

EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y LOS NUEVOS PARADIGMAS CONSTITUCIONALES

(Inédito. Conferencia dictada en agosto de 2010 en las Jornadas sobre Procedimiento Administrativo, organizado por el Instituto de Derecho Administrativo de la Provincia de Salta).

Yo elegí un tema que me inquieta desde hace un tiempo, y que quisiera introducir esta mañana y que tiene que ver con el impacto del derecho, que se llama hoy convencional, en el sistema constitucional y especialmente en el sistema del procedimiento y del proceso administrativo. Me parece que este tema postula un nuevo techo, un nuevo firmamento para el derecho administrativo en general y por cierto para el procedimiento administrativo y el proceso administrativo. En algunos casos, habrá jurisprudencia vigente, que debemos considerar al dictar nuestros actos estatales y en otros casos, probablemente sean postulados doctrinarios que podemos imaginar e introducir como embriones en el debate que estamos desarrollando.

Al respecto y para entrar en tema, quiero hacer referencia en primer lugar - esto ya es conocido -, a la jerarquía constitucional de los tratados sobre derechos humanos, a tenor de lo dispuesto en el artículo 75, inciso 22 de la CN. Entre ellos se cuenta con características sobresalientes por su amplio ámbito material de comprensión, el Pacto de San José de Costa Rica también denominado Convención Americana. Se había introducido en nuestro derecho interno bastante antes de la reforma constitucional de 1994 a través de la ley 23.054 del año 1984 y alrededor de sus exigencias se planteó la cuestión de su relación de jerarquía normativa con las leyes internas, cuestión que quedó zanjada a través del pronunciamiento de la CSJN en el caso Ekmekdjian en 1992. Desde entonces el derecho nacional debió regirse por este y otros tratados internacionales como norma de jerarquía superior a las leyes. O sea el reconocimiento cabal del monismo en la articulación de las fuentes normativas. No obstante lo cual con la reforma del 94, se vuelve a plantear la cuestión en el marco de la Convención y la decisión de los constituyentes implicó una apuesta más fuerte a la integración normativa. Se resolvió ascender un escalón más estableciéndose que determinados tratados estaban articulados directamente con el cosmos constitucional superior, ya que por tratarse de instrumentos que regulaban los derechos fundamentales del hombre debían integrarse al derecho interno en el nivel constitucional y no por debajo de él como venía resolviéndose hasta entonces.

Esta nueva ubicación de las normas internacionales sobre derechos humanos exigió responder algunos nuevos interrogantes. Dos cuestiones quedaron planteadas de inmediato. Una primera cuestión interpretativa es que la norma del a. 75 inciso 22 dice que estos pactos internacionales se incorporan pero que no derogan los derechos constitucionales establecidos en nuestra constitución. Este concepto dio lugar a un par de interpretaciones divergentes, una de las cuales es la que prevalece hoy en la jurisprudencia de la CSJN, y es que la expresión "no derogan" debe interpretarse como una especie de presunción que no admite prueba en contrario, una presunción absoluta, sobre la base de haber entendido que los constituyentes ya armonizaron o estudiaron la armonía de los pactos con los derechos constitucionales y por lo tanto, la expre-

sión elegida quiere decir que ambos cuerpos normativos están necesariamente vigentes y si aparece alguna contradicción, no cabe hacer prevalecer una sobre otra sino en todo caso hacer una hermenéutica de armonización. Otra postura minoritaria no aceptaba esta presunción, decía que de todos modos la derogación podía presentarse en el futuro y que había en tal caso que hacer prevalecer la Constitución Nacional (ver los casos Chocobar y Arancibia Clavel de la CSJN entre otros, con la disidencia del doctor Fayt que actualmente se mantiene).

Una segunda cuestión interpretativa se vincula con más intensidad con el tema que abordamos hoy. Dice la cláusula constitucional, que estos tratados se incorporan “en las condiciones de su vigencia”. Esto ha dado lugar a algunos debates y hay toda una evolución jurisprudencial que cuyo extremos son más o menos los siguientes. En Ekmejdjian la CSJN produjo en su momento una evolución que ya hemos referido en orden ordenar la jerarquía de las normas internas e internacionales, cediendo espacio al orden internacional. En el marco del mismo debate, la Corte otorgó un espacio a los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos instituida por la Convención Americana. Al respecto dijo que en todo caso, los parámetros de interpretación de la CIDH, - en este caso se trataba de aplicar el derecho de réplica -, debieran servir de guía a los tribunales argentinos para la interpretación del alcance de los derechos y su relación con el derecho interno. Este criterio no obstante siguió una rápida evolución hasta llegar al caso Mazzeo en donde la Corte, citando un caso del tribunal internacional (Almonacid Arellano) les reconoció a los pronunciamientos de dicho tribunal una naturaleza diferente en el derecho interno. Superando la doctrina de Ekmejdjian – pautas de interpretación -, estableció que “las condiciones de vigencia” de esos tratados en nuestro derecho interno constitucional se corresponden con las interpretaciones que hace la CIDH, que son directamente aplicables a nuestro sistema constitucional. Esto es de un impacto formidable realmente y todavía no ha sido, a mi modo de ver, definitivamente asimilado ni digerido y vamos a tardar mucho tiempo en hacerlo en nuestro derecho interno. La Corte ha seguido trazando este derrotero a través de muchísimos fallos, pero todavía no han circulado estas nuevas savias hacia los nutrientes de los tribunales inferiores, por eso yo quiero dejar planteado aquí, en orden a nuestro tema, la necesidad de hacer un esfuerzo para trabajar con los fallos de la CIDH y a tales efectos voy a desarrollar esta conferencia avanzando en algunos ejemplos que impactan de un modo radical en el procedimiento y en el proceso administrativos.

A la luz de este paradigma, es que me atrevo a señalar unas cuestiones vinculadas al procedimiento y al proceso administrativo.

En primer lugar algunas normas genéricas que alumbran todo el sistema no obstante lo cual veremos su vinculación son el sistema administrativo.

Podríamos hacer una mención general de algunas exigencias que surgen de la convención y de los fallos del tribunal internacional. Mencionemos por caso los siguientes principios de aplicación e interpretación:

Dignidad del ser humano como principio y fin del sistema (principio pro homine). –caso Gallardo CIDH-. Es el llamado principio pro homine, está reiterado en casi todos los pronunciamientos de la Corte insistentemente y de alguna manera en algunos de nuestra corte federal, en el sentido en que todo el sistema de la convención americana y por consiguiente ilumina también el derecho nacional, todo ese sistema está orientado a la protección de la persona humana y sus derechos. Esto significa un giro copernicano en muchas miradas que tiene nuestro derecho público. Nuestro derecho público ya no puede mirar las prerrogativas y las potestades como un lugar defendido por el sistema jurídico, sino como una excepción. Nuestra mirada, según estos paradigmas, está dirigida a la defensa de la persona humana y sus derechos. Me hago cargo que a partir de allí hacia las cuestiones administrativas menores, exige un esfuerzo interpretativo, pero cada vez que tengamos una duda, cada vez que tengamos que pensar cuál es el fin de nuestro derecho, es en este principio en el que encontraremos el rumbo. Esto es lo que dicen los fallos y los pronunciamientos de este tribunal. En este contexto, el artículo 1, y el artículo 2 de la convención americana son definitivos, sobre todo en orden a que ahora ya no basta que el estado o el derecho público deba abstenerse de violar derechos, sino que avanza un poco más y está obligado por el contexto de estos tratados, está obligado reitero a generar garantías y sistemas protectorios de los derechos humanos. No estoy hablando de políticas activas, vinculadas a la promoción del ser humano, cuestiones del derecho social, estoy hablando del derecho de garantías. No basta con no violar, es preciso crear y defender, en todo caso, en todas las etapas del procedimiento administrativo, ya sea en la formación de la voluntad administrativa, la decisión, la ejecución y el control, en todas estas etapas es preciso estar atentos a garantizar en cualquier sentido, los derechos humanos reconocidos en la convención americana. El presupuesto de comprensión del derecho interno, que ya no puede entenderse adecuadamente si no se entiende desde estos postulados de la convención. Es lo que surge de los arts. 1 y 2 exige: medidas positivas, evitar iniciativas limitantes, suprimir las restricciones (Cinco Pensionistas c/Perú, Bulacio). Adecuar el ordenamiento en función de que la Convención es presupuesto de comprensión del derecho interno.

Inoponibilidad del derecho interno (Ekmekdjian-a. 27 CV; CIDH Hilaire c/Trinidad y Tobago). Significa por ejemplo que yo no puedo poner el derecho municipal, de la Municipalidad de Coronel Moldes, por decir alguno, que tenga una cláusula restrictiva de la defensa o una cláusula abusiva en materia de contribución territorial o Cerrillos¹ como tenemos ahora en el debate público, no puedo oponerle a la convención por qué este vigente en el municipio y tengo que presentar la garantía del derecho estatal que defiende los derechos protegidos en la convención.

Orden público de los derechos humanos como indisponible según el derecho consuetudinario internacional (CIDH oc/18/03).

¹ .-) Aclaración del autor: en mayo de 2010, en la Ciudad de Salta existía un debate acerca de la imposición retroactiva de una contribución de mejoras en la Municipalidad de Cerrillos, que tenía estado público, razón por la cual se aprovechó el ejemplo. El Municipio sostenía su posición sobre la base de normas municipales, en contra de las normas constitucionales.

El efecto “erga omnes” de los derechos humanos reconocidos en la Convención, que también los fallos de la Corte están reconociendo. Es lo que la doctrina alemana ha llamado la protección horizontal de los derechos humanos. Significa que los derechos humanos los reconoce como sujeto pasivo el estado y todos sus estamentos, administración, poder judicial, poder legislativo, municipios etc., y también los particulares. Lo de los particulares como sujeto pasivo de los derechos humanos es una novedad en el sistema internacional aunque no entre nosotros. En el derecho comparado en general, los derechos constitucionales han sido comprendidos como una protección frente al estado, de los particulares en frente al estado y no frente a otros particulares; nosotros novedosamente en ese punto hemos sido bastante atrevidos en el sistema del derecho comparado y a partir del año 58 con el caso Kot, hemos reconocido que los derechos constitucionales también pueden ser violados por los particulares. Esta doctrina se consolida ahora con la doctrina de la corte interamericana.

La norma de clausura del artículo 29 de la convención y las jugosas consecuencias que ha extraído la Corte de sus contenidos. Las especificaciones de la cláusula de clausura son las siguientes:

- Prohibición de supresión de derechos.
- Interdicción de limitar el derecho en mayor medida que la C.
- Armonización entre norma interna y norma convencional en el sentido más favorable al derecho.
- Cláusula de mejor derecho (relacionada con otros estados parte)
- Nuevos derechos (interpretación evolutiva).

La sola enunciación de las especificaciones señala el inmenso campo de aplicación de los principios. A partir de ellas la Corte ha ido perfilando distintas consecuencias tales como, revisión de supresión de derechos, anulación de la delimitación del derecho en mayor medida que la convención, armonización entre norma interna y norma convencional en el sentido más favorable al derecho, de nuevo el principio pro homine, cláusula del mejor derecho relacionada con otros estados parte, interpretación evolutiva de los derechos que también está desarrollada en la jurisdicción de la corte, es decir que los derechos que definen la convención son un “mínimum” al cual los estados están obligados, pero eso no significa que la dinámica futura no pueda generar la necesidad de formular y postular nuevos derechos y esto es lo que hace la corte que a través de su fallo y estas son las condiciones de su vigencia que son aplicables a nuestros derechos según hemos visto en el caso Mazzeo.

Por lo que vengo diciendo es claro que la administración pública es uno de los sujetos pasivos de las obligaciones del pacto. Es decir que la actividad administrativa está condicionada también por estas condiciones de vigencia y todos los actos del procedimiento administrativo por caso, tales el dictamen jurídico, el acto administrativo, el reglamento administrativo me parece que debe comenzar a observar con mayor atención la existencia de estas condiciones de vigencia de derechos humanos, y me parece que allí tienen que hacer un enorme esfuerzo de articulación de la legislación local ya que el derecho interno no puede oponerse a las condiciones de vigencia y buscar

la fórmula posible para esta armonización siempre en el sentido Pro Homine, esto de algún modo lo ha dicho la Corte Nacional en el caso Astorga. Hay una acordada de la Corte muy curiosa², donde crea una secretaría para la aplicación de los tratados en el año 2005, y dice “que las consecuencia de las incorporación de los tratados en el derecho interno, significa que hay nuevos derechos y nuevos contenidos, que hay obligaciones estatales de protección y que hay un emplazamiento del estado, para evitar un emplazamiento del estado en el sistema internacional”.

Específicamente en cuanto al procedimiento administrativo cabe hacer algunas aclaraciones. La convención tiene establecidas garantías para el procedimiento judicial esto lo dice en el artículo 8, la es si estas garantías establecidas para el procedimiento judicial son aplicables al procedimiento administrativo, la convención no lo dice expresamente. En realidad esta es una cuestión que se había planteado en el derecho de la Unión Europea, donde tienen una norma un poco diferente. El artículo 6 del tratado dice explícitamente que solo se aplican las garantías para los conflictos que se produzcan con motivos de relaciones penales o civiles, definición que ha limitado la aplicación de las garantías del Tratado a las relaciones administrativas, donde solamente se ha conseguido por vía de interpretaciones una expansión de las relaciones civiles incluyendo algunas cuestiones de relaciones con la Administración. Este problema no se plantea en la Convención Americana porque tuvo en cuenta este antecedente, y hay una discusión explícita cuando se define la norma, y se decide abrir la garantía a todas las relaciones jurídicas, de allí que la norma del a. 8 de la convención define su ámbito material de validez en forma transversal abracando expresamente todo tipo de relaciones, penales, civiles, laborales y “de cualquier otro carácter”, de modo que para nosotros y así lo ha dicho la convención, las relaciones administrativas están protegidas también por la garantía del Artículo 8³.

La segunda cuestión que necesita precisiones es la referente al tipo de procedimiento que alcanzan las garantías del a. 8. Porque la norma refiere expresamente que las garantías que define alcanzan al proceso judicial. ¿Cómo hacemos para llegar al procedimiento administrativo? La propia Corte en algunos de sus pronunciamiento ha establecido que para llegar a los procedimientos administrativos se aplica la interpretación evolutiva de los derechos, es decir, habida cuenta el principio de que la convención está destinada al crecimiento de los derechos, las definiciones explícitas de la convención, solamente constituyen mínimos o pisos a partir de los cuales se pueden hacer interpretaciones extensivas a situaciones nuevas que se producen y la Corte ha establecido que precisamente una de estas situaciones es el procedimiento administrativo, es decir, en el procedimiento administrativo también son aplicables las garantías del artículo 8 de la Convención Americana.

Como consecuencia de la aplicación de estas normas hay una nueva composición de los principios administrativos es decir hay nuevos principios en todo caso y

² .-) Acordada 17/05.

³ .-) En el caso de la República Argentina todo esto podría llegar a ser más fuerte de la medida en que hay una reserva ustedes saben que en los tratados se pueden hacer reservas de no aplicación, una de las reservas de las primeras que hacen es de la Nación Argentina que impide el acceso del sistema del tratado a la determinación de lo pueda llamarse utilidad pública o indemnización justa, es decir el proceso expropiatorio, es un proceso típicamente de relación y uso administrativo

nuevos contenidos para el principio, no vamos a recorrer todos ellos porque no nos queda demasiado tiempo, pero si hacer alusión a alguno que son verdaderamente trascendentes y novedosos. En todo hay un crecimiento importante del bloque de legalidad, del contenido del bloque de legalidad pero en algunos de ellos es notable hacer alguna alusión, por ejemplo lo que señalaba, me viene a la memoria un tema que tenemos en nuestra ley de procedimiento administrativo de Salta que es el sistema de recursos, que es lo que señalaba Samsón hace un rato, es decir es un sistema de recursos encadenados entre reconsideraciones, apelaciones, reconsideraciones y apelaciones, si uno parte del director de una repartición hasta llegar a gobernador que es lo que supuestamente agota la instancia bueno puede pasar el camino del infierno, no llega nunca, no llega nunca, francamente, entonces acá hay un principio que permitiría - mas allá de las posibilidades de reforma -, a través de una interpretación dinámica avanzar hacia un esquema más acorde con los derechos que con la prerrogativa. Haciendo una interpretación evolutiva que es el principio de la eficacia de los procedimientos, la convención exige que los procedimientos sean eficaces y adaptados a su finalidad, no parece ser que el sistema de recurso tal como estaba señalado sea verdaderamente un sistema eficaz para lo que quiere ser que es darle a la administración una oportunidad de reconsiderar la situación y de aplicar en definitiva la legalidad.

Hay otros temas complejos que también ha señalado Samsón y es el sistema de la igualdad, la igualdad en el marco de la mecánica de estos tratados ha sido entendida de una manera, digamos muy intensa, especialmente con relación al estado federal, agreguemos ahora los estados municipales y se verá una situación compleja agreguemos también la vinculación con nuestro MERCOSUR y tendremos una situación verdaderamente difícil de desentrañar pero en definitiva la interpretación que ha hecho la Corte Interamericana es que , primero la existencia de estado federal no, libera al estado nacional de su responsabilidad que dentro del estado federal cada uno de los estados miembros debe aplicar las mismas normas y lo segundo que dentro de los estados miembros cabe la aplicación de la norma más favorables al derecho que se está considerando; esto verdaderamente seria una galimatías para nosotros pero de alguna manera el principio está anunciado como un mecanismo posible para trabajar.

Quiero finalmente alcanzar un tema que definitivamente de hace mucho tiempo, convoco mi curiosidad. Me refiero a la combinación del procedimiento administrativo, el agotamiento de la vía administrativa y el sistema de recursos. Cuando recién empezaba mis estudios de derecho administrativo - hace más de treinta años -, siempre me llamo la atención esta relación tal como surgía de las legislaciones vigentes, en especial la de Salta. En su momento publicamos un estudio en la Revista doctrina Jurídica. La lectura o el estudio que en aquel momento hice sobre la base de los análisis que hacía Mairal, sobre la injusticia y la inconducencia del sistema del agotamiento de la vía administrativa después a los que luego se sumó Tawil en una línea parecida, ahora parece ser la línea de la Convención Americana. Lo que decíamos entonces es que sistema de recursos ante la administración, el sistema impugnativo es un derecho del administrado y hoy puede sostenerse a la luz de una interpretación evolutiva de los derechos exigido por la Convención Americana que ya ha dejado de ser una prerrogativa de la administración. Esto surge de la norma del a. 25 de la Convención del que manan algunas exigencias que conducen a este resultado. Entre ellos el principio de la

igualdad de armas que está desarrollado allí que quiere decir que la administración no puede tener mejores derechos y privilegios que los que tiene el administrado porque implica un desequilibrio en ese proceso que es el procedimiento administrativo. En segundo lugar el principio de la eficacia en el procedimiento administrativo exige que tenga una naturaleza “preventiva” del pleito y no previo y exigente para un pleito. Esto es lo que en definitiva venimos a postular, yo tengo que tener un derecho para ir a la administración para que corrija su modo, para que corrija el acto que me es nocivo pero no tengo que tener un deber porque esto ya no se sostiene frente a la Convención Americana. No he encontrado fallos específicos que avalen esta construcción pero es una invitación a pensar y debatir la cuestión. Sobre las bases referidas me atrevo a lanzar al ruedo esta idea e invitarlos a trabajar en este sentido o en un sentido parecido, creo que es un postulado que se deriva perfectamente de estas situaciones y lo podemos plantear y lo podemos desarrollar y lo podemos debatir. No se trata y lo decía recién el doctor Samson es decir, no abundemos en los recursos y en el procedimiento impugnativo porque todos sabemos cómo funciona, entonces lo hagamos funcionar bien la descargamos de paso a la administración de infinidad de recursos que por ahí ni los requiere ni los necesita y le permitimos y la dejamos que resuelva los casos que puede resolver, porque algunos los puede resolver probablemente todos no, y tendremos que ir al control judicial.

En este marco quiero dejar también planteada la duda que me genera en el sistema actual y la luz que me permite ahora la convención que hay una desarticulación entre la ley de procedimiento y el código, el código contencioso como recién decía Mairal es el 793 del años 1906, y la ley de procedimientos es de 1977. La ley dice que el plazos de preinscripción de las nulidades es de 2 años, 5 años, 10 años y algunos imprescriptibles, me pregunto, como se compagina esto con el plazo de caducidad del proceso administrativo que es de treinta días ?. Yo lo he planteado y todavía no conozco un fallo que allá tratado este tema pero me parece que es un tema que hoy se puede iluminar desde estos principios del derecho convencional.

Yo querría dejarlos con un hallazgo que hice vez pasada porque me parece que está cambiando para nosotros la visión de lo que es una constitución, se está iluminando de nuevo la idea de que la Constitución y su sistema – los derechos convencionales en este caso -, es una zona de libertad para la sociedad y no un cepo que restringe el poder de la democracia tal como en algunos ámbitos todavía se piensa remedando la doctrina de Carl Smith. Quería recordarles que recientemente un profesor de Cambridge acaba de plantear esto con una elegancia notable, recordando el mito de Ulises y las sirenas, dice el profesor recordando que Ulises viajaba a la isla Itaka después de la guerra de Troya sorteando infinitos obstáculos, que entre esos obstáculos en el canto 12 de la Odisea se narra la historia de las sirenas; el canto de las sirenas por donde pasaba los bogavantes – y Ulises tenía que pasar para ir a Itaka -, tenía la virtud mítica de absorber, atraer, derrumbar al enemigo y hacerlo que finalmente enloquecer y perder el rumbo. Entonces Ulises ordeno a su tripulación que se taparon los oídos con cera salvo a el mismo a quien deberían atar fuertemente al mástil de la nave para impedir que le canto de las sirenas lo derrumbara y lo tumbara y aunque el gritara y diera orden de que lo desataran de todos modos ellos no escucharían, manteniéndose la orden originaria, la orden fundamental que era no soltarlo. Pareciera ser que

la constitución y ahora en derecho convencional de los tratados funciona quizás de esta manera es una atadura que la propia sociedad se ha hecho para permitirse una calidad institucional, un crecimiento y un espacio de libertad mas permanente.

ARMANDO J. ISASMENDI