recursos judiciales y de otra índole que resulten idóneos y efectivos para reclamar por la vulneración de los derechos fundamentales. En tal sentido, la obligación de los Estados no es sólo negativa, de no impedir el acceso a esos recursos, sino fundamentalmente positiva, de organizar el aparato institucional de modo que todos los individuos puedan acceder a ellos, para lo cual los Estados deben remover los obstáculos normativos, sociales o económicos que impiden o limitan la posibilidad de ese acceso [41].

[39] Com. IDH, *Lineamientos para la elaboración de indicadores de progreso en materia de derechos económicos, sociales y culturales*, cit.

[40] Com. IDH, *Lineamientos para la elaboración de indicadores de progreso en materia de derechos económicos, sociales y culturales*, cit., párr. 46.

[41] Com. IDH, *Lineamientos para la elaboración de indicadores de progreso en materia de derechos económicos, sociales y culturales*, cit., párr. 48.

Los estándares que la Comisión toma en cuenta para la elaboración de ese indicador son cuatro [42]:

a) la obligación de remover obstáculos económicos para garantizar el acceso a los tribunales;
b) los componentes del debido proceso en los procedimientos administrativos relativos a derechos sociales;
c) los componentes del debido proceso en los procedimientos judiciales relativos a derechos sociales, y
d) los componentes del derecho a la tutela judicial efectiva de derechos sociales, individuales y colectivos.

En lo que hace al segundo punto —debido proceso en los procedimientos administrativos relativos a derechos sociales— se explica que "si bien consideramos fundamentalmente algunos estándares del Sistema Interamericano sobre la aplicación de normas de debido proceso en estas instancias, también procuramos observar aspectos relativos al diseño institucional de los programas y servicios sociales. En particular, la existencia de criterios claros y objetivos para el otorgamiento de beneficios asistenciales y servicios, que pueden contribuir a limitar los márgenes de discrecionalidad y arbitrariedad de las autoridades públicas. Las cuestiones referentes a la accesibilidad de los servicios y programas sociales y la existencia de sistemas adecuados de monitoreo de los mismos son temas a considerar dentro de la categoría de capacidad estatal con relación a los indicadores de cada derecho. Incluimos en este punto como indicadores de acceso a la justicia, la información relativa a los mecanismos de queja o reclamo ante la denegación de derechos por la administración. Inclusive la denegación de beneficios considerados de otorgamiento discrecional en un Estado deben brindar mecanismos de debido proceso adecuados" [43].

Pues bien, estos indicadores no cumplen en nuestro ordenamiento un papel limitado a la elaboración y evaluación de los informes del Protocolo de San Salvador, sino que se *constituyen en un enunciado de pisos mínimos en la faz procedimental de protección de los derechos económicos, sociales y culturales*. A partir de tal distinción, su valor no se limita al de la mera referencia en el plano de la Organización de los Estados Americanos, sino que constituye un criterio central para la elaboración de programas, diseño de contrataciones y de sistemas de toma y revisión de decisiones al cual deben ceñirse las autoridades legislativas, administrativas y judiciales domésticas.

En otros términos, el proyecto institucional interno en materia de procedimientos administrativos encuentra en el sistema americano uno de los indicadores centrales de cumplimiento de las obligaciones estatales, consistente en el "reconocimiento por parte del sistema legal sobre la aplicación de estándares de debido proceso en los procedimientos administrativos". De ese indicador deben dar cuenta los Estados no

[42] Com. IDH, *Lineamientos para la elaboración de indicadores de progreso en materia de derechos económicos, sociales y culturales*, cit., párr. 69.

[43] Com. IDH, *Lineamientos para la elaboración de indicadores de progreso en materia de derechos económicos, sociales y culturales*, cit., párr. 73.

sólo en sus informes periódicos ante la OEA, sino, más importante aun, en sus respuestas a las peticiones de los ciudadanos.

VI. Referencia bibliográfica

Abramovich, Víctor - Courtis, Christian, *El umbral de la ciudadanía. El significado de los derechos sociales en el Estado social constitucional*, Del Puerto, Buenos Aires, 2006.

— *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2004.

Albanese, Susana, "Indivisibilidad e intangibilidad de los derechos: el derecho a condiciones dignas de vida", JA 2002-IV, fasc. 8, p. 49, 20/11/2002.

Christe, Graciela E., "Los derechos sociales y su control judicial en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires", LL 2004-A-626.

Gordillo, Agustín A., "El procedimiento de audiencia pública", *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, nro. 214, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 1996.

Gutiérrez Colantuono, Pablo A., "Derechos económicos, sociales y culturales, omisiones estatales y nuevos contornos del federalismo", JA, 2007-III-1187.

Petrella, Alejandra B., "Responsabilidad por omisión y derechos sociales en la Ciudad de Buenos Aires", SJA del 1/6/2005.

Salomoni, Jorge L., *Teoría general de los servicios públicos*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999.

Capítulo VII

FINES DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA

Sumario: I. La Administración Pública y su rol preventivo. II. El carácter tuitivo de la función administrativa. III. La Administración Pública y su vinculación con las acciones positivas en el marco del procedimiento administrativo. IV. Los nuevos gestores del interés público. V. La prevención del conflicto y el carácter optativo del procedimiento administrativo para el titular de derechos. VI. La tutela administrativa efectiva y la prevención de responsabilidad internacional del Estado. VII. La prevención como salida a la alta conflictividad judicial que presenta el sistema de derechos argentino. VIII. Referencia bibliográfica

I. La Administración Pública y su rol preventivo

Las ideas desarrolladas en los distintos capítulos responden a una nueva contextualización de la función de la Administración Pública, específicamente en lo que a su finalidad refiere: la tutela administrativa de carácter preventivo.

En nuestro concepto, la tutela administrativa pretende evitar por los mecanismos propios de la Administración Pública la configuración de un conflicto, adquiriendo, de generarse, plena virtualidad la tutela judicial. El paradigma de la tutela administrativa efectiva se ubica en un estadio *previo* al nacimiento de la controversia que se somete al juez; busca —por medio de una intervención activa de la Administración orientada a tutelar los derechos— prevenir el conflicto judicial. Desde ese ángulo, se procura reforzar la tutela judicial a través de un mandato al administrador para la neutralización directa de la afectación de derechos.

La característica de efectividad de esa tutela administrativa y su finalidad preventiva enmarcan el carácter optativo con que hemos calificado al procedimiento administrativo, especialmente en su faz impugnatoria. Y, en general, representan el nuevo contexto dentro del cual se inserta la actividad de la Administración Pública atravesada por el fenómeno de los derechos fundamentales, derechos estos que, tal como se ha explicado, en parte exteriorizan la vinculación del sistema jurídico interno con el internacional —continental americano— de los derechos humanos.

Es claro que no podemos seguir pensando a la Administración Pública bajo los principios, conceptos y dogmas propios de un texto constitucional que ha sufrido importantísimas transformaciones. Al decidir en 1994 reformar su Constitución gestada bajo los parámetros decimonónicos (1853-1860), la Argentina delineó un nuevo escenario constitucional con consecuencias determinantes en su sistema de fuentes del derecho. La sujeción de nuestro sistema jurídico al régimen americano de derechos humanos provocó un impacto de imprevisibles consecuencias al tomar la decisión de constitucionalizar dicho modelo normativo en la cúspide de nuestro ordenamiento jurídico, encontrándonos aun en la ardua tarea de armonizarlo con aquel derecho internacional ahora incorporado también como interno. Los conflictos no son pocos, menos aquellos que se generan en la labor encaminada a compa-

tibilizar las reglas interpretativas explicitadas por nuestra Corte Federal y aquellas creadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La juridicidad como principio rector de la actividad administrativa nos lleva a revisar la permeabilidad de la Administración Pública —como sujeto obligado en el marco de los arts. 1° y 2° del Pacto de San José— a este nuevo escenario. El derecho administrativo encara así el difícil quehacer de adecuar sus postulados al principio de subsidiariedad del sistema americano de derechos humanos, sabiendo que deberá brindar la plataforma normativa infraconstitucional necesaria para cumplir espontáneamente con las obligaciones exigibles en el marco de aquel.

El propósito, en definitiva, dista de ser teórico: si el orden jurídico se entronca en el aseguramiento de los derechos fundamentales de la persona [1], debemos analizar las instituciones en su plano cotidiano para verificar si tal aseguramiento se logra. El desafío del derecho administrativo es, por estos tiempos, justamente el de rediseñar sus instituciones con el fin de hacerlas efectivas en términos de preservación de la dignidad del hombre.

II. El carácter tuitivo de la función administrativa

La Corte Federal argentina al fallar el caso *Astorga* [2] generó al menos dos consecuencias trascendentes para nuestra rama del derecho público. Por una parte, en el plano institucional, incorporó al derecho interno la regla adoptada por la Corte Interamericana en el caso *Baena*. Por la otra, al escindir la tutela administrativa de la judicial —ambas efectivas— reconoció en el procedimiento administrativo un nuevo principio sustancial que lo atraviesa, proyectando sus consecuencias en toda la función administrativa. Como hemos explicado, ello se enmarca dentro de una fuerte compatibilidad de los criterios internos con los del sistema americano de derechos humanos sostenida por nuestro máximo tribunal nacional. Representa para nuestra ciencia la explicitación del impacto del nuevo orden constitucional y en particular respecto de uno de sus institutos: el procedimiento administrativo.

Apuntábamos en el capítulo cuarto que uno de los efectos más importantes del precedente *Baena* ha sido afirmar la aplicación directa (ya no por efecto expansivo del derecho penal) de las garantías convencionales a la actividad administrativa desplegada por las autoridades públicas de cada Estado parte del tratado. Este estándar ha sido incorporado mediante el fallo *Astorga* al sistema interno como una regla explícita proveniente del Pacto de San José de Costa Rica.

Los precedentes anotados, uno internacional y el otro nacional, al delinear la garantía de la tutela administrativa efectiva, exploran el costado tutelar de la Administración Pública respecto de los derechos. Y esta visión tutelar es la que da sustento al carácter preventivo de la actividad administrativa.

La categoría de la tutela administrativa efectiva se inserta, así, como un eslabón más dentro de esa búsqueda de eficacia práctica en los instrumentos estatales de protección de los derechos y encuentra su propia funcionalidad desde dos elementos que le brindan contornos propios: a) el *papel preventivo* que se le asigna a partir de la finalidad de evitar el conflicto que da sustento a la intervención del juez, ello mediante una acción oficiosa de la Administración, y b) el *potencial único* de

[1] Ver, en este sentido, CSJN, *Simón,* cit., voto del juez Lorenzetti, consid. 12.

[2] CSJN, *Astorga*, cit., consids. 6 y 7.

la función administrativa para la obtención de ese propósito, en tanto actividad estatal.

Para ser efectiva la tutela administrativa debe ser preventiva, evitando caer en la alta e innecesaria conflictividad judicial y en la responsabilidad internacional de nuestro país.

III. La Administración Pública y su vinculación con las acciones positivas en el marco del procedimiento administrativo

Una de las proyecciones prácticas más relevantes que la noción de tutela administrativa efectiva presenta se advierte frente al resguardo de aquellos sujetos o bienes especialmente protegidos por el constituyente a partir de la noción de igualdad real que da lugar a las llamadas medidas de acción positiva. Estas medidas pretenden, en esencia, revertir los déficits que una visión meramente formal de la igualdad, conjugada con la presencia histórica de grupos menos aventajados o directamente menoscabados —usualmente denominados vulnerables— produce de cara a garantizar el pleno disfrute de los derechos sin discriminación alguna.

Pesa sobre la Administración la obligación de adoptar medidas positivas que garanticen en el caso concreto la tutela administrativa efectiva de los derechos fundamentales de los ciudadanos. El correlato positivo del deber de eliminar toda forma de discriminación tanto *de facto* como *de jure* que —con jerarquía de *ius cogens*— se desprende de la jurisprudencia internacional se materializa, así, en diferentes momentos del obrar administrativo. En el plano del procedimiento administrativo, como hemos visto ya, la Corte Interamericana ha puesto de resalto —a través de la igualdad de armas— el deber que pesa sobre el Estado de introducir las *medidas compensatorias de la desigualdad real* que pueda existir entre las partes. El concepto no se limita, de este modo, al deber de no *generar* desigualdades sustanciales entre los oponentes, sino de *resolver las existentes* como producto de factores económicos, sociales o de cualquier otra índole.

Las medidas de acción positiva en esta materia consistirán, de tal forma, en adoptar todos los mecanismos que —aun a despecho de la igualdad formal de los actores en el procedimiento— se concreten en el caso en una igualdad tangible. De resultas de lo anterior, si —aun respetando las normas aplicables— la Administración brinda el mismo trato ante una situación determinada a una corporación internacional, una comunidad indígena, un individuo indigente, un anciano o un menor, probablemente ello se traduzca en un supuesto de *discriminación por omisión en la adopción de las medidas de compensación* que la igualdad de armas impone. En resumidas cuentas, "es indispensable reconocer y respetar las diferencias de trato que corresponden a diferencias de situación entre quienes participan en un procedimiento" [3].

La acción positiva propia del procedimiento administrativo será, entonces, aquella encaminada a introducir en el caso los factores de compensación o corrección que favorezcan la igualación de quienes son desiguales por otros motivos. Por el contrario, el desconocimiento de esa desigualdad y el consiguiente tratamiento similar a sujetos con situaciones ostensiblemente diferentes en cuanto a la capacidad de protección de sus derechos configurarán discriminación por omisión.

[3] Corte IDH, OC-17/02, cit., párr. 96.

Esta igualdad *real* en materia procesal es *conditio sine qua non del debido proceso*: si no existieran esos medios de equilibrio difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de una verdadera tutela administrativa efectiva y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas [4].

Cabe entonces al legislador, al momento de diseñar normas procedimentales, al administrador al momento de aplicarlas y al juez al momento de controlarlas, verificar que en cada procedimiento existan disposiciones correctivas de las desigualdades reales. El plazo razonable, la igualdad de armas y los demás componentes del debido proceso no regirán del mismo modo en todos los casos, sino que demandarán, frente a la existencia de grupos menos aventajados, un trato diferente que garantice la equiparación, a partir de un enfoque global de las actuaciones estatales [5].

Es que el deber estatal de asumir las diferencias y resolverlas de cara a garantizar la igualdad real se entronca en el propósito fundamental de la Convención Americana, que no es otro que el goce efectivo de los derechos. Si ese goce efectivo debe asegurarse por medidas estatales, sean legislativas o de otro carácter, ello será muchas veces posible solamente desde la previa asunción de circunstancias altamente diferentes. Esa desigualdad debe ser reconocida por los Estados si pretenden mantenerse en las fronteras del art. 1° de la Convención Americana, pues esta disposición obliga a los Estados parte no solamente a *respetar* los derechos y las libertades reconocidos en ella, sino a *garantizar* su libre y pleno ejercicio a toda persona sujeta a su jurisdicción, ampliando así el deber inicial de no adoptar conductas violatorias a la necesaria concreción de medidas de contenido positivo que eliminen los obstáculos que las desigualdades reales puedan implicar al momento de verificar si todas las personas acceden al disfrute efectivo de los derechos convencionales.

Estas directivas trascienden el dictado de normas legislativas para la adopción de medidas positivas; requieren —en rigor— el diseño y la ejecución de una *conducta gubernamental* permanente que asegure la existencia de una igualdad real de oportunidades y de trato. A la Administración Pública le cabe, como primer punto de contacto entre el Estado y las personas, expresar concretamente esa línea gubernamental, plasmándola día a día en sus actos administrativos, hechos, contratos, reglamentos, servicios públicos, obras y demás modalidades de ejercicio de sus competencias.

IV. Los nuevos gestores del interés público

La visión tuitiva de la acción administrativa se traduce también con alcances especiales en una mayor apertura hacia la participación en aquella de diferentes sectores y en la correlativa consolidación de un nuevo contenido del interés público, particularmente a partir de la consagración de los derechos de tercera generación.

En efecto, la inserción en diversas cartas constitucionales de los llamados derechos de tercera generación nos obliga a abordar ciertas variaciones en la tradicional dicotomía entre el interés público y el privado a la que se ha recurrido histori-

[4] Corte IDH, OC-16/99, cit., párrs. 117-119.

[5] Corte IDH, *Instituto de Reeducación del Menor*, cit., párr. 209.

camente para trazar la línea divisoria entre las potestades estatales y las garantías individuales. Los nuevos derechos parecen, desde el plano subjetivo, tener en miras al hombre como integrante de la comunidad y no atender tanto a una perspectiva individualista del interés jurídicamente protegido, generando cambios profundos.

La dicotomía apuntada ha *determinado* la configuración de las relaciones entre la Administración y los individuos, al punto tal que la *posibilidad de actuar* y el *contenido* de esa actuación han respondido históricamente a una diferenciación de los fines perseguidos: la acción administrativa —por medio de las potestades— se consideraba dominante y hasta exorbitante, precisamente por tener como propósito la persecución del interés público, mientras que la acción individual —por medio de las garantías— se veía restringida en su posibilidad de influir en las decisiones comunitarias por tener como fin solamente la búsqueda del interés privado. En otras palabras, la posibilidad de injerencia en la vida social —*lo colectivo*— era patrimonio absoluto de la Administración como gestora excluyente del interés público; los particulares o grupos sólo tenían reconocida aptitud de participación dentro de un círculo de objetivos contrapuestos a lo colectivo.

Tal línea divisoria se ha debilitado sensiblemente ante el fenómeno de los derechos de tercera generación, pues frente a aquellos la diferenciación entre interés público y privado se diluye en gran medida. Ello debe materializarse en la adaptación de las vías de participación exigibles, pues no corresponde ya calificar a la Administración como gestora exclusiva de las finalidades en juego, requiriéndose —por el contrario— una óptica de *inclusión de nuevos participantes que también pasan a encarnar ese interés público que antes era patrimonio intocable de la Administración.* Esa inclusión demanda legitimaciones amplias, participación genuina, acciones colectivas y mecanismos similares que contemplen la nueva realidad.

La nueva mirada es especialmente gravitante para nuestra disciplina, pues la *distinción de intereses* ha signado la conformación misma del derecho administrativo, permitiendo "autonomizar" diversos institutos nacidos originariamente en el seno del derecho civil. Si bien el análisis histórico de los fundamentos que dieron sustento a esta dicotomía nos excede en la presente obra, es dable advertir que el perímetro de esa rígida diferenciación resulta bastante difuso cuando se lo analiza desde el vértice de los derechos fundamentales y, en su caso, de los de incidencia colectiva.

Insistimos: el criterio de distinción basado en el tipo de interés tutelado, conforme al cual el derecho público es aquel que tiene por objetivo la realización de intereses generales, colectivos o sociales, mientras que el derecho privado es el que se basa en la regulación de intereses particulares, encuentra actualmente serios reparos en el plano de la realidad constitucional. Lo mismo sucede con otra fuente de contraste en la que el derecho público sería aquel que se caracteriza por regir relaciones de subordinación, donde las partes no están en pie de igualdad, mientras que en el derecho privado los vínculos son de coordinación, estando los sujetos en un plano equivalente.

Puede notarse, por el contrario, que tanto la gradual aplicación de los estándares mínimos fijados en los pactos internacionales como el avance de los derechos de tercera generación parecen poner en cuestión una tajante distinción de regímenes con fundamento en el tipo de interés a tutelar o en la posición de las partes involucradas, por cuanto estos elementos adquieren nuevos alcances que impiden encor-

setar en esos términos el marco jurídico que regula a los ciudadanos en sus vínculos entre sí y con el Estado.

Es así que las relaciones que encarnan categorías, tales como el consumidor o el usuario, el resguardo del medio ambiente o el derecho a la información —registrada tanto por entes estatales como privados— generan fisuras en esas barreras, pues dichas garantías encuentran su ámbito de desarrollo y sobre todo su posible lesión tanto en el nexo entre los particulares —cuya igualdad de fuerzas parece ser altamente matizada a partir de un enfoque más realista de los vínculos producidos en la esfera social y en especial en el mercado— como entre aquellos y el Estado.

De tal modo, cláusulas constitucionales como las que tienden a proteger al eslabón más débil de la relación de consumo o las que procuran evitar que el desarrollo de proyectos empresariales u obras públicas perjudiquen el medio ambiente, y aun la tutela de los datos personales frente a registros del Estado o de empresas, poseen proyecciones directas en ámbitos que se han considerado tradicionalmente como patrimonio del derecho privado, del interés particular o de relaciones de coordinación, cuando es claro —y la consagración constitucional de este tipo de protecciones lo confirma— que la protección de los derechos fundamentales debe darse en todos los planos de la vida comunitaria.

La fractura de la dicotomía se percibe, entonces, desde los dos polos de la relación: no sólo el interés público deja de ser patrimonio del Estado y pasa a tener nuevos gestores, antes limitados en su capacidad de acción colectiva por el contenido individual de sus derechos, sino que el interés privado se ve atravesado por una fuerte actividad de intervención estatal en aquellas relaciones que antes se consideraban limitadas al espectro de los vínculos entre particulares. Los derechos de tercera generación protagonizan en gran medida esa fractura: ya no es posible considerar que el medio ambiente involucra solamente al interés público o al privado, ni lo es pensar que las relaciones de consumo se limitan a los lazos individuales.

El cambio es profundo y nos obliga a afrontarlo con respuestas dinámicas, pues si seguimos entendiendo a los derechos de tercera generación desde los cánones pensados a partir de la disociación entre interés público y privado, sólo lograremos retacear su sentido y establecer mecanismos de protección ineficaces. Esto puede advertirse con sólo ver los magros resultados que se obtienen al pensar la legitimación en materia ambiental o de consumo, aplicando para ello la noción patrimonialista del derecho subjetivo.

La presencia de nuevos colectivos gestores del interés público se advierte —en suma— a partir de los siguientes fenómenos:

a) La consagración de los derechos de tercera generación, en tanto presenta la particularidad de ubicar a las personas como cotitulares de bienes indivisibles, tal el caso del medio ambiente. Lo curioso es que esos bienes se gozan de modo difuso (son plenamente derechos, pero de pertenencia indefinida en términos de singularidades, aunque muy definida como comunidad) a diferencia del dominio decimonónico sobre las cosas, que nuevamente tiene como rasgo esencial el dato de la particularidad, de lo individual. Esa "coparticipación" obliga, claro está, a reformular los mecanismos de intervención exigibles para que aquella pueda ser considerada como genuina. Por ende, los cánones construidos para la noción de los derechos privados

—singularidad, exclusividad— no resultan aplicables para el diseño de las pautas de legitimación en este campo. Los derechos de incidencia colectiva se hallan "en una especie de comunión tipificada por el hecho de que la satisfacción de uno solo implica, por fuerza, la satisfacción de todos, así como la lesión de uno solo constituye, *ipso facto*, lesión a la entera comunidad" [6] y, por ende, no es viable pasar a estos derechos por el tamiz de instrumentos de participación pensados para los derechos decimonónicos.

b) La conjunción de los derechos civiles y políticos, los económicos, sociales y culturales, y los de tercera generación conforma —desde el plano de la indivisibilidad de los derechos— un límite insuperable de las políticas públicas. En el caso que una determinada política pública genere, como contrapartida de la persecución de un beneficio general, un grupo vulnerable y desfavorecido en cualquier plano de esos derechos, la obligación primigenia del Estado debe consistir en brindarle un mayor nivel de protección, adoptando medidas positivas para reducir las desventajas estructurales y dando trato preferente apropiado a esas personas, a fin de conseguir los objetivos de la plena realización e igualdad dentro de la sociedad para todas ellas [7].

c) El interés público, tradicional baluarte de las potestades del Estado, encuentra nuevos titulares sectoriales, como los usuarios y los consumidores de los servicios públicos, los habitantes en relación con el medio ambiente, los destinatarios de programas tendientes al logro progresivo del pleno goce de los derechos económicos, sociales y culturales, o —en suma— aquellos grupos de personas que se encuentran nucleados bajo la protección constitucional de un derecho del cual coparticipan; y esa protección rige en todos los niveles y frente a todo tipo de intereses. El monopolio del interés público en cabeza de la Administración obedecía a una segregación entre el interés privado —propio del individuo— y el común —propio de la colectividad—, y el estado actual de nuestro sistema jurídico precisamente se caracteriza por la factura esa división, al identificarse el derecho individual con el colectivo. Se trata de pensar en herramientas que hagan frente al nuevo contexto.

Todos los institutos del derecho administrativo, y particularmente el procedimiento —en tanto cauce natural de las peticiones de los ciudadanos—, poseen el interesante reto de convertirse en instrumentos adecuados y eficaces tendientes a concretar el diferente contenido de ese interés público que rodea a nuestro sistema constitucional y 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" [8]. Solamente un procedimiento flexible y abierto, tùitivo de los derechos fundamentales, podrá satisfacer las exigencias que nos plantean los nuevos paradigmas estatales, diferentes por cierto a los gestados en aquel Estado pensado desde dos faros que iluminaron —y dominaron— durante décadas

[6] CSJN, *Defensor del Pueblo de la Nación*, 2007, *Fallos* 330:2800, consid. 10.

[7] CSJN, *Ramírez*, 2007, *Fallos* 330:2548, voto disidente del juez Zaffaroni, consids. 12 a 17 y *Machado*, 2007, *Fallos* 330:2639, voto disidente conjunto de los jueces Fayt y Zaffaroni.

[8] Corte IDH, OC-6/86, párr. 29, cit.

la vida jurídica y social: soberanía estatal y propiedad individual. Esos dos faros no nos brindan hoy una guía satisfactoria, su luz no nos es suficiente para explorar el nuevo derecho y por ello deben ser adecuados a la actual realidad.

V. La prevención del conflicto y el carácter optativo del procedimiento administrativo para el titular de derechos

El carácter optativo u obligatorio del procedimiento administrativo ha sido motivo de diversos debates en los más variados sistemas legales iberoamericanos. En el capítulo quinto hemos apuntado las pautas normativas e interpretativas que nos inclinan a entender el procedimiento administrativo como una herramienta opcional para el ciudadano a fin de lograr la preservación de sus derechos. En tanto se procura que el procedimiento garantice un *plus* de protección que haga innecesario recurrir al juez —prevención del conflicto—, será la decisión del afectado la que indique el camino a seguir, sin que pueda serle impuesto, como recaudo de acceso a ese juez, un recorrido que en el caso puede avizorarse como ineficaz.

Nuestro texto constitucional carece de mención alguna en materia de habilitación de la instancia judicial; por el contrario, expresamente se pauta en él un sistema de derechos encauzado fuertemente hacia la figura del juez como vehículo para su defensa. Quizás la facultad de control de constitucionalidad que ostentan todos y cada uno de los magistrados en nuestra República (sin diferenciación de grados o materias) sea la muestra trascendental de la opción del constituyente por un modelo judicialista predominante sobre otros, de tipo administrativo o mixto, en materia de determinación de derechos.

Esa directiva sistémica —sumada a los elementos normativos oportunamente analizados— nos lleva a postular que propugnar como regla el carácter obligatorio del procedimiento administrativo es, tal vez, caer en un error hermenéutico importante: el principio constitucional y ahora convencional es justamente la inexistencia de impedimentos —entre ellos, administrativos— para el acceso a la tutela judicial. Se ha desplazado la carga argumentativa en la materia y cabe al Estado alegar y probar que —en determinados supuestos previamente estipulados por el legislador de acuerdo con el principio de proporcionalidad— es admisible la presencia de un procedimiento administrativo obligatorio. Cuando ello no suceda o la justificación no sea satisfactoria, debe mantenerse la regla del acceso al juez sin restricciones.

VI. La tutela administrativa efectiva y la prevención de la responsabilidad internacional del Estado

Según las reglas del derecho de la responsabilidad internacional, la acción u omisión de cualquier autoridad pública contraria a los mandatos convencionales constituye un hecho ilícito imputable al Estado que compromete su responsabilidad en los términos previstos por la Convención Americana [9]. Con motivo de aquella nace para el Estado una relación jurídica nueva que consiste en la obligación de respon-

[9] Corte IDH, *Garrido y Baigorria*, cit., párr. 40.

der —algo que dista de limitarse a una simple indemnización— [10], frente a la cual ninguna disposición o instituto de derecho interno puede oponerse [11].

A la luz de lo anterior, al procurar sortear la generación de violaciones de los derechos fundamentales, y —con ello— el incumplimiento de las obligaciones asumidas en los tratados, todos los instrumentos comentados tienen un objetivo común consistente en prevenir la responsabilidad internacional del Estado. Desde esta perspectiva, las acciones o las abstenciones en materia de prevención tendrán su norte, tal como lo hemos explicado, en el art. 1.1 de la Convención Americana, que prevé la obligación estatal de respetar y garantizar en forma genérica los derechos allí previstos y en el art. 2° de ese tratado, que obliga al Estado y a cada uno de sus órganos a remover cualquier obstáculo para el goce de aquellos y, por consiguiente, a llevar adelante medidas positivas tendientes a asegurar y efectivizar los derechos consagrados en ese Pacto.

Una correcta conjugación de la función preventiva y de la relación que da lugar al deber de responder en el sistema americano de derechos humanos impide —entonces— que la Administración se escude en abordajes formales si la decisión en juego pone en riesgo la configuración de responsabilidad del Estado en el plano internacional.

La Administración debe seguir el camino que han empezado a recorrer los jueces, quienes han comenzado a computar este factor en el ejercicio de sus atribuciones [12] (v.gr., decidiendo la apertura o no del recurso extraordinario fede-

[10] En efecto, la reparación prevista en el art. 63.1 de la Convención tiende a borrar las consecuencias que el acto ilícito pudo provocar en la persona afectada o en sus familiares o allegados, pero no se detiene allí, sino que trasciende a la víctima y obliga a adoptar todas las medidas para asegurar en el orden jurídico los derechos y las libertades consagrados en la Convención, a través de la modificación de prácticas domésticas, sanción a los responsables, medidas simbólicas y —en general— cualquier mecanismo que posea no sólo una función reparatoria sino preventiva de nuevas violaciones (Corte IDH, *Blake*, cit., párrafo 121 y punto resolutivo 3°; *Paniagua Morales*, cit., párr. 178 y punto resolutivo 6°). Al interpretar los alcances del art. 63.1 la Corte ha precisado también que la obligación de reparación ordenada por los tribunales internacionales se rige por el derecho internacional en todos sus aspectos, como, p. ej., su alcance, su naturaleza, su modalidad y la determinación de los beneficiarios, nada de lo cual puede ser modificado por el Estado obligado invocando para ello disposiciones de su derecho interno (Corte IDH, *Caballero Delgado y Santana*, cit., párr. 16; *Aloeboetoe y Otros v. Surinam. Reparaciones y costas*, 10/9/1993, párr. 44). Es así que, a diferencia del art. 41 del Convenio de Roma, el art. 63.1 de la Convención Americana no hace remisión al derecho interno para establecer el contenido de la reparación, facultando así a la Corte Interamericana para proceder a la fijación de las medidas de esa reparación con base autónoma en la propia Convención y en los principios generales del derecho internacional aplicables (Corte IDH, *Caballero Delgado y Santana*, cit., voto disidente del juez Cançado Trindade, párr. 12).

[11] Corte IDH, *Bulacio*, cit., párr. 117; *Cinco Pensionistas*, cit., párr. 164; *Hilaire, Constantine y Benjamin*, cit., párr. 112; *Trujillo Oroza v. Bolivia. Reparaciones y costas*, 27/2/2002, párr. 96, entre muchos otros.

[12] Esta tendencia se advierte cada día con mayor firmeza. Como se ha expresado con toda claridad, "es indispensable la recepción jurisdiccional interna de los criterios jurisprudenciales internacionales, que a su vez deben asumir las reflexiones y las aportaciones que provienen de la justicia nacional. La armonización del ordenamiento continental de los derechos humanos debe ser el producto de un diálogo persistente y profundo: el diálogo jurisprudencial, que avanza. Este ámbito de la recepción constituye (...) uno de los signos más alentadores en la hora actual del Sistema Interamericano" (Corte IDH, *García Prieto y otro v. El Salvador. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*, 20/11/2007, voto razonado del juez García Ramírez, párr. 10).

ral [13], la concesión de medidas cautelares, entre otros) [14]. Dicho de otro modo, *la Administración debe integrar en sus decisiones el diagnóstico vinculado con esa responsabilidad, para —desde allí— ejercer sus facultades sustanciales y procedimentales.* En muchos casos una decisión formalmente admisible desde la regulación interna no superará los estándares internacionales y, por ende, derivará en responsabilidad. En ese supuesto no es ya dudoso que el administrador debe priorizar la exigencia internacional.

Por lo tanto, es dable afirmar el siguiente estándar interpretativo respecto de la adopción de decisiones por la Administración Pública que prevengan la configuración de responsabilidad internacional del Estado [15]: al enfrentarse la autoridad interna a la alternativa que se le presenta entre una interpretación del ordenamiento doméstico que ubicaría al Estado en una violación del Pacto y otra que le permitiría cumplirlo, *el ordenamiento internacional exige la adopción de la última.* Si el ór-

[13] Por ejemplo, en *Espósito*, cit., la Corte Suprema —al aclarar los motivos de su intervención— indicó que si bien no procedía —en el cauce del recurso extraordinario federal— la revisión del pronunciamiento, "no puede soslayarse la circunstancia de que en el *sub lite* el rechazo de la apelación tendría como efecto inmediato la confirmación de la declaración de prescripción de la acción penal, en contravención a lo decidido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su sentencia del 18/9/2003 en el caso *Bulacio v. Argentina*, en el que se declarara la responsabilidad internacional del Estado argentino —entre otros puntos— por la deficiente tramitación de este expediente" (consid. 5).

[14] En el caso de las penitenciarías de Mendoza los tribunales argentinos —federal y provincial— dejaron de lado discusiones vinculadas con su competencia y se abocaron de forma expedita a dar curso a las medidas provisionales impuestas por la Corte Interamericana. En la resolución de fecha 13/2/2007 en el caso *Lavado*, la Corte Federal resolvió: a) intimar al Estado nacional a que en el plazo de veinte días adoptara las medidas que pusieran fin a la situación que se vivía en las unidades carcelarias de la provincia de Mendoza; b) instruir a la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Mendoza y a los tribunales de todas las instancias de la provincia para que, en sus respectivas competencias, y por disposición de la Corte Suprema, con la urgencia del caso, hicieran cesar toda eventual situación de agravamiento de la detención que importara un trato cruel, inhumano o degradante o cualquier otro susceptible de acarrear responsabilidad internacional al Estado federal; c) disponer que cada veinte días el Poder Ejecutivo Nacional informara al tribunal las medidas adoptadas para mejorar la situación de los detenidos. Por su parte, por acordada 20037 del día siguiente —14/2/2007— y resolución del 1/3/2007, la Suprema Corte de la provincia de Mendoza puso en conocimiento de todos los tribunales de la provincia lo dispuesto por la Corte Federal, ordenó una visita extraordinaria a los establecimientos carcelarios y dispuso la inmediata constatación, a través de los jueces de ejecución penal, de las condiciones de aquellos, para —por último— solicitar a la Corte Federal que emplazara al Poder Ejecutivo Nacional a que procediera a la inmediata reubicación de los internos federales alojados en la penitenciaría provincial. La segunda resolución ordenó al Poder Ejecutivo provincial la inmediata desinfección y desinsectación de los establecimientos, la provisión de baños químicos, la cesación de la situación de hacinamiento y la adopción de medidas que garantizaran la integridad física de los detenidos, entre otras, todo ello con el fin de adecuar el sistema penitenciario a la orden cautelar de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Finalmente, notificó de todo a la Corte Federal argentina. Pues bien, al tiempo de dar ambas Cortes —nacional y provincial— pleno cumplimiento a la orden cautelar internacional, el Tribunal Federal argentino aún no se había expedido siquiera sobre su propia competencia para intervenir en el caso. Cuestión esta que es dirimida posteriormente en marzo de 2007, oportunidad en que decide declararse incompetente y enviar parte de la causa a la justicia mendocina y parte a la justicia federal contencioso administrativa. En esta tendencia también se inscriben las medidas adoptadas por la Corte argentina en el caso *Mendoza,* vinculado con la contaminación ambiental de la Cuenca Hídrica Matanza Riachuelo en nuestro país (CSJN, *Mendoza*, 20/6/2006, *Fallos* 329:2316, consid. 20; 30/8/2006, *Fallos* 329:3528, consid. 7; 22/8/2007, *Fallos* 330:3663).

[15] ONU, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, OG 9, cit., párr. 15.

gano interno opta por el régimen doméstico generará responsabilidad internacional del Estado a la luz del art. 27 de la Convención de Viena.

Ello se traduce, por ejemplo, en:

a) *Amplitud de la suspensión cautelar del acto administrativo*. La prevención de la responsabilidad del Estado apuntará básicamente a evitar que se configure la lesión. Es por ello que aparece como especialmente relevante la paralización cautelar de la medida administrativa que *prima facie* pueda irrogar esa lesión. La suspensión del acto administrativo adiciona, a los ya conocidos motivos de invocación de nulidad, interés público o daño grave, un elemento más de valoración por el administrador.
b) *Flexibilización de los requisitos formales* para el acceso a un derecho. El informalismo a favor del ciudadano se inserta, en parte, en esta función tutelar y preventiva.
c) *Revisión amplia de las decisiones*. Adoptar criterios de revisión mecánicos hará incurrir en muchos casos al Estado en responsabilidad.
d) *Apertura de la denuncia de ilegitimidad*. Aun sin reformas legislativas en la materia, que por cierto estimamos necesarias, la admisión formal de la denuncia de ilegitimidad y el tratamiento de la cuestión de fondo se presentan como imperativos frente a la prevención de la responsabilidad.
e) *Inaplicabilidad de la norma "anticonvencional" en sede administrativa*. La Administración debe abstenerse de aplicar una norma si ello trae aparejado responsabilidad del Estado y ello ocurrirá —precisamente— al poner en práctica una disposición violatoria de las garantías y los derechos contenidos en los preceptos convencionales.
f) *Imposibilidad de negar protección efectiva invocando divisiones funcionales o territoriales del poder doméstico*. Tanto la división de los poderes como el régimen federal son instrumentos para una mejor protección de los derechos, con lo cual el Estado no puede invocarlos para justificar una violación, sea por acción, sea por omisión.
g) *Imposibilidad de incurrir en silencio administrativo y consiguiente deber de responder expresamente en todos los casos*. La falta de respuesta —por sí sola— genera, en determinados supuestos, responsabilidad internacional del Estado.
h) *Aplicación efectiva del principio de verdad material*. La Administración no puede escudar su responsabilidad expresando que el particular omitió acreditar algún presupuesto jurídico que el ordenamiento le imponía como condicionante de su decisión.
i) *Aplicación de todas las garantías convencionales en materia procedimental, más allá de las distinciones del derecho interno*. Genera responsabilidad internacional privar de ciertas garantías invocando que ellas no rigen en determinados ámbitos como el administrativo.
j) *Instrumentación de mecanismos de impugnación eficaces*, donde se ejerza una revisión sustancial. Genera responsabilidad del Estado obligar al particular a esperar una revisión que luego resulta formal o inexistente.
k) *Comprensión de la vigencia autónoma de las garantías procedimentales* y de la consecuente configuración de responsabilidad internacional del Esta-

do ante su violación, sin importar el resultado del trámite. La infracción a las mandas del plazo razonable [16], la imparcialidad o la igualdad de armas conllevará responsabilidad internacional sin importar si el trámite implicó la afectación de algún otro derecho "de fondo".

l) *Supresión de la noción del "perjuicio concreto" para la articulación de nulidades por violación de garantías.* Ante la infracción de las salvaguardas procedimentales aplicables, la Administración no puede desechar los planteos impugnatorios recurriendo al adagio de falta de acreditación del perjuicio concreto. La afectación del elenco de garantías del art. 8° del Pacto de San José de Costa Rica *no requiere la acreditación de una consecuencia directa* —esto es, un daño, agravio o perjuicio concreto en términos de actuación procesal del afectado— de la violación de tal garantía para posibilitar la nulificación de un procedimiento. Por el contrario, la falta de acatamiento, por parte de las instancias administrativas o judiciales, de esas garantías merece por sí sola la nulidad de la decisión que en definitiva se adopte. *No hay agravio adicional alguno que deba acreditarse.* La sola afectación del derecho de defensa, más allá de que ello haya derivado o no en un impedimento procesal puntual, provoca la nulidad de lo actuado y hace imposible la purga del vicio en sede administrativa o jurisdiccional posterior [17].

m) *Imposibilidad de subsanar la afectación del elenco de las garantías mínimas del art. 8° de la Convención Americana.* No es viable postular que las omisiones observadas en la tramitación administrativa con relación a la garantía de la defensa puedan ser salvadas en la instancia judicial, pues dichas omisiones —en tanto violaciones de las garantías mínimas de establecidas en la Convención Americana— determinan la incompatibilidad de la práctica interna con sus directivas y, con ello, su invalidez absoluta.

n) *Carácter vinculante de las decisiones internacionales para la Administración.* Cada fallo u opinión de los órganos internacionales integran el concepto de juridicidad, siendo obligatorios sus criterios para los funcionarios administrativos, quienes no deben esperar incorporación o intermediación legislativa alguna para internalizarlos de forma inmediata en sus prácticas cotidianas.

La Administración se encuentra tan obligada a cumplir los arts. 1.1 y 2° de la Convención Americana como el legislador y el juez, y, por ende, debe en cada caso examinar el nivel de compatibilidad de la norma o práctica internas con las directivas de la Convención, y las opiniones y los fallos que dictan los organismos propios del sistema americano de derechos humanos. Ese examen tendrá un objetivo concreto: prevenir la configuración de responsabilidad internacional del Estado.

[16] Basta para corroborar esta autonomía leer las sentencias que a diario emite la Corte Europea condenando a indemnizar violaciones al plazo razonable en forma independiente de otras impugnaciones a la actividad estatal, esto es, sin importar si la decisión finalmente adoptada fue correcta o no.

[17] CSJN, *López*, cit., voto de la jueza Argibay, consids. 5 y 9.

VII. La prevención como salida a la alta conflictividad que presenta el sistema de derechos argentino. La integración del paradigma de la tutela judicial efectiva

Si el punto de partida de los Pactos es el goce efectivo —real, concreto, cotidiano— de los derechos y las garantías, debemos asumir que la tutela judicial efectiva supone en algún punto una "resignación" frente a ese objetivo.

Es así porque la intervención del juez opera cuando el conflicto ya se produjo, mientras que el régimen americano aspira precisamente a *prevenirlo*. La tutela judicial es, en algún punto, "tardía" en materia de derechos fundamentales, pues supone una controversia, es decir, un contrapunto de intereses. La idea debe ser la contraria: evitar que los conflictos se produzcan, a través de una acción si se quiere oficiosa de la Administración que tienda a intervenir activamente en la vida comunitaria para identificar a la persona o grupo desprotegido y desplegar en forma inmediata su tutela.

No se trata de limitar el alcance de los sistemas convencionales a las formas de solucionar la violación a un derecho, sino de maximizar su papel en la prevención de esa violación. Sin dudas la protección contra transgresiones ya consumadas es esencial y supuso un avance central en la salvaguarda de los derechos, pero el actual estado de tal propósito plantea que se trata, en primer término, de prevenir esas lesiones: es aquí donde adquiere su virtualidad propia el rol preventivo que debe rodear a la función administrativa y especialmente al procedimiento.

El paradigma de la tutela judicial efectiva supone, en parte, la admisión de una *insuficiencia* en los mecanismos estatales de protección de los derechos, en tanto parte de la configuración de un conflicto. El paradigma de la tutela administrativa efectiva que subyace en la aplicación directa del art. 8° del Pacto de San José de Costa Rica al procedimiento administrativo se ubica en un estadio previo al nacimiento del conflicto, busca prevenir por medio de la intervención activa tutelar de los derechos. Naturalmente, no excluye la tutela judicial, sino que *procura reforzarla* a través de un mandato al administrador para la neutralización directa de la afectación de derechos; busca que el Estado-Administración procure el goce real de los derechos como punto de partida de su gestión y no como obligado por el Estado-juez.

La finalidad esencialmente *preventiva* del Pacto de San José de Costa Rica alcanza su máxima expresión si las garantías rigen durante el procedimiento de formación y emisión de la decisión estatal, al maximizar ello la posibilidad de *evitar* una violación. Se trata aquí de adoptar un enfoque que posicione a la Administración como un ejecutor espontáneo de las garantías, sujeto —naturalmente— al control judicial. En otros términos, cuando se propone la vigencia del art. 8° en el procedimiento, se pretende *asegurar un plus de protección que haga innecesaria la llegada al juez por medio de prevenir la violación del derecho.*

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

El procedimiento administrativo aparece, en esa construcción, como un factor trascendental en el camino hacia la aplicación espontánea de las directivas internacionales. A través de él se busca trasladar a las prácticas administrativas el papel esencial que le corresponde a la Administración en la prevención de violaciones —por acción u omisión— de los derechos humanos. La tutela administrativa efectiva se presenta, de ese modo, como la culminación necesaria de un proceso de internalización del derecho que actualmente se vive en torno a la función judicial —tutela judicial efectiva mediante— y que se procura trasladar al obrar concreto y práctico de la Administración, el cual es naturalmente *previo* al juez en la relación estatal cotidiana con las personas.

En suma: el sistema americano se apoya en la pretensión de lograr la incorporación *de oficio* de los parámetros internacionales por parte del Estado y mantener un papel subsidiario a su acción protectoria. La tutela administrativa, por su parte —materializada en la aplicación directa de las garantías del art. 8° de la Convención al procedimiento—, se apoya en la pretensión de lograr en la disciplina del derecho administrativo la incorporación de oficio de esas directivas con el objetivo de evitar la ocurrencia de conflictos que deban someterse al juez nacional y, eventualmente, supranacional. El denominador común de ese enfoque es, como vemos, la noción de *internalización espontánea* de las normas y criterios de protección como *instrumento preventivo* por excelencia de la violación de los derechos humanos. El conflicto nacional debe evitarse antes de llegar al juez, al igual que el internacional antes de llegar a la Comisión o a la Corte Interamericanas.

Ahora bien, para esta internalización es fundamental encarar una tarea previa de formación y concientización. Como ha dicho el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, los gobiernos deben *promover interpretaciones* de las leyes internas que brinden eficacia a las obligaciones convencionales y es especialmente importante para ello que en el entrenamiento de los jueces —y, nos permitimos agregar, de los legisladores y administradores— se evite toda asunción *a priori* de que las normas convencionales deben ser consideradas como no operativas o ajenas a la resolución de los asuntos cotidianos [18].

VIII. Referencia bibliográfica

Asociación por los Derechos Civiles (ADC), *La Corte y los derechos*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2005.

Badell Madrid, Rafael, "La tutela judicial de los intereses colectivos y difusos", *Revista de Derecho del Tribunal Supremo de Justicia*, nro. 14, Caracas, 2004.

Bobbio, Norberto, "La crisis de la democracia y la lección de los clásicos", Bobbio, N. - Pontara, G. - Veca, S., *Crisis de la democracia*, Ariel, Barcelona, 1985.

Cassagne, Juan C., *Derecho administrativo*, ts. I y II, LexisNexis-Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2006.

Cianciardo, Juan, *El conflictivismo en los derechos fundamentales*, Eunsa, Pamplona, 2000.

Cuadros, Oscar A., *Responsabilidad del Estado —Fundamentos, aplicaciones, evolución jurisprudencial—*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2008.

[18] ONU, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, OG 9, cit., párr. 11.

CUCHILLO FOX, Montserrat, *Jueces y Administración en el federalismo norteamericano*, Civitas, Madrid, 1996.

DE CARRERAS SERRA, Francesc, "La tutela judicial de los derechos fundamentales: un estudio de jurisprudencia", *Revista Española de Derecho Constitucional*, nro. 48, Centros de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1996.

FARRANDO (h.), Ismael, "Esquema para un balance del derecho administrativo al finalizar 'los 90'", *Revista Derecho Administrativo*, Depalma, Buenos Aires, 1998.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Democracia, jueces y control de la Administración*, Civitas, Madrid, 2000.

— "Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado", *Revista Española de Derecho Administrativo*, nro. 89, Civitas, Madrid, 1996.

GELLI, María A., "Las reparaciones simbólicas por la violación estatal de los derechos humanos", LL, Suplemento de Derecho Constitucional del 15/3/2007, p. 67.

GORDILLO, Agustín, "La obligatoria aplicación interna de los fallos y opiniones consultivas supranacionales (comentario al fallo de la CSJN 'Recurso de hecho deducido por Osvaldo Luspa [defensor oficial] en la causa Giroldi, Horacio David y otros s/recurso de casación')", *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, nro. 215, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 1996.

— "Responsabilidad del Estado en el derecho internacional", en AA.VV., *Responsabilidad del Estado y del funcionario público*, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2001.

GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo A. - JUSTO, Juan B., "Decovi: nuevos modos de entender el derecho", ED, Suplemento de Derecho Administrativo del 7/8/2006, p. 8.

IVANEGA, Miriam M., "La participación y el control ciudadano en los procesos de formación y ejecución contractual", en AA.VV., *Cuestiones de contratos administrativos*, Rap, Buenos Aires, 2007.

MANNORI, Luca - SORDI, Bernardo, "Justicia y Administración", en AA.VV., *El Estado moderno en Europa*, Mauricio Fioravanti (ed.), Trotta, Madrid, 2004.

MERKL, Adolfo, *Teoría general del derecho administrativo*, Comares, Granada, 2004.

MERTEHIKIAN, Eduardo, *La responsabilidad pública. Análisis de la doctrina y la jurisprudencia de la Corte Suprema*, Ábaco, Buenos Aires, 2001.

MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Tratado de derecho administrativo y derecho público general*, ts. I y II, Iustel, Madrid, 2006.

SALOMONI, Jorge L., "Interés público y emergencia", *Revista Actualidad en el Derecho Público*, nros. 18-20, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002.

SAMMARTINO, Patricio M., "Procedimiento administrativo, juridicidad e interés público", en AA.VV., *Cuestiones de procedimiento administrativo*, Rap, Buenos Aires, 2006.

SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, *La teoría general del derecho administrativo como sistema*, Marcial Pons, Barcelona, 2003.

ÍNDICE ANALÍTICO

PRÓLOGO XIII

PRESENTACIÓN

I. La dinámica constitucional XXI
II. El objetivo del libro XXII
III. Algunas aclaraciones previas XXII
IV. Agradecimientos XXIII

Abreviaturas XXV

CAPÍTULO I

EL SISTEMA AMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS. RASGOS SALIENTES

I. La Constitución de 1994 y el Pacto de San José de Costa Rica 1
1. El contexto de internacionalización del derecho 1
2. La apertura al sistema internacional 3
3. El desafío del intérprete 4
II. Las obligaciones estatales en materia de derechos humanos 8
1. La dignidad del ser humano como principio y fin del sistema americano 8
2. Las obligaciones de los arts. 1° y 2° de la Convención Americana 9
3. La prevención de las violaciones a los derechos humanos 12
4. La inoponibilidad del derecho interno: presupuesto de la eficacia jurídica del sistema americano 12
5. Lo indisponible por el Estado: el orden público de los derechos humanos 15
6. El carácter *erga omnes* de la protección internacional 15
7. La "norma de clausura" del sistema de protección de los derechos humanos. El art. 29 de la Convención Americana 18
7.1. Prohibición de supresión de derechos. Deber de armonización 19
7.2. Imposibilidad de limitar el derecho en mayor medida al permitido en la Convención 19
7.3. Armonización entre la norma interna más favorable y la Convención Americana 19
7.4. Cláusula del mejor derecho 20
7.5. Prioridad del tratado internacional más favorable 20
7.6. Función dinámica de la Convención. Apertura a la tutela de nuevos derechos 20
7.7. Tutela de los derechos y garantías derivados del Estado de derecho 21
7.8. "Normativización" de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre 21
7.9. "Normativización" de las declaraciones de derechos humanos como género 21
8. La democracia y el sistema de protección de los derechos humanos 21
III. La Administración Pública como sujeto activo en la aplicación del Pacto de San José de Costa Rica 21
IV. Conclusión: el interrogante 23
V. Referencia bibliográfica 24

CAPÍTULO II

EL ART. 8° DEL PACTO DE SAN JOSÉ DE COSTA RICA Y SU APLICACIÓN AL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

I. El enfoque integral del procedimiento 27
II. Las garantías aplicables al procedimiento administrativo en Europa y América 29
1. La restricción de la protección europea. Derechos y obligaciones de carácter civil 30
1.1. El punto de partida. El proceso equitativo se detiene frente al núcleo duro de las prerrogativas públicas 32
1.2. La crítica evolutiva 35
1.3. La fórmula transaccional. El hallazgo de la cuestión civil en el caso administrativo para atraer las garantías del proceso equitativo 39
1.3.1. Presencia de una controversia genuina y seria 41
1.3.2. Conexión directa entre el resultado de los procedimientos y un derecho de naturaleza civil. Los parámetros de inclusión de los asuntos administrativos en el art. 6.1 del Convenio Europeo 43
1.4. La crítica estatocéntrica 51
1.5. Nuestra opinión 55
2. El art. 8° de la Convención Americana. Rasgos propios 56
2.1. Apartado 1°: Garantías generales 56
2.2. Apartados 2° a 5°: Acusaciones penales 57
2.3. Composición de la norma 57
3. El desafío evolutivo. La aplicación de las garantías del art. 8° de la Convención Americana al procedimiento administrativo 58
3.1. El criterio mayoritario en la Corte Interamericana 58
3.2. La postura disidente. Inaplicabilidad del art. 8° a actuaciones no judiciales . 62
III. El art. 8° de la Convención Americana se aplica al procedimiento administrativo 64
1. El estándar para la aplicación de las garantías supranacionales: acto estatal de determinación de derechos u obligaciones de las personas 65
2. El acto administrativo como decisión estatal que determina derechos y obligaciones 67
IV. Primeras aproximaciones 68
1. Desarrollo argumental 68
1.1. La aplicación de todas las garantías a todo proceso judicial de cualquier índole 68
1.2. El traslado de las garantías del proceso judicial al procedimiento administrativo 69
2. El desarrollo temporal de los argumentos 69
V. El modo de aplicación de las garantías convencionales en el procedimiento administrativo 70
1. El modo en que las reglas del proceso equitativo rigen en el procedimiento administrativo en la jurisprudencia de la Corte Europea 71
1.1. Reglas generales 71
1.2. El alcance del control judicial exigible y la doctrina de la deferencia 72
2. El modo en que las reglas del debido proceso rigen en el procedimiento administrativo en la jurisprudencia de la Corte Interamericana 75
VI. A modo de síntesis 77
VII. Referencia bibliográfica 77

CAPÍTULO III

LOS PRINCIPIOS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

I. Punto de partida. Los principios tradicionales del procedimiento administrativo 79
1. Principios sustantivos 79
2. Principios adjetivos 80
3. Otros principios 81

II. Nuevos principios 81
1. Sustantivos 81
1.1. *Pro homine* 81
1.1.1. Concepto 81
1.1.2. Consecuencias 82
1.2. Juridicidad 84
1.2.1. Concepto y alcance 84
1.2.2. Las garantías convencionales como requisitos de validez del acto administrativo 86
1.3. Proporcionalidad 88
1.3.1. La comprensión usual del principio de razonabilidad 89
1.3.2. La razonabilidad en el plano supranacional. Principio de proporcionalidad 89
1.3.2.1. Finalidad legítima de la restricción 90
1.3.2.2. Adecuación de la medida utilizada 94
1.3.2.3. Necesidad de la medida utilizada 94
1.3.2.4. Estricta proporcionalidad de la medida 95
1.3.3. El *test* de proporcionalidad 96
1.4. Eficacia de la acción estatal 97
1.5. Tutela administrativa efectiva 98
1.5.1. Deslinde conceptual 98
1.5.2. Recepción jurisprudencial 100
1.5.3. Contenido de la tutela administrativa efectiva 100
1.6. Confianza legítima 103
1.6.1. Características de la figura 103
1.6.2. Requisitos para la admisión de la confianza legítima como principio del procedimiento 106
1.7. Igualdad 107
1.7.1. Concepto 107
1.7.2. Proyecciones de la igualdad en el procedimiento administrativo 108
1.7.3. Los pisos mínimos de protección frente a las competencias locales y sectoriales 108
1.7.3.1. Federalismo y multiplicidad de procedimientos administrativos locales 108
1.7.3.2. República y multiplicidad de procedimientos administrativos sectoriales 109
1.7.3.3. Derechos humanos y bases del procedimiento administrativo 109
1.7.4. Teoría del mejor derecho 113
1.8. Máxima divulgación de la información en poder del Estado 115
1.8.1. Concepto y caracteres 115
1.8.2. Alcance 115
2. Principios adjetivos 116
2.1. Imparcialidad 116
2.1.1. Fundamentos de la garantía 116
2.1.2. La imparcialidad en el procedimiento administrativo 117
2.1.3. Alcances de la garantía 120
2.1.3.1. Precisiones. Contenido europeo y ámbito de aplicación americano 120
2.1.3.2. Dimensiones subjetiva y objetiva 121
2.1.3.3. La necesidad de reformas estructurales en el plano doméstico no excusa la ausencia de imparcialidad 123
2.1.3.4. Imparcialidad e independencia 124
2.1.3.5. La imparcialidad en la Administración Pública. Consecuencias 125
2.2. Debido proceso 128
2.2.1. Igualdad de armas 129
2.2.1.1. Características en la jurisprudencia europea 129

2.2.1.2. Perfiles de la igualdad de armas en América 130
2.2.2. Contradicción 132
2.2.3. Plazo razonable 133
2.2.3.1. Criterios de evaluación de la razonabilidad del plazo 134
2.2.3.2. El plazo razonable en sede administrativa 141
2.2.4. Proceso público 143
2.2.4.1. Precisiones 143
2.2.4.2. Contenido de la publicidad del proceso 144
2.3. La garantía de debida fundamentación 145
III. La nueva composición de los principios del procedimiento administrativo 147
1. Principios sustantivos 147
1.1. *Pro homine* 147
1.2. Juridicidad 147
1.3. Proporcionalidad 148
1.4. Eficacia 148
1.5. Tutela administrativa efectiva 148
1.6. Igualdad 148
1.7. Máxima divulgación 149
2. Principios adjetivos 149
2.1. Imparcialidad 149
2.2. Debido proceso 149
2.3. Nuevos alcances del informalismo 149
2.4. Debida fundamentación 151
IV. Sinopsis 151
1. Sustantivos 151
2. Adjetivos 151
V. Referencia bibliográfica 151

CAPÍTULO IV

LAS GARANTÍAS CONVENCIONALES Y SU IMPACTO EN EL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR

I. Derecho penal y derecho administrativo sancionador 155
II. El procedimiento administrativo sancionador y los derechos en juego. El debido proceso como prueba de la autorización estatal para ingresar en la esfera individual 156
III. La Corte Europea: límites normativos, interpretación extensiva y subsanación 159
1. La aplicación de las reglas del proceso equitativo al procedimiento administrativo sancionador 160
1.1. Cuando nos hallamos ante una acusación 160
1.2. El carácter "penal" de la acusación como punto de atracción de las garantías de los arts. 6° y 7° del Convenio Europeo 161
1.2.1. Calificación interna 163
1.2.2. Naturaleza de la falta 163
1.2.3. Naturaleza y gravedad de la pena 164
2. Nuevas críticas estatocéntricas 165
3. Modalidad de aplicación de las reglas del proceso equitativo en el procedimiento administrativo sancionador 166
IV. La Corte Interamericana y el estándar de *Baena* 167
V. Conclusiones del examen comparativo. El *ius puniendi* como categoría regulada por el debido proceso y el carácter impostergable de las garantías 168
VI. El catálogo de garantías de los modelos americano y europeo frente al procedimiento sancionador 169
1. Garantías generales (remisión) 170
2. Presupuestos de las potestades punitivas. Tipicidad. Legalidad de las sanciones 170
2.1. El principio de legalidad en las convenciones americana y europea 170

2.2. El principio de legalidad y la tipificación de las faltas en América. El requisito de previsibilidad 171
2.3. El principio de legalidad y la tipificación de las faltas en Europa 172
2.4. La previsibilidad en la configuración de las faltas administrativas 175
2.5. Principio de legalidad y retroactividad 176
2.6. Legalidad y criterio de peligrosidad 177
2.7. Legalidad de la pena 178
3. Presunción de inocencia 178
3.1. Contenido de la garantía 178
3.2. La carga de la prueba 179
3.3. Las medidas anticipadas 180
4. Asistencia gratuita de un traductor o intérprete 182
5. Comunicación previa y detallada de la acusación formulada 182
5.1. Finalidad y alcance 183
5.2. Correlación entre la acusación y la resolución condenatoria 184
6. Concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa 185
7. Asistencia de un defensor 186
8. Derecho de hacer comparecer e interrogar testigos y peritos 187
8.1. Reglas para el examen de testigos 188
8.2. Reglas para el examen de peritos 188
9. Derecho del imputado a no ser obligado a declarar contra sí mismo 189
10. Derecho a recurrir ante una autoridad superior 190
10.1. Ámbito de aplicación y contenido 190
10.2. Expresiones de la garantía en el procedimiento administrativo 191
11. *Non bis in idem* 192
12. Publicidad del proceso (remisión) 196
VII. Referencia bibliográfica 196

Capítulo V

ELEMENTOS ESTRUCTURALES DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO A LA LUZ DE LAS GARANTÍAS

I. La nueva estructura del procedimiento administrativo y el art. 8° de la Convención Americana 197
II. Regulación del trámite 197
1. El procedimiento administrativo debe regularse por ley formal 197
2. La competencia del órgano debe provenir de la ley 198
3. La regulación del procedimiento y el principio de igualdad 198
III. Ámbito de aplicación de las normas de procedimiento administrativo 198
IV. Situaciones subjetivas frente a la Administración Pública. Legitimación 199
1. La juridicidad es una garantía a favor de las personas y la legitimación el primer paso para su materialización 200
2. La protección de la legalidad como derecho implícito 201
3. El deber de proteger el Estado de derecho 202
V. El principio de máxima divulgación y la publicidad en el expediente administrativo. Vistas y notificaciones 203
1. Regulación por ley formal 203
2. Sistema restringido de excepciones 203
3. Accesibilidad amplia a las actuaciones 204
4. La publicidad como requisito de validez y la notificación del acto 204
VI. La igualdad de armas y los plazos en el procedimiento administrativo 205
1. Cómo funciona el sistema cuando el Estado quiere suprimir un acto por razones de ilegitimidad 206
2. Cómo funciona el sistema cuando el particular quiere lograr que el Estado suprima un acto por razones de ilegitimidad 207

3. La perentoriedad de los plazos recursivos 209
4. La denuncia de ilegitimidad como posible solución en el sistema federal argentino 209
5. Plazos y valores comunes 212
VII. La igualdad de armas y la operatividad de las garantías. La teoría del fruto del árbol venenoso 214
1. El silencio administrativo y el derecho de peticionar a las autoridades 214
2. La teoría de la subsanación 215
3. Los defectos en materia de notificaciones y el curso de los plazos 215
4. Prueba. Algunas reformas necesarias frente a la igualdad de armas 216
VIII. Principio de contradicción y dictámenes 216
IX. El principio de eficacia y el procedimiento administrativo 217
1. El sistema impugnatorio. Los recursos administrativos y la directiva de efectividad 217
1.1. *El principio de eficacia y el art. 25 de la Convención Americana* como norma específica del ámbito recursivo 217
1.1.1. El distingo entre los arts. 8° y 25 de la Convención Americana. Ámbitos material y temporal de aplicación 218
1.1.2. Del recurso judicial al recurso administrativo 219
2. Los requisitos que debe cumplir el sistema de impugnación administrativa. El recurso como garantía de la persona y no como privilegio estatal 222
3. Consecuencias de los principios del sistema impugnatorio 224
3.1. Admisibilidad del recurso 224
3.2. Efectos del recurso 225
3.3. Plazo de resolución 227
3.4. Garantías de independencia 227
3.5. Ejecución del recurso 227
3.6. El carácter opcional del recurso administrativo 227
4. El derecho al recurso efectivo como garantía procedimental autónoma 228
5. El recaudo de agotamiento de la vía administrativa como excepción y no como regla para el acceso a la Justicia 231
X. Referencia bibliográfica 232

Capítulo VI

EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMO CAUCE PARA LA SATISFACCIÓN DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

I. Obligaciones contenidas en los tratados de derechos económicos, sociales y culturales 237
II. Valor interpretativo de los criterios de los órganos de aplicación 239
1. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Comité 239
2. Protocolo de San Salvador. Comisión y Corte Interamericanas 245
III. Las obligaciones características de los derechos económicos, sociales y culturales. Clasificación 246
1. Conducta debida por el Estado. Respeto, protección y cumplimiento 247
1.1. Obligación de respeto 247
1.2. Obligación de protección 247
1.3. Obligación de cumplimiento (aplicación) 248
2. Grado de satisfacción del derecho que resulta exigible. Obligaciones de resultado y de medios 248
2.1. Obligaciones de resultado 248
2.1.1. No discriminación 248
2.1.2. Pisos mínimos esenciales de derechos. Obligaciones básicas 248
2.2. Obligaciones de medios. Progresividad y no regresividad 249
IV. Proyecciones procedimentales de la distinción entre obligaciones de medio y de resultados 250
1. Obligaciones de resultado y remedios eficaces. Secuelas procedimentales de la directiva de cobertura de niveles esenciales de cada derecho 252

1.1. Recaudos de validez de los remedios administrativos 253
1.2. Eficacia jurídica de los derechos económicos, sociales y culturales y discrecionalidad administrativa 254
2. Obligaciones de medios y participación ciudadana genuina. Secuelas procedimentales de la directiva de progresividad 255
2.1. Presupuestos sustanciales en materia de progresividad 256
2.1.1. Máxima utilización de recursos disponibles 256
2.1.2. No regresividad 256
2.2. Progresividad y participación ciudadana genuina. Efectos en materia de legitimación y elaboración participativa de normas 257
2.2.1. Legitimación amplia 257
2.2.2. Participación de los afectados en la elaboración e implementación de las medidas vinculadas con derechos económicos, sociales y culturales 258
V. El procedimiento administrativo como indicador de progreso en materia de derechos económicos, sociales y culturales 260
VI. Referencia bibliográfica 262

CAPÍTULO VII

FINES DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA

I. La Administración Pública y su rol preventivo 263
II. El carácter tuitivo de la función administrativa 264
III. La Administración Pública y su vinculación con las acciones positivas en el marco del procedimiento administrativo 265
IV. Los nuevos gestores del interés público 266
V. La prevención del conflicto y el carácter optativo del procedimiento administrativo para el titular de derechos 270
VI. La tutela administrativa efectiva y la prevención de responsabilidad internacional del Estado 270
VII. La prevención como salida a la alta conflictividad judicial que presenta el sistema de derechos argentino. La integración del paradigma de la tutela judicial efectiva 275
VIII. Referencia bibliográfica 276