

DERECHO ADMINISTRATIVO IBEROAMERICANO

*100 autores en homenaje al postgrado
de Derecho Administrativo
de la Universidad Católica Andrés Bello*

COORDINACIÓN
Víctor Hernández-Mendible

TOMO

1


Ediciones
Paredes

PLAN GENERAL DE LA OBRA

TOMO I

DERECHO ADMINISTRATIVO Y LA HISTORIA

La evolución del Derecho Administrativo colombiano durante el Siglo XX

JAIME VIDAL PERDOMO

Evolución y situación actual del Derecho Administrativo en México

JORGE FERNÁNDEZ RUIZ

Régimen jurídico de la beneficencia y atención a los invidentes
españoles en el siglo XIX

JUAN FRANCISCO PÉREZ GÁLVEZ

DERECHO ADMINISTRATIVO, DERECHOS HUMANOS Y CONSTITUCIÓN

La Constitución de Bolivia de 1826 ¿Liberal o Republicana?

ENRIQUE J. SÁNCHEZ FALCÓN

El Derecho Administrativo argentino y su desafío frente
al régimen americano de derechos humanos

PABLO A. GUTIÉRREZ COLANTUONO

Postulados y principios. El sistema constitucional de los
derechos humanos en Venezuela

ROMÁN J. DUQUE CORREDOR

Constitución y Derecho Público: Cumplimiento de las promesas

MARIANO R. BRITO CHECCI

Marco constitucional del Derecho Administrativo

ALLAN R. BREWER-CARÍAS

La autonomía del Poder Público Local

VÍCTOR RAFAEL HERNÁNDEZ-MENDIBLE

Una visión del control de constitucionalidad en Brasil

MARCELO FIGUEIREDO

Sistema venezolano de repartición de la competencia legislativa, según
la Constitución de 1999

GUSTAVO LINARES BENZO

1.4.5. <i>El recogimiento de los ciegos en establecimientos de beneficencia y su negativa a ingresar en asilos</i>	87
2. Educación: una herramienta fundamental para el avance social de los invidentes	89
2.1. <i>El paso de la prehistoria a la historia para los ciegos</i>	89
2.2. <i>La creación de colegios para ciegos</i>	90
3. La primera organización legal de ciegos en España	95

TÍTULO SEGUNDO

DERECHO ADMINISTRATIVO, DERECHOS HUMANOS Y CONSTITUCIÓN

LA CONSTITUCIÓN DE BOLIVIA DE 1826 ¿LIBERAL O REPUBLICANA?

Enrique J. Sánchez Falcón

I. Preliminares	101
II. La Constitución de Bolivia de 1826, en su contexto histórico.	103
III. La Constitución de 1826 como código fundamental.	107
IV. La Constitución de 1826 como instrumento de la acción política	111
V. La Constitución y algunas apreciaciones doctrinarias sobre los elementos de liberalismo y/o republicanismo en ella contenidos.	117
BIBLIOGRAFÍA	121

EL DERECHO ADMINISTRATIVO ARGENTINO Y SU DESAFÍO FRENTE AL RÉGIMEN AMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

Pablo A. Gutiérrez Colantuono

I. Introducción. La internacionalización del derecho latinoamericano	123
II. El caso argentino. Principales características	124
a) <i>La primacía de los tratados sobre las leyes</i>	124
b) <i>La constitucionalización de los tratados de derechos humanos</i>	125
c) <i>La flexibilización del tipo constitucional y la apertura a la constitucionalización de otros instrumentos de protección de los derechos humanos</i>	126
d) <i>La segunda vertiente de la internacionalización. Integración comunitaria</i>	127
III. El impacto normativo del sistema de derechos humanos americano. La jurisprudencia como expresión dinámica del cambio	128
IV. Los procesos de integración. El principio de igualdad como punto de contacto entre los tratados de derechos humanos y el derecho comunitario	130
IV.1°) La integración en Europa y Latinoamérica. Algunos factores comparativos	132

a) <i>Herramientas del derecho comunitario</i>	133
b) <i>Principio de efecto directo</i>	133
c) <i>Principio de primacía</i>	138
IV.2°) El derecho de la integración y la igualdad en la protección de los derechos fundamentales. La tesis del mejor derecho	141
IV.3°) El Protocolo de Asunción sobre Compromiso con la Promoción y Protección de los Derechos humanos del Mercosur	143
V. El derecho administrativo y sus distintos niveles de adecuación al nuevo orden. Algunos ejemplos	145
a) <i>La Administración Pública y la tutela efectiva de los derechos</i>	145
b) <i>El procedimiento administrativo y la garantía del plazo razonable</i>	147
c) <i>La dicotomía entre derecho público y privado. Su desvanecimiento frente al nuevo catálogo de derechos fundamentales</i>	150
d) <i>El sistema de garantías como régimen unificador. El caso de las potestades punitivas. Estándares básicos</i>	151
VI. Conclusiones	153

POSTULADOS Y PRINCIPIOS. EL SISTEMA CONSTITUCIONAL
DE LOS DERECHOS HUMANOS EN VENEZUELA

Román J. Duque Corredor

1. Principios fundamentales: Los derechos humanos como sustento y fuente de la constitucionalidad y de la legalidad de la actuación de los poderes públicos	155
2. El bloque de la constitucionalidad y el sistema universal de los derechos humanos	156
3. La garantía de los derechos humanos y su influencia en la gobernabilidad de la democracia	158
4. Historicidad de los derechos humanos	159
5. La Universalidad de los derechos humanos	159
6. Fundamento de la Universalidad de los derechos humanos	160
7. Efectos derivados de la universalidad de los derechos humanos	162
8. El aprovechamiento de visión occidental de la universalidad de los derechos humanos y de la relatividad de la noción de soberanía y de ciudadanía	162
9. La especificación de los derechos de los derechos humanos y su compatibilidad con su carácter universal	163
10. Los derechos humanos frente a la ciudadanía	164
11. Los derechos humanos frente a la soberanía	165
12. Las tesis para la “postsoberanía” y la “postciudadanía”	168

El derecho administrativo argentino y su desafío frente al régimen americano de derechos humanos

Participación colectiva Libro Homenaje al
Posgrado de Derecho Administrativo en la
Universidad Católica Andrés Bello –Caracas,
Venezuela, Ediciones Paredes, 2007.

Por Pablo A. Gutiérrez Colantuono*

Sumario: I.- Introducción. La internacionalización del derecho latinoamericano. II.- El caso argentino. Principales características. a) La primacía de los tratados sobre las leyes. b) La constitucionalización de los tratados de derechos humanos. c) La flexibilización del tipo constitucional y la apertura a la constitucionalización de otros instrumentos de protección de los derechos humanos. d) La segunda vertiente de la internacionalización. Integración comunitaria. III.- El impacto normativo del sistema de derechos humanos americano. La jurisprudencia como expresión dinámica del cambio. IV.- Los procesos de integración. El principio de igualdad como punto de contacto entre los tratados de derechos humanos y el derecho comunitario. IV.1º) La integración en Europa y Latinoamérica. Algunos factores comparativos. a) Herramientas del derecho comunitario. b) Principio de efecto directo. c) Principio de primacía. IV.2º) El derecho de la integración y la igualdad en la protección de los derechos fundamentales. La tesis del mejor derecho. IV.3º) El Protocolo de Asunción sobre Compromiso con la Promoción y Protección de los Derechos Humanos del Mercosur. V.- El derecho administrativo y sus distintos niveles de adecuación al nuevo orden. Algunos ejemplos. a) La Administración Pública y la tutela efectiva de los derechos. b) El procedimiento administrativo y la garantía del plazo razonable. d) La dicotomía entre derecho público y privado. Su desvanecimiento frente al nuevo catálogo de derechos fundamentales. e) El sistema de garantías como régimen unificador. El caso de las potestades punitivas. Estándares básicos. VI.- Conclusiones.

I.- Introducción. La internacionalización del derecho latinoamericano.

Las naciones de Latinoamérica –siempre partícipes de un destino común- parecen atravesar con diferentes intensidades un fenómeno global cuyas consecuencias es necesario intentar desentrañar y que es motivo de creciente interés por parte de la doctrina: la internacionalización de los ordenamientos jurídicos.

La alteración de las fuentes del derecho y de los marcos interpretativos que rigen la vida de los ciudadanos de nuestros países y –sobre todo- del reparto de atribuciones de control de cumplimiento por los Estados de sus obligaciones para con aquellos es una situación cuyo avance vertiginoso nos obliga constantemente a plantearnos nuevos interrogantes y puntos de vista.

Como una primera aproximación, podríamos decir que el rasgo primordial de este fenómeno reside en la variación de los polos de producción y aplicación de las normas que vinculan directamente al Estado respecto de los ciudadanos, todo ello en el contexto de un modelo que se caracteriza por no distinguir –al verificarse el acatamiento de las normas supranacionales- cual es el sujeto emisor de la acción u omisión que lesiona derechos fundamentales, lo cual produce importantes

* Director de la carrera de posgrado “Especialización en Derecho Administrativo” de la Universidad Nacional del Comahue, Argentina.

consecuencias en la división de funciones estatales y en la articulación territorial del poder.

Por mi parte, intentaré acercar algunos elementos que considero ofrece el actual estado de cosas en la Argentina como muestra de esta temática, pues –claro está- no nos está dado ya pretender mantenernos dentro de las fronteras de la soberanía tradicionalmente entendida si pretendemos aprehender las novedades que esta situación nos depara.

II.- El caso argentino. Principales características.

El bloque de constitucionalidad argentino consagrado en la última reforma constitucional federal sancionada en 1994 ha provocado un profundo y sustancial cambio en el sistema jurídico interno. La decisión del constituyente federal de positivizar en la cumbre del ordenamiento jurídico a los tratados de derechos humanos, entre otros, ha provocado un trastocamiento del sistema de las fuentes del derecho¹. Este último se ha convertido en un tema de principalísimo orden en el sistema jurídico argentino².

a) La primacía de los tratados sobre las leyes.

El artículo 75 inciso 22 del nuevo texto constitucional ha delimitado –en el marco de las facultades del Congreso de la Nación- una serie de preceptos de honda relevancia para la dinámica del ordenamiento en todos sus planos de normación, tanto federal como provincial y municipal.

En primer lugar, ha establecido expresamente el primer párrafo de la norma citada el principio general conforme el cual *“los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes”*.

Ello significó cerrar –al menos desde el texto de la Carta Fundamental- una larga polémica suscitada desde la organización del Estado bajo la Constitución de 1853-60.

En efecto, a lo largo de nuestra conformación institucional ha sido objeto de arduas discusiones el alcance que –en esta temática- correspondía asignar al artículo 31 de la Constitución³, el cual ya determinaba en ese momento el orden de prelación normativa en el marco de la Federación sin distinguir expresamente una preeminencia de los tratados sobre las leyes.

El sistema constitucional así diseñado al tiempo de instaurarse el estado republicano y federal argentino, imponía desde el prisma de lo artículos 31 y 100⁴ de la Constitución tanto la superioridad de aquella por sobre los tratados internacionales,

1 GORDILLO, Agustín, Tratado de derecho administrativo, Tº 1, Parte General, 8º edición, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2003, Cap. VI. Del mismo autor, Derechos humanos, 5º edición, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1999.

2 Ver el desarrollo efectuado por LORENZETTI, Ricardo Luis, Teoría de la decisión judicial, Rubinzal Culzoni, Santa Fé, 2006.

3 “Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ellas...”.

4 Hoy Art.116, referido –entre otros factores- a las materias que habilitan la competencia del Poder Judicial Federal: “causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, y por las leyes de la Nación (...) y por los tratados con las naciones extranjeras”.

como la igual posición de estos últimos respecto de las leyes dictadas por el Congreso de la Nación⁵.

Como producto de lo anterior, resultó un criterio afincado en esta temática hasta fines del siglo XX que, siendo que la Constitución Nacional no atribuía prelación o superioridad a los tratados internacionales respecto de las leyes, no existía fundamento normativo –interno, valga aclararlo- para acordar prioridad de rango a ninguno.

Esta visión comenzó a recibir serios embates que se trasladaron al plano jurisprudencial.

Efectivamente, superada la inicial etapa marcada por el fallo “Martín y Cía.” y “Esso S.A. Petrolera Argentina” (equiparación jerárquica de leyes y tratados internacionales), comenzó a desarrollarse en los fallos de la Corte Suprema Federal la aplicación de ciertas normas convencionales a partir de los precedentes “Ekmekdjian”⁶ y “Cafés La Virginia S.A.”⁷, permeabilizando así la supremacía del derecho internacional sobre las leyes internas.

Fue en el primer caso aludido donde la Corte encontró el fundamento normativo expreso de la prevalencia de los Tratados que había ignorado a lo largo de toda su evolución: el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados⁸.

De esa manera, con la incorporación de la Convención de Viena⁹ se configuraba -en principio- el fundamento normativo para reconocer superioridad a los tratados internacionales.

El afianzamiento de esta línea interpretativa vio su máxima expresión en la reforma constitucional de 1994, reafirmada posteriormente por una serie de consolidados precedentes de la Corte Suprema en los que la recepción de los criterios internacionales se ha extendido con magnitud considerable.

b) La constitucionalización de los tratados de derechos humanos.

En segundo lugar la reforma de 1994 incorporó al texto de la Carta varios tratados de protección de los derechos humanos¹⁰, declarando que los mismos, “*tienen*

5 La Corte Suprema de Justicia de la Nación convalidaba tal rumbo, realizando una exégesis que se basaba exclusivamente en las normas internas, lo que la llevaba a expresar que “...ni el art. 31 ni el 100 de la Constitución Nacional atribuyen prelación o prioridad de rango a los tratados con las potencias extranjeras respecto de las leyes válidamente dictadas por el Congreso Nacional. Ambas normas leyes y tratados son calificadas como ley suprema de la Nación, rigiendo a su respecto el principio con arreglo al cual las posteriores derogan a las anteriores.” (CSJN, casos “Martín & Cía. Ltda., S.A. c/ Nación”, año 1963, Fallos 257:99, y “Esso, S.A. Petrolera Argentina c/ Nación”, año 1968, Fallos 271:7; entre otros). Para el acceso a los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina ver www.csjn.gov.ar

6 CSJN, sentencia del 7 de julio de 1992.

7 CSJN, sentencia del 13 de octubre de 1994.

8 Esa norma prevé que “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”.

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

10 Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; Declaración Universal de Derechos Humanos; Convención Americana sobre Derechos Humanos; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial; Convención sobre la eliminación de

jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos”.

Tal ampliación del bloque constitucional ha sido uno de los hitos más relevantes de la reforma, pues significó no solo una sustancial ampliación del catálogo de derechos protegidos sino también la sumisión del Estado –por vía constitucional- al control de una serie de órganos –en especial la Comisión y la Corte Interamericanas de Derechos humanos- en todo lo relativo al acatamiento de los Pactos incorporados.

c) La flexibilización del tipo constitucional y la apertura a la constitucionalización de otros instrumentos de protección de los derechos humanos.

Por último, e introduciendo un rasgo de “flexibilidad” en el modelo tradicionalmente rígido de modificación constitucional, se previó en el último párrafo del inciso 22 que *“Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional”.*

De tal forma, frente a lo dispuesto por el artículo 30 de la Constitución¹¹, la nueva modalidad de incorporación de instrumentos con jerarquía constitucional por obra del Congreso Nacional permitió y permite una permeabilidad del bloque normativo fundamental impensable en otras épocas.

Fue de ese modo, en resumidas cuentas, que el constituyente de 1994 efectuó el juicio de valor constitucional¹² pertinente e ingresó al sistema jurídico argentino el conjunto de derechos y garantías consagradas en los tratados constitucionalizados en el momento de la reforma y que tienen por fin esencialmente la protección de los derechos fundamentales del hombre¹³.

todas las formas de discriminación de la mujer; Convención sobre los Derechos del Niño y Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes.

11 “La Constitución puede reformarse en el todo o en cualquiera de sus partes. La necesidad de reforma debe ser declarada por el Congreso con el voto de dos terceras partes, al menos, de sus miembros; pero no se efectuará sino por una Convención convocada al efecto”.

12 El criterio conforme el cual “la armonía o concordancia entre los tratados y la Constitución es un juicio del constituyente... que los poderes constituidos no pueden desconocer o contradecir” fue sistemáticamente utilizado por la Corte Suprema Federal (causas “Monges”, Fallos: 319:3148; “Chocobar”, Fallos: 319:3241; “Petric”, Fallos: 321:885; “Rozenblum”, Fallos: 321:2314; “Mignone”, Fallos: 325: 524; entre muchas otras).

13 Ekmedkdjian al tiempo de clasificar los diversos instrumentos internacionales, expresa que los “tratados relativos al derecho de la integración humana -en palabras de la Corte Interamericana de Derechos Humanos- (Opinión Consultiva 7/86, del 29 de agosto de 1986) no son tratados multilaterales del tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado, como a los otros. Al aprobar estos tratados [...], los Estados se someten a un orden legal dentro del cual, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción”; (EKMEKDJIAN, Miguel Ángel, Tratado de Derecho Constitucional, Tº II, Depalma, Buenos Aires, 1994, p. 756).

Paralelamente, dejó abierta la posibilidad de nuevas incorporaciones de instrumentos de protección de los derechos humanos al texto constitucional interno con la sola exigencia de una mayoría agravada en el seno del Poder Legislativo¹⁴.

Ello provocó, como es de imaginarse, un notable giro en la prelación de las fuentes del derecho interno, el cual se vio impactado no sólo por la vigencia directa y de rango superior de diversos instrumentos, sino también por la interpretación y aplicación que de los mismos fueron realizando los diversos órganos instituidos en el marco de dichos tratados para garantizar su respeto.

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

Lógicamente, al consolidarse en el conglomerado de tratados de derechos humanos un bloque mínimo de derechos fundamentales cuyo rango constitucional se ha declarado expresamente, la existencia misma, el contenido, alcance y ejercicio de ciertas prerrogativas públicas, así como el titular final del juicio de compatibilidad entre aquellas y el sistema de garantías, han quedado puestos seriamente en cuestión.

d) La segunda vertiente de la internacionalización. Integración comunitaria.

Paralelamente, la internacionalización del derecho con base en la primacía genérica de los tratados y la constitucionalización de los Pactos se ve atravesada por otro fenómeno análogo, consistente en la gradual cesión de competencias estatales a favor de entes supranacionales en el marco de procesos de integración, cuyo máximo exponente en nuestra región es el Mercosur.

El punto de contacto entre esos dos regímenes y sus derivaciones comunes, inicialmente analizadas desde el plano doctrinario, encuentran nuevas aristas a partir de la aprobación del Protocolo sobre Compromiso con la Promoción y Protección de los derechos humanos del Mercosur, suscripto en Asunción el 20 de junio de 2005, a cuyas proyecciones intentaremos aproximarnos.

Todo ello se traduce en la necesidad de brindar nuevos enfoques a instituciones tradicionales de la disciplina del derecho administrativo, las cuales se ven directamente afectadas por el nuevo ordenamiento.

Tan sólo algunas muestras de ello son la efectividad de la tutela de los derechos fundamentales frente a la Administración Pública, la incidencia de la garantía del plazo razonable en el procedimiento administrativo o la influencia de los nuevos de derechos y garantías como elemento unificador de regímenes tradicionalmente independientes, de los cuales pretendemos ocuparnos, al menos parcialmente, en estas páginas.

14 Como ha resumido la Corte Suprema Argentina, la reforma de 1994 significó un “suceso institucional” de primer orden con tres consecuencias determinantes en este tópico: a) Introducción de nuevos derechos y otorgamiento de nuevos contenidos a los ya existentes, b) Imposición en cabeza del Estado de obligaciones de respeto, protección y realización de los Derechos Humanos de toda persona sometida a su jurisdicción, y c) Emplazamiento de nuestro país en sistemas internacionales de control del cumplimiento de los aludidos compromisos (CSJN, Acordada Nº 17/2005 del 2 de agosto de 2005).

III.- El impacto normativo del sistema de derechos humanos americano. La jurisprudencia como expresión dinámica del cambio.

El suceso que se viene reseñando presenta en su faz dinámica un elemento de indudable gravitación que precisamente da lugar a la necesidad de enfatizar su estudio.

El mismo consiste, básicamente, en la gradual pero firme fijación de estándares mínimos de protección de los derechos fundamentales que vienen dados por los órganos supranacionales de aplicación de los tratados.

Estos estándares mínimos poseen una virtualidad práctica esencial, pues determinan aquellos supuestos de adecuación de la normativa interna a la red de garantías que no resulta discutible por los Estados ni por sus divisiones políticas, siendo la adaptación de los procedimientos e instituciones nacionales de obligado acatamiento para mantenerse dentro de las fronteras de cumplimiento de los Pactos.

El mayor desafío interpretativo que nos plantea entonces 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 de la pirámide normativa que el nuevo sistema nos impone.

Como podrá advertirse, esta necesidad de compatibilización traduce cambios en reglas de distribución del poder de orden territorial, orgánico y funcional, generando alteraciones en la raíz misma de las competencias estatales y el modo de ejercerlas¹⁵.

En la disciplina del derecho administrativo, las jerarquías de las fuentes de competencias, el concepto y alcance de la función administrativa, el contenido del interés público, el carácter local de la disciplina en los países que han seguido modelos federales, las presunciones del acto administrativo, la indemnización no integral en algunos supuestos de responsabilidad del estado y un amplísimo abanico de institutos propios de esta rama, se encuentran hoy claramente afectados por la aparición de un nuevo prisma interpretativo que excede al legislador nacional y a los jueces internos¹⁶.

Como se ha expuesto, en la lógica del sistema interamericano de derechos humanos *“reside la idea de que los pronunciamientos del tribunal deben trasladarse, en la forma y términos que provea el Derecho interno -que son el puente entre el sistema internacional y el nacional- a las leyes nacionales, a los criterios jurisdiccionales domésticos, a los programas específicos en este campo y a las acciones cotidianas que el Estado despliega en materia de derechos humanos; trasladarse, en fin, al conjunto de la experiencia nacional”*¹⁷.

15 Muestra de ello es, por ejemplo, la nueva dimensión que cabe asignar a la forma de estado federal, en tanto la potestad de autonormación inherente a la misma parece encontrar nuevas fronteras donde la diversidad de regulaciones se desdibuja bajo el obligado respeto a los niveles mínimos de protección comunes.

16 En esa línea, la Corte Suprema Argentina, en el caso “Giroldi” (año 1995), sostuvo que a ella, “como órgano supremo de uno de los Poderes del Gobierno Federal, le corresponde –en la medida de su jurisdicción- aplicar los tratados internacionales a que el país está vinculado en los términos anteriormente expuestos, ya que lo contrario podría implicar la responsabilidad de la Nación frente a la comunidad internacional. En tal sentido, la Corte Interamericana precisó el alcance del artículo 1 de la Convención, en cuanto a los Estados parte deben no solamente ‘respetar los derechos y libertades reconocidos en ella’, sino además ‘garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona sujeta a su jurisdicción’. Según dicha Corte, ‘garantizar’ implica el deber del Estado de tomar las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos que la Convención reconoce”.

17 CIDH, caso “Tibi vs. Ecuador”, sentencia del 7 de septiembre de 2004, voto razonado del juez Sergio García Ramírez, ap. 6.

Y esa necesaria “internalización” del régimen internacional encuentra su base cabal en el artículo 1.1 de la Convención Americana, conforme el cual los Estados están obligados a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y – consecuentemente- a organizar el poder público para garantizar a las personas bajo su jurisdicción el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos¹⁸.

Dentro de ese deber, es indudable que los jueces adquieren un papel prioritario, pues su rol de asegurar la tutela efectiva de los derechos fundamentales torna imperativa la aplicación primaria de los Pactos a los casos que se someten a su resolución¹⁹.

Pues bien, el rol determinante que tienen asignado los jueces nacionales para asegurar la efectividad de las garantías reconocidas en los instrumentos convencionales, obligación impostergable de todo el aparato estatal interno, encuentra su mayor desafío en la identificación de los parámetros básicos e imperativos de protección de los derechos y en la verificación del grado de adecuación de las normas internas a los mismos.

Es en esta tarea que se dirime, en grado sumo, la suerte de la efectividad del disfrute de los derechos reconocidos internacionalmente.

Los precedentes de la Corte Suprema Federal argentina “Astorga”²⁰ “Verbitsky”²¹, “Simon”²², “Galli”²³, “Sánchez”²⁴ y “Llerena”²⁵, “Casal”²⁶, “Rodríguez Karina”²⁷ entre otros, son muestra de esa permeabilidad del Poder Judicial frente a los Pactos, siendo su característica común la de una aplicación preeminente de aquellos como punto de partida de la resolución de los casos. En tales precedentes se puede observar la efectiva “internalización” de los mínimos estándares exigidos a nuestro sistema jurídico-político en materia de régimen carcelario, deber estatal de persecución en los delitos de lesa humanidad, resguardo de la garantía de la imparcialidad, mayor alcance revisor de los recursos penales por la vía procesal de la casación, la postulación del principio de tutela administrativa efectiva en el procedimiento administrativo, el aseguramiento de una asistencia social mínima, protección

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

19 Al respecto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha señalado con justeza que “entre las instituciones democráticas, es el Poder Judicial sobre el que descansa no sólo la recta aplicación del derecho sino también la administración de justicia. Nada podría minar más el respeto y la autoridad de los jueces que su propia indiferencia o impotencia frente a las graves injusticias, por una ciega observancia de formulas legales” (Com. IDH, Informe 74/90, caso 9850, Inf. Anual 90/91). Por su parte, Bidart Campos ha remarcado que “los jueces –en cuanto operadores- tienen la obligación de dar aplicación y eficacia a los derechos reconocidos en los tratados sobre derechos humanos” (BIDART CAMPOS, Germán, “El art. 75 inc. 22 de la Constitución y los derechos Humanos”, en AA.VV La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales, PNUD, CELS, Editores Del Puerto, Buenos Aires, 2004, p. 84).

20 CSJN, sentencia del 14 de octubre de 2004.

21 CSJN, sentencia del 3 de mayo 2005.

22 CSJN, sentencia del 14 de junio de 2005.

23 CSJN, sentencia del 5 de abril de 2005.

24 CSJN, sentencia del 17 de mayo de 2005.

25 CSJN, sentencia del 17 de mayo de 2005.

26 CSJN, sentencia del 20 de septiembre de 2005.

27 CSJN, Sentencia del 7 de marzo de 2006.

alimentaria mínima a quienes se encuentran en estado de indigencia, entre otros tópicos .

Por cierto, es este un sendero que recién comienza a transitarse y que requiere de varias precisiones y ajustes, pero en el que no debe perderse de vista la idea fundamental en que estriba la existencia misma de los Pactos: la dignidad del hombre como medida y esencia del Estado.

IV.- Los procesos de integración. El principio de igualdad como punto de contacto entre los tratados de derechos humanos y el derecho comunitario.

Los sistemas jurídicos de varios países de Iberoamérica se enfrentan, de modo paralelo al proceso reseñado anteriormente -que tiene base en su inserción en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos- a otro punto de internacionalización de sus derechos por vía de la integración.

Si bien inicialmente podría pensarse que las finalidades inmediatas de ambas modalidades de interconexión normativa responden a distinta naturaleza, veremos que ambas participan de bases comunes y –más importante aún- producen efectos estrechamente vinculados que nuevamente nos remiten a la fijación de estándares mínimos de protección.

En el caso de Argentina, el artículo 75 inciso 24 de la Constitución²⁸ –luego de la reforma de 1994- plasmó una apertura al proceso de integración de amplitud destacable y por cierto desacostumbrada en el ámbito latinoamericano, puntualizando así desde la propia Carta Magna la delegación de “competencias y jurisdicción” a “organizaciones supraestatales” cuyas normas tienen “jerarquía superior a las leyes”.

Dentro de este marco se inserta el Mercosur, conformado a partir la suscripción en 1991 en la ciudad de Asunción del Paraguay del Tratado para la Constitución de un Mercado Común por parte de Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, denominado Tratado de Asunción²⁹.

Previo a ingresar en el estudio de las diversas incidencias que la conformación y desarrollo del Mercosur genera en nuestras naciones, considero que es necesario efectuar una breve referencia al proceso de integración de Europa, y en especial a dos de sus principios rectores, pues es aquél una muestra acabada de la interrelación entre integración –jurídica, económica y política- y respeto de los derechos fundamentales.

Precisamente, el desarrollo de la integración comunitaria en Europa brinda herramientas de valor indudable para el avance de los modelos de protección de los

28 El cual agregó como facultad del Congreso Nacional la de “Aprobar tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales en condiciones de reciprocidad e igualdad, y que respeten el orden democrático y los derechos humanos. Las normas dictadas en su consecuencia tienen jerarquía superior a las leyes”.

29 El Tratado de Asunción sufrió diversas modificaciones desde su suscripción, destacándose el Protocolo de Brasilia para la Solución de Controversias, de fecha 17 de diciembre de 1991, que luego fue sustituido por el Protocolo de Olivos del 18 de febrero de 2002 y el Protocolo de Ouro Preto del 17 de diciembre de 1994, referido a la Estructura Institucional del Mercosur. Además, el 4 de julio de 2006, los Presidentes de la Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay y Venezuela suscribieron, en la ciudad de Caracas, el Protocolo de Adhesión de la República Bolivariana de Venezuela a dichos acuerdos, estableciendo el artículo 10 de dicha adhesión que “A partir de la fecha de la entrada en vigencia del presente Protocolo, la República Bolivariana de Venezuela adquirirá la condición de Estado Parte y participará con todos los derechos y obligaciones en el Mercosur de conformidad con el artículo 2 del Tratado de Asunción y los términos del presente Protocolo”.

derechos fundamentales en nuestra región, avance que es –a mi juicio- el presupuesto mismo de toda posibilidad de consolidación de lazos comunes en el seno de organizaciones supranacionales.

Es que el adelanto en la tutela de los derechos fundamentales requiere entender que el fin último los compromisos internacionales no es resguardar soberanías estatales sino lograr mejoras en la calidad de vida de las personas.

Y justamente el modelo europeo nos presenta el caso de mayor desarrollo de aquellas herramientas relevantes para afianzar el avance de sistemas supranacionales imperativos para los Estados, pues ha sido en el plano de la integración comunitaria – como veremos- donde han podido desplegarse principios cuyo resultado esencial reside en la ausencia de intermediación estatal entre la tutela transnacional de los derechos y sus titulares, las personas.

IV.1º) La integración en Europa y Latinoamérica. Algunos factores comparativos.

Como se ha dicho, no es dudoso que la integración europea se presenta en la actualidad como la muestra más cabal del fenómeno de la internacionalización del derecho; aunque, claramente con orígenes y alcances inicialmente diferentes a los implicados en los pactos americanos.

Es así que, a diferencia de los tratados internacionales ordinarios –delimitados sobre la premisa de la relación entre Estados como únicos sujetos del derecho internacional tradicionalmente reconocidos-, el Tratado de la Comunidad Europea ha instituido un ordenamiento jurídico propio, incluido en el sistema jurídico de los estados miembros, de obligado cumplimiento para las jurisdicciones nacionales y con incidencia directa en la esfera jurídica de los ciudadanos.

Tal construcción se asienta sobre una premisa esencial que ha guiado todo el proceso: *“los estados han limitado, aunque en ámbitos restringidos, sus derechos soberanos y han creado así un cuerpo de derecho aplicable a sus ciudadanos y a ellos mismos”*³⁰.

Ello determinó la postulación y efectiva aplicación de una serie de principios medulares paulatinamente consolidados –especialmente- por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el cual se ha erigido como un actor esencial en la consecución concreta de los postulados de la integración³¹.

30 TJCE, Sentencia “Costa v. ENEL” del 15 de julio de 1964, Rep. 1964, p. 1.194. Como ha afirmado el Tribunal de Justicia, los tratados no son tratados diplomáticos ordinarios, sino que constituyen la verdadera “carta constitucional de la comunidad” (TJCE, As. 294/83, “Los Verdes”, Rep. 1986, p. 1.339).

31 La función de control de la legalidad de la acción de las instituciones, del respeto de los tratados por parte de los estados miembros y de la aplicación uniforme del derecho comunitario que se tiene asignada ha permitido efectivizar la prioridad del derecho de la integración frente a las pretensiones de los Estados de oponer al mismo sus reglas internas. Su jurisdicción es obligatoria y, en el ámbito de su competencia exclusiva, las decisiones del Tribunal de Justicia se imponen a los Estados miembros, a las instituciones comunitarias y a los particulares. Sus atribuciones fundamentales consisten en: a) Controlar la legalidad de los actos adoptados por las instituciones; dicho control es ejercido a petición de los estados, de las otras instituciones y de los particulares, directamente ex officio o a instancia de parte. b) Velar por el respeto de las obligaciones contenidas en los tratados y el derecho comunitario derivado por parte de los estados miembros. c) Interpretar las reglas comunitarias y apreciar la validez de los actos de las instituciones, a petición de las jurisdicciones nacionales.

Tales principios han permitido lograr el efecto más cabal de la entidad del proceso comunitario: la aplicación directa del ordenamiento no solo como regla vinculante en la relación inter partes, sino como fuente de derecho para los ciudadanos por sobre toda disposición interna.

Lo anterior encuentra fundamento en una decisión estratégica que ha marcado la ordenación de las instituciones comunitarias y por la cual se ha entendido que los operadores primarios en la aplicación del sistema comunitario son los órganos internos.

Todo ello se ha enraizado en una regla capital: *“el respeto de los derechos fundamentales forma parte integrante de los principios generales del derecho cuyo respeto garantiza el tribunal... la salvaguardia de esos derechos, se debe garantizar en el marco de la estructura y de los objetivos de la Comunidad inspirándose en las tradiciones constitucionales comunes de los estados miembros”*³².

Ahora bien, cabe indagar someramente sobre cuáles han sido las herramientas interpretativas que han posibilitado el gradual perfeccionamiento de este proceso.

a) Herramientas del derecho comunitario.

Como se ha expresado, el componente distintivo del proceso europeo ha residido en el desarrollo y aplicación –fundamentalmente jurisprudencial- de dos principios que –en conjunto- han logrado el efecto más relevante de toda regulación estatal: la incidencia directa e imperativa sobre la esfera jurídica de los habitantes de cada estado miembro.

Ello fue posible mediante dos construcciones centrales.

b) Principio de efecto directo

Uno de los postulados clásicos en la regulación de las relaciones internacionales ha sido partir de la premisa de que tales relaciones se titularizaban exclusivamente en cabeza de los Estados. El rol del particular frente a los tratados internacionales quedaba relegado a su calidad de destinatario de las medidas internas que adoptara su Estado en cumplimiento de aquellos.

En 1963 el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas consideró –ante un planteo prejudicial- que el artículo 12 del Tratado de Roma tenía efecto directo, creando derechos a favor de los particulares que los Estados miembros debían respetar.

Sentó de tal forma la regla conforme la cual *“El orden jurídico comunitario constituye un nuevo orden jurídico de derecho internacional, en beneficio del cual los estados han limitado, aunque en ámbitos restringidos, sus derechos soberanos, y cuyos sujetos son no sólo los estados miembros sino también sus nacionales; que por lo tanto, el derecho comunitario es independiente de la legislación de los estados miembros, afecta a la esfera de los particulares y está destinado también a engendrar derechos que inciden en sus patrimonios jurídicos”*³³.

32 TJCE, sentencia del 12 de noviembre de 1969, “Internationale Handelsgesellschaft”. Caso 4/70, Rep. 1970, pp. 1.127 y 1.135. También Caso “Erich Stauder”. N° 29/69, sentencia del 14 de mayo de 1974, “Nold”. Caso 4/73.

33 TJCE, sentencia del 5 de febrero de 1963, “Van Gend en Loos”, Caso 26/62, Rep. 1963, p. 6 y p. 23.

Por causa de su naturaleza y de su función en el sistema de las fuentes del derecho comunitario, todas las regulaciones tienen efecto directo y son, como tales, capaces de crear derechos individuales que las cortes nacionales deben proteger³⁴.

Concretamente, la aplicación directa de una regulación significa que su entrada en vigor y su aplicación a favor o en contra de aquellos sujetos a la misma son independientes de cualquier medida de recepción por el derecho interno. Ante la ausencia de una disposición válida en contrario, el rechazo de una regulación no significa la abolición de los derechos privados por ella creados³⁵.

Y tal principio posee una relevancia práctica determinante, pues donde las autoridades de la comunidad han impuesto a los Estados miembros mediante directivas la obligación de seguir un curso particular de acción, el efecto útil de tal acto se vería debilitado si se impidiera a los individuos invocarlos ante los tribunales y estos últimos no pudieran tomarlo en consideración como un elemento del derecho comunitario³⁶.

La noción de efecto directo aparece así como una característica de la norma comunitaria que le confiere la capacidad de crear por sí misma derechos y obligaciones para los particulares, derechos subjetivos que los ciudadanos pueden invocar y que el juez debe salvaguardar.

Ese principio fue confirmado categóricamente por el Tribunal en su sentencia "Simmenthal"³⁷, la cual se ha convertido en uno de los "leading cases" del proceso de integración, al exponerse con toda claridad las reglas que modulan la relación entre el derecho comunitario y los ciudadanos.

De ese modo, el Tribunal de Justicia subraya los efectos conjuntos de la aplicabilidad inmediata y del efecto directo en beneficio no sólo del principio de la eficacia uniforme del derecho comunitario para todos los Estados miembros, sino sobre todo para los particulares.

Las condiciones exigidas para que una norma comunitaria sea directamente aplicable y produzca efecto directo, según la jurisprudencia constante del tribunal son tres: que se trate de una disposición clara; que sea suficientemente precisa en la delimitación de su objeto específico, en la imposición de una obligación cierta a cargo de su destinatario que lleve, correlativamente, la creación de un derecho perfectamente identificable; y que sea una norma autosuficiente (que sea completa y perfecta), e incondicional (que no se halle sometida a plazos o a reservas).

En tales supuestos, esas previsiones pueden invocarse por un individuo contra el Estado cuando éste omita implementar la directiva en el derecho nacional para el final del período fijado a ese fin, o bien cuando no lo hace correctamente³⁸.

34 TJCE, sentencia del 14 de diciembre de 1971, "Politi". Caso 43/71.

35 TJCE, sentencia del 10 de octubre de 1973, "Fratelli Variola", Caso 34/73. Ha precisado en tal caso que la pretensión de plantear a la normativa interna como un obstáculo para la aplicación directa comprometería el "carácter esencial de las reglas comunitarias y el principio fundamental conforme el cual el sistema legal comunitario es supremo", En igual línea se inscribe la sentencia del 19 de septiembre de 2000, "Linster", Caso C-287/98.

36 TJCE, sentencia del 4 de diciembre de 1974, "Van Duyn". Caso 41/74.

37 TJCE, sentencia del 9 de marzo de 1978, "Simmenthal", Caso 106/77, Rep. 1978, p. 629 y ss., csp, p. 643. Ver la sentencia del 26 de febrero de 1986, "M. H. Marshall". En igual sentido, sentencia del 22 de febrero de 1990 en "Ferriere Busseni", Caso C-221/88 y sentencia del 11 de junio de 1987, "Pretore di Salò". Caso 14/86.

38 TJCE, sentencia del 10 de Abril de 1984, "Harz". Caso 14/83.

Como se advierte, la aplicabilidad y el efecto directo del derecho comunitario tienen por resultado convertir al ciudadano europeo en sujeto de derechos y de obligaciones que pueden ser sometidos a una acción en la Justicia, con todo lo que ello implica conceptualmente.

Mediante este mecanismo los particulares se encuentran investidos con un poder de control sobre la aplicación del derecho comunitario por las autoridades nacionales competentes³⁹. Y en caso de duda sobre la aplicación directa de una disposición, el particular puede pedir al juez nacional que plantee una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia para discernir su alcance concreto.

Vale aclarar, en lo atinente a cuáles son los órganos internos que se hallan vinculados por el efecto directo, que el Tribunal ha postulado expresamente que las autoridades administrativas se encuentran bajo la misma obligación que un tribunal nacional de aplicar una directiva y de negarse a aplicar disposiciones internas que sean incompatibles con ella.

A resultas de lo anterior, cuando las condiciones bajo las cuales los individuos pueden invocar las disposiciones de una directiva ante los tribunales internos se encuentran reunidas, todos los órganos de la administración, incluidos los entes descentralizados, se encuentran obligados a aplicarlas⁴⁰.

Asimismo, el principio de responsabilidad por incumplimiento de la normativa comunitaria ha sido tajantemente aplicado, sosteniéndose que la plena efectividad de las reglas comunitarias se vería obstaculizada y la protección de los derechos por ellas garantizados debilitada si los individuos no tuvieran la posibilidad de obtener reparación cuando sus intereses son lesionados por una infracción al derecho comunitario imputable al Estado⁴¹.

Tal posibilidad de reparación por el Estado miembro es particularmente indispensable cuando la plena efectividad de las reglas comunitarias esta sujeta a una acción previa de su parte –por ejemplo un caso de incorporación necesaria- y donde, consecuentemente, ante la ausencia de tal acción, los individuos no pueden ejercer ante los jueces nacionales los derechos conferidos por el plexo comunitario.

Se sigue de ello que el principio conforme el cual un Estado debe ser responsable por los daños y perjuicios causados a los individuos por violaciones al derecho comunitario por las cuales el mismo puede ser responsabilizado es “inherente” al sistema del tratado⁴².

39 Paralelamente, y ante la ausencia de alguna regla comunitaria relevante, se ha declarado que está dado al orden nacional de cada miembro designar los tribunales competentes y fijar las reglas procedimentales tendientes a asegurar la protección de los derechos adquiridos por los individuos como resultado del principio de efecto directo, pero siempre y cuando tales reglas internas no sean menos favorables que las existentes para la misma cuestión en el ámbito interno (TJCE, sentencia del 16 de diciembre de 1976, “Comet”. Caso 45/76).

40 TJCE, sentencia del 22 de junio de 1989., “Fratelli Costanzo”. Caso 103/88.

41 TJCE, sentencia del 19 de noviembre de 1991, “Andrea Francovich y Danila Bonifaci”. Casos C-6/90 y C-9/90.

42 Tal regla del derecho comunitario requiere la existencia de una reparación cuando se reúnen tres condiciones: a) que el resultado prescripto por la directiva importe el aseguramiento de derechos individuales; b) que sea posible identificar el contenido de esos derechos sobre la base de las previsiones de la directiva y, c) que exista un nexo causal entre el incumplimiento de la obligación estatal y los daños sufridos por las partes afectadas. Las pautas sustanciales y procesales para regular esta responsabilidad que establezcan los Estados miembros no pueden ser menos favorables que aquellas relativas a similares asuntos internos.

Como puede notarse, el principio de efecto directo ha recibido un marcado énfasis en el modelo que analizamos, lo cual ha permitido consolidar la noción básica que aquí se intenta aprehender: lo relevante de las construcciones jurídicas internacionales reside en lograr que los ciudadanos encuentren un cauce de protección eficaz de los derechos que esos sistemas les reconocen, y esa eficacia depende en alto grado de la posibilidad de invocar operativamente sus derechos ante su país sin necesidad de una previa intermediación –por vía de incorporación al orden nacional- de los Estados obligados frente a aquellos.

Esto marca una diferencia cabal con procesos de integración como el latinoamericano, que no ostenta por ahora instituciones dotadas de potestades tan vinculantes como las que se examinan.

En efecto, el Mercosur ha presentado a la fecha un estadio inferior de evolución, por cuanto sus instituciones, y en especial los mecanismos de incorporación de su derecho derivado y resolución de controversias, no se han erigido como mecanismos con efectos directos sobre los ciudadanos.

Sin embargo, el Protocolo de Ouro Preto⁴³ ha previsto reglas relevantes que permiten verificar el grado de progreso del derecho comunitario latinoamericano.

En la temática de la aplicación interna de las normas emanadas de los órganos del Mercosur, el artículo 38 del Protocolo dispone que *“Los Estados Partes se comprometen a adoptar todas las medidas necesarias para asegurar, en sus respectivos territorios, el cumplimiento de las normas emanadas de los órganos del Mercosur previstos en artículo 2 de este Protocolo”*, tales medidas deben ser informadas a la Secretaría Administrativa del Mercosur⁴⁴.

43 Adicional al Tratado de Asunción, suscripto el 17 de diciembre de 1994, ha delimitado la Estructura Institucional del MERCOSUR, la cual –según su artículo 1- contará con los siguientes órganos: I.- El Consejo del Mercado Común (CMC); II.- El Grupo Mercado Común (GMC); III.- La Comisión de Comercio del Mercosur (CCM); IV.- La Comisión Parlamentaria Conjunta (CPC); V.- El Foro Consultivo Económico-Social (FCES); VI.- La Secretaría Administrativa del Mercosur (SAM). Por su parte, el artículo 2 estableció que “Son órganos con capacidad decisoria, de naturaleza intergubernamental: el Consejo del Mercado Común, el Grupo Mercado Común y la Comisión de Comercio del Mercosur”. El Consejo del Mercado Común es el órgano superior del Mercosur al cual incumbe la conducción política del proceso de integración y la toma de decisiones para asegurar el cumplimiento de los objetivos establecidos por el Tratado de Asunción y para alcanzar la constitución final del mercado común. (artículo 3). De conformidad con el artículo 9 “El Consejo del Mercado Común se pronunciará mediante Decisiones, las que serán obligatorias para los Estados Partes”. En segundo lugar, el Grupo Mercado Común es –según el artículo 10 del Protocolo “el órgano ejecutivo del MERCOSUR”, estableciendo el artículo 15 que el mismo “se pronunciará mediante Resoluciones, las cuales serán obligatorias para los Estados Partes”. Por su parte, la Comisión de Comercio del Mercosur, -como órgano encargado de asistir al Grupo Mercado Común- tiene la función de velar por la aplicación de los instrumentos de política comercial común acordados por los Estados Partes para el funcionamiento de la unión aduanera, así como efectuar el seguimiento y revisar los temas y materias relacionados con las políticas comerciales comunes, con el comercio intra-Mercosur y con terceros países”. La misma “se pronunciará mediante Directivas o Propuestas. Las Directivas serán obligatorias para los Estados Partes” (artículo 20). Establece el artículo 34 que “El Mercosur tendrá personalidad jurídica de Derecho Internacional”, agregando el artículo 35 que “El Mercosur podrá, en el uso de sus atribuciones, practicar todos los actos necesarios para la realización de sus objetivos, en especial contratar, adquirir o enajenar bienes muebles e inmuebles, comparecer en juicio, conservar fondos y hacer transferencias”.

44 El artículo 41 estipula que “Las fuentes jurídicas del Mercosur son: I) El Tratado de Asunción, sus protocolos y los instrumentos adicionales o complementarios; II) Los acuerdos celebrados en el marco del Tratado de Asunción y sus protocolos; III) Las Decisiones del Consejo del Mercado Común, las Resoluciones del Grupo Mercado Común y las Directivas de la Comisión de Comercio del Mercosur, adoptadas desde la entrada en vigor del Tratado de Asunción”.

Con gran importancia en el t3pico examinado, el art3culo 42 determina que *“Las normas emanadas de los 3rganos del Mercosur previstos en el Art3culo 2 de este Protocolo tendr3n car3cter obligatorio y, cuando sea necesario, deber3n ser incorporadas a los ordenamientos jur3dicos nacionales mediante los procedimientos previstos por la legislaci3n de cada pa3s”*.

Tal disposici3n, de vital relevancia para el proceso de integraci3n, permite sostener el reconocimiento del principio de efecto directo como regla general, por cuanto no prevé la incorporaci3n en todos los casos, sino cuando ello “sea necesario”⁴⁵.

Ello permitir3a deducir que en aquellos supuestos en que no es necesaria la incorporaci3n la aplicaci3n es directa e imperativa para los 3rganos nacionales, mientras que cuando s3 es necesaria esa incorporaci3n –como excepci3n a la regla- la misma resulta obligatoria para las partes.

De otro modo se vulnerar3a el deber de acatamiento al derecho comunitario que establece dicha norma, pues estar3a dado a los Estados la opci3n de incorporaci3n o de no cumplimiento, lo cual resultar3a un contrasentido.

De manera que tal disposici3n hace posible afirmar el reconocimiento expl3cito del principio de efecto directo, extremo que supone un progreso notable, aunque insuficiente, de cara a profundizar los efectos de la integraci3n.

Ciertamente, no se trata solamente de obtener una consagraci3n normativa de esta regla, sino –tal como ha sucedido en Europa- de lograr una aplicaci3n cotidiana y firme de la misma por parte de los 3rganos comunitarios y –en especial- de los 3rganos estatales, revistiendo un papel fundamental los jueces en esa ecuaci3n.

En suma, frente al grado de evoluci3n que presenta el esquema de la Comunidad Europea, el Mercosur no ha generado a3n los mecanismos necesarios para instar un ordenamiento jur3dico de incidencia directa sobre los particulares, finalidad 3sta que –volviendo al ejemplo europeo- ha operado como elemento determinante del 3xito de este 3ltimo. Sin embargo, determinadas previsiones como el art3culo 42 del Protocolo de Ouro Preto brindan el fundamento de derecho positivo necesario para que todos los actores del sistema se encaminen hacia el logro de su efectiva vigencia.

c) Principio de primac3a.

45 El art3culo 5 de la Decisi3n N3 23/00, modificada por la Decisi3n N3 20/02, ambas del Consejo Mercado Com3n, establece que: “Las normas emanadas de los 3rganos del Mercosur no necesitar3n de medidas internas para su incorporaci3n, en los t3rminos del art3culo 42 del Protocolo de Ouro Preto, cuando: a) los Estados Partes entiendan conjuntamente que el contenido de la norma trata asuntos relacionados al funcionamiento interno del Mercosur. Este entendimiento ser3 explicitado en el texto de la norma con la siguiente frase: “Esta norma (Directiva, Resoluci3n o Decisi3n) no necesita ser incorporada al ordenamiento jur3dico de los Estados Partes, por reglamentar aspectos de la organizaci3n o del funcionamiento del Mercosur”. Estas normas entrar3n en vigencia a partir de su aprobaci3n. b) existe norma nacional que contemple en id3nticos t3rminos la norma Mercosur aprobada. En este caso la Coordinaci3n Nacional realizar3 la notificaci3n prevista en el Art3culo 40 (i) en los t3rminos del Art3culo 2 de esta Decisi3n, indicando la norma nacional ya existente que incluya el contenido de la norma Mercosur en cuesti3n. Esta comunicaci3n se realizar3 dentro del plazo previsto para la incorporaci3n de la norma. La SAM –Secretar3a Administrativa del Mercosur- comunicar3 este hecho a los dem3s Estados Partes”. Los limitados alcances de esta Decisi3n parecen denotar a la necesaria incorporaci3n como un principio general, lo cual contradir3a la econom3a del art3culo 42 del Protocolo ya analizado.

Volviendo al ejemplo que ofrece el viejo continente, cabe analizar la segunda regla hermenéutica de utilidad para posibilitar la integración: el principio de primacía.

En este punto, y a diferencia de la aplicabilidad y el efecto directo, el Tratado de la Comunidad Europea no contiene referencia alguna a la primacía: esta teoría se debe esencialmente a la contribución del Tribunal de Justicia en el asunto “Costa c/ Enel”⁴⁶.

En esa oportunidad se declaró con contundencia que *“el Tratado CEE ha establecido un ordenamiento jurídico propio, integrado en el sistema jurídico de los estados miembros, y que tal ordenamiento es de obligado cumplimiento para las jurisdicciones nacionales; (...) que esta integración en el derecho de cada país miembro de disposiciones que tienen un origen comunitario, tiene como corolario la imposibilidad para los estados miembros de imponer, contra un ordenamiento jurídico aceptado por ellos mismos sobre el principio de reciprocidad, una medida unilateral ulterior que en ningún caso pueden contravenir”*⁴⁷.

A resultas de lo anterior, la primacía nació como una regla de esencial orden práctico: *“el derecho comunitario no puede, en razón de su naturaleza específica original, verse contradicho por un texto legal interno, cualquiera que fuere éste, sin perder su carácter comunitario y sin cuestionar la base jurídica de la propia comunidad.”*

Claro es que la primacía se enuncia no sólo respecto de los tratados comunitarios, sino en relación a las normas comunitarias derivadas, lo cual implica la generación de un nuevo polo emisor de normas internas que pasa a escindirse del consentimiento primigenio del Estado parte.

En virtud del principio de la primacía, el derecho comunitario directamente aplicable tiene en su totalidad prioridad sobre los órdenes jurídicos nacionales cualquiera que sea el rango de la norma de derecho comunitario (acto de derecho derivado por ejemplo) que se oponga a la norma de derecho nacional (disposición constitucional, por ejemplo)⁴⁸.

46 TJCE, sentencia del 15 de julio de 1964, rep. 1964, p. 1.141.

47 De modo que “La transferencia efectuada por los estados (...) ocasionaría una limitación definitiva de sus derechos soberanos contra la que no podría prevalecer un acto unilateral ulterior incompatible con la noción de comunidad...”. Asimismo, “...la ejecutoriedad del derecho comunitario no podría, en efecto, variar de un estado a otro en favor de legislaciones internas posteriores, pues pondría en peligro la consecución de los fines del tratado”.

48 Como se advierte, el Tribunal de Luxemburgo ha descartado contundentemente la posibilidad de que la eventual colisión con la norma comunitaria se traduzca en un problema de constitucionalidad de la ley interna que remita la cuestión al control de constitucionalidad concentrado reconocido en diversos países, lo cual ilustra sobre la magnitud de las proyecciones que el principio examinado traduce aún sobre las instituciones más fundamentales de los diversos miembros. Ver en ese sentido, TC Italia, caso “Frontini”, sentencia del 22-30 de octubre de 1975. El Tribunal Constitucional español –en su sentencia del 14 de Febrero de 1991- consideró que “ni el tratado de adhesión a las comunidades europeas ni el derecho de éstas integran, en virtud del art. 96.1 C.E., el canon de constitucionalidad bajo el que hayan de examinarse las leyes del estado español. Ningún tratado internacional recibe del art. 96.1 C.E. más que la consideración de norma que, dotada de la fuerza pasiva que el precepto le otorga, forma parte del ordenamiento interno; de manera que la supuesta contradicción de los tratados por las leyes o por otras disposiciones normativas posteriores no es cuestión que afecte a la constitucionalidad de éstas y que por tanto deba ser resuelto por el tribunal constitucional, sino que, como puro problema de selección del derecho aplicable al caso concreto, su resolución corresponde a los órganos judiciales en los litigios de que conozcan”. En el caso argentino esta solución se encontraría expresamente vedada, pues – como hemos visto- es la propia norma constitucional, en el artículo 75 inciso 24 la que establece la jerarquía calificada del derecho comunitario derivado por sobre el derecho interno. En Argentina, en otras palabras, la infracción al derecho comunitario comporta una violación constitucional.

Es así que el Tribunal de Justicia ha llegado a afirmar que *“La invocación de las violaciones ya sea de los derechos fundamentales formulados por la constitución de un Estado miembro, ya sea de los principios de una estructura constitucional, no puede afectar a la validez de un acto de la Comunidad o a su efecto sobre el territorio de un Estado”*⁴⁹.

Más aún, ningún Estado puede hacer valer o alegar disposiciones o prácticas de orden jurídico interno para justificar el no respeto de las obligaciones o de los plazos de incorporación del derecho comunitario en el derecho nacional impuestos por el derecho comunitario⁵⁰.

Aunque el principio de la primacía es de obligado cumplimiento por todas las instancias del Estado, la doctrina elaborada por el Tribunal de Justicia incumbe directamente al juez nacional. Éste tiene la obligación de aplicar íntegramente el derecho comunitario y de proteger los derechos que este confiere a los particulares *“dejando si es necesario, sin aplicación, por su propia autoridad, toda disposición eventualmente contraria de la legislación nacional, ya sea ésta anterior o posterior a la norma comunitaria, y no tiene por ello que pedir o que esperar a que el legislador o cualquier otro medio constitucional la elimine con anterioridad”*⁵¹.

Es más, los tribunales nacionales, existan o no remedios contra sus decisiones en el derecho interno, no tienen jurisdicción para declarar la invalidez de actos de la comunidad, lo cual se explica en la necesidad de lograr una aplicación uniforme del derecho comunitario⁵².

Igualmente, el concepto de orden público en el contexto de la comunidad, máxime cuando se utiliza como justificación para la derogación de un principio fundamental del derecho comunitario, se debe interpretar estrictamente, por lo cual su alcance no puede ser unilateralmente fijado por cada estado miembro sin sujetarse al control de las instituciones de la comunidad⁵³.

De acuerdo a las reglas sentadas, el control de compatibilidad con el derecho comunitario se encuentra estructurado como difuso⁵⁴, tal como expresara el Tribunal en *“Simmenthal”*⁵⁵, al manifestar que el juez nacional está obligado a inaplicar toda norma

49 TJCE, As. “Internationale Handelsgesellschaft”, cit.

50 TJCE, sentencia de 8 de febrero de 1973. “Comisión v. Italia”, Caso 30/72.

51 TJCE, As. “Simmenthal”, cit.

52 TJCE, sentencia del 22 de octubre de 1987, “Foto-Frost”. Caso 314/85, sentencia del 26 de febrero de 1976, “Comisión v. Italia”. Caso 52/75, sentencia del 17 de febrero de 1970, “Comisión v. Italia”. Caso 31/69.

53 TJCE, “Van Duyn”, cit.

54 En efecto, el derecho comunitario ha introducido el control de compatibilidad difuso que en los ordenamientos nacionales se había atribuido tajantemente a los tribunales constitucionales y que ha marcado un distingo tradicional respecto de los sistemas anglosajones.

55 En tal pronunciamiento se delinearon las siguientes reglas que merecen ser destacadas: “En virtud del principio de la primacía del derecho comunitario. Las disposiciones del Tratado y los actos de las instituciones directamente aplicables tienen por efecto en sus relaciones con el derecho interno de los Estados miembros, no sólo el hacer inaplicable de pleno derecho, por el hecho mismo de su entrada en vigor, toda disposición contraria de la legislación nacional existente, sino también -en cuanto que estas disposiciones y actos forman parte integrante, con rango de prioridad, del ordenamiento jurídico aplicable en el territorio de cada uno de los Estados miembros-, el impedir la adopción válida de nuevos actos legislativos nacionales en la medida en que éstos fueran incompatibles con normas comunitarias”. Y ello es así por cuanto, “el hecho de reconocer una eficacia jurídica cualquiera a actos legislativos nacionales que invaden el ámbito en el que se ejerce el poder legislativo de la Comunidad, o incompatibles de cualquier otro modo con las disposiciones del derecho comunitario, equivaldría a negar, en consecuencia, el carácter efectivo de

nacional contraria a una norma comunitaria, incluso si esa norma interna es posterior a ésta “sin que para ello sea necesario pedir o esperar su previa eliminación por vía legislativa o por cualquier otro procedimiento constitucional”⁵⁶.

En similar línea, el Tribunal Supremo español expuso en la sentencia del 24 de abril de 1990 que “los reglamentos y directivas comunitarios tienen valor de leyes marco cuya primacía sobre las normas y efecto directo en su caso no podrán ser discutidos, desde el momento de la adhesión a los tratados fundacionales. Las normas anteriores que se opongan al derecho comunitario habrán de reputarse inconstitucionales por incompetencia –arts. 93 y 96.1 de la Constitución Española-, pero no será exigible que juez ordinario plantee la cuestión de inconstitucionalidad (artículo 163 de la Constitución) para dejar inaplicada la norma estatal, porque está vinculado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que tiene establecido el principio *pro communitate*”⁵⁷.

Los principios de efecto directo y primacía, aplicados de manera uniforme en todo el ámbito comunitario han signado la conformación de un orden único al cual se referencian todos los Estados Partes y sus ciudadanos. Y como puede observarse de la anterior reseña, el componente determinante en la evolución de ese orden jurídico ha residido en las claras facultades conferidas al tribunal europeo para imprimir líneas de acción imperativas y concretas a los jueces nacionales.

Volviendo a la comparación con el Mercosur, no se observa todavía –con la cohesión necesaria- la consolidación de la noción estudiada, de acuerdo a la cual los órganos internos de los Estados Parte deben inaplicar toda disposición interna que se oponga al derecho comunitario originario o derivado.

En el caso de Argentina, sin embargo, es clara la dirección tanto desde el plano constitucional como desde la jurisprudencia hacia el reconocimiento de tal primacía, la cual –una vez más- solo verá su cabal afirmación a partir de la institucionalización de un tribunal comunitario en el seno del Mercosur que permita escindir al proceso de internacionalización de la voluntad de sus integrantes y dotar al derecho comunitario de autonomía.

IV.2º) El derecho de la integración y la igualdad en la protección de los derechos fundamentales. La tesis del mejor derecho.

Se ha procurado hasta aquí efectuar una somera reseña de los antecedentes y principales características de dos vertientes de la internacionalización del derecho, identificadas en los sistemas de protección de derechos humanos y en la integración.

Es intención ahora indagar en torno a un punto de contacto medular entre estos dos regímenes, que tiene como resultado posible –según se verá- una nueva

compromisos incondicionales e irrevocablemente asumidos por los Estados miembros, en virtud del Tratado, y pondría así en tela de juicio las bases mismas de la Comunidad”. Frente a ello, el papel del juez nacional es esencial, por cuanto “el efecto útil de esta disposición disminuiría si se impidiera al juez el dar, inmediatamente, al derecho comunitario una aplicación conforme con la decisión o la jurisprudencia del Tribunal... se deduce del conjunto de lo que precede que todo juez nacional, ante el que se recurre en el marco de su competencia, tiene la obligación de aplicar íntegramente el derecho comunitario y de proteger los derechos que éste confiere a los particulares, dejando sin aplicación toda disposición eventualmente contraria de la ley nacional, ya sea ésta anterior o posterior a la norma comunitaria”.

56 Finalmente, el Tribunal Constitucional italiano reconocería tal límite en la sentencia “Granital” del 8 de junio de 1984.

57 TS España, sentencia del 24 de abril de 1990.

modificación del sistema de fuentes del derecho, no ya a partir de la noción estricta de primacía, sino desde un plano horizontal que conecta, por medio de la igualdad, a los diferentes ordenamientos internos de los Estados que integran una asociación como el Mercosur.

Lo que se pretende exponer, en esencia, es que los ciudadanos no sólo encuentran amparo directo en los tratados de derechos humanos, sino que ese mismo sistema les provee 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.

Se reitera entonces que tal posibilidad incorpora una fuente horizontal de protección que encuentra su base y nexo en los pactos de derechos humanos a los cuales se han subordinado los Estados integrantes del Mercosur.

Veamos.

Ha sido Jorge Salomoni quien, en la búsqueda de un factor de cohesión esencial entre integración y derechos humanos, ha esclarecido un punto de combinación trascendental entre el ordenamiento del Mercosur y la Convención Americana sobre Derechos humanos que se traduce en la conformación de un orden único con especiales efectos.

Explica ese autor que *“Todos los Estados miembros del Mercosur incorporaron el Pacto de San José de Costa Rica a sus ordenamientos internos, siendo Brasil el último en ratificarlo con fecha 25 de septiembre de 1992”*⁵⁸.

Tal circunstancia reviste consecuencias capitales, pues *“En función de la mencionada adopción, por los países miembros, de la Convención Americana de los Derechos humanos y de la jurisdicción supranacional de la Corte establecida por ese Pacto, he sostenido que, del Orden Público Comunitario que surge del Preámbulo⁵⁹ de la Convención, y del juego de sus artículos 28.3⁶⁰ y 24⁶¹, se instaura un sistema tal que, partiendo del principio de intangibilidad de los derechos establecido en el mencionado artículo 28.3, y conectándolo al principio de igual protección de la ley - artículo 24 de la Convención- para cada individuo miembro de cada uno de esos Estados, que constituye una aplicación del principio general de igualdad, surge el derecho de aquellos últimos de invocar, ante la Administración Pública o el Poder Judicial local, la norma más favorable a sus derechos de cualquier Estado Miembro, la que debe aplicarse como principio emergente del mencionado artículo 24”*.

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

59 “...el Preámbulo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, reconoce y establece, al igual que la Convención Europea que, “...los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional...”. Ello significa el reconocimiento, y la aceptación de los países miembros, que los derechos humanos son superiores y anteriores a los Estados nacionales, y que no se obtienen por la pertenencia de la persona humana a un determinado Estado; estableciéndose a su vez, una subordinación de esos Estados, al sistema de protección de los derechos humanos previstos en la Convención. Tal declaración permite fundar el Orden Público del Mercosur que se antepone jerárquicamente al orden público interno de los Estados miembros. Y esto así, independientemente que las normas de la Convención tengan rango supraconstitucional, constitucional (Argentina-Paraguay) o subconstitucional (Brasil-Uruguay)”. (SALOMONI, Jorge Luis, ob.cit. p. 441).

60 “Cuando dos o más Estados partes acuerden integrar entre sí una federación u otra clase de asociación, cuidarán de que el pacto comunitario contenga las disposiciones necesarias para que continúen haciéndose efectivas en el nuevo Estado así organizado, las normas de la presente Convención”.

61 “Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de ley”.

De tal manera, ha delineado el estudioso un factor de empalme entre derechos humanos e integración en cuya virtud el principio de igual protección de ley trae aparejado el derecho del ciudadano de un país que forma parte de una asociación de Estados o de una federación de invocar aquella norma más protectora de los derechos humanos que los ordenamientos de los integrantes ofrezcan.

Dicha posibilidad es conocida como la tesis del mejor derecho y se traduce en la obligación del juez nacional de dar aplicación *“a la norma más protectora de los derechos humanos que se encuentre vigente en la asociación de Estados que conforma el Mercosur”*.

De esta manera, el Mercosur se traduce –por esta vía- en la extensión de los estándares mínimos de protección por vía de los derechos humanos.

Las implicancias de este particular enfoque son –como puede uno imaginarse- insospechadas y merecen un detenido examen, el cual adquiere nuevo impulso a partir de la consagración del Protocolo que analizaremos a continuación.

IV.3º) El Protocolo de Asunción sobre Compromiso con la Promoción y Protección de los Derechos humanos del Mercosur.

A partir del Protocolo sobre Compromiso con la Promoción y Protección de los Derechos Humanos del Mercosur, suscripto en Asunción el 20 de junio de 2005, la tesis planteada por Salomoni parece encontrar una incipiente recepción normativa.

Dicho Protocolo establece las siguientes directivas:

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

Es decir que el derecho de la integración ha visto receptada su plena inserción en el sistema de derechos humanos.

Analizando la propuesta de Salomoni, es dable enfatizar la gravitación que la garantía de igual protección de los ciudadanos implica.

Efectivamente, la cabal comprensión del derecho a igual protección de ley plasmado en la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (artículo 24) junto a

la primaria obligación establecida en el artículo 2º del Protocolo en punto a fijar una obligación de “*cooperación mutua*” para la protección “*efectiva*” de los derechos humanos pareciera respaldar la posibilidad de extender las normas más protectoras de derechos hacia todos los ciudadanos integrantes de la comunidad de naciones a que apunta el Mercosur.

Y ello es resultado de la particular dimensión que la propia Corte Interamericana ha asignado al derecho de igualdad en la lógica de la Convención.

Efectivamente, ha dicho ese Tribunal que “*La noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona*”, por lo que “*No es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza*”⁶².

Si ello es así, y el propio preámbulo de ese Pacto lo reafirma, la calidad de nacional de un Estado no es un elemento que en la dinámica de la Convención Americana permita justificar un menor resguardo de derechos.

En otros términos, si como expresa la Corte Interamericana el principio de la igualdad y no discriminación, “*significa que los ciudadanos deben ser tratados justamente en el sistema legal y que se les debe garantizar un trato igual ante la ley así como el disfrute por igual de los derechos disponibles para todos los demás ciudadanos*”, resulta un argumento fuerte pensar que tal directiva puede ser aplicada frente a la integración supranacional en el marco del Mercosur, máxime cuando tal organización ha declarado el reconocimiento de la “*universalidad, la indivisibilidad, la interdependencia e interrelación de todos los derechos humanos, sean derechos económicos, sociales, culturales, civiles o políticos*”.

En ese sentido, resulta cardinal tener en cuenta que la esencial dimensión de la garantía examinada, al punto de integrar el “*jus cogens*” internacional⁶³, limita el margen de acción de los Estados de manera especialmente enérgica.

Tal calificación de “*jus cogens*” impide que en el plano asociativo entre Estados sea dejado de lado el trato igualitario entre los ciudadanos, que –aunque sujetos a jurisdicciones nacionales- se encuentran bajo un plexo de amparo de sus derechos que les es común.

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

62 CIDH, OC-18/03, “Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados” del 17 de septiembre de 2003.

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

V.- El derecho administrativo y sus distintos niveles de adecuación al nuevo orden. Algunos ejemplos.

Frente a la nueva realidad que impone el fenómeno de la interconexión de los ordenamientos jurídicos en los alcances explicados, el derecho administrativo impactado por tal fenómeno intenta buscar sus nuevas fronteras.

Se comienza así a tematizar el nuevo sistema de fuentes del derecho administrativo, con especial enfoque desde el régimen de los derechos humanos.

Intentaremos ahora esbozar alguno de estos cambios posibles, solo como muestra del nuevo fenómeno.

a) La Administración Pública y la tutela efectiva de los derechos.

La incorporación de los tratados de derechos humanos ha comportado una sensible ampliación –o bien una lisa y llana reformulación- del papel que tiene asignado la Administración Pública frente al deber de protección de los derechos fundamentales.

Ello ha significado la imposición de nuevos criterios de gestión que tienden a brindar contornos diferentes a la tradicional noción de las prerrogativas públicas.

Un ejemplo de lo anterior puede advertirse en la revitalización del concepto de “tutela efectiva” de los derechos, la cual ha sido entendida por la Corte Suprema argentina no sólo como un deber de los jueces sino también de la Administración⁶⁴.

Esta noción trae aparejada un claro deber de la Administración Pública de dar un contenido tuitivo a sus procedimientos y decisiones, los cuales no pueden limitarse a la mera aplicación de pasos rituales desprovistos de la finalidad puntual de garantizar una adecuada y oportuna tutela de la dignidad del hombre⁶⁵.

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

Es que tal teoría de la subsanación permite convalidar la abdicación por parte de la autoridad administrativa de su deber fundamental de propender a la protección de la dignidad del hombre al apartarse aquella de los principios de legalidad y debido proceso⁶⁶.

64 Es así que este concepto “supone la posibilidad de ocurrir ante los tribunales de justicia -a lo que cabe agregar, ante las autoridades administrativas competentes- y obtener de ellos sentencia o decisión útil relativa a los derechos de los particulares o litigantes (...) y que requiere, por sobre todas las cosas, que no se prive a nadie arbitrariamente de la adecuada y oportuna tutela de los derechos que pudieren eventualmente asistirle sino por medio de un proceso -o procedimiento- conducido en legal forma y que concluya con el dictado de una sentencia -o decisión- fundada” (CSJN, “Astorga Bracht, Sergio y otro c/ COMFER – Decreto N° 310/98 s/ amparo Ley N° 16.986” del 14 de octubre de 2004).

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

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

En igual sendero, la tutela efectiva encomendada a la Administración obsta a que sus prerrogativas de autotutela ejecutoria, complementadas con el carácter revisor asignado al control judicial del obrar administrativo en la mayoría de nuestros países deriven en la lesión del derecho con anterioridad a la efectiva decisión sobre su validez.

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

Una interpretación flexible de los requisitos de suspensión de la ejecución del acto administrativo es deseable, pues es aquella la herramienta que nos proveen los sistemas jurídicos positivos para evitar una lesión irreparable a los derechos del particular como resultado del obstáculo de acceso a la justicia que el previo agotamiento de la vía administrativa supone⁶⁷. Ello no es más que una consecuencia lógica de la aplicación del principio de tutela administrativa efectiva en el ámbito procedimental administrativo.

b) El procedimiento administrativo y la garantía del plazo razonable

El derecho a obtener una decisión por parte del Estado en un plazo razonable es una garantía primaria de toda persona sujeta a cualquier tipo de actuación pública que se encuentra reconocida expresamente por las normas supranacionales⁶⁸.

Es así que todo procedimiento administrativo debe respetar la concepción del plazo razonable; el legislador debe prever expresamente los términos aplicables bajo tal pauta interpretativa y la Administración debe evitar las diversas dilaciones⁶⁹ que entorpecen la búsqueda de la verdad material y la satisfacción del interés público.

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

68 El fundamento explícito de tan sensible derecho en los tiempos actuales puede encontrarse en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, en sus artículos XVIII, XXIV y XXV. Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos reconoce en numerosas disposiciones el concepto aludido y de sus artículos 5.5, 7.4, 7.5, 7.6 y 8.1 debe colegirse necesariamente que el principio del plazo razonable es uno de los principios generales de aplicación e interpretación que informan y regulan el proceso. De igual manera el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos sustenta el principio en diversas normas y fundamentalmente en el artículo 14, por cuyo inciso c) se reconoce expresamente el derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas.

69 "La excesiva duración de los procesos obedece en mucha mayor medida que a la longitud de los plazos, a las 'etapas muertas' es decir, los períodos de inactividad entre dos actuaciones consecutivas y que pueden calificarse como entreactos" (ALCALÁ ZAMORA y CASTILLO "La regulación temporal de los actos procesales en el Código de 1932 para el Distrito Federal", Revista de

Los innumerables conflictos suscitados por la morosidad estatal han dado lugar a varias interpretaciones y exhortaciones de la Comisión y Corte Interamericanas en las que se ha remarcado que el plazo razonable es uno de los requisitos fundamentales del debido proceso legal.

La Comisión Interamericana ha declarado reiteradamente la violación de *"las normas de la Convención Americana sobre el debido proceso, dada la injustificable demora observada en el desarrollo del proceso"*⁷⁰.

Con indudable proyección para todos los procedimientos administrativos, ha explicitado que *"desde que ocurrieron los hechos la lentitud de la investigación y su falta de resultados configura un claro caso de retardo injustificado en la administración de justicia que, de hecho, implica una denegación de la misma"*⁷¹.

Por otra parte, ha aclarado expresamente ese órgano que *"la efectiva vigencia de estos principios no se puede limitar a la mera constatación formal de recaudos procesales"*⁷².

Es importante tener presente que, si bien la Convención Americana no ha aclarado el alcance de la expresión *"plazo razonable"*, existe un sinnúmero de antecedentes en la jurisprudencia de órganos internacionales de acuerdo con los cuales se han considerado, a la luz de las circunstancias particulares de cada caso, los siguientes criterios para su determinación: *"la complejidad del litigio, la conducta de los demandantes y de las autoridades judiciales y la forma como se ha tramitado la etapa de instrucción del proceso"*⁷³.

Es así que la Corte Interamericana se ha hecho eco de los parámetros adoptados por el Tribunal Europeo de Derechos humanos al interpretar el artículo 6.1 Convención Europea de Derechos Humanos⁷⁴.

la Facultad de Derecho de México", N° 66-67, p. 369. Ver también DE MIGUEL, "Consideraciones sobre la lentitud de los procesos y sus posibles soluciones", Revista Iberoamericana de Derecho Procesal, 1971, p. 55. En igual sentido se expide GONZALEZ PEREZ, Jesús, El Derecho a la Tutela Jurisdiccional, Civitas, Madrid, 2001, p. 319)

70 Comisión IDH, Resolución N° 2/84 del 17 de mayo de 1984, Informe Anual de la CIDH, 1984-1985, OEA/Ser.L/V/II.66, doc. 10 rev. 1, 1º de octubre de 1985, ps. 133 y siguientes. Informe Anual 1986-1987, OEA/Ser.L/V/II.71, Doc. 9 rev. 1, 22 de septiembre de 1987. Entre otros ver: Resolución N° 17/87, p. 124; Resolución N° 18/87, p. 129; Resolución N° 1 9/87, p.133; Resolución N° 21/87, p.141. En igual tesitura, se ha dado cuenta en dichos informes 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" (Informe 43/96, Caso N° 11.430 del 15 de octubre de 1996, Informe Anual de la Comisión IDH, 1996, OEA/Ser.L/V/II.95, Doc. 7 rev. 14 de marzo de 1997, ps. 585 y siguientes).

71 Comisión IDH, Resolución N° 17/87 del 28 de marzo de 1987, cit., Resolución N° 20/87 del 30 de junio de 1987, Considerando 6, doc. cit. nota 42, p. 140.

72 Comisión IDH, Informe N° 74/90 del 4 de octubre de 1990, párr. III. 17.

73 A su turno y denotando similar postura, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado en referencia al artículo 8.1 de la Convención Americana que "Se pueden invocar para precisarlo los elementos que ha señalado la Corte Europea de Derechos Humanos en varios fallos en los cuales se analizó este concepto, pues este artículo de la Convención Americana es equivalente en lo esencial, al 6º del Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. De acuerdo con la Corte Europea, se deben tomar en cuenta tres elementos para determinar la razonabilidad del plazo en el cual se desarrolla el proceso: a) la complejidad del caso; b) la actividad procesal del interesado; y c) la conducta de las autoridades judiciales...". (CIDH, caso "Genie Lacayo", sentencia del 29 de enero de 1997).

74 Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), Caso "Moreira de Azevedo", sentencia del 23 de octubre de 1990, A 189.

Tanto en materia civil, como en materia penal, la corte europea ha sido convocada para tratar el alcance del tema, afirmando en materia civil que el punto de partida para la evaluación del plazo razonable debe comenzar el día en que se acude a la jurisdicción competente⁷⁵ y que en materia penal, se trata de saber a partir de cuándo una persona se encuentra delante de una "acusación": puede ser en el momento de la acusación misma⁷⁶, de la iniciación de incidentes preliminares contra el presunto acusado,⁷⁷ de la fecha en la cual el presunto acusado recibe la notificación de una orden de arresto,⁷⁸ entre otros momentos a tener en consideración.

Los efectos en el procedimiento administrativo, y en el sancionador en especial, son claros y así ha sido puesto de resalto al sostenerse que, *"de ser necesario acudir en primer término a la vía administrativa, es a partir del comienzo de la utilización de dicha vía, el inicio del cómputo del plazo razonable"*⁷⁹.

La conjunción de tal elemento con la obligación de asegurar la tutela administrativa efectiva hacen que tal procedimiento deba lograr su finalidad en un plazo razonable para el individuo, valorándose, claro está, la conducta sostenida por el administrado al tiempo de efectivizar sus peticiones y disponer de su derecho de defensa.

Sin embargo, ha de precisarse sobre esa última condición que el Tribunal Europeo ha precisado que "teniendo en cuenta los límites de las funciones de las partes en los procesos, la principal responsabilidad por el retraso corresponde, en última instancia, al Estado"⁸⁰, lo cual se contrapone a una tendencia habitual de los diferentes estamentos públicos en punto a trasladar las consecuencias de sus propias omisiones hacia el afectado.

Los elementos expuestos son demostración entonces de la directa influencia que la garantía del plazo razonable produce sobre los procedimientos llevados ante la Administración, la cual debe necesariamente adecuar su gestión a este recaudo, so pena de perder sus potestades persecutorias por el transcurso del tiempo o bien de

75 TEDH, Caso "Buchholz", sentencia 6 de mayo de 1981, A 42; "Zimmermann y Steiner", sentencia 13 de julio de 1983, A 66; "Pretto y otros", sentencia 8 de diciembre de 1983; "Guincho", sentencia 10 de julio de 1984, A 81.

76 TEDH, Caso "Neumeister", sentencia 27 de junio de 1968.

77 TEDH, Caso "Ringelsen", sentencia 16 de junio de 1971, A 13.

78 TEDH, Caso "Eckle", sentencia del 15 de julio de 1982, A 51.

79 TEDH, Caso "König", sentencia 28 de junio de 1978, entre otros.

80 TEDH, Caso "Capuano", sentencia del 25 junio de 1987, En el caso "Clerc", sentencia 26 de abril de 1990, A 176, frente al argumento del Estado demandado –Francia– acerca del uso, por parte del peticionante, de todos los recursos que el derecho francés ponía a su disposición, la Comisión respondió "...no se puede censurar a un acusado por utilizar en un procedimiento penal todos los recursos normales que le proporciona el derecho interno". En correspondencia con tal aserto, la Corte Suprema Federal Argentina ha puesto de resalto que "son los órganos estatales quienes tienen a su cargo el deber de asegurar que el proceso se desarrolle normalmente, y sin dilaciones indebidas. Hacer caer sobre el propio imputado los efectos de la infracción a ese deber (...) produce una restricción al derecho de defensa difícil de legitimar a la luz del derecho a la inviolabilidad de dicho derecho conforme el Artículo 18 de la Constitución Nacional" (CSJN, Fallos 324:4135, citado en la sentencia E. 224. XXXIX. "Espósito, Miguel Angel s/ incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa" del 23 de diciembre de 2004). En otros términos, "es al Estado a quien le corresponderá encauzar el procedimiento en debida forma, pero en cualquier caso, no es el imputado quien debe velar por la celeridad del proceso ni sufrir las consecuencias de incumplimientos ajenos" (CSJN, Fallos: 322:360). De modo que -como ha expuesto el máximo organismo asesor del Poder Ejecutivo argentino- "La Administración no puede hacer recaer sobre los particulares administrados los efectos de la mora de la cual es directamente responsable" (Procuración del Tesoro de la Nación, Dict. 253:38; 228:69, entre otros. www.ptn.gov.ar).

facultar al particular a arbitrar los medios jerárquicos o judiciales pertinentes para conjurar la omisión que la excesiva dilación de los trámites importa.

d) La dicotomía entre derecho público y privado. Su desvanecimiento frente al nuevo catálogo de derechos fundamentales⁸¹.

La inserción en las diversas cartas constitucionales de los llamados derechos de tercera generación, que desde el plano subjetivo parecen tener en miras al hombre como integrante de la comunidad, nos obliga a abordar ciertas variaciones en la tradicional dicotomía entre derecho público y privado.

Como es sabido, esa distinción 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 excede los alcances de este trabajo, sí es dable advertir que el perímetro de esa rígida diferenciación resulta bastante difuso cuando se lo analiza desde el vértice de los derechos fundamentales.

Por ejemplo, el criterio de distinción basado en el tipo de interés tutelado, conforme el 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 nueva realidad constitucional.

Lo mismo sucede con otra fuente de contraste conforme la cual 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.

En efecto, puede hacerse notar que tanto la gradual aplicación de los estándares mínimos fijados en los Pactos 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 encorsetar en esos términos al 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 usuario, el resguardo del medio ambiente o el derecho a la información –registrada tanto por entes estatales como privados- hacen que esas barreras se diluyan, pues esas 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 aún 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

81 Ver LORENZETTI, Ricardo, ob. cit. p. 449 y ss.

protecciones lo confirma- que la protección de los derechos fundamentales debe darse en todos los planos de la vida comunitaria.

De igual manera, el interés público, tradicional valuarte de las potestades del Estado encuentra nuevos titulares sectoriales como los usuarios de los servicios públicos, los habitantes en relación al medio ambiente, o –en suma- aquellos grupos de particulares 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.

En tal línea se ha entendido –ejemplificando lo anterior- que el interés superior del usuario es susceptible de ser identificado con el interés público⁸², lo cual demuestra precisamente la necesidad de revisar ciertos paradigmas que se presentan hoy como insuficientes para explicar el fenómeno de la internacionalización.

e) El sistema de garantías como régimen unificador. El caso de las potestades punitivas. Estándares básicos.

Otra muestra de la “disolución” de ciertas diferenciaciones acostumbradas en nuestros modelos jurídicos puede observarse a partir de la unificación del régimen de garantías que el Estado debe acatar imperativamente cuando pretende imponer sanciones a los ciudadanos, sin importar el fin involucrado o la magnitud del castigo.

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 imponía penas a las personas, aduciendo para ello los diferentes intereses protegidos o finalidades procuradas por el Estado.

Un ejemplo cabal de lo anterior es la pretendida diferenciación de fines entre el procedimiento administrativo sancionador y el derecho penal, distingo que permitía justificar la no aplicación de ciertas garantías del segundo al primero, sin perjuicio de la aplicación de algunos principios penales.

Pues bien, daría la impresión que esa diversidad de fines –de existir- no justifica la negación de aquellos resguardos que –una vez más- operan como los presupuestos mínimos que debe respetar el Estado en el ejercicio de su función punitiva, a resultas de lo cual el debido proceso adquiere una virtualidad propia que impide su postergación en cualquier plano, reforzando una tendencia hacia la aplicación directa de las garantías desarrolladas en el proceso penal hacia otros ámbitos de imposición de castigos.

Y es justamente el derecho penal el modelo a seguir por ser la disciplina que presenta actualmente el mayor grado de desarrollo en la defensa de los derechos del afectado por la potestad persecutoria estatal. En otras palabras, su aplicación rige aquí porque es la norma más protectora de los derechos fundamentales de las personas sometidas al poder estatal punitivo. Ello, claro está, con las debidas matizaciones

82 Conforme explica Salomoni el artículo 42 de la Constitución Argentina produjo “...un profundo cambio de legitimidad en el sistema servicial y concesional administrativo, al introducir como sujeto determinante al usuario. Esta cualificación constitucional de los derechos del usuario pone en tela de juicio uno de los postulados sobre los que se asienta un sistema de derecho administrativo como el nuestro, como es el de considerar a la Administración pública vicaria de los intereses generales, ya que se su titularización y ejercicio en este colectivo y para este caso concreto, puede desarticular tal postulado” (SALOMONI, Jorge Luis, “Interés Público y emergencia”, Revista Actualidad en el Derecho Público Nros. 18-20, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002).

inherentes a la tutela de bienes diversos en cada campo del derecho público señalado (penal y administrativo).

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 infligir castigos⁸³.

Examinando el artículo 9° de la Convención Americana, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha subrayado que *“es preciso tomar en cuenta que las sanciones administrativas son, como las penales, una expresión del poder punitivo del Estado y que tienen, en ocasiones, naturaleza similar a la de éstas. Unas y otras implican menoscabo, privación o alteración de los derechos de las personas, como consecuencia de una conducta ilícita. Por lo tanto, en un sistema democrático es preciso extremar las precauciones para que dichas medidas se adopten con estricto respeto a los derechos básicos de las personas y previa una cuidadosa verificación de la efectiva existencia de la conducta ilícita”*⁸⁴.

Para, finalmente, brindar un marco interpretativo definitorio: *“La justicia, realizada a través del debido proceso legal, como verdadero valor jurídicamente protegido, se debe garantizar en todo proceso disciplinario, y los Estados no pueden sustraerse de esta obligación argumentando que no se aplican las debidas garantías del artículo 8 de la Convención Americana en el caso de sanciones disciplinarias y no penales. Permitirle a los Estados dicha interpretación equivaldría a dejar a su libre voluntad la aplicación o no del derecho de toda persona a un debido proceso”*⁸⁵.

En esas condiciones, no resultaría conteste con la magnitud de los principios involucrados admitir un abandono de las garantías en base al distinto plano en que se ejecuta la potestad estatal de imponer penas, a resultas de lo cual toda expresión de ese poder encuentra límites ciertos cuyo mayor exponente es el derecho penal.

Esas garantías mínimas, entre otras, se traducen en la prohibición de: **a)** la aplicación de sanciones sin dar derecho a ser oído previamente, ofrecer y producir prueba y controlar la producida por el Estado; **b)** la imposición de sanciones que no se encuentren previa y claramente delimitadas por el ordenamiento legal aplicable en forma previa a los hechos que se analizan; **c)** la aplicación extensiva y/o analógica de disposiciones punitivas; **d)** la ausencia de plazos de prescripción de la posibilidad estatal de perseguir el castigo de las acciones individuales; **e)** Las disposiciones que impliquen la carga de la prueba en cabeza del imputado o que de cualquier modo lo obliguen a probar su inocencia; y, en fin, **f)** todas aquellas prerrogativas que impliquen

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

84 CIDH, Caso "Baena Ricardo y Otros v. Panamá", sentencia del 2 de febrero de 2001. Agregó allí que "en aras de la seguridad jurídica es indispensable que la norma punitiva, sea penal o administrativa, exista y resulte conocida, o pueda serlo, antes de que ocurran la acción o la omisión que la contravienen y que se pretende sancionar. La calificación de un hecho como ilícito y la fijación de sus efectos jurídicos deben ser preexistentes a la conducta del sujeto al que se considera infractor. De lo contrario, los particulares no podrían orientar su comportamiento conforme a un orden jurídico vigente y cierto, en el que se expresan el reproche social y las consecuencias de éste. Estos son los fundamentos de los principios de legalidad y de irretroactividad desfavorable de una norma punitiva".

85 CIDH, "Baena", sent. cit.

desconocer los límites con que el estado constitucional de derecho ha ido rodeando la capacidad de imponer sanciones.

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

VI.- Conclusiones.

La reseña de la situación actual del sistema jurídico argentino y su comparación con los procesos internacionales que se despliegan en su seno ha sido la aspiración de este trabajo, reafirmando en especial la necesidad de propender a un estudio del fenómeno y de sus consecuencias sobre los instrumentos cotidianos de que se sirven los operadores jurídicos. Es así que podemos ensayar algunas aproximaciones:

- 1) Las naciones de Latinoamérica se enfrentan a un proceso de modificación de sus fuentes normativas e interpretativas, siendo una muestra de ello la reforma constitucional de 1994 en la Argentina, en cuanto ha comportado un desplazamiento fundamental en los centros de producción y aplicación del derecho.
- 2) Las dos vertientes de la internacionalización del derecho analizadas –tratados de derechos humanos y derecho de la integración- se aproximan en una base común representada por la protección imperativa, directa y efectiva de los derechos de los habitantes de las naciones latinoamericanas que conforman el concepto de dignidad humana.
- 3) Tales postulados ocasionan profundas consecuencias en la forma de entender los contornos mismos de figuras centrales en la disciplina del derecho administrativo, cuyos alcances actuales deben ser acondicionados a los principios interpretativos delimitados para asegurar la vigencia de los derechos fundamentales.
- 4) Las directivas de los Pactos que imponen asegurar un trato igualitario a las personas adquieren ribetes particulares frente a vínculos asociativos como los del Mercosur, pues estrechan el nexo de protección al grado de permitir a los ciudadanos de los Estados parte invocar en sus propios países aquella mayor cobertura que otro de los integrantes otorga a sus nacionales respecto de un derecho reconocido por la Convención Americana.
- 5) De tal manera, garantías tales como el plazo razonable, el derecho de defensa, y la efectividad de la tutela administrativa y judicial se erigen en premisas básicas de la actividad estatal que obligan a rediseñar institutos clásicos del derecho administrativo de orden tanto sustancial como procedimental y procesal.
- 6) Paralelamente, el nuevo catálogo de derechos protegidos constitucionalmente tienden a diluir las barreras estrictas que separaban las ramas tradicionales del derecho y su diferenciación entre lo privado y lo público, propendiendo a unificar los institutos aplicables bajo la idea de protección efectiva de los derechos individuales y colectivos.

Todo ello nos obliga a recorrer el camino del estudio e intercambio de ideas, de cara a lograr entender el nuevo estado de cosas y procurar que el compromiso con los derechos fundamentales no quede en la letra de las normas sino en la vida de la gente.

DERECHO ADMINISTRATIVO IBEROAMERICANO

*100 autores en homenaje al postgrado de Derecho Administrativo
de la Universidad Católica Andrés Bello*

La conmemoración del vigésimo aniversario del inicio del Postgrado de Derecho Administrativo de la Universidad Católica Andrés Bello ha constituido la motivación para realizar una ambiciosa convocatoria a más de un centenar de administrativistas de Iberoamérica, que integran la Asociación Iberoamericana de Derecho Administrativo, el Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, la Asociación Española e Iberoamericana de Profesores e Investigadores de Derecho Administrativo, la Asociación Iberoamericana de Estudios de Regulación, la Asociación Internacional de Derecho Administrativo y la Asociación Mundial de Jóvenes Administrativistas, así como las distintas Asociaciones regionales y nacionales en sus respectivos países.

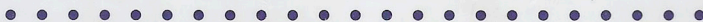
La respuesta masiva a tal convocatoria ha permitido garantizar que la Obra alcance una auténtica proyección Internacional, que permita al lector de cualquier país, conocer el grado de progreso y desarrollo científico que ha alcanzado la investigación del Derecho Administrativo dentro la comunidad jurídica Iberoamericana.

La publicación ha sido redacta en un lenguaje sencillo, guardando el rigor técnico jurídico para no perder profundidad en el contenido, constituyéndose en un aporte útil a todos los operadores jurídicos, valga decir, a los profesores e investigadores, a los estudiantes de cualquier nivel, tanto a los abogados especialistas como a aquéllos que no lo son e incluso a los jueces.

Esta Obra jubilar constante de dos tomos, cuya publicación se realiza por vez primera en Venezuela, no tiene precedentes respecto al motivo del homenaje, así como tampoco lo tiene por su dimensión, ni por el prestigio de los catedráticos y profesores de América y Europa que generosamente han colaborado en ella.

Los tomos comprenden un total de 18 grandes temas que abarcan: 1. Derecho administrativo y la historia; 2. Derecho administrativo, derechos humanos y constitución; 3. Derecho administrativo y administración pública; 4. Derecho administrativo y garantía de derecho fundamentales; 5. Función pública; 6. Procedimiento administrativo; 7. Derecho procesal administrativo; 8. Derecho comunitario e integración; 9. Derecho administrativo y propiedad privada; 10. Derecho administrativo y competencia; 11. Servicios públicos; 12. Regulación bancaria y seguros; 13. Regulación de las telecomunicaciones; 14. Regulación de las energías; 15. Contratos administrativos; 16. Derecho administrativo y responsabilidad; 17. Derecho administrativo y derecho financiero; 18. Tendencias del derecho administrativo.

La calidad, amplitud y novedad de los temas abordados, aunado a la dimensión transfronteriza de la Obra, constituyen motivos para una nueva apuesta de este sello editorial, Ediciones Paredes a la divulgación del Derecho Administrativo, que pone a disposición de los lectores, la concurrencia de 100 de las más prestigiosas firmas académicas de Iberoamérica.



978-980-6760-24-0



RIF J-30797099-5