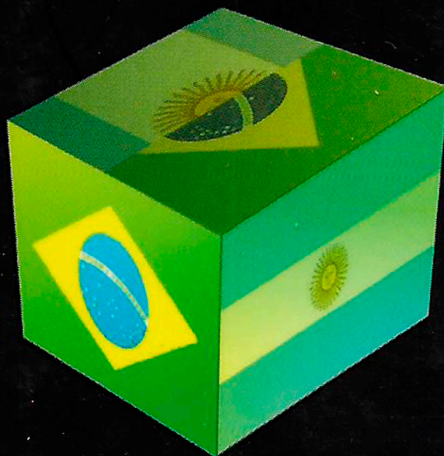


**CRISTIANA FORTINI
MIRIAM MABEL IVANEGA**

Coordenadoras



**MECANISMOS DE
CONTROLE INTERNO E
SUA MATRIZ CONSTITUCIONAL**

.....
UM DIÁLOGO ENTRE BRASIL E ARGENTINA

Prefácio

Benjamin Zymler

4.2	El universo de bienes controlados	211
4.3	Los resultados de las auditorías de la SIGEN y la AGN	213
4.3.1	El control de la gestión de bienes del Estado	213
4.3.2	La evaluación del sistema de Control Interno de los organismos.....	215
5	El control administrativo y judicial de la gestión de los bienes del Estado	217
6	Reflexiones finales	220

EL CONTROL DE LAS EMPRESAS PÚBLICAS EN LA REPÚBLICA ARGENTINA

María Laura Alfonso	223	
1	Introducción	223
2	Desarrollo	226
2.1	Antecedentes del control en materia de empresas públicas	226
3	Breve referencia al sistema de control interno y externo – SIGEN y AGN	227
3.1	Entes reguladores de servicios públicos	229
3.2	La participación ciudadana.....	230
3.3	El Defensor del Pueblo	231
3.4	La Oficina Anticorrupción	232
3.5	La Fiscalía de Investigaciones Administrativas	232
4	La incidencia de los mecanismos de control en el ámbito de las empresas públicas – Conclusiones.....	232

EL CONTROL EXTERNO EN ARGENTINA

Miguel Terraf	239
Clasificación del control en Argentina	241
Los Tribunales de Cuentas	241
Clasificación del control en general.....	245

EFFECTIVIDAD DEL CONTROL EN LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN

Miriam Mabel Ivanega	255	
1	Introducción	255
2	Corrupción, ética y transparencia públicas	257
2.1	Transparencia pública.....	257
2.2	Corrupción	261
3	Del control en general.....	267
4	El control público eficiente y eficaz – Críticas finales	270

JUECES Y ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

Pablo Ángel Gutiérrez Colantuono	273	
1	El control judicial de convencionalidad	273
2	Las administraciones públicas activas, tuitivas y preventivas	276
3	El juez y el control de la actividad administrativa anticonvencional.....	279

3.1	Finalidad legítima de la restricción	281
3.2	Adecuación de la medida utilizada	282
3.3	Necesidad de la medida utilizada.....	283
3.4	Estricta proporcionalidad de la medida.....	284
4	Inquietudes finales	284

EL CONTROL DE LOS ENTES REGULADORES DE SERVICIOS PÚBLICOS

Sandra Eizaguirre	289
Introducción.....	289
1 La noción de servicio público	290
2 Reforma del Estado – Privatización y aparición de los entes reguladores de servicios públicos.....	292
3 Caracterización de los entes reguladores de servicios públicos.....	294
4 Los entes reguladores de servicios públicos como sujetos de control.....	296
5 Diferentes tipos de control.....	298
5.1 Control formal.....	298
5.2 Control sustancial.....	299
5.3 El Defensor del Pueblo	299
5.4 Control judicial	300
6 Situación de los entes reguladores de servicios públicos provinciales	302
Conclusiones	303

PRINCIPALES LINEAMIENTOS DEL MODELO DE CONTROL PÚBLICO ESTATUIDO EN LA REPÚBLICA ARGENTINA POR LA LEY N° 24.156

Verónica Lorena Arias	307
Introducción.....	307
1 La hacienda pública y el control.....	308
2 Distintos enfoques desde los cuales puede ser abordado el control público.....	309
3 El modelo de control implementado por la Ley N° 24.156 – Características, comparación con el modelo anterior, organismos y órganos de control.....	312
Conclusión.....	322

SOBRE OS AUTORES	325
-------------------------------	-----

Jueces y Administraciones Públicas

Por Pablo Ángel Gutiérrez Colantuono

Publicado en *Mecanismos de Controle Interno e sua Matriz Contitucional, um dialogo entre Brasil e Argentina*, Fortín- Ivanega, coordinaoras; 2012 Editora Fórum Ltda.

Sumario: 1. El control judicial de convencionalidad. 2. Las administraciones públicas activas, tuitivas y preventivas. 3. El juez y el control de la actividad administrativa anticonvencional. 4. Inquietudes finales.

1. El control judicial de convencionalidad

El control judicial sobre nuestras administraciones públicas es un tema siempre de suma actualidad que genera profundos debates en base a las tensiones que se generan en la dinámica entre los poderes.

En los últimos tiempos el constitucionalismo viene fomentando en general fuertes niveles de vinculación real a las constituciones – aplicación directa e interpretación conforme a ellas – de las decisiones que se adoptan en el campo judicial.

Aparecen en tal marco situaciones novedosas dentro de las cuales cabe destacar, junto al tradicional control de constitucionalidad, una herramienta que proviene del nivel de covencionalidad de nuestros sistemas constitucionales: El control de convencionalidad. Este ejercido por los jueces internos intenta verificar y adecuar los niveles de aplicación y eficacia del Pacto de San José de Costa Rica en los estados miembros.

Sintéticamente tal control judicial consiste en el cotejo de los niveles de compatibilidad de los actos y hechos de las autoridades internas - normativos, actos administrativos, etc. - con el marco normativo convencional de los derechos humanos. Algunos agregamos que tal control alcanza también a los criterios de interpretación que han brindado los órganos internacionales que aplican tales normas, enfatizando que ellos son aplicables en el plano doméstico aún en aquellos supuestos en los cuales los estados miembro no han sido parte del caso.

En palabras de la Corte IDH el control de convencionalidad¹ implica determinada obligación asumida por cada estado al ratificar la Convención Americana de Derechos Humanos. Los jueces internos "...como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial está llamado a ejercer un "control de convencionalidad" ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana".

¹ Corte IDH caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia, sentencia 1/09/2010 (Fondo, Reparaciones y Costas), entre tantos otros posibles de ser citados.

La temática que se presenta traduce una difícil tarea para el juez en tanto debe articular diversos órdenes jurídicos que impactan en un mismo escenario constitucional²; tarea por cierto nada sencilla. Las tensiones entre los sistemas internos e internacionales pueden ser de variada posibilidad siendo estas propias de una época caracterizada por un cierto desorden normativo generado, en parte, por la multiplicidad de fuentes normativas que impactan en un mismo sistema.

Múltiples interrogantes pueden formularse desde esta nueva realidad: ¿Que hará el juez ante una norma interna aplicable al caso que se contrapone con la internacional? ¿Optará por la declaración de inconstitucional o por la de anticonvencionalidad, o ambas? ¿Es el control de convencionalidad distinto al de constitucionalidad? ¿Responden uno u otro a una relación género/especie? ¿Tiene el control de convencionalidad un mecanismo procesal específico para ser desplegado? ¿Quién tiene la competencia en los sistemas internos para ejercer tal control? ¿La configuración del sistema interno de control de constitucional – concentrado o difuso, de oficio o a pedido de parte, con efectos generales o individuales - es un límite al control de convencionalidad?

Son algunas de las tantas preguntas que seguramente irán surgiendo en el razonamiento de los jueces a medida que se intensifique en los casos judiciales la permeabilidad en el sistema interno de las normas internacionales.

Lo cierto, de momento, es que podemos dar por constitucionalmente exigible que un juez en cuyo estado rija la Convención Americana de Derechos Humanos esté obligado a resolver el caso aplicando la fuerza normativa e interpretativa de dicha convención. Este control se le suma al de constitucionalidad que generalmente ejercen los jueces en el plano interno según se encuentre estructurado en su sistema constitucional de organización de la justicia. Tendremos así jueces internos que al tiempo de controlar la constitucionalidad en el caso concreto también harán lo mismo pero en el ámbito interpretativo convencional de los derechos humanos.

El control de convencionalidad se ha convertido en un nuevo instrumento procesal de control eficaz de la legalidad de la actividad administrativa en términos amplios. Debemos entonces descubrir los niveles de incidencia que tal herramienta proyecta en el marco de nuestras administraciones públicas.

El tema de este nuevo control judicial sobre la actividad administrativa nos presenta un panorama ciertamente novedoso e interesante de estudio ya que impondrá quizás la necesidad de redefinir algunos parámetros del clásico control judicial de nuestras administraciones públicas.

Cierto es que en su evolución, las administraciones pasaron de sostener parcelas de inmunidad al control hasta nuestros tiempos más cercanos en que en general es una regla aceptada el control judicial pleno sobre la actividad administrativa, siendo de interpretación restrictiva las excepciones que se pudieran auspiciar.

El control del juez sobre la actividad administrativa asume por estos tiempos nuevas proyecciones a partir de entender que: a) la administración pública es uno de los sujetos mencionados por los arts. 1 y 2 del Pacto de San José de Costa Rica obligados a dar cumplimiento al marco obligacional general del tratado³ y b) el juez, tal como lo hemos

² LORENZETTI, Ricardo Luis, Teoría de la decisión judicial, Rubinzal Culzoni, Santa Fé, 2006.

³ Como ha postulado la Corte Interamericana de Derechos Humanos “El artículo 1 de la Convención obliga a los Estados Partes no solamente a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella, sino a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona sujeta a su jurisdicción. La Corte ya ha expresado que esta disposición contiene un deber positivo para los Estados. Debe precisarse, también, que garantizar

expresado, debe controlar los niveles de sujeción de tal actividad a dicho marco obligacional por medio del control de convencionalidad.

Ello coloca la situación del control de la administración en la dialéctica jueces-administración en un plano que creemos se presenta diverso y superador de tradicionales discusiones vinculadas al control judicial sobre las administraciones públicas.

2. Las administraciones públicas activas, tuitivas y preventivas.

Desde esta perspectiva, las acciones u omisiones de nuestras administraciones públicas se encuentran delimitadas por la regla general impuesta al estado –en todos sus estamentos- por los arts. 1 y 2 de la Convención Americana, los cuales constituyen la base para la determinación de la responsabilidad internacional en este ámbito. Cabe recordar que el denominador común de las obligaciones asumidas en los Pactos Internacionales de Derechos Humanos reside en que el estado debe asegurar eficazmente el ejercicio y goce de los derechos allí reconocidos⁴ y en ello se encuentra comprometida la tarea de las administraciones.

En efecto, el art. 1.1⁵ prevé la obligación estatal de respetar y garantizar en forma genérica los derechos previstos en la Convención Americana, mientras que el art. 2⁶ obliga al estado y a cada

implica la obligación del Estado de tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos que la Convención reconoce”. (Corte IDH, OC-11/90 del 10/08/1990 “Excepciones al Agotamiento de los recursos internos (Art. 46.1, 46.2.a y 46.2.b Convención Americana sobre Derechos Humanos”. Casos “Velásquez Rodríguez”, sentencia del 29/07/1988. Serie C Nº 4, párr. 166 y “Godínez Cruz”, sentencia de 20/01/1989. Serie C Nº 5, párr. 175). La Corte Interamericana ha insistido en torno a la efectividad en el Caso “Lori Berenson Mejía vs. Perú” (Sentencia del 25/11/2004, numeral 220): “La Convención Americana establece la obligación general de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de dicha Convención, para garantizar los derechos en ella consagrados. Este deber general del Estado Parte implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (principio del *effeto utile*). Esto significa que el Estado ha de adoptar todas las medidas para que lo establecido en la Convención sea efectivamente cumplido en su ordenamiento jurídico interno, tal como lo requiere el artículo 2 de la Convención”.

⁴ ABREGU, Martín, “La Aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos por los tribunales locales: una introducción”, en AA.VV La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales, PNUD, CELS, Editores Del Puerto, Buenos Aires, 2004, p. 10.

⁵ Artículo 1º. Obligación de Respetar los Derechos: 1. “Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”. Esa disposición permite deducir que lo relevante para la Convención es que el ejercicio –entendido como goce efectivo en la vida cotidiana- de los derechos se asegure por medidas estatales, sean legislativas o de otro carácter. Ello se ha visto confirmado por la Corte Interamericana al poner de resalto que esa norma de la Convención obliga a los Estados Partes no solamente a *respetar* los derechos y libertades reconocidos en ella, sino a *garantizar* su libre y pleno ejercicio a toda persona sujeta a su jurisdicción, ampliando así el deber inicial de no incurrir en conductas violatorias a la necesaria adopción de medidas de contenido positivo, en tanto “garantizar implica la obligación del Estado de tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos que la Convención reconoce”. (Corte IDH, OC-11/90, “Excepciones al Agotamiento de los recursos internos - Art. 46.1, 46.2.a y 46.2.b Convención Americana sobre Derechos Humanos-”, del 10 de Agosto de 1990. Serie A Nº 11).

⁶ Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno: “Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”. Como se ha dicho, en la lógica del sistema americano de derechos humanos que se desprende del art. 2º de la Convención reside la idea de

uno de sus órganos a remover cualquier obstáculo para el goce de aquellos y, por consiguiente, a llevar adelante medidas positivas tendientes a asegurar y efectivizar los derechos consagrados en ese tratado⁷. Este último tema no es menor, ya que se requieren administraciones públicas activas y tuitivas que promuevan eficazmente los niveles de desarrollo de los ciudadanos con el fin de asegurar con las políticas públicas determinados estándares de disfrute de los derechos exigidos en el sistema internacional. Así claramente lo ha sostenido la Corte IDH al afirmar⁸: “... Para este Tribunal, no solo la supresión o expedición de las normas en el derecho interno garantiza los derechos contenidos en la Convención Americana. De conformidad con la obligación comprendida en el artículo 2 de dicho instrumento, también se requiere el desarrollo de prácticas estatales conducentes a la observancia efectiva de los derechos y libertades consagrados en la misma. La existencia de una norma no garantiza por sí misma que su aplicación sea adecuada. Es necesario que la aplicación de las normas o su interpretación, en tanto prácticas jurisdiccionales y manifestación del orden público estatal, se encuentren ajustadas al mismo fin que persigue el artículo 2 de la Convención...”.

Este marco convencional, entonces, impone a las administraciones públicas una serie de direccionamientos u orientaciones en las políticas públicas que aquellas deben adoptar en el despliegue de la función administrativa en sus distintas formas de manifestarse. Y ello, a nuestro criterio, es perfectamente controlable por los jueces en tanto deben aplicar el control de convencionalidad que hemos referido.

En realidad el nuevo esquema obligacional de nuestras administraciones impuesto por la convencionalidad, apunta a una discusión mas profunda que nos conduce a averiguar cuál es el nuevo rol de nuestras administraciones públicas por estos tiempos modernos constitucionales. Las administraciones deben perfilarse como organizaciones activas, tuitivas y preventivas en el área de los derechos fundamentales y el desarrollo del hombre en su faz individual y social.

que los pronunciamientos de la Corte Interamericana deben trasladarse, en la forma y términos que provea el derecho interno a las leyes nacionales, a los criterios jurisdiccionales domésticos, a los programas específicos en este campo y a las acciones cotidianas que el Estado despliega en materia de derechos humanos; trasladarse, en fin, al *conjunto de la experiencia nacional*. (Corte IDH. Caso Tibi vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114, voto razonado del juez Sergio García Ramírez, párr. 6).

⁷ Es importante hacer notar que para la Corte IDH la obligación de dar cumplimiento a los mandatos convencionales no se detienen en el sistema interno ni aún invocando como motivo de incumplimiento estatal la distribución interna del poder. Recordemos que la organización interna del estado – federalismo, descentralización, entre otros matices posibles – le es indistinto al sistema americano de derechos humanos ya que las obligaciones pesan sobre el estado y este no puede alegar incumplimiento de un mandato convencional bajo la excusa que la competencia no es de este sino de algunas de sus provincias, municipios, alcaldías, entre otras posibles. Ha dicho la Corte IDH : “...Ante la orden de esta Corte de adopción de medidas provisionales, cuyo objeto es la protección de la vida e integridad de las personas detenidas en aquellos centros penitenciarios y de quienes se encuentren al interior de los mismos, el Estado no puede alegar razones de derecho interno para dejar de tomar medidas firmes, concretas y efectivas en cumplimiento de las medidas ordenadas, de modo que no se produzca ninguna muerte más. Tampoco puede el Estado alegar la descoordinación entre autoridades federales y provinciales para evitar las muertes y actos de violencia que han continuado ocurriendo durante la vigencia de éstas. Más allá de la estructura unitaria o federal del Estado Parte en la Convención, ante la jurisdicción internacional es el Estado como tal el que comparece ante los órganos de supervisión de aquel tratado y es éste el único obligado a adoptar las medidas. La falta de adopción por el Estado de las medidas provisionales compromete la responsabilidad internacional del mismo” CIDH, Resolución del 30/03/2006. Medidas Provisionales. “Caso de las Penitenciarías de Mendoza”. Ese criterio fue seguido Por la Corte Federal en la causa “Lavado, Diego Jorge y otros c/ Mendoza, Provincia de y otro s/ Acción Declarativa de Certeza” del 06/09/2006.

⁸ Corte IDH caso Fernández Ortega y otros vs. México sentencia de 30/08/2010 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas).

En tal mirada, la intervención estatal equivale, en nuestra idea, a la técnica instrumental que utilizan las modernas administraciones públicas de injerencia con el fin de brindar cobertura suficiente de los postulados y principios impuestos en la materia. Entre ellos el principio de igualdad, el cual es fundamental ya que al ser instrumental de los derechos humanos permite llevar al máximo posible el despliegue de las competencias estatales a fin de garantizar un contenido mínimo en el disfrute de los derechos dentro de la heterogeneidad que muestran por estos tiempos nuestras sociedades.

No se trata ya de entablar la discusión en términos de mayor o menor intervención estatal en la economía, en los servicios públicos o de estudiar los alcances de las diversas técnicas de intromisión o abstención del estado en las relaciones jurídicas. Hoy se requiere estudiar a nuestras administraciones desde el ángulo de facilitadoras de los contenidos mínimos de los derechos del hombre promoviendo activamente la igualdad⁹. Para ello se deben brindar herramientas que protejan y garanticen la dignidad del hombre desde la diversidad de las sociedades que integran al estado. Y que existan mecanismos de control suficiente de la tarea que en tal sentido este llevando a cabo las administraciones.

Injerencia estatal desde la realidad multiforme social parecen ser los puntos de partida desde los cuales habrá de estudiarse a nuestras administraciones públicas. Promoción activa de políticas públicas con el fin de concretar la realización del bien común el cual habrá de *“interpretarse como elemento integrante del orden público del Estado democrático, cuyo fin principal es la protección de los derechos esenciales del hombre y la creación de circunstancias que le permitan progresar espiritualmente y alcanzar la felicidad”*¹⁰.

3. El juez y el control de la actividad administrativa anticonvencional

Una de las formas que posee el ciudadano de controlar correctamente a su administración es mediante la ya conocida garantía de la tutela administrativa y judicial efectiva¹¹. Estas se derivan en primer término del sistema americano de derechos humanos y potencian en más cualquier tipo de regulación interna. O bien, en caso de inexistencia en el sistema interno, la previsión en el marco convencional torna inmediata y efectivamente operable tal garantía supranacional tal como es sabido.

El juez interno al ejercer el control de convencionalidad en el caso concreto fiscaliza que el asunto administrativo haya sido despachado conforme el elenco de garantías previsto en el número 8vo del Pacto de San José de Costa Rica¹².

⁹ Es importante insistir en que la igualdad se ha transformado en un elemento integrante del *ius cogens* remitiendo a la existencia de reglas fundamentales que deben ser observadas por todos los estados. En palabras de la Corte Interamericana el *ius cogens* es el derecho imperativo del derecho internacional general, en cuanto es aplicable a todo estado, independientemente de que sea parte o no en determinado tratado, y genera efectos con respecto a terceros, inclusive particulares. Esto implica que el estado, ya sea a nivel internacional o en su ordenamiento interno, y por actos de cualquiera de sus poderes o de terceros que actúen bajo su tolerancia, aquiescencia o negligencia, no puede actuar en contra de los principios contenidos en el mismo. Se trata, en síntesis, de un principio general que se aplica en cada ordenamiento doméstico con prescindencia de su regulación interna.

¹⁰ CIDH, OC-6/86, “La expresión “Leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos” del 09/05/1986.

¹¹ Entre otros casos la Corte IDH ha fijado su postura sobre los alcances de ambas garantías en Baena, Ricardo y Otros v. Panamá. Fondo, Reparaciones y Costas. 2 de febrero de 2001

¹² Cabe recordar que “la protección de los derechos humanos requiere que los actos estatales que los afecten de manera fundamental no queden al arbitrio del poder público, sino que estén rodeados de un conjunto de garantías enderezadas a asegurar que no se vulneren los atributos inviolables de la persona, dentro de las cuales, acaso la más relevante tenga que ser que las limitaciones se establezcan por una ley

Esto implica, entre otras cosas, que una decisión administrativa que determinó derechos haya sido suficientemente motivada¹³, emitida con mínimos niveles de imparcialidad e independencia, en un plazo razonable y respetando el criterio de menor injerencia posible en los derechos del ciudadano.

Nos interesa destacar en este punto que la injerencia estatal en la zona de los derechos debe cumplir determinadas pautas para aceptar a una determinada intervención estatal como razonablemente válida en términos de convencionalidad.

Desde el Sistema Americano de Derechos Humanos se nos impone en materia de proporcionalidad un test que debe ser incorporado por las jurisdicciones internas: debe ser adoptado tanto por los jueces al tiempo de controlar las decisiones administrativas como espontáneamente en su legalidad por parte de nuestras administraciones.

El fundamento supranacional viene dado por el artículo 29.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y las previsiones de los artículos 29 a 32 de la Convención Americana.

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

La nota definitoria de esta forma de enfocar la reglamentación de los derechos individuales¹⁴ reside en corroborar en primer término que con esa reglamentación el estado persiga una finalidad admitida por el régimen convencional, confirmado lo cual el análisis se desagrega a partir de tres subprincipios que juegan como categorías particulares de control: adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Estos subprincipios operan sucesivamente, con lo cual no es factible pasar al siguiente peldaño de revisión si el criterio previo no ha sido superado.

De manera que al momento de constatar la correspondencia de una norma con la Convención Americana el intérprete debe confirmar que se persigue una finalidad legítima al regular los derechos en ella contenidos, que los medios utilizados para ese propósito son idóneos y necesarios, por no existir otros menos lesivos, y que la medida presenta un equilibrio entre el costo impuesto al derecho y el beneficio que ese sacrificio reporta a otro derecho.¹⁵ Se reitera que este tipo de control supone la aplicación de juicios sucesivos, con lo cual la medida no resultará compatible con la Convención si, pese a procurar un fin legítimo, no configura un medio adecuado, o bien si, pese a ser adecuado, existía otro menos restrictivo, o finalmente, si

adoptada por el Poder Legislativo, de acuerdo con lo establecido por la Constitución”, Corte IDH, OC-6/86, cit -

13 - Según la Corte IDH la motivación es “...la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión” - Corte IDH, Apatz Barbera y Otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) v. Venezuela. Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. 05/08/ 2008, párrafo 77.

¹⁴ El ejercicio de facultades reglamentarias por parte de la administración se encuentra sujeto en la actualidad a un escrutinio mucho más severo que el admitido usualmente en nuestro ordenamiento interno, a partir de la dimensión asignada al artículo 30 de la Convención Americana. Esa disposición condiciona la aplicación de restricciones al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma a su conformidad con las “leyes que se dictaren por razones de interés general”. En efecto, la Corte Interamericana ha interpretado dicha norma estableciendo que la expresión “leyes”, utilizada por esa disposición, no puede tener otro sentido que el de ley formal, es decir, norma jurídica adoptada por el órgano legislativo y promulgada por el Poder Ejecutivo, según el procedimiento requerido por el derecho interno de cada Estado - Corte IDH, OC-6/86, cit, párrafos 18 y ss. -

15 Corte IDH, Kimel v. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. 2/05/2008, párrafo 70 y ss.

aun siendo adecuado y necesario, el beneficio sobre el bien protegido no resulta proporcionado al sacrificio impuesto.

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

i) Finalidad legítima de la restricción

El primer paso para evaluar la norma que reglamenta un derecho consiste en preguntarse si a través de ella se persigue una finalidad compatible con el tratado que reconoce ese derecho. Sobre esa base, tiene dicho la Corte Interamericana en relación al artículo 30 de la Convención que, entre otras condiciones para reglamentar los derechos, es esencial que “los fines para los cuales se establece la restricción sean legítimos, es decir, que obedezcan a razones de interés general y no se aparten del propósito para el cual han sido establecidas”, explicando que ese criterio teleológico “establece un control por desviación de poder”.¹⁶

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

ii) Adecuación de la medida utilizada

En este paso del análisis se debe indagar si la restricción constituye un medio idóneo o adecuado para contribuir a la obtención de aquella finalidad compatible con la Convención. El subprincipio de adecuación¹⁷ impone, de esa manera, que la norma regulatoria del derecho fundamental facilite o permita alcanzar el fin que se busca mediante su dictado. Debemos conocer el fin que procura obtenerse y el medio que se emplea para ello y luego interrogarnos sobre la *aptitud* de este último para el logro del primero.

16 Corte IDH, OC-6/86, cit, párrafo 18. En igual sendero, el artículo 18 del Convenio Europeo establece bajo el título de “Limitación de la aplicación de las restricciones de derechos” que: “Las restricciones que, en los términos del presente Convenio, se impongan a los citados derechos y libertades no podrán ser aplicadas más que con la finalidad para la cual han sido previstas”.

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

Tanto la Corte Interamericana como la Europea han recurrido sistemáticamente a este examen, señalando que “la restricción debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo”,¹⁸ por lo que el factor central a dilucidar en este caso será que la medida implementada sea *capaz de alcanzar el resultado propuesto*. Si esa capacidad no se acredita, por cuanto se concluye que no es posible obtener el propósito buscado a través de aquella, la misma adolecerá de un defecto de proporcionalidad por falta de adecuación.

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

iii) Necesidad de la medida utilizada

Una vez superado el *test* de adecuación, debe analizarse si es posible llegar al mismo resultado por un medio menos restrictivo de los derechos, lo cual delimita el subprincipio de necesidad.¹⁹ En este estadio deben examinarse las alternativas existentes para alcanzar el fin legítimo perseguido y precisar su mayor o menor lesividad.²⁰

No alcanza por lo tanto con que la medida sea idónea, sino que además “entre varias opciones para alcanzar ese objetivo, debe escogerse aquélla que restrinja en menor escala el derecho protegido”. Por lo tanto, “para que una restricción sea necesaria no es suficiente demostrar que sea útil, razonable u oportuna”,²¹ y “no basta que la restricción sea útil para la obtención de ese fin, esto es, que se pueda alcanzar a través de ella, sino que debe ser necesaria, es decir que no pueda alcanzarse razonablemente por otro medio menos restrictivo de un derecho protegido por la Convención”.²²

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

18 Corte IDH, OC-5/85, *La Colegiación Obligatoria de Periodistas (artículos 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, 13.11.1985, párrafo 46.

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

20 Corte IDH, *Kimel*, cit., párrafo 74; *Castañeda Gutman v. Estados Unidos Mexicanos*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. 6/08/2008, párrafo 196; *Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez v. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. 21/11/2007, párrafo 93.

21 Corte IDH, OC-5/85.

22 Corte IDH, OC-5/85.

iv) Estricta proporcionalidad de la medida

En este último paso del análisis se evalúa si la restricción resulta estrictamente proporcional, es decir si el sacrificio inherente a aquella no resulta exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal limitación.²³ El beneficio en el derecho tutelado tiene que guardar proporción con el sacrificio en el derecho reglamentado y para efectuar esta ponderación debe analizarse: a) el grado de afectación de uno de los bienes en juego, determinando si la intensidad de dicha afectación fue grave, intermedia o moderada; b) la importancia de la satisfacción del bien contrario, y c) si la satisfacción de éste justifica la restricción del otro.

4. Inquietudes finales

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

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

Desde tal principio se desprende claramente la visión preventiva del actuar administrativo en la tarea de internalizar los mandatos convencionales. En tal sentido el primer eslabón en el cumplimiento de las obligaciones internacionales reside en el deber de prevención de las violaciones a los derechos humanos,²⁴ que “abarca todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito”.²⁵

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

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

Ahora bien, de no lograrse ese cumplimiento espontáneo del sistema, es que la propia convención estructura garantías con el fin de lograr la mayor permeabilidad posible de sus mandatos.

Es una consecuencia de ello dotar a los jueces de la herramienta interna que le permita controlar los niveles de convencionalidad de los actos de las autoridades públicas en el sistema

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

24 Corte IDH, *Velásquez Rodríguez*, cit., párrafo 175; *Godínez Cruz*, cit., párrafo 185.

25 Corte IDH, *El Amparo v. Venezuela*. Reparaciones y Costas. 14/11/1996, voto disidente del juez Cançado Trindade, párrafo 6.

interno. Y este es el sentido del nuevo control judicial que aplican en sus ámbitos y por los procedimientos internos vigentes los jueces respecto de las administraciones públicas.

En tal contexto quizás pueda aparecer la técnica de la inaplicación como una de entre otras posibles para activar el control de convencionalidad: Desaplicar la norma interna para proyectar internamente la norma internacional de los derechos humanos por ser de mayor protección²⁶. Ello así en aquellos casos en que la norma internacional brinde la solución o bien fije la pauta hermenéutica que guíe a la misma.²⁷

Por último diremos que mayores niveles de participación son exigidos por estos tiempos modernos por parte del ciudadano en la gestión y control de los asuntos públicos. Este es el modelo constitucionalmente buscado en la modernidad – junto a otras características que algunos han englobado dentro de la corriente neoconstitucionalista del derecho²⁸ - .

El ciudadano, principalísimo actor por estos tiempos de los espacios constitucionales-institucionales, exige mayores niveles de participación efectiva ciudadana en los espacios de poder con la idea no sólo de conocer y exigir redición de cuentas de sus gobernantes sino antes bien de incidir efectivamente en la marcha de los asuntos de gobierno.

Para ello es necesario por una parte lograr altos índices de transparencia en el obrar administrativo y por la otra dotar al ciudadano de herramientas que eficazmente le permitan participar en la gestión y control de los asuntos públicos. Al decir eficazmente queremos también indicar la existencia de vías administrativas y judiciales que sean suficientemente idóneas en el resguardo de los derechos individuales y sociales del ciudadano. El control de convencionalidad ejercido por los jueces junto a las garantías de la tutela administrativa y judicial efectiva comprendidas en el artículo 8vo del Pacto de San José de Costa Rica constituyen a nuestro criterio el marco general sobre el cual se resuelve el nuevo modelo de control en sentido amplio de la actividad administrativa.

De la tutela administrativa efectiva se desprende, según venimos explicando en otros ensayos, el derecho que todo ciudadano posee a exigir la buena marcha de sus asuntos administrativos. Se

²⁶ Es la aparición del principio *pro homine* en el escenario constitucional interno, cuyo alcance impone al operador jurídico privilegiar la interpretación legal que más derechos acuerde al ser humano frente al poder estatal como herramienta de la hermenéutica judicial. Este principio se erige como un rasgo connatural a los tratados internacionales de derechos humanos y determina que el intérprete *deba* escoger, dentro de aquello que la norma posibilita, el resultado que proteja en mayor medida a la persona. Esta pauta se impone aún con mayor intensidad cuando su aplicación no entraña colisión alguna del derecho humano así interpretado, con otros valores, principios, atribuciones o derechos constitucionales - CSJN, *Madorrán*, 2007, *Fallos*, 330:1989, cons. 8 - . El *pro homine* resulta un criterio hermenéutico esencial para la comprensión integral de cualquier ordenamiento que asegure derechos fundamentales y posee una especial dimensión desde la consagración de los tratados de derechos humanos, en tanto instrumentos pensados para tutelar a la persona y no para regular relaciones entre Estados. En el ámbito americano, el principio comentado tiene sustento normativo específico en los artículos 29 y 30 de la Convención.

²⁷ Sobre el control de convencionalidad mucho se ha comenzado a escribir ; remitimos por todos a dos trabajos: a) aquel especial publicado por LL titulado El control de constitucionalidad de oficio y control de convencionalidad, en el cual responden determinadas preguntas los Profesores María Angélica GELLI, Osvaldo Alfredo GOZAINI y Nestor P. SAGÜES - LL 16/03/2011, 3 y b) la opinión vertida por Alberto B. BIANCHI en su trabajo Una reflexión sobre el llamado “control de convencionalidad”, LL Sup. Const. 2010 (septiembre), 15

²⁸ CARBONELL, MIGUEL-JARAMILLO GARCÍA, - Leonardo, El canon neoconstitucional Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010. Por otra parte El modelo de estado social y democrático de derecho, o como lo define Manuel Antonio PEÑA FREIRE *estado constitucional de derecho*, se estructura sobre la base de tres factores relevantes: a) la supremacía constitucional, b) la consagración del principio de legalidad como sometimiento efectivo al derecho de todos los poderes públicos, c) la funcionalización de todos los poderes del Estado a la garantía del disfrute y efectividad de los Derechos Humanos

trata del derecho que posee el ciudadano y la comunidad a exigir de sus administraciones de gobierno el tratamiento de los asuntos bajo determinadas condiciones. De no respetarse éstas se infraccionaría el artículo 8vo del Pacto de San José de Costa Rica que recoge a la garantía de la tutela administrativa efectiva de entre otras garantías y derechos convencionales. Tal derecho se proyecta, a nuestro criterio, tanto en el plano individual como colectivo de los derechos de todo hombre. Es que sin dudas es un derecho trascendental pero no sólo en su faz individual del ciudadano, ya que sus efectos terminan impactando globalmente en una mayor y mejor calidad de nuestras administraciones públicas. Es que tal derecho exhibe como contratara en las competencias públicas el deber de las administraciones a organizarse bajo la idea de una administración abierta, permeable a las opiniones de la ciudadanía en general y de acceso sencillo. Se abandona definitivamente la mirada oscura, hacia adentro de la organización administrativa para ser ésta una extensión de los intereses ciudadanos en su versión social que no es más que el interés público o bien común de la sociedad. Es un instrumento eficaz que le permite a las administraciones lograr políticas públicas y decisiones administrativas que sean emergentes de ciertos niveles de permeabilidades previas por parte de la ciudadanía sobre las mismas.

PARTE I

CONTROLE INTERNO NO BRASIL

MINISTÉRIO PÚBLICO E CONTROLE INTERNO –
O CASAMENTO ESPERADO

Carlos Vinícius Alves Ribeiro

PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL DO CONTROLE
INTERNO

Cristiana Fortini, Raquel Dias da Silveira

A CÉSAR O QUE É DE CÉSAR – CONTORNOS E
PERSPECTIVAS DO CONTROLE INTERNO DA
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Luciano Ferraz

CONTROLE INTERNO E OS CONVÊNIOS COM AS
ENTIDADES DO TERCEIRO SETOR – UMA GESTÃO
VINCULADA AOS PRECEDENTES ADMINISTRATIVOS

Luis Manuel Fonseca Pires

CONTROLE INTERNO E PREVENÇÃO DA CORRUPÇÃO –
A EXPERIÊNCIA DO GOVERNO FEDERAL BRASILEIRO

Márcio Almeida do Amaral, Mário Vinícius Claussen Spinelli

A COMPLEMENTARIDADE DOS CONTROLES INTERNO
E EXTERNO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA MEDIADOS
PELO CONTROLE SOCIAL

Márcio Ferreira Kelles

A AUDIÊNCIA PÚBLICA NO DIREITO ADMINISTRATIVO
BRASILEIRO

Marcos Augusto Perez

O CONTROLE PREVENTIVO PROCEDIMENTAL
E AS SOLUÇÕES ESPECIAIS PARA SITUAÇÕES
EXTRAORDINÁRIAS

Onofre Alves Batista Júnior

BREVE ENSAIO SOBRE O SISTEMA DE CONTROLE
INTERNO NO BRASIL – UMA AGENDA PARA OS
PRÓXIMOS CINCO ANOS E A REDEFINIÇÃO DO
DENOMINADO MODELO DE GESTÃO “GERENCIAL”

Rodrigo Pironti Aguirre de Castro

OUVIDORIA PÚBLICA – CONTROLE SOCIAL E CONTROLE
INTERNO

Saulo Luiz Amaral

PARTE II

CONTROLE INTERNO NA ARGENTINA

LA IMPORTANCIA DEL CONTROL INTERNO
Y EXTERNO EN EL RÉGIMEN MUNICIPAL –
CON ESPECIAL REFERENCIA A LA PROVINCIA
DE BUENOS AIRES

Carolina Szelagowski

EL CONTROL INTERNO COMO INSTRUMENTO
CONTRA LA CORRUPCIÓN

José Roberto Sappa

CONSIDERACIONES SOBRE EL CONTROL DE
GESTIÓN DE LOS BIENES PÚBLICOS

Leonardo Massimino

EL CONTROL DE LAS EMPRESAS PÚBLICAS
EN LA REPÚBLICA ARGENTINA

María Laura Alfonso

EL CONTROL EXTERNO EN ARGENTINA

Miguel Terraf

EFFECTIVIDAD DEL CONTROL EN LA LUCHA
CONTRA LA CORRUPCIÓN

Miriam Mabel Ivanega

JUECES Y ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

Pablo Ángel Gutiérrez Colantuono

EL CONTROL DE LOS ENTES REGULADORES DE
SERVICIOS PÚBLICOS

Sandra Eizaguirre

PRINCIPALES LINEAMIENTOS DEL MODELO DE
CONTROL PÚBLICO ESTATUIDO EN LA REPÚBLICA
ARGENTINA POR LA LEY Nº 24.156

Verónica Lorena Arias

ISBN 978-85-7700-635-9



9 788577 006359

CÓDIGO: 10000378



Acesse nossa livraria virtual
www.editoraforum.com.br/loja