

LA SUMISIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO A LOS TRATADOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

GREGORIO FLAX

SUMARIO: Introducción. I. Procedimiento administrativo. 1.1. Estándares fijados por el SIDH. I.2. Elementos que componen el debido proceso/procedimiento en sede administrativa. I.2.1. Audiencia para la determinación de hechos y derechos. I.2.2. Derecho a representación legal. I.2.3. Notificación previa sobre la existencia de un procedimiento. I.2.4. El derecho a una decisión fundada. I.2.5. La publicidad de las actuaciones administrativas. I.2.6. Cumplimiento por parte de la administración de plazos razonables. I.2.7. La revisión judicial de las decisiones administrativas. II. Ejecutoriedad del Acto Administrativo. – Régimen exorbitante e igualdad de armas. III. Poder de Policía. IV. Alcance de la indemnización en la revocación unilateral de la administración. V. Amparo por mora. VI. Reclamo Administrativo Previo. VII. Silencio Administrativo. VIII. Licencias administrativas. IX. Conclusiones.

INTRODUCCIÓN.

A partir de la reforma Constitucional de 1994 se produjeron grandes cambios en el ordenamiento jurídico de la República Argentina, y el derecho administrativo, no fue la excepción.

Nosolo se produjeron fuertes transformaciones en el procedimiento administrativo¹ sino que también otros institutos del derecho administrativo, sufrieron variaciones de fondo que el sistema judicial argentino comenzó en una forma incipiente a aplicar atento a la internacionalización del ordenamiento jurídico.

Por el art. 75 inc. 22 se incorporan diversos tratados de derechos humanos en las condiciones de su vigencia esto es, en las condiciones que es interpretado por los órganos jurisdiccionales internacionales, a nuestro ordenamiento jurídico.

Y es allí donde encontramos la obligatoriedad de los jueces de no apartarse de la doctrina que emana de los Tribunales internacionales de Derechos Humanos.²

Pero veamos como se refleja esta sumisión en los distintos institutos del Derecho Administrativo conforme la propia jurisprudencia nacional e internacional.

Procedimiento Administrativo

En relación al procedimiento administrativo, el funcionario que emite un acto administrativo en el marco de un procedimiento administrativo, no solo debe efectuar un control de legalidad, de dicho acto, sino también de Constitucionalidad y de Convencionalidad.

Es decir, que debe corroborar que dicho acto administrativo este en un todo encuadrado dentro de las normas legales, disposiciones constitucionales y contenidos de los tratados

1 Ver "El Control de Convencionalidad", Albanese Susana y Otros, Ediar 2008

2 GIROLDI, Horacio D. y Otro. CSJN 07/04/1995. En el mismo sentido BRAMAJO, Hernán Javier s/Incidente de excarcelación. CSJN 12/09/1996 y más recientemente CARRANZA LATREBUSSE, Gustavo c/ ESTADO NACIONAL – Ministerio de Relaciones Exteriores – Provincia de Chubut CSJN 06/08/2013.

internacionales de derechos humanos suscriptos por el Estado en cuestión.

El debido proceso adjetivo constituye un principio de raigambre constitucional aplicable a toda la actividad del Estado que comprometa derechos, y deriva de la garantía de defensa consagrada en los arts. 18 de la Constitución Nacional Argentina y 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Si bien en tales disposiciones el principio parecería ser como una garantía unida al derecho penal, su extensión debe entenderse extendida a cualquier cauce formal y procedimental de actuación estatal.

En tal sentido, la regla del debido proceso expresa la idea más general de la prevalencia del Estado de Derecho, esto es, que las autoridades administrativas del Estado republicano y democrático se encuentran sometidas y subordinadas al ordenamiento jurídico establecido, el que regula y prescribe las formas de expresión de la voluntad pública.

La proyección y aplicación del debido proceso es múltiple, tanto como lo son las formas y modalidades que adquiere en la actualidad el procedimiento administrativo.

En general, todo acto administrativo que comprometa derechos requiere el conocimiento previo de los interesados, lo que supone el descargo, la prueba, la publicidad, la transparencia, la vista y el acceso irrestricto a las actuaciones, la motivación de los actos y el cumplimiento de los procedimientos especiales requeridos por la ley para determinados actos y decisiones.

En cualquier caso, no resultan admisibles las interpretaciones que proponen restringir o limitar indebidamente el alcance del debido proceso

y en ningún caso será legítimo prescindir de su observancia y cumplimiento.

No obstante encontrarse en un todo de acuerdo la doctrina, la jurisprudencia y las diversas legislaciones americanas la Comisión Interamericana de Derechos Humanos debió fijar posiciones³ sobre la aplicabilidad de las garantías del debido proceso en el ámbito del procedimiento administrativo, estableciendo la obligación de estos de contar con reglas claras en cuanto al accionar de los agentes administrativo y políticos a fin de evitar márgenes de discrecionalidad que puedan fomentar practicas arbitrarias y discriminatorias.

Asimismo, fijo estándares a ser aplicados en el procedimiento administrativo tales como el derecho a una revisión judicial amplia y suficiente, la aplicación del plazo razonable en las decisiones administrativas, la publicidad del actuar de la administración y a contar con asistencia legal.

Estándares fijados por el SIDH

En el ámbito del Sistema Interamericano de Derechos Humanos a sido clara la posición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a través de diversas sentencias sobre la aplicabilidad de las garantías del debido proceso en el entorno del procedimiento administrativo⁴ relacionado con los derechos que involucran a agentes estatales, de migrantes y de pueblos indígenas.

_____ En el caso Baena, Ricardo y Otros vs.

³ En WWW.CIDH.ORG ver OEA/Ser. L/V/II.129. Doc. 4 7 de septiembre 2007.

⁴ El art. 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos establece: "Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. (la negrita me pertenece).

Panamá, donde 270 empleados públicos fueron exonerados de sus cargos acusándolos de complotar en un golpe militar, ya que habían participado de huelgas y movilizaciones en defensa de sus derechos laborales que coincidieron con la asonada militar, en un principio a través de comunicaciones enviadas por orden del Presidente de la Republica y luego con fundamento en una ley especial posterior la que permitía un único recurso administrativo de reconsideración por ante el mismo funcionario que procedió a separarlo de su cargo y les fue aplicada retroactivamente, la CorIDH se manifestó sosteniendo que la aplicación de las garantías judiciales no se limitan exclusivamente a los recursos judiciales sino al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales (procedimentales) donde la actuación u omisión de los órganos estatales afecte derechos subjetivo o intereses legítimos de los administrados.

Asimismo sentencio que “Es un derecho humano el obtener todas las garantías que permitan alcanzar decisiones justas, no estando la administración excluida de cumplir con este deber. Las garantías mínimas deben respetarse en el procedimiento administrativo.....”.

Vemos claramente en este caso, en donde se debatían cuestiones de empleo publico el pleno control que efectúa la CorIDH, haciendo prevalecer su interpretación de la Convención y el control de convencionalidad sobre el procedimiento administrativo efectuado por la administración.

Otro caso en donde podemos observar un accionar en el mismo sentido por la CorIDH es el de Ivcher Bronstein vs. Perú.

El Sr. Bronstein, nacido en Israel, obtuvo la nacionalidad peruana a los fines de desarrollarse

como empresario televisivo en la República del Perú donde una ley impide a los extranjeros tener paquetes accionarios mayoritarios en los medios de comunicación.

En dicho canal televisivo, realizaba programas de investigación periodística donde intento presentar casos de corrupción gubernamental.

A los fines de que cesara en sus intentos de exponer este tipo de programas, La Dirección General de Migraciones y Naturalizaciones dejó sin efecto el título de nacionalidad peruana por no encontrar el expediente administrativo y sin ponerlo en conocimiento del Sr. Bronstein a fin que este pueda ofrecer, producir y controlar elementos probatorios y ser oído en el procedimiento administrativo.

En este caso, la CorIDH entendió que el proceso (procedimiento) administrativo por el que el Estado privó al Sr. Bronstein de la nacionalidad vulneró los derechos consagrados en los arts. 8.1 y 8.2 de la Convención Interamericana.

En otro caso, relacionado con el plazo en resolver administrativa una petición⁵ ya que el Estado llevaba 15 años sin responder la solicitud de reivindicación territorial ancestral de una comunidad indígena la CorIDH se expidió manifestando “En el presente caso la Corte ha sido llamada a pronunciarse sobre las alegadas violaciones a los derechos consagrados en los citados artículos en cuatro procedimientos sustanciados en sede interna, a saber: i) procedimiento de reconocimiento de líderes; ii) procedimiento de obtención de personalidad jurídica; iii) medidas de no innovar, y iv) procedimiento de reivindicación

⁵ Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. República del Paraguay con sentencia de 29 de marzo de 2006

de tierras (...) En consecuencia, en el presente capítulo la Corte analizará si dichos procedimientos se desarrollaron con respeto a las garantías judiciales y dentro de un plazo razonable, así como si constituyeron un recurso efectivo para asegurar los derechos de los recurrentes. Para ello, la Corte recuerda que el debido proceso legal debe respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier otro procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas...”.

Resulta interesante analizar el informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos⁶ en el caso de los sacerdotes Riebe Star, Baron Guttlein e Izal Elorz que eran los representantes de la diócesis de san Cristóbal de las Casas en el Estado de Chiapas, en México.

Los tres religiosos fueron conducidos por la fuerza al aeropuerto de Tuxtla Gutiérrez y fueron luego trasladados en un avión del Gobierno hasta el aeropuerto de la Ciudad de México, donde fueron sometidos a un interrogatorio político por parte de autoridades mexicanas de inmigración.

Las autoridades mexicanas comunicaron a los sacerdotes que no tenían derecho a ser asistidos por un abogado, ni a conocer los cargos en su contra, las respectivas pruebas, los nombres de quienes los acusaban o a ser defendidos en manera alguna. Finalmente, se les anunció que serían expulsados por “realizar actividades no permitidas por su status migratorio”.

A continuación, los sacerdotes fueron escoltados por agentes de migraciones e instalados en un vuelo con destino a los Estados Unidos. Recién a su arribo a ese país, recibieron un comunicado de la Secretaría de Gobernación de

⁶ www.cidh.org informe 49/1999, Caso 11.610 Loren Laroye Riebe Star, Jorge Baron Guttlein y Rodolfo Izal Elorz, México, 13 de abril de 1999.

México, en el cual les hacían saber las causas de la deportación y las imputaciones hechas por las autoridades migratorias de México.

En su decisión sobre este caso, la CIDH reconoció la necesidad de fijar estándares en materia de procedimientos administrativos basándose en los ya establecidos por la Corte Europea de Derechos Humanos, donde son de resaltar los conceptos vertidos en los párrafos 66, 67 y 69 que dicen:

“Por su parte, la Comisión Europea de Derechos Humanos ha establecido en términos generales que los derechos al debido proceso y a la defensa en juicio son aplicables a los procedimientos e investigaciones administrativas (...) Respecto a la amplitud de las garantías del debido proceso que deben observarse en el procedimiento administrativo, la Comisión ha notado coincidencia en la jurisprudencia de varios países. Por ejemplo, la Corte Constitucional de Colombia ha establecido en tal sentido que “toda actuación administrativa deberá ser el resultado de un proceso en el que la persona tuvo la oportunidad de expresar sus opiniones así como de presentar las pruebas que demuestren su derecho, con plena observancia de las disposiciones procesales que lo regulen (...) No menos interesante es la perspectiva del jurista Agustín Gordillo sobre el particular: El principio de oír al interesado antes de decidir algo que lo va a afectar, no solamente es un principio de Justicia, es también un principio de eficacia, porque indudablemente asegura un mejor conocimiento de los hechos y por lo tanto lo ayuda a una mejor administración, además de una más justa decisión...”

Concluyendo finalmente al decir que entendía que tal derecho debió incluir la opción de

los administrados de ser asistidos por un abogado o una persona de su plena confianza durante el procedimiento administrativo.

Por su parte, la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias también se ocupó de establecer estándares sobre los alcances del debido proceso legal en el procedimiento administrativo.

Así, en abril de 2001, en su Segundo Informe de Progreso⁷, se pronunció sobre la vinculación entre los derechos de los trabajadores migrantes y el debido proceso legal en sede administrativa en los siguientes términos:

“En todo trámite o procedimiento de índole no penal a que pueda verse sometido un trabajador migratorio, debe regir también un cierto quantum de debido proceso (...) en todos los casos en los que está en juego el goce efectivo de un derecho o un interés legítimo, las decisiones de la autoridad pública deben adoptarse sólo después de que el interesado sea debidamente escuchado por las autoridades (...)

Este principio de debido proceso, con este grado de flexibilidad, se aplica no sólo a las decisiones jurisdiccionales sino también a las que adoptan las autoridades administrativas en la esfera de su competencia...”

Como conclusión parcial, arribamos a que los estándares hasta aquí reseñados dan una clara postura del Sistema Interamericano sobre el procedimiento administrativo y la aplicación del control de los mismos a través de los contenidos de la Convención.

Es de señalar que los casos hasta aquí vistos

⁷ www.cidh.org Segundo Informe de Progreso de la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias en el Hemisferio (OEA/SER./l/v/i111 doc. 20 rev.), 16 abril 2001

son a mero modo ejemplificativo ya que es amplia la jurisprudencia de la CorIDH y de la CIDH en este mismo sentido.

Limitaciones a la discrecionalidad Estatal.

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos se pronunció en distinta oportunidad sobre la necesidad de poner limitaciones a la actuación discrecional de los Estados condicionando su actuación.

En el antes enunciado caso Baena, Ricardo y Otros vs. Panamá la CorIDH se manifestó recalcando que aun en materia administrativa la actuación discrecional del Estado tiene límites infranqueables siendo los Derechos Humanos uno de esos límites. Y siguiendo el mismo razonamiento conductor destacó la importancia que tiene la regulación del accionar administrativo a fin de reducir de evitar la invocación del denominado orden público y así evitar la reducción discrecional de los derechos de los administrados.

Otra clara muestra de la posición del Sistema Interamericano de Derechos Humanos en relación a la necesidad de limitar el accionar discrecional de la administración en todo procedimiento administrativo lo observamos en el caso de los Cinco Pensionistas⁸, donde estaba en juego la reducción del monto de los haberes jubilatorios de cinco pensionistas, que habían trabajado en la Administración pública de Perú, y la falta de acatamiento de las decisiones judiciales que ordenaron su pago conforme a su régimen originario de cálculo.

Aquí la CorIDH sostuvo que cualquier accionar que realice un Estado, interpretando su propia legislación, que pueda afectar

⁸ Caso Cinco Pensionistas vs. Perú. Sentencia del 28 de febrero de 2003. Serie C N° 98

intereses legítimos o derechos subjetivos de sus administrados debe realizarse en el marco de un procedimiento administrativo donde se respeten todos los derechos y garantías y que este accionar debe estar subordinado a las decisiones adoptadas por el Poder Judicial.

En otros casos⁹ destaco “in fine” que la ausencia de mecanismos o remedios procedimentales para apelar judicialmente una decisión administrativa es violatorio del régimen de los derechos humanos y que esta decisión debe ser tomada sobre la base de normas claras y objetivas que tiendan a restringir la esfera discrecional de la administración y que estas leyes no deben otorgar a los funcionarios que la apliquen una discrecionalidad amplia porque de esta manera se esta creando un espacio para la aparición de actos discriminatorios.

También la CIDH se manifestó en forma concurrente con esta posición de la CorIDH en el caso Perales Martínez, Eduardo vs. Republica de Chile¹⁰.

En este caso el peticionario presentó una denuncia a la CIDH contra la República de Chile por la presunta violación de los derechos a las garantías judiciales (artículo 8), libertad de pensamiento y expresión (artículo 13) y recurso judicial (artículo 25), juntamente con la violación de la obligación de respetar los derechos (artículo 1.1), previstos en la CADH. Dichas violaciones habrían sido ocasionadas a raíz de la desvinculación del peticionario del cuerpo de Carabineros de Chile en 1998, según éste, por haber contado un chiste crítico de dicha Institución.

⁹ Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. Republica Dominicana. Sentencia del 8 de septiembre de 2005. Serie C N* 130

¹⁰ CIDH, Informe N* 57/05, Petición 12.143, admisibilidad, Eduardo Perales Martinez. Chile, 12 de Octubre de 2005.

La Comisión en su informe de admisibilidad remarco y destacó que “El peticionario también alega la violación al derecho al debido proceso administrativo (...) La Comisión encuentra que los hechos del caso presentan importantes cuestiones sobre los límites de las decisiones discrecionales en un Estado de Derecho y su relación con la Convención Americana.

En particular, la Comisión analiza en la etapa de fondo respectiva, “si los parámetros establecidos por la Convención admiten que una decisión puramente discrecional, tomada por el Presidente de la República, a proposición del general Director de Carabineros, a dar de baja un oficial de Policía, puede validamente destituirlo cuándo afecta derechos individuales reconocidos bajo la Convención Americana y la Constitución chilena. ¿Tiene derecho un oficial de policía a un debido proceso en un procedimiento administrativo de carácter disciplinario - establecido por ley-, y el derecho a defenderse en contra de los cargos presentados? Y en caso de una respuesta afirmativa, ¿cuáles son las garantías requeridas para un debido proceso? Además, qué propósito tiene brindar garantías de debido proceso al acusado, si la última decisión sobre su remoción puede ser tomada por el Presidente, y ser puramente discrecional?”

Si bien, la Comisión admite que los Estados tienen la competencia de ejercer determinadas facultades discrecionales en el ejercicio de algunas de sus decisiones políticas de gobierno—por ejemplo, la designación y remoción de altos funcionarios de política como los Ministros de Despacho-, lo que determinará la Comisión en el presente caso es si, de acuerdo con la Convención Americana, pueden invocarse dichas facultades discrecionales para

afectar situaciones que involucran el ejercicio de derechos individuales (...).

Como podemos ver, a graves de las sentencias, e informes aquí reseñados, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos fijó estándares relativos al establecimiento de normas y pautas para la actuación de las autoridades estatales, limitando su accionar y la consagración del control que el mismo realiza sobre las diversas administraciones.

1.2. Elementos que componen el debido proceso/ procedimiento en sede administrativa.

1.2.1. Audiencia para la determinación de hechos y derechos

Esta debe ser previa al inicio de las actuaciones administrativas a los fines de permitir clarificar previamente cuales son los hechos acontecidos y el conocimiento de los administrados de cuales son los distintos derechos de los que goza e inclusive cuales son los derechos que se están poniendo en juego en el procedimiento administrativo a fin de permitir el pleno conocimiento de las imputaciones que se le efectúan y contar con plazos razonables para evacuar la prueba correspondiente y preparar y formalizar los correspondientes alegatos.

La CIDH en el informe de fondo del referido caso Loren Riebe y Otros¹¹ considero que la ausencia de dicha audiencia fue en contradicción a lo dispuesto por el art. 8 de la Convención Americana.

¹¹ Loren Laroye Riebe Star, Jorge Baron Guttlein y Rodolfo Izal Elorz, cit.

1.2.2. Derecho a representación legal

En el mismo informe antes mencionado la CIDH considero que la falta de asistencia legal de confianza en un procedimiento administrativo sancionatorio es violatorio del Art. 25 de la Convención Americana ya que se priva al administrado de estar en conocimiento de que cuenta con remedios judiciales expeditos y rápidos (Vg. Amparo, habeas data, etc.) que permiten evitar la violación de derechos y garantías.

1.2.3. Notificación previa sobre la existencia de un procedimiento

La posición del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y la necesidad e importancia de la existencia de este elemento en todo procedimiento administrativo podemos resumirla en el decir de la CIDH en el caso Ivcher Bronstein donde manifestó la configuración de violación del art. 8 de la Convención con el siguiente argumento: “En cuanto al artículo 8 de la Convención, la Comisión alegó que (...)...c) la privación del título de nacionalidad del señor Ivcher se efectuó en forma arbitraria. Para la emisión de la resolución que dejó sin efecto dicho título no se citó en ninguna oportunidad al señor Ivcher, éste no recibió comunicación previa y detallada del asunto sujeto al conocimiento de la autoridad, con información de los cargos correspondientes, no se le hizo conocer que el expediente de nacionalización se había perdido, ni se le requirió que presentara copias con el fin de reconstruirlo; tampoco se le permitió presentar testigos que acreditaran su posición; en suma, no se le permitió ejercer su derecho de defensa...” .

De esta manera, la CIDH destacó la importancia que posee la notificación previa sobre la existencia misma del proceso/procedimiento para el resguardo del debido proceso legal, y lo identificó como un componente esencial del procedimiento administrativo.

I.2.4 – El derecho a una decisión fundada

Este es otro de los elementos con los que debe contar todo procedimiento administrativo ya que todo acto administrativo que resuelve la pretensión de un administrado debe considerar expresamente la totalidad de las cuestiones propuestas, así como los argumentos que llevan al administrador a concluir en su decisión.¹²

En el caso Claude Reyes¹³ y otros, la CorIDH fue enfática en cuanto a la necesidad de que la Administración desarrolle los fundamentos de sus decisiones y los ponga a disposición de los administrados.

En el caso, la autoridad estatal se negó a resolver en forma satisfactoria una solicitud de información sin siquiera plasmar dicha denegatoria en una decisión escrita y debidamente fundada. Esta situación determinó que la Corte entendiera que tal actuar de la Administración resultó arbitrario y determinó la violación de la CADH.

La CIDH se expidió en el mismo sentido en los casos Elías Gatas Sahih¹⁴ y Jose Luis Tapia¹⁵.

¹² Conf. Procedimiento Administrativo. Agustín Gordillo – Mabel Daniele y Otros. Segunda edición Pág. 64.

¹³ Caso Claude Reyes y Otros vs. Republica de Chile Sentencia del 19 de septiembre de 2006. Serie C N° 151. párrafos 122 y 123 “in fine”.

¹⁴ CIDH, Informe N° 9/05, Petición 1/03, Admisibilidad, Elías Gattass Sahih, Ecuador, 23 de febrero de 2005

¹⁵ CIDH, Informe N° 21/04, Petición 12.190, admisibilidad, José Luis Tapia González y Otros, Chile, 24 de febrero de 2004

1.2.5. La publicidad de las actuaciones administrativas.

Este elemento fue considerado por la CorIDH en el citado caso “Claude Reyes y Otros vs. Chile” donde insto a la gestación de procedimientos administrativos tendientes a garantizar el acceso a la información que obra bajo el control del Estado y por la CIDH en el Informe sobre Terrorismo y derechos Humanos donde sostuvo que ...Otro aspecto adicional del derecho al acceso a la información es “la presunción de que todas las reuniones de los órganos gubernamentales son abiertas al público”. Esta presunción es aplicable a toda reunión en que se ejerzan poderes de toma de decisión, incluyendo las actuaciones administrativas, las audiencias de tribunales y los procedimientos legislativos. Toda limitación a la apertura de las reuniones debe estar sujeta a los mismos requisitos que la retención de información.

1.2.6. Cumplimiento por parte de la administración de plazos razonables.

Otro elemento al que el Sistema Interamericano de Derechos Humanos le ha conferido un papel relevante, es el derecho al plazo razonable del proceso administrativo.

En este sentido, es de destacar que existen circunstancias propias del diseño y el funcionamiento de los mecanismos de determinación de derechos, que tienen efecto directo sobre los mismos.

Así, resulta relevante la garantía de “tiempo razonable” aplicada a los procesos en los que se determinan derechos, pues resulta evidente que la

duración excesiva de los procesos puede causar un daño irreparable para el ejercicio de estos derechos, forzando al administrado (la parte mas débil) a transar o resignar la integridad de su derecho.

Tanto la CIDH como la Corte IDH han desarrollado las vinculaciones entre el debido proceso legal en sede administrativa y el derecho al plazo razonable de los procedimientos administrativos.

En su demanda en el caso “Comunidad indígena Yakye Axa del Pueblo Enxet-Lengua contra la República de Paraguay”¹⁰⁹, la Comisión hizo referencia a tal particular relación. En dicha oportunidad, la CIDH alegó que el Estado paraguayo no había garantizado el derecho de propiedad ancestral de la Comunidad indígena Yakye Axa y sus miembros, ya que desde 1993 se encontraba en trámite la solicitud de reivindicación territorial de la comunidad, sin que se hubiera resuelto esta situación lo que significó la imposibilidad de la comunidad y sus miembros de acceder a la propiedad y posesión de su territorio e implicó mantenerla en un estado de vulnerabilidad.

No olvidemos que para determinar la razonabilidad del plazo debemos tomar en cuenta tres variables y aplicarlas al caso en concreto, es decir, cual es el desempeño del administrado, la complejidad del caso y la diligencia del actuar administrativo.

1.2.7. La revisión judicial de las decisiones administrativas.

Un último elemento determinado por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos es la

obligatoriedad de la revisión judicial de las decisiones administrativas.

En este sentido es claro que la inexistencia, la falta de adecuación o la existencia de medidas o normas tendientes a trabar un libre y suficiente acceso a la impugnación judicial de las decisiones administrativas es violatorio de los arts. 8 y 25 de la Convención Americana.

Los estándares fueron determinados en el Sistema Interamericano en el caso de las niñas Yean y Bosico vs. Republica Dominicana y en el caso Loren Laroye Riebe Star y Otros vs. México en donde se concluyó en el primero de los casos que "...De acuerdo con la ley dominicana, existen dos vías procesales, la administrativa y la judicial, para la revisión de las resoluciones del Registro Civil sobre las declaraciones tardías. La vía administrativa se refiere a la revisión que realiza el Procurador Fiscal sobre las resoluciones del Registro civil, las cuales también pueden ser revisadas por la Junta Central Electoral. La segunda vía se refiere a la revisión que realiza el Juzgado de Primera Instancia. La Comisión considera que las dos vías son contradictorias e insuficientes, toda vez que no proveen la oportunidad de apelar una decisión negativa de las autoridades del Registro Civil de manera consistente con el artículo 8 de la Convención. Las madres de Dilcia y Violeta trataron de registrar los nacimientos de las niñas, pero sus solicitudes fueron rechazadas por oficiales del Registro Civil y a pesar de los esfuerzos de las demandantes, sus solicitudes nunca fueron revisadas por un tribunal competente (...) Del análisis de la documentación aportada en el trámite ante ella, la Comisión observó y concluyó que no existe en la legislación interna una disposición legal que

permita a un particular apelar la decisión que el Procurador Fiscal adopte en virtud del artículo 41 (vigente) ante un Juzgado de Primera Instancia, ya que de acuerdo con la Ley 659 sobre Actos del Estado Civil es el Procurador Fiscal quien está a cargo de presentar las declaraciones tardías ante el Juzgado de Primera Instancia y en el presente caso ello no sucedió (...)

El procedimiento establecido en el artículo 41 de la Ley 659 indica las etapas a seguir por parte de las autoridades en el supuesto de que se presenten los requisitos establecidos por la Junta Central Electoral; sin embargo, cabe señalar que ni este artículo, ni ningún otro, menciona cómo acceder a la instancia judicial de manera directa e independiente, en el caso que los demandantes deseen impugnar la decisión negativa del Procurador Fiscal. Por ello, la Comisión considera que la Ley 659 no contempla un recurso para acceder a un tribunal que permita revisar y corregir los actos de los oficiales administrativos...”.

En el segundo de los casos la CIDH también hizo hincapié en el derecho a la revisión judicial de las decisiones de las autoridades estatales.

Respecto a otros institutos que podemos encontrar, voy a realizar una breve mención por una cuestión de tiempo y espacio.

Ejecutoriedad del Acto Administrativo. – Régimen exorbitante e igualdad de armas

El Decreto Ley Nacional de Procedimientos Administrativos N° 19.549, dispone en su art. 12 que: “El acto administrativo goza de presunción de legitimidad; su fuerza ejecutoria (...) impide que los recursos que interpongan los administrados suspendan su ejecución y efectos, salvo que una norma expresa establezca lo contrario. Sin embargo, la Administración podrá, de oficio o a pedido de

parte y mediante resolución fundada, suspender la ejecución por razones de interés público, o para evitar perjuicios graves al interesado, o cuando se alegare fundadamente una nulidad absoluta.”

Esta norma que ha sido interpretada por gran parte de la doctrina y jurisprudencia nacional y Provincial como típica prerrogativa de la administración frente a los particulares.

Podemos llenar una inmensa biblioteca con los fallos que hablan en este sentido y los manuales y tratados que lo manifiestan como una verdad inamovible.

Pero, por otro lado tenemos el principio de “igualdad de armas” que surge de los arts. 8 y 24 de la Convención Americana de los Derechos Humanos que implica que el procedimiento y el proceso (aplicado al derecho administrativo) se debe construir en todas sus fases, instancias, etapas y tramites en forma equilibrada para las partes de modo que ninguna tenga ventaja sobre la otra.

Como vemos, la aplicación de este juego normativo nos lleva a que se amplía a tal punto las excepciones de tal forma que las transforma en principios.

De allí que la mera interposición de un recurso como principio suspende la fuerza ejecutoria del acto administrativo porque si bien la norma nacional determina que no lo suspende, la norma constitucional supranacional nos dice lo contrario.

Esto que parece tan claro tiene una conducta contraria por parte de la Administración y hasta donde sé, no tiene recepción jurisprudencial.

Poder de Policía.

En lo que hace a la regulación de los derechos individuales o colectivos por parte de la Administración, esto debe ser interpretado de manera más estricta a lo que se viene haciendo en los últimos años.

Si bien la parte orgánica de la Constitución permite al Poder Ejecutivo el dictado de reglamentos con sustancia legislativa como ser los reglamentos delegados del art. 76 o los famosos DNU del art. 99 inc. 3°, a fin de regular y/o restringir determinados derechos no podemos dejar de recordar principios básicos de la Convención Interamericana de Derechos humanos como los que surgen de los arts. 28¹⁶, 29¹⁷,

16 Artículo 28. Cláusula Federal

Cuando se trate de un Estado parte constituido como Estado Federal, el gobierno nacional de dicho Estado parte cumplirá todas las disposiciones de la presente Convención relacionadas con las materias sobre las que ejerce jurisdicción legislativa y judicial.

Con respecto a las disposiciones relativas a las materias que corresponden a la jurisdicción de las entidades componentes de la federación, el gobierno nacional debe tomar de inmediato las medidas pertinentes, conforme a su constitución y sus leyes, a fin de que las autoridades competentes de dichas entidades puedan adoptar las disposiciones del caso para el cumplimiento de esta Convención.

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

17 Artículo 29. Normas de Interpretación

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

a. permitir a alguno de los Estados partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;

b. limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o

30¹⁸ y 42¹⁹.

Este planteo no tiene recepción jurisprudencial, aun, pero esperemos que a corto plazo el poder judicial empiece a entender estas limitaciones.

Pero así como mencione 2 temas que no tienen recepción jurisprudencial, quiero comentarles algunos casos paradigmáticos de aplicación de los Tratados de derechos humanos en el ámbito del derecho administrativo argentino.

Alcance de la indemnización en la revocación unilateral de la administración

En el caso Rabinovich contra la Municipalidad de Vicente López, de 1997, el actor tenía un permiso de edificación otorgado para la construcción de una obra en la localidad de La Lucila, Partido

libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;

c. excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y

d. excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

18 Artículo 30. Alcance de las Restricciones

Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas.

19 Artículo 42

Los Estados partes deben remitir a la Comisión copia de los informes y estudios que en sus respectivos campos someten anualmente a las Comisiones Ejecutivas del Consejo Interamericano Económico y Social y del Consejo Interamericano para la Educación, la Ciencia y la Cultura, a fin de que aquella vele porque se promuevan los derechos derivados de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires.

de Vicente López el cual fue revocado en forma unilateral por la administración.

El Sr. Rabinovich pretendió la reparación integral, entendiendo por esta no solo el daño emergente sino también el lucro cesante.

La doctrina y jurisprudencia administrativa siempre sostuvo que en aquellos casos en donde por actividad lícita del Estado se producía un daño al administrado, debía indemnizarse el daño emergente

Más a partir de este caso, sentó en un extenso fallo dividido una doctrina diferente apoyada en normas de la Convención Interamericana.

“...si bien es cierto que “la responsabilidad por actividad lícita del estado tiene carácter complejo por ausencia de normas específicas que regulen la materia (...) no puede desconocerse que el derecho es uno, el edificio jurídico es único y coronado por la Constitución nacional y los Tratados Internacionales que revisten su misma jerarquía (art. 75 inc. 22 de la Carta Magna); estas normas supremas son el elemento aglutinante y la base sobre la cual reposa todo el ordenamiento legal (...) Así los arts. 14 y 17 de la Constitución nacional garantizan la inviolabilidad de la propiedad y concordantemente el art. 21 inc. 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos reafirma tal postulado esencial al expresar que “Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa (...) La amplitud con la cual la Corte nacional ha conceptualizado a la propiedad y la garantía de indemnización justa que acuerda el pacto de San José de Costa Rica a toda persona que es privada de sus bienes, constituyen el fundamento básico que legitima el principio de reparación integral, que incluye al “daño emergente” y “al

lucro cesante”, entendido este rubro, en su exacta acepción como la probabilidad objetiva, debida y estrictamente comprobada de las ventajas económicas justamente esperadas, conforme a las circunstancias del caso...”.

Amparo por mora.

El amparo por mora es un instituto del derecho administrativo por el cual, en el supuesto de incurrir en mora la administración, el administrado puede ocurrir a la justicia a fin que el juez ordene a la administración expedirse

En el caso Tumminiello, Eliseo c/ Superintendencia de Servicios de Salud, se estaba discutiendo el encuadramiento asistencial atento a que se le había prescrito un trasplante de medula ósea.

En el caso, la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal (Sala IV) entendió que: “...Frente a la gravedad de la situación planteada -en la que se halla en juego el derecho a la vida de la demandante, que encuentra protección en los tratados internacionales, cuya jerarquía constitucional fue reconocida en el artículo 75, inciso 22 del nuevo texto de la Carta Magna (Conf. Art. I de la Declaración Americana de los Derechos y deberes del Hombre, artículo 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; artículo 4° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos;; artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)- resultan claramente insuficientes los argumentos expuestos por el organismo público...”.

Reclamo Administrativo Previo

El reclamo administrativo previo, es un instituto del derecho administrativo por el cual ante un hecho o una omisión de la administración, previo a ocurrir ante el poder judicial, debe agotarse la instancia administrativa a través de la presentación de un reclamo administrativo.

En este caso, el Sr. Bejarano (actora) presento demanda por cobro de diferencias salariales, producto de su incorrecta liquidación, contra Fabricaciones Militares.

La Sra. Juez de 1ª Instancia tuvo por no habilitada la instancia judicial, en virtud que los actores no habían interpuesto reclamo administrativo previo sobre la base de lo dispuesto en los arts. 30, 31 y 32 de la LPA.

El Sr. Bejarano, apeló y la Sala IV de la Cámara Nacional en lo Contencioso administrativo revoco el fallo de la Juez de 1ª Instancia poniendo de relieve que:

“...los actores dedujeron la presente demanda con el objeto de obtener el pago de la deuda salarial que se habría generado como consecuencia de la incorrecta liquidación de sus haberes y de la indemnización que les fue abonada cuando concluyó su relación con la demandada...”

En virtud de lo cual, se indicó que “...a pesar de que no se encuentra previsto como excepción en el nuevo texto legal, resultaría claramente un ritualismo inútil exigir el reclamo administrativo previo en el caso de autos, toda vez que consta al tribunal -en atención a los numerosos procesos análogos ya resueltos- la reiterada negativa de la demandada a admitir la procedencia de planteos de este tipo (...) En este sentido, no puede dejar de recordarse que el exceso de rigor formal (...) resulta incompatible con las reglas del debido proceso y el adecuado servicio de justicia (Conf. C.S.J.N.,

doctr. de Fallos: 311:700 y 2177; 317:1579, entre otros), máxime atendiendo al derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en diversos tratados de jerarquía constitucional (conf. art. XVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre, art. 8° de la Declaración Universal de Derechos Humanos, y art. 8° del Pacto de San José de Costa Rica, arts. 8° y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

Para finalizar, trayendo a colación el citado caso “Palacios”, afirmando que: “(...) A este respecto es adecuado traer a colación que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la Organización de los Estados Americanos ha sostenido que el derecho a la tutela judicial efectiva ‘impide que el acceso a la justicia se convierta en un desagradable juego de confusiones en detrimento de los particulares. Las garantías a la tutela judicial efectiva y al debido proceso imponen una interpretación más justa y beneficiosa en el análisis de los requisitos de admisión a la justicia, al punto que por el principio pro actione, hay que extremar las posibilidades de interpretación en el sentido más favorable al acceso a la jurisdicción’ (conf. informe N° 105/99, caso 10.194, 29/9/99)...”

Silencio Administrativo

El silencio administrativo se encuentra regulado en el art. 10 del Decreto Ley 19549 y brevemente funciona con la interposición de un pronto despacho ante la inactividad de la administración efectuada por el administrado, cumplido los plazos pertinentes, el administrado puede considerar como denegado lo peticionado y en el supuesto de un recurso jerárquico considerar agotada la vía administrativa y poder ocurrir a la justicia a fin de

hacer valer sus derechos.

Tradicionalmente fue concebido como una garantía de los particulares frente a la administración, pero si nos detenemos un poco a reflexionar, vamos a ver que en realidad choca con los principios, derechos y garantías incorporados a nuestro régimen por los arts. 8.120, 2421, 25.122 y 25.2 de la Convención Americana de derechos humanos ya que permite a la administración expresarse en forma ficta o mejor dicho no expresarse y que ese no hacer sea considerado una negación a lo peticionado.

Ahora bien doctrinariamente tenemos en claro este choque normativo, pero como respondió el poder Judicial a esta interpretación? En autos

20 Artículo 8. Garantías Judiciales

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

21 Artículo 24. Igualdad ante la Ley

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

22 Artículo 25. Protección Judicial

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

2. Los Estados partes se comprometen:

a. a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;

b. a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y

c. a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

Transporte Servicor S.A. c/ Municipalidad de Lomas de Zamora manifestó que: "...Cabe descartar que el silencio de la comuna pueda interpretarse como una actividad capaz de constituir un medio apto para declarar su voluntad. Antes bien, tal proceder evidencia el incumplimiento del deber de pronunciarse en forma expresa y fundada frente al reclamo presentado (arts. 15, Const. provincial; 103, 108 y concs., Ord. Gral. 267/1980).

Esa actitud omisiva resulta, pues, violatoria del derecho de defensa de la reclamante, que se integra con el derecho a obtener una decisión no sólo motivada, sino también oportuna y que en el ámbito del procedimiento administrativo deviene una obligación de la Administración inherente al principio del debido proceso adjetivo que lo informa (art. 15 in fine de la Constitución provincial).

Doctrina posteriormente reiterada en autos "San José Sud Mouriño S.A. y otros c/ provincia de Buenos Aires (Dirección general de Rentas) s/ Amparo por mora", B 66.552, sentencia del 3 de noviembre de 2004, donde la Suprema Corte provincial estableció que: "...el derecho de petición" no se agota con el hecho de que el ciudadano pueda pedir, sino que exige una respuesta. Frente al derecho de petición se encuentra la obligación de responder. Ha de recordarse que en el artículo XXIV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre -cuya jerarquía constitucional le fue acordada en el artículo 75, inciso 22 del nuevo texto de la Carta Magna- al reiterarse el reconocimiento del derecho a peticionar a las autoridades, se impone a éstas el deber de una pronta resolución.

Licencias administrativas

Este caso en realidad dude de traerlo porque fue derogada la vieja ley 22.285 de radiodifusión.

En la misma, en el art. 45 se determinaba que, para poder concursar para obtener una licencia se requería ser persona física o sociedad comercial por lo que se excluía a las sociedades cooperativas, asociaciones civiles sin fines de lucro y asociaciones mutuales.

Aquí, la CSJN manifestó apoyándose en el art. 13 de Convención Americana de Derechos Humanos que:

Corresponde examinar si tal exclusión guarda proporción y aptitud suficiente con los fines que inspiraron el dictado de la ley 22.285 y si, de tal modo, puede compatibilizarse con las normas constitucionales referentes a la igualdad, la libre expresión, y los derechos de asociarse y de ejercer industria lícita (...) en tales condiciones, no se advierte la existencia de un interés superior que autorice a prohibir que la actora intervenga en un concurso público para normalizar su situación legal y poder, en el caso de ser seleccionada, ejercer su derecho a la libre expresión. Por lo que el párrafo primero del art. 45 de la ley citada y las normas dictadas en su consecuencia, en cuanto impiden que la demandante participe en concursos para la obtención de una licencia por no constituirse en una sociedad comercial, resultan violatorias de los arts. 14, 16, 28 y 75, inc. 23, de la Constitución Nacional y del art. 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos....”

CONCLUSIONES

A manera de conclusión me permito decir, que:

En primer lugar existe una falta o incompleta armonización de las legislaciones nacional e

internacional incorporada a la Constitución. Entiendo que el aparato estatal debe transformarse en cuanto a la producción normativa y la aplicación de los ordenamientos existentes, para impedir que las asimetrías jurídicas existentes puedan producir desigualdades de trato, tanto positivas como negativas, que puedan considerarse discriminatorias.

En segundo lugar, El Estado tiene el deber de a) aplicar la norma más beneficiosa para el particular, incluso aquella que sea más perjudicial para la administración.

En tercer lugar, el Estado al establecer distinciones y restricciones a los particulares debe hacerlo conforme los estándares internacionales establecidos para ello por los tratados y los tribunales internacionales.

En cuarto lugar, esto conlleva a que todo funcionario público sea este de carrera o político debe adecuar su accionar tanto a lo establecido en la Convención Interamericana de Derechos Humanos, como a las sentencias de la CorIDH, como a las recomendaciones de la CIDH so pena de hacer caer al Estado en responsabilidad internacional por violación de la misma.