

ano 15 - n. 59 | janeiro/março - 2015
Belo Horizonte | p. 1-244 | ISSN 1516-3210
A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional

**Revista de Direito
ADMINISTRATIVO
& CONSTITUCIONAL**

A&C

 **EDITORA
Fórum**

A&C – REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO & CONSTITUCIONAL

IPDA

Instituto Paranaense
de Direito Administrativo



© 2015 Editora Fórum Ltda.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).



Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Av. Afonso Pena, 2770 – 16ª andar – Funcionários – CEP 30130-007 – Belo Horizonte/MG – Brasil – Tel.: 0800 704 3737
www.editoraforum.com.br / E-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Impressa no Brasil / Printed in Brazil / Distribuída em todo o Território Nacional

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

A246 A&C : Revista de Direito Administrativo &
Constitucional. – ano 3, n. 11, (jan./mar.
2003) – Belo Horizonte: Fórum, 2003-

Trimestral
ISSN: 1516-3210

Ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada
pela Editora Juruá em Curitiba

1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional.
I. Fórum.

CDD: 342
CDU: 342.9

Supervisão editorial: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo
Revisão: Érico Nunes Barboza e Rafael Cota Teixeira
Capa: Igor Jamur
Projeto gráfico e diagramação: Walter Santos

Periódico classificado no Estrato B1 do Sistema Qualis da CAPES - Área: Direito.

Revista do Programa de Pós-graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar (Instituição de Pesquisa e Pós-Graduação), em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo (entidade associativa de âmbito regional filiada ao Instituto Brasileiro de Direito Administrativo).

A linha editorial da A&C – *Revista de Direito Administrativo & Constitucional* segue as diretrizes do Programa de Pós-Graduação do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar em convênio com o Instituto Paranaense de Direito Administrativo. Procura divulgar as pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no direito comparado, com ênfase na questão da interação e efetividade dos seus institutos, notadamente América Latina e países europeus de cultura latina.

A publicação é decidida com base em pareceres, respeitando-se o anonimato tanto do autor quanto dos pareceristas (sistema *double-blind peer review*).

Desde o primeiro número da Revista, 75% dos artigos publicados (por volume anual) são de autores vinculados a pelo menos cinco instituições distintas do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar.

A partir do volume referente ao ano de 2008, pelo menos 15% dos artigos publicados são de autores filiados a instituições estrangeiras.

Esta publicação está catalogada em:

- Ulrich's Periodicals Directory
- RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas – Congresso Nacional)
- Library of Congress (Biblioteca do Congresso dos EUA)

A&C – *Revista de Direito Administrativo & Constitucional* realiza permuta com as seguintes publicações:

- *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo (USP), ISSN 0303-9838
- *Rivista Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, ISBN/EAN 978-88-348-9934-2

Diretor-Geral

Romeu Felipe Bacellar Filho

Diretor Editorial

Paulo Roberto Ferreira Motta

Editores Acadêmicos Responsáveis

Daniel Wunder Hachem

Ana Cláudia Finger

Assessor Editorial

Felipe Klein Gussoli

Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari (PUC-SP)	Juan Pablo Cajarville Peluffo (Universidad de La República – Uruguai)
Adriana da Costa Ricardo Schier (Instituto Bacellar)	Justo J. Reyna (Universidad Nacional del Litoral – Argentina)
Alice Gonzalez Borges (UFBA)	Juarez Freitas (UFRGS)
Carlos Ari Sundfeld (FGV-SP)	Luís Enrique Chase Plate (Universidad Nacional de Asunción – Paraguai)
Carlos Ayres Britto (UFSE)	Marçal Justen Filho (UFPR)
Carlos Delpiazzo (Universidad de La República – Uruguai)	Marcelo Figueiredo (PUC-SP)
Cármem Lúcia Antunes Rocha (PUC Minas)	Márcio Cammarosano (PUC-SP)
Célio Heitor Guimarães (Instituto Bacellar)	Maria Cristina Cesar de Oliveira (UFPA)
Celso Antônio Bandeira de Mello (PUC-SP)	Nelson Figueiredo (UFG)
Clèmerson Merlin Clève (UFPR)	Odilon Borges Junior (UFES)
Clovis Beznos (PUC-SP)	Pascual Caiella (Universidad de La Plata – Argentina)
Edgar Chiuratto Guimarães (Instituto Bacellar)	Paulo Eduardo Garrido Modesto (UFBA)
Emerson Gabardo (UFPR)	Paulo Henrique Blasi (UFSC)
Enrique Silva Cimma (Universidad de Chile – Chile)	Pedro Paulo de Almeida Dutra (UFMG)
Eros Roberto Grau (USP)	Regina Maria Macedo Nery Ferrari (UFPR)
Irmgard Elena Lepenies (Universidad Nacional del Litoral – Argentina)	Rogério Gesta Leal (UNISC)
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz (Universidad de La Coruña – Espanha)	Rolando Pantoja Bauzá (Universidad Nacional de Chile – Chile)
José Carlos Abraão (UEL)	Sergio Ferraz (PUC-Rio)
José Eduardo Martins Cardoso (PUC-SP)	Valmir Pontes Filho (UFCE)
José Luís Said (Universidad de Buenos Aires – Argentina)	Weida Zancaner (PUC-SP)
José Mário Serrate Paz (Universidad de Santa Cruz – Bolívia)	Yara Stroppa (PUC-SP)

Homenagem Especial

Guillermo Andrés Muñoz (*in memoriam*)

Jorge Luís Salomoni (*in memoriam*)

Julio Rodolfo Comadira (*in memoriam*)

Lúcia Valle Figueiredo (*in memoriam*)

Manoel de Oliveira Franco Sobrinho (*in memoriam*)

Paulo Neves de Carvalho (*in memoriam*)

El renovado Derecho Administrativo, a la luz del control de convencionalidad

Raquel Cynthia Alianak

Profesora titular de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario (Rosario, Argentina) y profesora adjunta por concurso de dicha materia en la citada Facultad. *Master on Comparative Law* (University of San Diego, USA). Profesora adjunta en la Facultad de Derecho y Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires (sede Rosario). Profesora titular de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad del Centro Educativo Latinoamericano (UCEL) de Rosario. Miembro fundadora y miembro activa de la Red Docente Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo. Profesora estable de la Carrera de Posgrado de Especialización en Derecho Administrativo, de la Facultad de Derecho de la UNR. Profesora invitada en la Carrera de Especialización en Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional del Litoral. Ha sido Secretaria y Vice-presidente del Colegio de Abogados de Rosario (períodos desde el año 1999/2008). Presidenta del Instituto de Derecho Administrativo del Colegio de Abogados de Rosario. Fundadora y Vice-Presidente de la Asociación Argentina de Abogados de la Construcción, con sede en Capital Federal. Abogada. *E-mail:* <raquelalianak@hotmail.com>.

Resumen: Los nuevos principios del derecho público, que complementan y enriquecen los de la Constitución histórica argentina (1853/1860) y que se acrecentaron y redimensionaron radicalmente con posterioridad al año 1994 (año de la reforma de la Constitución Nacional), imponen nuevos límites jurídicos a la actividad de los órganos del Estado, y dentro de éstos a la administración pública. Ellos tienen una influencia relevante en el ámbito del Derecho Administrativo, frente a decisiones trascendentes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Suprema de Justicia Nacional. Estos nuevos paradigmas ya no admiten las visiones clásicas en la concepción del Derecho Administrativo. Este trabajo comienza con un resumen de la evolución que ha experimentado el control de convencionalidad, para posteriormente abordar los efectos y alcances de ese control de compatibilidad; el plexo de fuentes jurídicas que se hallan involucradas en el marco convencional de los derechos humanos; las legítimas limitaciones a los derechos humanos y el llamado "margen de apreciación nacional", y finalmente algunas incidencias del control de compatibilidad convencional en aspectos de la organización administrativa y sus manifestaciones.

Palabras-clave: Control de convencionalidad. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Derecho Administrativo. Derechos humanos. Tratados internacionales.

Sumario: **1** Introducción – **2** Evolución del control de convencionalidad – **3** Efectos del control de convencionalidad – **4** Plexo de fuentes jurídicas involucradas en el marco convencional de los derechos humanos – **5** La interpretación teleológica de los instrumentos de derechos humanos, las restricciones legítimas a los derechos humanos, y el margen de apreciación nacional – **6** Alcances del análisis de compatibilidad convencional, y de los deberes impuestos a los estados partes de la Convención Americana de Derechos Humanos – **7** Algunas incidencias que el marco convencional señalado y su control producen en tópicos atinentes a la organización administrativa y sus manifestaciones, teniendo en mira la legislación positiva de la República Argentina – **8** Incidencias en el procedimiento administrativo – **9** Incidencias en materia de acceso a la justicia – **10** Conclusión

1 Introducción

Los nuevos principios del derecho público, que complementan y enriquecen los de nuestra Constitución histórica argentina (1853/1860) y que se acrecentaron y redimensionaron radicalmente con posterioridad al año 1994 (año de la reforma de nuestra Constitución Nacional), imponen nuevos límites jurídicos a la actividad de los órganos del Estado, y dentro de éstos a la Administración Pública, y tienen una influencia relevante en el ámbito del Derecho Administrativo, frente a decisiones trascendentes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Suprema de Justicia Nacional, tribunales internacional y nacional que refieren y han hecho suyos, asimismo, en sus decisiones, criterios adoptados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Estos nuevos paradigmas ya no admiten las visiones clásicas en la concepción de la materia que nos ocupa. Vivimos en una época en que el sistema interamericano y el *corpus iuris* internacional de derechos humanos, impacta y atraviesa de modo transversal en forma relevante la disciplina que nos convoca, el Derecho Administrativo, en aspectos sustantivos, procedimentales y procesales. Las nuevas miradas que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (incluso siguiendo criterios del Tribunal Europeo de Derechos Humanos) aporta a tópicos fundamentales de esta disciplina, produce y producirá transformaciones profundas en esta rama del derecho, y su obligatorio seguimiento por todos los órganos del Estado, incluidos los órganos administrativos, nos abre nuevos panoramas de diálogo judicial nacional y supranacional; un campo ampliado de derechos y garantías para los ciudadanos; deberes ineludibles de cumplimiento por las autoridades públicas; actualización y adaptación normativa legal y administrativa a los estándares y principios supranacionales que hacen a la esencia de los derechos humanos, y la concepción de una Administración Pública transparente, con voluntad de servicio hacia el ciudadano, eficiente y eficaz; mecanismos participativos y democráticos de control y/o de toma de decisiones, asumiendo ambos sectores (público y privado) las responsabilidades que en sus respectivos ámbitos, a cada uno de ellos les compete.

En este trabajo, luego de repasar estos nuevos paradigmas, sólo abordaremos algunos tópicos del Derecho Administrativo argentino que deberán, a mi juicio, necesariamente, reflejar esos cambios, como única vía para encuadrar dentro de la juridicidad y de la legalidad, cuya interpretación inexorablemente deberá centrarse en un análisis de las normas, valores, principios, jurisprudencia, etc., que integran el *corpus iuris* internacional de los derechos humanos.

2 Evolución del control de convencionalidad

Este necesario y obligatorio control de convencionalidad, y la obligatoria adaptación normativa y de prácticas estatales a la convencionalidad, ha travesado

diversos estadios en su evolución, desarrollados por la jurisprudencia del Tribunal Interamericano y sus opiniones consultivas, derrotero que en su momento -también comparativamente- experimentó el “control de constitucionalidad” en Argentina, el cual siendo siempre difuso, sólo se admitía a petición de parte, hasta el año 2001 a partir del cual dicho criterio se modifica,¹ postulándose la facultad de los jueces de declarar de oficio la inconstitucionalidad de una norma o acto, pero siempre con efecto entre partes y no *erga omnes*.

Una apretada síntesis, en breves palabras, de aquellos estadios por los cuales ha transcurrido el control de convencionalidad, conforme a los estándares que nos ha ido señalando la Corte Interamericana de Derechos Humanos, podría reseñarse de este modo:

1. Se partió, en una primera instancia, de un control concentrado por el Tribunal Internacional, al reputar inválidas normas del derecho local que se oponían al Pacto de San José de Costa Rica o a la Convención Americana sobre los Derechos del Hombre.

2. En una segunda etapa, la Corte Interamericana impone un control desde abajo o control nacional de convencionalidad, señalando enfáticamente el deber de los propios jueces nacionales de no aplicar aquellas normas locales opuestas al Pacto o a la jurisprudencia de la C.I.D.H..²

3. En una tercera etapa, que a mi juicio comienza en el año 2009, la C.I.D.H. en el caso “Radilla Pacheco v. Estados Unidos Mejicanos”³ insiste no sólo en la necesidad de suprimir o en su caso expedir normas en el derecho interno a fin de garantizar los derechos contenidos en la Convención Americana (Art. 2 del Pacto), sino también en la necesidad de desarrollar, en el orden interno de cada Estado parte, prácticas estatales que conduzcan a la observancia efectiva de los derechos y libertades consagradas en la Convención. Es decir, no sólo refiere a normativa sino asimismo a la necesidad de prácticas estatales que permitan asegurar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.

4. Llegamos a un cuarto estadio en esta evolución (año 2010, caso “Cabrera García y Montiel Flores”), en el cual se impone un control obligatorio de

¹ “Mill de Pereyra Rita Aurora y otros c/Estado de la Provincia de Corrientes s/demanda contencioso administrativa”, Corte Suprema de Justicia de la República Argentina, 27.09.2001, MJJ3738, fallo en el que el Alto Tribunal postuló la viabilidad de la declaración judicial de inconstitucionalidad de una norma, de oficio, en situaciones muy precisas en las cuales la violación a la Constitución fuera de tal entidad que justifique la abrogación de tal norma, aún en desmedro de la seguridad jurídica, pero siempre con efecto entre partes y no *erga omnes*.

² C.I.D.H., “Almonacid Arellano y otros v. Chile”, sentencia del 26.09.2006, considerandos 124 y 125, en tanto se sostuvo que los jueces nacionales están obligados a velar para que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, debiendo realizar ese control de convencionalidad entre normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como la interpretación que del tratado ha realizado la C.I.D.H..

³ C.I.D.H., sentencia del 23.11.2009, considerandos 338 y 340.

convencionalidad, pero ya de oficio,⁴ por parte de todos los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, en todos sus niveles, entre las normas internas y la Convención, así como entre aquéllas y la interpretación que de la Convención ha realizado la C.I.D.H.. Podemos concluir entonces que en esta etapa arribamos al control difuso de convencionalidad en su sentido más amplio, al convertir a los jueces nacionales en los primeros intérpretes de la normatividad internacional, considerando el carácter subsidiario y complementario de los órganos interamericanos; sin perjuicio de que la C.I.D.H., en su calidad de intérprete última de la Convención Americana, conserve el control difuso, “cuando no se logre la eficaz tutela de los derechos humanos en el ámbito interno” (palabras del Juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot). Es decir, la C.I.D.H. analizará si un determinado control de convencionalidad realizado por los tribunales nacionales ha resultado compatible con las obligaciones contraídas por el Estado demandado y a la luz de la propia jurisprudencia interamericana. Y asimismo analizará la compatibilidad entre el accionar o conducta de órganos nacionales administrativos, legislativos y judiciales con los deberes impuestos en el marco convencional.

5. En un quinto estadio, se abre un camino trascendente para el Derecho Administrativo, en torno a los órganos activos que tienen el deber de realizar el control de convencionalidad; y en este tópico, la C.I.D.H. sostuvo -a partir de la causa del 30.08.2010, “Fernández Ortega y otros v. México”-, que el control de convencionalidad debe ser ejercido por todos los órganos del Estado; quedando enunciado más claramente en el año 2011, a partir del caso “Gelman v. Uruguay”,⁵ al sostener el Tribunal Internacional que el control de convencionalidad es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial, es decir, abarca a todos los órganos administrativos, y agregamos, también, en cualquiera de sus niveles.

Entonces el control de convencionalidad es al mismo tiempo difuso y concentrado: difuso cuando lo hace y debe hacerlo cada funcionario; y concentrado cuando lo hace la C.I.D.H., porque sus fallos son obligatorios y vinculantes para los jueces y funcionarios administrativos de todos los Estados partes.

3 Efectos del control de convencionalidad

Partiendo entonces del deber que se impone a los órganos administrativos de ejercer ese control de convencionalidad, de oficio, corresponde entonces precisar los

⁴ C.I.D.H., “Cabrera García y Montiel Flores v. México”, sentencia del 26.11.2010, considerando 225.

⁵ C.I.D.H., “Gelman c/República Oriental del Uruguay”, sentencia del 24.02.2011, considerando 239. En este fallo también el Tribunal Internacional sostuvo que las decisiones y los hechos adoptados por las mayorías en los regímenes democráticos se enfrentan con un límite infranqueable a la esfera de lo susceptible a ser decidido por aquéllas (en materia de protección de los derechos humanos), pues en ellas debe primar también un control de convencionalidad.

efectos de ese control, cuando un juez o en el caso, un órgano administrativo, realizando el análisis de compatibilidad, concluye que el acto o la norma o la práctica estatal del derecho interno examinada, se contraponen a los estándares de convencionalidad: en ese supuesto, deberá no aplicar el derecho interno que ha controlado para dicho caso concreto, y siempre con efecto entre partes (y no *erga omnes*).

Lo dicho no impide que los jueces u órganos administrativos nacionales realicen la interpretación de esa norma, o acto conforme a los parámetros de convencionalidad, no desaplicándola sino interpretándola bajo esos estándares, salvo que la colisión fuere insuperable, en cuyo caso no debe ser aplicada.

4 Plexo de fuentes jurídicas involucradas en el marco convencional de los derechos humanos

Y ya postulado el deber a cargo de los órganos administrativos de realizar el control convencional, con los efectos que ello implica, repasemos el plexo de fuentes jurídicas que deberán considerarse necesariamente involucradas en ese marco convencional, bajo cuya lupa debe efectuarse ese control de compatibilidad.

Ellas son las que conforman el *corpus iuris* convencional sobre derechos humanos, como ya lo dijera la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva OC. 16/99.

Ese plexo, entonces, comprende:

- (i) El Pacto de San José de Costa Rica, y otros tratados internacionales de derechos humanos, y en la Argentina, los ratificados por este país que cuentan con jerarquía constitucional originaria de 1994, más aquellos que se incorporaron con posterioridad, y con aquellos que en el futuro adquieran esa jerarquía, conforme al procedimiento establecido en la Constitución.
- (ii) El *ius cogens*.
- (iii) Las sentencias de la C.I.D.H. en los casos contenciosos, tanto cuanto afectan al país involucrado en el proceso como así también los fallos que como precedentes son citados en esas sentencias.
- (iv) Las interpretaciones efectuadas en otras resoluciones que emita la C.I.D.H., por ejemplo, en las medidas provisionales; en la supervisión de cumplimiento de las sentencias; en las solicitudes de interpretación de las sentencias (art. 67 del Pacto de San José de Costa Rica), y en las opiniones consultivas (Art. 64 del Pacto).
- (v) Para nuestra Constitución Nacional, luego de la reforma de 1994, los tratados de derechos humanos tutelados por el 75 inc. 22 son supremos con respecto a la propia Constitución y leyes federales, porque adopta el sistema monista.

(vi) Las recomendaciones que emite la Comisión Interamericana de Derechos Humanos también han sido reconocidas recientemente -en forma expresa- como fuente convencional de derecho obligatorio para el Estado involucrado, por la Corte Suprema de Justicia Nacional de Argentina (fallo del 06.08.2013, "Carranza Labutresse c/Estado Nacional"), y ello también tiene extraordinaria trascendencia, pues hasta esa fecha nuestra Corte Suprema sostenía que el no cumplimiento de esas recomendaciones no acarrea responsabilidad internacional del Estado sujeto pasivo de las mismas. Las recomendaciones de la Comisión Interamericana (Art. 51, inciso 2, de la Convención) son las que pueden ser emitidas al finalizar el procedimiento de las denuncias que en su sede efectúan particulares o entidades no gubernamentales respecto a un Estado parte, o cualquier Estado parte respecto a otro Estado parte, por violación a derechos humanos reconocidos en la Convención. Admitida esa denuncia por la Comisión, luego de una oportunidad de debido procedimiento adjetivo y sustantivo para todas las partes, la Comisión propiciará una solución amistosa, que, de no arribarse, conducirá a la redacción de un informe con las proposiciones que dicho órgano juzgare adecuadas, a fin de transmitir las al Estado/s involucrado/s. Si transcurrieren tres meses desde la remisión de este informe sin que el asunto fuere solucionado, o en su caso, sometido a decisión de la Corte por la Comisión o por el Estado interesado, la Comisión podrá emitir (conforme a dicho Art. 51, inc. 2) las recomendaciones pertinentes, fijando un plazo dentro del cual el Estado debe tomar las medidas que le competan para remediar la situación analizada. Nuestra Corte Nacional de Justicia ha considerado en el fallo mencionado anteriormente, por decisión mayoritaria, que las recomendaciones de la Comisión Interamericana son de seguimiento obligatorio para el Estado Nacional (en el caso concreto, consistió en la necesidad de indemnizar a un magistrado por la destitución de su cargo), interpretación -según lo ha expresado- que es la que mejor responde al principio de buena y al efecto útil del régimen, evitando el debilitamiento del sistema y hasta del propio ser humano al cual está destinado a servir. Sostuvo la Corte Nacional que el Estado, al haber asumido su carácter de parte de la Convención Americana de Derechos Humanos, y por ende, haber aceptado la competencia de la Comisión, tiene el deber de remediar la situación examinada por dicho organismo, haciéndose cargo de su responsabilidad internacional.⁶ La opinión disidente minoritaria dentro

⁶ El fallo "Carranza Labutresse c/Estado Nacional" del año 2013, de la Corte Suprema de Justicia Nacional de la República Argentina, se originó con motivo de una recomendación del año 1997 emitida por la Comisión

del Máximo Tribunal, por el contrario, efectuó una interpretación más exegética de las normas involucradas de la Convención Americana de Derechos Humanos, sosteniendo que la obligatoriedad de seguimiento de estas recomendaciones es de carácter moral, pues sólo las sentencias de la Corte Interamericana en asuntos contenciosos son ejecutables conforme a la propia Convención.

- (vii) Constituyen también fuentes obligatorias -a fin de realizar el control convencional- los criterios sustentados en los fallos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuyas sentencias son citadas por la C.I.D.H., haciéndolas suyas, comenzando así el diálogo entre tribunales internacionales de derechos humanos.⁷
- (viii) Finalmente resaltamos los principios propios de la esencia del sistema de derechos humanos, los cuales constituyen una fuente jurídica sustancial de interpretación de normas, actos, reglamentos, conductas y prácticas estatales, bajo la lupa de aquellos valores. Estos principios son los de *universalidad, indivisibilidad, pro-homine, interdependencia; progresividad, pro actione, irreversibilidad*; todos ellos nutren y condicionan, en lo que compete al tema en particular que abordaré, a toda la organización y a toda la actividad administrativa. Sólo a modo de síntesis, puntualizaré algunos de ellos. El de "*progresividad*" o "*no regresividad*", conforme la jurisprudencia de la C.I.D.H., impide todo retroceso

Interamericana al Estado argentino, no cumplida por este último, de indemnizar al accionante (magistrado destituido) por el daño ocasionado con motivo de la violación de garantías judiciales ocurridas. Dicha recomendación no fue cumplida por el Estado Argentino, y ello determinó que el interesado iniciara acción declarativa de certeza a fin de que la justicia argentina se expidiera acerca de la obligatoriedad o no de las recomendaciones emitidas al país por la Com.I.D.H. El caso llegó a la CSJN, por recurso de queja, tribunal que en su fallo, a través del voto mayoritario, deja a la vista diferentes matices entre los jueces que lo integraron, aunque todos ellos encaminados en pos del cumplimiento del deber estatal de seguimiento de esas recomendaciones. El Ministro de la Suprema Corte, Dr. Petracchi, adhiere al voto mayoritario, si bien señalando que la equivalencia de obligatoriedad de las recomendaciones de la Comisión IDH no es igual al de las sentencias de la Corte IDH, pero que no obstante tienen valor para motivar acciones del Estado argentino, pues otra conclusión diferente implicaría prescindir del contexto del Tratado y debilitar el efecto útil de las peticiones individuales. Por su parte, el Ministro del Alto Tribunal Dr. Maqueda enfoca su análisis, por un lado, en la buena fe que debe regir la actuación del Estado en el cumplimiento de las obligaciones internacionales; y por el otro, en la autoridad y calidad de argumentos que emanan de la Comisión Interamericana, para concluir así que los informes y opiniones de dicha Comisión constituyen criterios jurídicos valiosos de implementación, interpretación y ordenación valorativa de las Cláusulas de la Convención, que deben ser tomadas en cuenta para adoptar decisiones en el derecho interno, aun cuando sólo las decisiones de la Corte Interamericana sean ejecutables en los términos del Art. 68 de la Convención. Los jueces del Alto Tribunal en disidencia (Dres. María del Carmen Argibay, Eduardo Lorenzetti y Highton de Nolasco), señalan que la publicación del Informe por parte de la Comisión sería la sanción final para el Estado parte (Dra. Argibay); así como que la Corte Interamericana no ha establecido explícitamente la obligatoriedad de las recomendaciones que pudiere efectuar la Com. Interamericana (sin perjuicio de señalar su trascendencia), a contrario de lo que surge claramente respecto a los Fallos de la C.I.D.H. (Art. 68.1), cuyo incumplimiento genera responsabilidad internacional del Estado incumplidor (Dres. Lorenzetti y Highton).

⁷ Casos C.I.D.H., "Cabrera García y Montiel Flores v. Mejico", sentencia del 26.11.2010; C.I.D.H., "Forneron e hija v. República Argentina", sentencia del 27.04.2012, entre otros.

frente a un determinado nivel de protección logrado, retroceso que de darse deberá presumirse en principio inconstitucional, y por ende, sometido a un control judicial estricto. El principio “*pro-homine*” impone al intérprete siempre el deber de elegir la norma o la práctica, o de dictar el acto particular que ampare de modo más amplio los derechos humanos. Se debe acudir a la norma más amplia o a la interpretación más extensiva cuando se trata de reconocer derechos protegidos; o inversamente, a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de esos derechos o a su suspensión extraordinaria. La Dra. Mónica Pinto ha señalado que el principio *pro-homine* es un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, y está positivado en muchos tratados internacionales o convenciones internacionales de derechos humanos.⁸

5 La interpretación teleológica de los instrumentos de derechos humanos, las restricciones legítimas a los derechos humanos, y el margen de apreciación nacional

Precisamente, esos instrumentos de derechos humanos deben ser interpretados teleológicamente, es decir, teniendo en cuenta el objeto y fin perseguido por dichas normas.

Y es el principio *pro-homine* el que permite analizar la legitimidad o no de las restricciones a los derechos de las personas, a través de las pautas del derecho internacional de los derechos humanos, y no otras, salvo que las últimas fueren más favorables que aquéllas.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, en su Art. 29.2, establece las pautas para que las restricciones a los derechos humanos sean legítimas (en el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por ley con el sólo fin de asegurar el reconocimiento y respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general de una sociedad democrática).

Estas reglas generales también han sido incorporadas al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, a la Convención Americana de Derechos Humanos, al Convenio Europeo, a la Carta Africana.

⁸ El artículo de Mónica Pinto, con el título “El principio *pro-homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación desde la perspectiva de los derechos humanos”, está disponible en la página web: <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/20185.pdf>>.

El Convenio Europeo, en su Art. 18, estipula que las restricciones que en los términos de dicho convenio se impongan a los derechos y libertades, no podrán ser aplicadas más que con la finalidad para la cual han sido previstas.

Los “fines” que justifican una restricción a derechos o libertades han sido motivo de interpretación teleológica por la Corte Europea y por la Corte Interamericana, cuando plasmados en variados instrumentos internacionales, aluden por ejemplo a “necesidad democrática”, “orden público”, “moral”, “bien común”, etc., expresiones que, al decir de José Thomson Jiménez, constituyen “conceptos indeterminados”.

En tal sentido, la Corte Europea ha señalado que el término “necesario”, en pos de legitimar una restricción a un derecho o libertad, implica la existencia de una imperiosa necesidad (*pressing social need*) que justifique esa interferencia o limitación, reconociendo a las autoridades de los Estados un “margen de apreciación” para su valoración (lo cual dependerá de la naturaleza del fin protegido, así como de la naturaleza de las propias actividades involucradas).

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha postulado, como una acepción posible, por ejemplo, de la expresión “orden público”, dentro del marco de la Convención, a “las condiciones que aseguran el funcionamiento armónico y normal de las instituciones sobre la base de un sistema coherente de valores y principios...” (Opinión Consultiva OC. 5/85 “La colegiación obligatoria de periodistas”, arts. 13 y 29, C.I.D.H. del 13.11.85).

En cuanto al significado de “bien común”, la interpretación dada en el sistema interamericano refiere a las “condiciones de vida social que permiten a los integrantes de la sociedad alcanzar el mayor grado de desarrollo personal y la mayor vigencia de los valores democráticos” (Opinión Consultiva OC. 5/85).

Este derrotero nos lleva así a realizar unas breves referencias a lo que se ha dado en llamar margen de apreciación nacional, como aquel espacio de interpretación limitado o, según el caso, más extenso con el que cuenta un Estado frente a los derechos fundamentales (según lo interpretan de este modo la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos).⁹

El margen de apreciación nacional permite al Tribunal Internacional conceder un determinado grado de deferencia a la interpretación efectuada por las autoridades nacionales de un Estado, cuando se encuentran involucrados temas sensibles de derechos humanos respecto a los cuales no existe consenso interestatal; tanto la Corte Interamericana como el Tribunal Europeo han justificado una imposibilidad de

⁹ Francisco Barbosa Delgado, profesor de la Universidad Autónoma de Méjico, en un interesante trabajo del año 2012, refiere a las facetas interna y externa de este margen de apreciación nacional: la primera de ellas permite el diálogo ente el derecho interno y el internacional (deber del Estado de adaptar el orden interno con lo prescrito por la convención); y la faz externa involucra el control subsidiario que hará el Tribunal Internacional cuando se incentiva su jurisdicción, para analizar la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la medida de restricción adoptada por el Estado.

definición en la interpretación y aplicación de algunos derechos, como por ejemplo en materia de protección de derechos de minorías étnicas y culturales, matrimonio homosexual, aborto frente al derecho a la vida, etc.

Por ende, dependiendo de los derechos de que se trate, el juez internacional hará un control con mayor o menor grado de intensidad sobre ese margen de apreciación nacional, intensidad que dependerá, entonces, del tipo de derecho analizado y de su contexto: si los derechos involucrados son civiles o políticos, el control será estricto; pero si aquéllos son de naturaleza social, económica o cultural, el control judicial internacional dará deferencia a la libertad de configuración estatal de aquéllos. Ha señalado el Tribunal Europeo que -en esos supuestos- las propias autoridades nacionales son quienes se encuentran en mejor posición para determinar qué es de utilidad pública en dichas materias, siempre que exista base razonable para sustentar dicho criterio.¹⁰

En reciente fallo del 04.02.2014, la Corte Europea en el caso “Motola y otros v. Italia” (29.932/07) ha reiterado los alcances del “margen de apreciación nacional”, señalando que es responsabilidad primordial de las autoridades nacionales y de los Tribunales, interpretar el derecho interno, y que en ausencia de arbitrariedad esa interpretación no puede ser sustituida por la de la Corte Internacional. Dicho esto, sin embargo, enfatizó que cualquiera interferencia nacional en pos de la “utilidad pública” requiere una razonable proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo buscado (“Jahn et otros v. Alemania” GC 46.720/99, 72.203/01 y 72.552/01), la cual se quiebra si la carga que se debe soportar es excesiva y exorbitante. El Tribunal Europeo analiza si frente a una cuestión de interés general en juego, los gobiernos -en el caso concreto- han respondido de modo oportuno y consistentemente, pero siempre preservando el justo equilibrio entre los intereses públicos y privados en juego.

Advertimos de este modo, que es el principio de proporcionalidad el que ha sido utilizado como punto de contacto entre el control judicial y el margen de apreciación nacional.¹¹

¹⁰ El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el fallo dictado en “Muñoz Díaz c/España”, sentencia del 17/11/2009, párrafo 49, señaló que: “Se deja al Estado un amplio margen de apreciación para adoptar medidas de orden general en materia económica o social. Gracias a un conocimiento directo de su sociedad y de sus necesidades, las autoridades nacionales se encuentran en principio mejor situadas que el juez internacional para determinar lo que es de utilidad pública en materia económica o social. El Tribunal respeta en principio la manera en que el Estado concibe los imperativos de la utilidad pública, salvo si su criterio aparece como “manifiestamente desprovisto de base razonable”.

¹¹ La deferencia a la regulación estatal limitativa de un derecho, en su caso, requiere que el límite al derecho provenga de una ley en sentido formal y material, y asimismo que se trate de una sociedad democrática. De los pronunciamientos del T.E.D.H. como de la C.I.D.H., deviene -como parámetros a considerar para la existencia de una sociedad democrática- el pluralismo, la tolerancia y el espíritu abierto. Para algunos constitucionalistas, los componentes de la democracia son el pluralismo y el principio de las mayorías. Otra postura, por el contrario, plantea un análisis más profundo de democracia desde el punto de vista sustancial, señalando que las elecciones libres no son en sí mismas suficientes y no garantizan los derechos humanos, sino que es necesario que exista una democracia material en donde pluralismo y tolerancia sean la regla. Y en esta postura se adscribe la C.I.D.H., en el caso “Gelman v. Uruguay”, tal como se ha apuntado en la nota nº 5.

6 Alcances del análisis de compatibilidad convencional, y de los deberes impuestos a los estados partes de la Convención Americana de Derechos Humanos

Finalmente, los Estados partes, conforme al art. 2 de la Convención Americana, en pos de la adecuación a la convencionalidad, tienen el deber de adoptar en el derecho interno las medidas necesarias para que los derechos y libertades reconocidas en el Pacto sean efectivas, y para ello deben suprimir normas y prácticas que violen la Convención o que desconozcan o dificulten el ejercicio de los derechos; y además, deben expedir normas y prácticas para hacer efectivas esas garantías, y para evitar que se repitan hechos similares.¹²

En esa reformulación y/o adaptación de normas y de prácticas, deberán tenerse en cuenta, así, múltiples aspectos que hacen a tópicos atinentes al Derecho administrativo, y sobre algunos de los cuales, y sólo en un limitado enfoque, me referiré a continuación.

7 Algunas incidencias que el marco convencional señalado y su control producen en tópicos atinentes a la organización administrativa y sus manifestaciones, teniendo en mira la legislación positiva de la República Argentina

Conforme entonces el marco convencional señalado y su aplicación obligatoria por todos los órganos administrativos, bajo las fuentes, estándares y principios señalados, me voy a centrar, y sólo con el modesto propósito de abrir el tema, a algunas incidencias que dicho marco y su control producen en tópicos atinentes a la organización administrativa y sus manifestaciones, considerando la legislación positiva de la República Argentina.

La organización administrativa, concebida con el conjunto de normas, criterios, valores, principios y metodologías que a partir del marco jurídico, regula el proceso de estructuración organizacional de los entes públicos, y su actividad eficiente y eficaz, así como sus relaciones con los ciudadanos de modo accesible, cercana, transparente, con publicidad y participativa. Estos principios y valores aún no están concientizados en muchas de las administraciones públicas de Argentina, ni tampoco, en algunos casos, incorporados a regulaciones vigentes. Y es hora de que ello se revierta, habida cuenta que esa desiderata no sólo encuadra en los nuevos y renovados criterios de gestión pública y de sus efectos (eficiencia y eficacia; medición

¹² “Heliodoro Portugal v. Panamá”, C.I.D.H., sentencia del 2008 (reiterada en la sentencia dictada en “Forneron e hija v. Rep. Argentina”, C.I.D.H., sentencia del 27.04.2012).

del desenvolvimiento de los planes y proyectos; cumplimiento de diversas metas temporales; medición de resultados logrados; indicadores objetivos y transparentes de avance, de cumplimiento; transparencia, participación, rendición de cuentas, etc.), encaminados a la satisfacción de las necesidades del ciudadano y a su servicio; sino que además y por sobre todo, la efectiva aplicación de esos valores se impone a la luz de los principios fundamentales de los derechos humanos, entre ellos el *pro-homine*, como imperativo supranacional que surge del *corpus iuris* internacional ya referido.

Bajo la lupa y estándares de dichas fuentes jurídicas, ya no podemos entonces enfocar la organización administrativa olvidándonos del ciudadano: el principio *pro-homine* nos lo impone, y por ende la actividad administrativa debe estar al servicio del ciudadano y su fin es la satisfacción de los derechos de estos últimos, quienes son los destinatarios de la actividad administrativa.

Esa actividad de servicio, como ya lo he expuesto en la charla del año pasado en A Coruña, es una de las más modernas focalizaciones de la actividad administrativa en nuevas normas europeas de procedimiento administrativo, que evidentemente han sabido realizar las adaptaciones necesarias para cumplir con los estándares internacionales.

Toda la organización debe respetar en cada una de sus manifestaciones e instancias los estándares, normas, interpretaciones y valores que provienen del *corpus iuris* de los derechos humanos, no pudiendo aquéllos ser desconocidos y/o cercenados y/o minimizados, ni tampoco omitido el control de compatibilidad convencional, por ningún órgano administrativo o que ejerza función administrativa.

Los principios ínsitos al sistema de derechos humanos (*universalidad, indivisibilidad, pro-homine, interdependencia y progresividad*), ya reseñados, nutren y condicionan toda la organización y la actividad.

Bajo estos parámetros entonces, podría señalar así algunas adaptaciones que deberían realizarse en regulaciones de procedimiento administrativo a nivel nacional en la República Argentina, por ejemplo, en temas concernientes a la organización administrativa, a manifestaciones de la relación jerárquica, a los principios del procedimiento administrativo; y en tantos otros como, por ejemplo, pautas del debido procedimiento administrativo adjetivo y sustantivo; temas atinentes a la contratación pública, etc.

Tomemos como ejemplo la relación jerárquica, como uno de los principios de la organización administrativa, que implica deberes y derechos de cada órgano en su respectivo grado dentro de esa línea o pirámide vertical. Esa relación jerárquica se manifiesta en variados y diversos aspectos y temas.

Un primer ejemplo: el supuesto de un reglamento administrativo (acto de alcance general) dictado por un órgano administrativo, que es aplicado en un caso particular, por un órgano jerárquicamente inferior, a través de un acto individual de aplicación

del reglamento. Si el sujeto pasivo de ese acto individual ve afectado sus derechos e intereses como consecuencia de esa decisión de alcance particular, podrá impugnarla mediante los recursos administrativos previstos en la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos. Sin embargo, dicha impugnación deberá ser elevada al órgano jerárquico superior que dictó el reglamento, quien será el encargado de resolverla. Es decir, el art. 75 del decreto reglamentario de la ley de procedimiento administrativo nacional (Decreto nº 1.883/91) detrae al inferior jerárquico o a la autoridad de aplicación del reglamento, toda posibilidad de realizar un control de convencionalidad de ese reglamento, al ser impugnado el acto particular de aplicación que aquél hubiere dictado. A mayor abundar, al dictar el órgano inferior el acto particular de aplicación del reglamento, tampoco puede realizar el control de compatibilidad convencional, en pos de decidir si aplica o no lisa y llanamente las disposiciones del reglamento, y/o si las interpreta del modo más apto al sistema de los derechos humanos.

La norma referida debería ser reformulada actualmente, a partir de la jurisprudencia de la Corte Interamericana, pues cualquier ley, reglamento administrativo (disposición de alcance general), decreto, instrucción, circular o acto administrativo de alcance particular debe ser confrontado con el parámetro de convencionalidad, por parte de todo órgano administrativo en cualquiera de sus niveles, que deba dictarlo y/o aplicarlo.

Por el contrario, conforme a la disposición comentada en su redacción vigente (la cual prevé un control concentrado), existe un impedimento para el órgano administrativo jerárquicamente inferior de realizar un juicio de valor sobre la eventual arbitrariedad o irrazonabilidad del reglamento (acto administrativo de alcance general), en análisis de la compatibilidad convencional de aquél, teniendo en mira la lesión de derechos invocada (por ejemplo, el derecho humano a trabajar libremente, de asociarse).

Ello contradice la propia jurisprudencia de la C.I.D.H., que impone a todo funcionario público (como lo tiene cualquier juez) el deber de oficio de realizar el control de convencionalidad, en cualquiera de los niveles o grados dentro de la línea jerárquica, habida cuenta que dicho control se ha tornado difuso. Por ende, en el supuesto concreto antes comentado, el órgano administrativo que ha aplicado el reglamento mediante un acto particular contra el cual se ha interpuesto un recurso administrativo, debe poder resolver dicha impugnación analizando la compatibilidad convencional del reglamento con el acto que lo ha aplicado (conforme las normas internacionales, sus interpretaciones por los tribunales internacionales, los principios sustanciales de derechos humanos, entre ellos el *pro-homine*, etc.); y eventualmente, de ser incompatible, deberá no aplicar el reglamento en su decisión individual, y/o interpretarlo haciendo privar el derecho o la garantía convencionalmente reconocido. El órgano inferior no podría derogar el reglamento, en virtud del principio del paralelismo de las fuentes, pero podría no aplicarlo, o en su caso, reinterpretarlo al caso concreto.

En consecuencia, y conforme a lo desarrollado, el control de convencionalidad debería ser incorporado explícitamente como uno de los principios sustanciales del procedimiento administrativo en el Derecho Argentino y en el derecho de los países latinoamericanos, pues su aplicación produce la modificación de parámetros clásicos entronizados en muchas instituciones que abarca el estudio del Derecho Administrativo, y en el principio de legalidad desde una visión clásica y limitada.

Y en esta relación jerárquica, cabe repensar -en mi opinión- las teorías existentes acerca del deber de obediencia del funcionario-órgano inferior respecto del superior, y sus efectos. Sabemos que el deber de obediencia tiene su fundamento en el orden jerárquico, y ha experimentado una evolución en cuanto a sus alcances, límites y responsabilidades involucradas. El “deber de obediencia absoluta” del órgano inferior, que implicaba una aplicación mecánica de la orden emanada del superior, y por ende la irresponsabilidad del inferior por la ejecución de órdenes ilegítimas, ya ha sido desterrado, apareciendo otras concepciones que admiten el derecho de examen por el órgano inferior de la legalidad de la orden recibida.¹³

Pero aun cuando partiéramos de la teoría de la legalidad formal y sustancial, que autoriza el derecho de examen del inferior respecto al contenido mismo de la orden, de tal modo que de ser aquel contenido “manifiestamente” ilegal, impone al inferior el deber y al mismo tiempo el derecho de desobediencia, cabe no obstante destacar que conforme a esta concepción, para obrar de ese modo se exige que la ilegalidad sea patente, es decir que surja a simple vista, de modo manifiesto; atento a lo cual de no tener ese carácter, estaría el órgano inferior -en ejercicio de su deber de obediencia- obligado a cumplirla, tal como se encuentra plasmado en la Ley Marco de Empleo Público Nacional nº 25.164.¹⁴

Creo entonces que el límite impuesto es absolutamente restrictivo, frente al obligado control de compatibilidad convencional que debe todo órgano administrativo realizar, bajo las fuentes que integran el derecho internacional de los derechos humanos.

Y a mayor abundar, es además fácil advertir que estas concepciones focalizan o tienden a proteger sólo al funcionario, a fin de desligarlo eventualmente de imputación de responsabilidad, pero sin embargo omiten olímpicamente poner en el foco

¹³ En torno a las teorías superadoras al deber de obediencia absoluta del inferior jerárquico, recordamos la “teoría de la reiteración”, por la cual de considerar el órgano inferior que la orden es contraria a la ley, debe hacerlo saber al superior, y si éste la reiterara, el órgano inferior está obligado a cumplirla pero queda exento, en su caso, de responsabilidad. También esta concepción actualmente está superada. También podemos aludir a la de “legalidad formal”, en tanto el órgano inferior estaría facultado a verificar si esa orden procede de un órgano competente; si implica el ejercicio de funciones que corresponden a su propia competencia, y si fue emitida conforme a las formalidades pertinentes. Este criterio ha sido motivo de críticas, en tanto en definitiva no autoriza el control de legalidad sustancial por el órgano inferior.

¹⁴ Deberes del funcionario público, entre ellos el contemplado en el Art. 23 inc. e) de la Ley nº 25.164 del Marco Regulatorio del Empleo Público Nacional: “deber de obedecer toda orden emanada del superior jerárquico competente, que reúna la formalidad del caso y que tenga por objeto la realización de actos de servicio compatibles con la función del agente”.

al ciudadano, sus derechos y garantías conculcados a partir de la aplicación de una orden o de un reglamento o acto ilegal, irrazonable o arbitrario, inconstitucional o inconvenicional.

Podríamos pensar así en otros tantos ejemplos en los que debiera manifestarse, en la regulación como en la práctica estatal, este cambio radical de paradigmas. Pensemos también en el llamado “control de tutela administrativa” que es el que ejercen en la Argentina, en la administración nacional, los Ministros frente a actos emanados de los órganos superiores de entes descentralizados. Hasta ahora está regulado el control de legalidad a cargo del Ministro del ramo en cuya jurisdicción se encuentre ese ente descentralizado, cuando se incentiva su actuación a través del recurso de alzada que puede interponer un ciudadano contra esos actos. A ese control de legalidad debe sumarse ahora el control de convencionalidad.

Podríamos entonces afirmar que hay un cambio de paradigmas en la relación de jerarquía y en los principios de la organización administrativa, en punto a los derechos humanos y al *corpus iuris* internacional de los derechos humanos, pues ya no habrá sólo verticalidad en el control, sino horizontalidad (todos en cada función deben hacer ese control). Y ello así, a partir del deber estatal de adoptar y/o eliminar y/o adecuar interpretativamente el derecho interno hasta la última disposición o norma administrativa, de modo de asegurar la inexistencia de vulneración a derechos y garantías asegurados convencionalmente. Así como el control de convencionalidad en el ámbito judicial es difuso debiendo ser llevado a cabo por cada uno y todos los jueces aun de oficio, y si se deja de aplicar el derecho convencional se está generando un acto írrito que carece de valor jurídico, lo mismo cabe requerir de todo órgano administrativo (y no sólo del superior jerárquico).

8 Incidencias en el procedimiento administrativo

Si consideramos por ejemplo, y para ir concluyendo, el procedimiento administrativo, en el cual rigen idénticas garantías a las plasmadas para el proceso judicial en los arts. 8 y 25.1 del Pacto de San José de Costa Rica (conforme a la jurisprudencia de la C.I.D.H.), aquél deberá entonces desenvolverse a la luz de concretos parámetros que, reforzando la garantía del debido procedimiento adjetivo y sustantivo, han sido señalados por fallos de los Tribunales Interamericano y Europeo en el marco del diálogo inter-judicial de derechos humanos ya emprendido. Entre otros, por ejemplo:

- (i) Obligación de cada Estado, y por ende de cada uno de sus órganos, de analizar en sus normas procedimentales, si los remedios administrativos plasmados en dicha normativa no son ilusorios (siguiendo los estándares de la C.I.D.H.), y conforme a criterio sustentado por dicho Tribunal, lo serán en caso de su inutilidad en la práctica; o porque no exista aplicación

idónea de las decisiones administrativas, impidiendo en definitiva que se materialice la protección del derecho reconocido en dicho acto.

- (ii) El derecho del ciudadano a un plazo razonable en el procedimiento administrativo, y como contrapartida, la obligación de los órganos administrativos (y finalmente los judiciales) de verificar la duración de los procedimientos a la luz de los estándares señalados por el Tribunal Europeo, interpretando el art. 6.1. de la Convención Europea, que han sido adoptados en forma idéntica por la Corte Interamericana: a) complejidad del asunto; b) conducta del solicitante; c) conducta de las autoridades competentes; d) lo que está en juego entre las partes y/o la afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada en el procedimiento.¹⁵
- (iii) El alcance del derecho a ser oído, del derecho a una audiencia justa. Este derecho tiene íntima conexión con el derecho a igualdad de armas en el procedimiento administrativo. La Corte Europea en “Maravić Markes v. Croatia” (70.923/11, del 09.01.2014) ha expresado que el principio de igualdad de armas es uno de los elementos del concepto más amplio de una audiencia justa: obliga a cada parte a darse una oportunidad razonable para presentar su caso en condiciones que no la coloquen en desventaja sustancial *vis-à-vis* su oponente. Por ende, conforme a estos parámetros, el derecho a ser oído no sólo implica el derecho a ser escuchado antes de que se adopte una decisión administrativa que pueda incidir en la esfera jurídica subjetiva de esa persona, sino que esa persona pueda contar efectivamente con otra oportunidad procedimental de realizar comentarios sobre la contestación efectuada por la/s contraparte/s.

9 Incidencias en materia de acceso a la justicia

También en materia de acceso a la justicia, concluido que fuera el procedimiento administrativo previo, el Tribunal Europeo ha tenido oportunidad de analizar diversos tópicos atinentes a la instancia jurisdiccional (condiciones de admisibilidad procesal, temas atinentes a prueba, etc.), en el marco del margen de apreciación nacional.

A modo de apretada síntesis, podríamos indicar algunas de esas pautas, claramente referenciadas en el caso “Esim v. Turkey” (59.601/09, fallo del 17.09.2013), y seguidas también por la C.I.D.H.:

¹⁵ Entre otros fallos del T.E.D.H., “Mentakos v. Greece” (18.838/10, del 10.04.2014); de la C.I.D.H., “Forneron e Hija v. República Argentina” (sentencia del 27.04.2012). La Corte Suprema de Justicia Nacional de la República Argentina siguió esos parámetros acerca de la existencia o no de plazo razonable, a partir del año 2012, en la causa “Locicer Jorge Alberto y otros c/Banco Central de la República Argentina” (Resolución nº 169/05, sentencia del 26.06.2012).

- (i) El derecho de acceso a una corte judicial no es absoluto, sino que tiene límites los cuales sin embargo no deben desnaturalizar o cercenar la esencia del derecho; para lo cual en el análisis de su compatibilidad con el art. 6.1 de la Convención Europea, deberá verificarse si persiguen un propósito legítimo, o si existe una razonable proporcionalidad entre los medios empleados y los fines perseguidos (con cita a “Guérin v. France, 29.07.1999, párrafo. 27, Reports of Judgments and Decisions 1998-V, y “Stubblings and Others v. the United Kingdom”, 22.10.1996, párrafo 50, Reports 1996-IV).
- (ii) Dichos límites, en caso de estar involucradas condiciones de admisibilidad procesal -límites temporales para interposición de apelaciones-, deben ser regulados por el Estado (con cita a “García Manibardo v. Spain”, nº 38.695/97, párrafo 36, ECHR 2000-II, y “Mortier v. France”, nº 42.195/98, párrafo 33, 31.07.2001).
- (iii) La Corte Internacional sólo verifica si los efectos de la interpretación judicial de las reglas de naturaleza procesal por el Estado, cuya finalidad es asegurar una adecuada administración de justicia, son compatibles con la Convención.
- (iv) Los estándares que los tribunales internos están obligados a seguir refieren a la aplicación de las reglas procesales de modo de evitar excesivos formalismos que puedan conspirar contra la justicia de los procedimientos, y también de modo de evitar una excesiva flexibilidad (con cita a “Walchli v. France”, nº 35.787, párrafo 29, del 26.07.2007). Se viola el derecho de acceso a la justicia cuando esas normas constituyen una suerte de barrera que impide al litigante llevar su caso a una corte competente.

10 Conclusión

A modo de conclusión, entonces, en apretadas palabras sobre lo desarrollado, creo que es importante tomar conciencia que el vaso comunicante entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos nos abre miradas que exceden el *corpus iuris* interamericano, y nos llevan al *corpus iuris* internacional de derechos humanos, que con sus fuentes jurídicas ya reseñadas, tiene una relevancia e influencia trascendente para quienes investigamos en Europa y en América el Derecho Administrativo.

He simplemente individualizado, con cierta osadía intelectual, algunos cambios y transformaciones que en normativas, en prácticas estatales, en la toma de decisiones administrativas de alcance general y particular, debieran necesariamente darse y/o adoptarse, a mi juicio, en aspectos sustanciales y adjetivos que se relacionan -por ejemplo- con la organización administrativa, con ciertas manifestaciones de la relación

de jerarquía administrativa, con tópicos concretos de procedimiento administrativo, entre otra tanta temática a analizar, en el Derecho Argentino.

Pienso que en la actualidad la cuestión convocante es reformular efectivamente el Derecho Administrativo conforme a las nuevas bases de un Estado Convencional de Derecho. Nos espera, entonces, un campo muy rico, de gran diversidad, y extraordinariamente valioso de material para analizar, debatir, asumir, criticar, provocar y/o aportar.

The renewed Administrative Law in light of conventionality control

Abstract: The new principles of public law, that complete and enrich the ones set in the historical Argentine Constitution (1853/1860) and that were increased and re-sized radically after the year 1994 (year of the reform of the Federal Constitution), assert new legal limits to the activity of state organs, including the Public Administration. They have a significant influence in the field of Administrative Law, in light of relevant decisions of the Inter-American Court of Human Rights and the National Supreme Court of Justice of Argentina. These new paradigms no longer support the classical views on the Administrative Law. This paper begins with an overview of the evolution of conventionality control, and then analyzes the effects and scope of such control; the variety of legal sources that correspond to the conventional framework of human rights; the legitimate restrictions on human rights and their limits; and finally some necessary changes that must occur in some aspects of the administrative organization and its manifestations.

Keywords: Administrative Law. Conventionality control. Human rights. Inter-American Court of Human Rights. International treaties.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

ALIANAK, Raquel Cynthia. El renovado Derecho Administrativo, a la luz del control de convencionalidad. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 15, n. 59, p. 29-46, jan./mar. 2015.

Recebido em: 22.10.2014

Aprovado em: 08.01.2015