

CAPÍTULO VI

FUENTES SUPRANACIONALES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

SUMARIO

I. <i>Introducción</i>	VI-1
1. El rango normativo	VI-1
1.1. Los antecedentes	VI-1
1.2. Resumen de la evolución a fines del siglo XX y comienzos del XXI	VI-3
1.3. Continuación. Los tratados o convenciones sobre integración económica	VI-6
1.4. La realidad económica y jurídica supranacional a fines del siglo XX y comienzos del XXI	VI-7
1.4.1. El conflicto entre derecho interno y supranacional. Los crímenes de lesa humanidad	VI-7
1.4.2. Un caso paradigmático	VI-8
1.4.2.1. <i>Male captus, bene detentus</i>	VI-9
1.4.2.2. Otros casos	VI-10
1.4.3. La interdependencia	VI-11
1.5. La interpretación de los pactos de derechos humanos	VI-11
1.6. Las soluciones amistosas o transacciones internacionales	VI-12
1.7. El arbitraje administrativo internacional	VI-13
2. Distintos tipos	VI-13
2.1. Tratados	VI-13
2.1.1. Con jurisdicción supranacional, internacional o extranjera	VI-13
2.1.2. Sin otra jurisdicción —para los individuos— que la interna	VI-14
2.2. El caso de la Convención Americana de Derechos Humanos	VI-14
2.3. Convención Interamericana contra la Corrupción	VI-16

2.4. La Convención Internacional contra el Soborno Transnacional (ley 25.319).....	VI-18
2.5. Otras fuentes.....	VI-18
3. Caracteres generales.....	VI-19
3.1. Derecho interno	VI-20
3.2. Derogación <i>ipso jure</i>	VI-20
3.3. Aplicación legislativa y jurisdiccional	VI-21
3.4. Carácter supranacional	VI-22
II. <i>Los principios supranacionales</i>	VI-24
4. Normas y principios supranacionales	VI-24
4.1. La cuestión de las sanciones por incumplimiento. La invalidación nacional	VI-24
4.2. La invalidación y condena pecuniaria supranacional	VI-25
4.3. Hacia la supremacía de la Convención y normas análogas y comunitarias	VI-26
4.4. La imperatividad de las normas y principios supranacionales	VI-26
4.5. La aplicación directa de las normas y principios supranacionales	VI-27
5. Los principios jurídicos supranacionales en general	VI-27
6. Los principios jurídicos constitucionales y supraconstitucionales ..	VI-28
7. La defensa en juicio como principio jurídico y sus aplicaciones	VI-29
8. El principio de razonabilidad. Introducción.....	VI-30
9. El debido proceso como control de las demás fuentes del derecho ..	VI-33
10. El principio del debido proceso como garantía adjetiva	VI-35
10.1. En materia de actos administrativos	VI-35
10.2. En materia de normas generales.....	VI-36
11. El debido proceso como garantía sustantiva	VI-37
12. Campo de aplicación.....	VI-38
13. El análisis de los hechos	VI-39
14. La búsqueda de la solución más razonable	VI-40
15. La racionalidad irracional de la burocracia.....	VI-41
16. Algunas conclusiones sobre el principio de razonabilidad como fuente del derecho administrativo.....	VI-42

Capítulo VI

FUENTES SUPRANACIONALES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

I. Introducción

1. *El rango normativo*

1.1. *Los antecedentes*

La pregunta que el lector se formula de inmediato es ¿por qué supranacionalidad?¹ ¿No es acaso la Constitución la primera y más importante de las fuentes, la cúspide del ordenamiento jurídico? Es una pregunta que se responde de a poco y satisfará solamente con el correr del tiempo.²

De acuerdo con el art. 31, “Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación.” En consecuencia, “puede afirmarse que, en principio, la sola aprobación de los tratados internacionales, de acuerdo con el procedimiento que establece la misma Constitución, incorpora a éstos al derecho interno de la Nación.”³

La Constitución de 1853/60 establecía un orden jerárquico dentro del ámbito de su competencia territorial, en consonancia a los tiempos de su dictado. Lo relativo a determinar si el contenido normativo del tratado pasaba a ser, sin

¹ Hay una primera cuestión terminológica: Algunos internacionalistas distinguen entre lo supranacional, que son normas superiores a sólo un número determinado de naciones (Unión Europea) y lo internacional, que serían normas universales. Pero la gran diversidad de las segundas ha obstado mucho en nuestro derecho interno a su reconocimiento y efectiva aplicación por los tribunales. Por ello, entre otras razones, preferimos por ahora concentrar la atención en lo supranacional, sin olvidar lo internacional. A lo largo del cap. se verán otros fundamentos de esta metodología. Conviene recordar, a su vez, que dentro de lo internacional se subdistingue lo imperativo que hace al orden público internacional (*ius cogens*), que se ha ido ampliando con el tiempo.

² La pregunta-objeción es de todo abogado medio en un curso de postgrado; la reacción dubitativa frente al planteo, también. Este cap. quiere mostrar la obsolescencia de esas dudas.

³ PTN, *Dictámenes*, 58: 222 (1956). Ver también BARBERIS, JULIO A., *Formación del derecho internacional*, Buenos Aires, Ábaco, 1994; JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, EDUARDO, *El derecho internacional contemporáneo*, Madrid, Tecnos, 1980.

otro requisito que el de la aprobación por el Congreso, legislación interna, había dado lugar a soluciones diversas⁴ según las particularidades que presentara la convención e incluso la ley de aprobación.

Cuando una ley ratifica un tratado por el cual se establecen reglas de derecho que se refieren exclusivamente a seres humanos individuales (derechos humanos) carecía de asidero pretender que la ratificación valía sólo frente a los demás Estados y no para los habitantes del país respectivo;⁵ la ley de ratificación transforma a esas proposiciones en normas jurídicas que también son internas.⁶

Pero es más, a partir de allí son ya derecho supranacional o aun orden público internacional,⁷ cuyo ámbito de aplicación y contenido se va extendiendo con el correr del tiempo y puede algún día llegar a cubrir el narcotráfico, el crimen organizado, el lavado de dinero y la corrupción,⁸ delitos estos que se hallan intervinclados según el preámbulo de la Convención Interamericana contra la Corrupción.⁹ Es el *ius cogens superveniens, in statu nascendi*. Ese desarrollo es constante. Nuestro país ha suscripto la convención internacional contra el soborno transnacional, que admite la jurisdicción de cualquier Estado parte sobre el lavado de dinero producto de tales delitos, sin importar el lugar de comisión

⁴ Dictamen citado y CSJN, *Fallos*, 150: 84, *S.A. Quebrachales Fusionados*, 1928.

⁵ Aunque, bueno es recordarlo, la legitimación abarca a “Cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados Miembros,” quienes pueden actuar “en su propio nombre o en el de terceras personas,” art. 26 del reglamento de la Comisión; art. 44 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Ver en tal sentido HITTERS, JUAN CARLOS, *Derecho internacional de los derechos humanos*, t. II, *Sistema Interamericano*, Buenos Aires, Ediar, 1993, p. 335; ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL; ALAGIA, ALEJANDRO y SLOKAR, ALEJANDRO, *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, EDIAR, 2000, § 15, III, 4; MAIORANO, JORGE, escrito publicado en *RAP*, 218: 60 (Buenos Aires). También amplían la legitimación el art. 22 inc. 2° y el art. 23 del reglamento de la Corte. Esta amplia legitimación supranacional torna ociosas las dudas sobre el alcance de la legitimación interna en el art. 43; dudas que en todo caso la jurisprudencia ha disipado, tal como explicamos, *infra*, t. 2, *op. cit.*, cap. II, http://gordillo.com/pdf_tomo2/capitulo2.pdf y III, http://gordillo.com/pdf_tomo2/capitulo3.pdf.

⁶ Había seguido este criterio ALTAMIRA, PEDRO GUILLERMO, *Curso de derecho administrativo*, *op. cit.*, p. 63. Hoy es uniforme el criterio de la aplicación directa: ZAFFARONI, *op. cit.*, § 15, III, 6 y ss., pp. 196-8; ello es más así en el caso del derecho internacional de los derechos humanos. Ver también LILICH, RICHARD B. y NEWMAN, FRANK C., *International Human Rights*, Boston, Little, Brown and Co., 1979; BUERGENTHAL, THOMAS, *International Human Rights*, St. Paul, Minnesota, West Publishing Company, 1988 y sus referencias; GROS ESPIELL, HÉCTOR, *Estudios sobre derechos humanos II*, Madrid, Civitas, 1988, p. 299 y ss., esp. 312; MONROY CABRA, MARCO GERARDO, *Solución pacífica de controversias internacionales*, Santafé de Bogotá, Biblioteca Jurídica Diké, 1996. Lo expuesto es una regla general que no empece a la existencia de miles de normas internacionales de diverso contenido, como explica BARBERIS, *op. cit.*, pp. 19-65.

⁷ Es el caso del denominado “*jus cogens*,” “derecho internacional imperativo,” etc.: ZUPPI, ALBERTO LUIS, “El derecho imperativo (“*jus cogens*”) en el nuevo orden internacional,” *ED*, 147: 863; BARBERIS, *op. cit.*, p. 54 y ss.; JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, *op. cit.*, p. 78 y ss.

⁸ La convención contra el soborno transnacional y su lavado de dinero admite la jurisdicción de todos los Estados; igual solución en nuestro Código Penal, art. 279, inc. 4°. Ello pareciera ubicarlos como crímenes de lesa humanidad. Ampliar *infra*, § 1.4.1, p. 7.

⁹ Ver nuestro art. “Un corte transversal al derecho administrativo: la Convención Interamericana Contra la Corrupción,” *LL*, 1997-E, 1091, <http://gordillo.com/articulos/art9.pdf>.

del hecho.¹⁰ Nuestra legislación interna establece el mismo principio de jurisdicción universal de cada Estado sobre hechos acaecidos fuera del territorio donde podrán ser juzgados.¹¹

1.2. Resumen de la evolución a fines del siglo XX y comienzos del XXI

En realidad, desde hace décadas el país celebra contratos de crédito externo sujetos a la jurisdicción extranjera;¹² el proceso ha continuado acentuándose¹³ y en la actualidad hay un verdadero orden económico-financiero internacional;¹⁴ en 1983 el país suscribió la Convención Americana de Derechos Humanos y se sometió a la jurisdicción supranacional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Por ello en 1990 ya precedimos a la Constitución, en el orden de prelación de las fuentes, por la Convención Americana de Derechos Humanos.¹⁵

En 1992 la CSJN inició otro importante camino, que continúa desarrollando, de reconocimiento del orden supranacional en el derecho interno. (*Ekmekdjian*, 1992, *Fibraca*, 1993, *Hagelin*, 1993, *Giroldi*,¹⁶ 1995, *Arce*,¹⁷ 1997, *Petric*, 1998, *Dotti*, 1998, *Sánchez Reisse*, 1998, *Alianza “Frente para la Unidad”*, 2001, *Portal de Belén*, 2002, *Videla*, 2003, *Espósito*, 2004, *Arancibia Clavel*, 2004, *Simon*, 2005, *Rodríguez Pereyra*, 2012.) En 1994, continuando este desarrollo de derecho interno,¹⁸ la Constitución lo consagra claramente, aunque no emplea expresamente

¹⁰ Ley 25.319, art. 7°.

¹¹ Ley 25.246, art. 4°, inc. 4°. Todas estas modificaciones son percibidas en el derecho interno como asistemáticas al derecho penal liberal conocido y, además, potencialmente peligrosas. Ver p. ej. ZAFFARONI, *op. cit.*, § 15, II, 1 a 17, pp. 186-94. Pero ya no son accidentes de la historia, al menos a nuestro modo de ver.

¹² Nuestro art. “El contrato de crédito externo,” reproducido en nuestro libro *Después de la reforma del Estado*, Buenos Aires, FDA, 1998, 2ª ed., cap. IV.

¹³ En ocasiones el país ha sido demandado en el exterior por violación a los derechos humanos y ha llegado a la conclusión de que debía transarlos o perderlos: caso *Blake v. República Argentina*, California, 1984 y 1996. Hoy en día el país contesta las demandas en el extranjero, aceptando entonces la jurisdicción.

¹⁴ Según lo explicamos *supra*, cap. IV, http://gordillo.com/pdf_tomo1/capituloIV.pdf; ver y comparar ZUPPI, ALBERTO LUIS, “La noción de soberanía en el nuevo orden internacional,” *ED*, 151: 781; “La inmunidad soberana de los Estados y la emisión de deuda pública,” *LL*, 1992-D: 1118.

¹⁵ “La supranacionalidad operativa de los derechos humanos en el derecho interno,” *LL Actualidad*, 17-IV-1990, reproducido en *LL*, 1992-B, 1292; antes reproducido en *Derechos Humanos: 1990, 1992, 1996, 1997, 1999*, cap. III.

¹⁶ *Fallos*, 318: 514, *LL*, 1995-D, 462 y *RAP*, 215: 151 (Buenos Aires, 1996), con nuestra nota “La obligatoria aplicación interna de los fallos y opiniones consultivas supranacionales” y en *Cuadernos de Fundejus*, año 3, n° 3, Buenos Aires, 1995, p. 23 y ss.; reproducido en *Estudios Jurídicos en Memoria de Alberto Ramón Real*, Montevideo, FCU, 1996, p. 265 y ss. La solución se reitera en *Bramajo, DJ*, 1997-2, 195. También lo hemos recordado en “Decláranse insanablemente nulas las Leyes 23.492 y 23.521,” *LL*, 2003-E, p. 1.506.

¹⁷ *LL*, 1997-F, 697 con nuestra nota “Los derechos humanos no son para, sino contra el Estado,” *LL*, 1997-F, 696, reproducida en *Cien notas de Agustín*, Buenos Aires, FDA, 1999, § 76, pp. 165-71.

¹⁸ Se admite también la jurisdicción extranjera para algunos delitos (p. ej., CP, art. 279, inc. 4°) y hemos adherido por ley a la creación de la Corte Penal Internacional. El proceso continúa, pues y, además, se profundiza. Ver también ZUPPI, *Jurisdicción universal para crímenes contra el derecho internacional*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2002.

el orden de jerarquía de las normas que aquí mencionamos. Pero el camino elegido normativamente no está sujeto a dudas de ninguna índole, como lo demuestran posteriores tratados contra la corrupción que aceptan expresamente la jurisdicción extranjera por hechos cometidos en cualquiera de los países signatarios.

El derecho internacional público había sentado la superioridad de sus normas (*ius cogens*) sobre el derecho interno;¹⁹ ahora empieza a admitirlo el derecho interno, ante la presión internacional. Más aun, nuestros tratados bilaterales de promoción de inversiones extranjeras autorizan al inversor a someter sus diferendos a un tribunal arbitral internacional,²⁰ el cual aplicará las normas locales “y los principios pertinentes del derecho internacional.”²¹ Esto constituye una clara prelación de los principios tradicionales y contemporáneos comunes a todo sistema jurídico, por sobre eventuales normas concretas que se le opondan.²²

La Constitución de 1994 reconoce, como mínimo, su propio nivel constitucional a diversos tratados de derechos humanos (art. 75 inc. 22), algunos de los cuales admiten expresamente la jurisdicción extranjera: Así los referidos al genocidio²³ o a la tortura, art. 5°;²⁴ o posteriormente el relativo a la corrupción.²⁵

¹⁹ Ver y comparar ZUPPI, “El derecho imperativo (“*ius cogens*”) en el nuevo orden internacional,” *ED*, 147: 863; “La noción de soberanía en el nuevo orden internacional,” *ED*, 151: 781; “La prohibición «*ex post facto*» y los crímenes contra la humanidad,” *ED*, 131: 765.

²⁰ Tema que ha tenido una vasta bibliografía. Entre otros, uno de los primeros trabajos en la materia ha sido nuestro cap. XVII del t. 2, *La defensa del usuario y del administrado*, Buenos Aires, FDA, 1998, 3ª ed.; luego “El arbitraje administrativo nacional e internacional,” en CARELLO, LUIS ARMANDO (dir.), *Derecho constitucional y administrativo*, t. 1, Rosario, Juris, 1999, pp. 12-85, más tarde reproducido y ampliado en las diferentes ediciones ulteriores del t. 2., *La defensa del usuario y del administrado*, de las cuales la última local fue la 9ª ed., Buenos Aires, FDA, 2009, cap. XVIII, “El arbitraje administrativo internacional,” http://gordillo.com/pdf_tomo2/capitulo18.pdf; GONZÁLEZ CAMPAÑA, GERMÁN, “La rescisión y modificación unilateral de los contratos administrativos frente a los tribunales arbitrales del CIADI,” en GORDILLO (dir.), *El contrato administrativo en la actualidad*, Buenos Aires, La Ley, 2004, pp.159-169; TAWIL, GUIDO SANTIAGO, “Los conflictos en materia de inversión, la jurisdicción del CIADI y el derecho aplicable: a propósito de las recientes decisiones en los casos *Vivendi*, *Wena* y *Maffezini*,” *LL*, 2003-A, 914; “Los tratados de protección y promoción recíproca de inversiones. La responsabilidad del Estado y el arbitraje internacional,” *LL*, 2000-D, 1106; PANELO, SANTIAGO, “La protección de las empresas privatizadas prestadoras de servicios públicos bajo los Tratados Bilaterales de Inversión,” *LL*, 2003-E, 1482.

²¹ Así la ley 25.352, tratado con Sudáfrica, art. 9°, inc. 4°, primer párrafo *in fine*.

²² Ver nuestra *Introducción al derecho*, publicada como *e-book* en <http://gordillo.com/iad.html>, y también en Buenos Aires, La Ley, 2007, así como en el t. 5 de esta obra, <http://gordillo.com/tomo5.html> y Londres, Esperia, 2003, en inglés, <http://gordillo.com/aitl.html> y francés, <http://gordillo.com/uiad.html>.

²³ ZUPPI, *Jurisdicción universal...*, *op. cit.*, y sus referencias.

²⁴ En su virtud diversos países tramitan procesos en el exterior a ciudadanos o residentes argentinos: Francia, España, Italia, etc. Es de recordar que nuestra ley 23.097 equipara la pena por la tortura a la del homicidio.

²⁵ Convención Interamericana contra la Corrupción, 1997, art. V; podemos estar aquí ante un naciente *ius cogens superveniens, in statu nascendi*, como lo puntualiza para el narcotráfico JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, *op. cit.*, p. 84; algo adelanta en su mayor severidad la Convención de Viena sobre estupefacientes, aprobada por ley 24.390, que nuestra CSJN declaró constitucional en *Arana*, *ED*, 166: 338, con nota de BIDART CAMPOS, GERMÁN J., *ED*, 166: 339, “La exclusión de ciertos delitos para el beneficio del tope legal en la prisión preventiva,” en igual sentido TOral Criminal Federal,

La ley 25.319 aprueba la convención internacional contra el soborno transnacional, cuyo art. 7° reconoce jurisdicción a cualquiera de las partes signatarias para juzgar tales delitos de funcionarios públicos extranjeros, “sin tener en cuenta el lugar en que ocurrió el cohecho” (“*without regard to the place where the bribery occurred*”).

Es pues un principio internacional y argentino de extraterritorialidad de la ley penal.²⁶ La solución es menos novedosa de lo que parece, pues ya nuestro derecho penal clásico admitía que la falsificación de moneda argentina realizada en el exterior se regía por la ley y la jurisdicción del lugar de producción de sus efectos y no por el lugar de comisión del delito.

Diversos tratados bilaterales de promoción y protección recíproca de inversiones autorizan el sometimiento a arbitraje de los reclamos de los inversores, lo que excluye la jurisdicción nacional en favor de la internacional; en esos tratados también se establecen normas de derecho sustantivo, p. ej. prohibiendo las nacionalizaciones de bienes extranjeros.²⁷

La Constitución admite también la cesión de poderes en los acuerdos de integración (art. 75 inc. 24), lo cual da carácter normativo supranacional a la miriada de normas del MERCOSUR y otros; ello incluye las normas de segundo grado en los tratados, como lo admitió la Corte en *Cafés La Virginia S.A.*²⁸ y *Dotti*.²⁹

Admite así el carácter supralegal y para nosotros supranacional de los tratados y sus normas derivadas, algunos de los cuales también reconocen inequívocamente la inexistencia de soberanía (Tratado Antártico),³⁰ llegando —en su máxima expresión actual— a la admisión de una jurisdicción internacional para ciertos crímenes de lesa humanidad³¹ y extranjera para otros ilícitos.

Tucumán, *Tondato, LL*, 1998-E, 739 (año 1996), con nota en contra de DE LA FUENTE, JAVIER ESTEBAN, *LL*, 1998-E, 738. “¿Es constitucional el art. 10 de la ley 24.390?” Ver también ZUPPI, “La Convención Interamericana contra la Corrupción,” en ABREGÚ, MARTÍN y COURTIS, CHRISTIAN (Compiladores), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, CELS, Buenos Aires, Editores del Puerto S.R.L., 1997, p. 201 y ss.

²⁶ Comp. un distinto enfoque valorativo en ZAFFARONI, *op. cit.*, § 15, II, pp. 186–194, que a nuestro juicio lleva demasiado lejos en § 17, IV, 3, p. 234: “la *corrupción*, que afecta la seguridad de inversión productiva, no puede controlarse sino mediante el restablecimiento efectivo de instituciones democráticas que abran espacio social a los excluidos.” Esta frase pertenece al acápite “La contradicción irracional de la legislación penal de la globalización: la descodificación penal.”

²⁷ En varias decenas de tratados el país presta su “consentimiento irrevocable” al arbitraje del C.I.A.D.I., Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, creado por el “Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a las Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados,” para las inversiones extranjeras. Ampliar *infra*, t. 2, *op. cit.*, cap. XVII, “El arbitraje administrativo nacional,” http://gordillo.com/pdf_tomo2/capitulo17.pdf y cap. XVIII, “El arbitraje administrativo internacional,” http://gordillo.com/pdf_tomo2/capitulo18.pdf.

²⁸ *LL*, 1995-D, 277 (10-X-94).

²⁹ *DJ*, 1998-3, 233 (7-V-98).

³⁰ Así el decreto-ley 22.584/82, Convención sobre la conservación de los recursos marinos vivos antárticos, que no obstante la reserva argentina importa una resignación de soberanía.

³¹ ZUPPI, “El derecho imperativo («*ius cogens*») en el nuevo orden internacional,” *op. cit.*, nota 57 y texto; *Jurisdicción...*, *op. cit.*

Las soluciones y opiniones consultivas de los órganos de aplicación de los tratados son consideradas derecho interno por la Corte (*Giroldi*;³² *Arce*³³).

Igualmente, los acuerdos transaccionales o “soluciones amistosas”³⁴ que el país celebra en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos producen importantes mutaciones del derecho interno. Y ciertamente es mejor transar a tiempo, antes que perder luego en la Corte como nos pasó en *Garrido y Baigorria*.³⁵

El proceso continúa: una mala decisión jurídica, política o económica en violación al orden internacional puede costarnos puntos en la tasa de interés de nuestra deuda externa, reducción de inversiones, etc., con efecto multiplicador. No es gratis violar el derecho supranacional: Hay sanción económica, como mínimo.

1.3. *Continuación. Los tratados o convenciones sobre integración económica*

El tema de los tratados se vincula con la cuestión de la existencia y alcances de un derecho comunitario latinoamericano y también con la observación de qué pasa en la Unión Europea, pues ella nos muestra, como otras veces, un seguro camino. Los fallos europeos comienzan a campear en nuestra jurisprudencia³⁶ y pronto veremos que la jurisprudencia europea de derechos humanos será equiparable a la americana en cuanto fuente de derecho interno.

La integración económica no formaba parte de las estrategias nacionales reales y era común acordar a estos pactos el carácter de un tratado-marco, faltándoles el sentido dinámico de los tratados de la comunidad europea. Se seguía de ello que la Corte Suprema interpretara que un tratado posterior no prevalecía sobre leyes nacionales anteriores, solución hoy abandonada. Los instrumentos jurídicos latinoamericanos comunitarios carecían pues de la vigencia jurídica que algunos intentaban darle, pero ello cambió en *Cafés La Virginia S.A.*³⁷ y la Constitución de 1994 y se reafirmó posteriormente. (*Dotti*).³⁸ La discusión europea entre los partidarios de los derechos nacionales soberanos y los sostenedores de la tesis del cuasi-federalismo llega a nosotros resuelta de antemano, como luego veremos,

³² *Giroldi, LL*, 1995-D, 462; *Fallos*, 318: 514.

³³ *Arce, LL*, 1997-F-696, con nota “Los derechos humanos no son para, sino contra el Estado;” reproducida en *Cien notas...*, *op. cit.*, § 76, p. 165.

³⁴ *Birt, Verbitsky, Maqueda*. La “solución amistosa” se halla prevista en el art. 48, inc. 1º, apartado A, del Pacto y en el art. 45 del reglamento. Para más detalles del segundo caso ver VERBITSKY, HORACIO, *Un mundo sin periodistas*, Buenos Aires, Planeta, 1997, pp. 232-41.

³⁵ CURIEL, ALICIA y GIL DOMÍNGUEZ, ANDRÉS, “Corte Interamericana de Derechos Humanos: el primer fallo contra el Estado argentino,” *Revista Jurídica del Centro de Estudiantes*, 8: 36 (Buenos Aires, 1996); CURIEL, “Corte Interamericana de Derechos Humanos: el caso Guillermo José Maqueda c/República Argentina,” *LL*, 1997-E, 515.

³⁶ Así, el camino iniciado por el voto de BOGGIANO en *Cafés La Virginia S.A.*, *LL*, 1995-D, 277 (1994), fue cristalizándose en las valoraciones del máximo tribunal. En la actualidad, no caben dudas de que “La jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos constituye una pauta valiosa de hermenéutica de los tratados internacionales,” tal como expresamente se reconoció en CSJN, *Fallos* 328: 1491, *Llerena*, 2005.

³⁷ CSJN, *LL*, 1995-D-277.

³⁸ CSJN, *Fallos*, 321-1: 1226, cons. 8º y 9º.

pero fluye también naturalmente de la aceptación en 1983 del Pacto de San José de Costa Rica y su jurisdicción supranacional y de los progresos en materia de integración, como es el caso del Mercosur.

Ciertamente, el paso interno de mayor significación ha sido el reconocimiento constitucional en 1994 tanto de los tratados de derechos humanos como de los de integración; externamente hay datos previos de mayor trascendencia, como es el sistema económico y financiero internacional.

1.4. *La realidad económica y jurídica supranacional a fines del siglo XX y comienzos del XXI*

1.4.1. *El conflicto entre derecho interno y supranacional. Los crímenes de lesa humanidad*

El estudioso del derecho local puede encontrar dificultades para aceptar la supremacía del derecho supranacional convencional³⁹ sobre el derecho constitucional interno. Pero ya en 1932 la Corte Permanente de Justicia declaró que un Estado no puede aducir “su propia constitución para evadir obligaciones incumbentes para el derecho internacional o para los tratados en vigor.”⁴⁰

Nuestra Constitución peca de ambivalencia cuando ubica a los tratados por encima de las leyes —no, al menos no expresamente, de la Constitución—⁴¹ pero acepta la cesión de competencia y jurisdicción a órganos supranacionales; también admite la jurisdicción extraterritorial para juzgar los delitos cometidos contra el derecho de gentes. El art. 118 reconoce el principio de orden público internacional (*jus cogens*), conforme al cual nuestros tribunales tienen jurisdicción *extraterritorial* para juzgar *aquí* delitos contra el derecho de gentes cometidos *fuera* de nuestro territorio. Esto conlleva tanto la obligación del Estado de defender esa competencia, como que por “razones de reciprocidad y para preservar dicha jurisdicción, la rama ejecutiva del gobierno”⁴² —y también la judicial, agregamos nosotros— “no debe oponerse a que tribunales extranjeros ejerzan su competencia extraterritorial cuando se trata de juzgar precisamente aquellos delitos a los que se refiere el art. 118 de la constitución.”

Nuestro país reconoce normativamente a la corrupción de sus funcionarios públicos y el consecuente lavado de dinero como delitos de lesa humanidad.⁴³

³⁹ Con el aditamento del denominado derecho de gentes que menta el art. 118 de la Constitución y el art. 21 de la ley 48.

⁴⁰ Caso *Danzig*, cit. en ZUPPI, “El derecho imperativo («jus cogens») en el nuevo orden internacional,” *op. cit.*, nota 26; luego 1935 en *Comunidades Greco-Búlgaras o Minority Schools in Albania*, ZUPPI, *op. cit.*, nota 27 y texto.

⁴¹ Comp. el desarrollo que hace GELLI, MARÍA ANGÉLICA, *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada*, Buenos Aires, La Ley, 2008, 4^ª ed.

⁴² COLAUTTI, CARLOS E., “El art. 118 de la Constitución y la jurisdicción extraterritorial,” *LL*, 1998-F, 1100.

⁴³ El narcotráfico y la corrupción son delitos de lesa humanidad *in statu nascendi*; el soborno transnacional y el lavado de dinero de ese origen tienen reconocida la jurisdicción universal (tanto

Siguiendo el precepto constitucional, la ley 25.246 establece en su art. 4º, inc. 4º, “Las disposiciones de este capítulo regirán aun cuando el delito precedente hubiera sido cometido fuera del ámbito de aplicación especial de este Código, en tanto el hecho precedente también hubiera estado amenazado con pena en el lugar de su comisión.”⁴⁴ Es el principio de extraterritorialidad jurisdiccional que tiene la convención internacional contra el soborno transnacional de funcionarios públicos nacionales o extranjeros y el lavado de dinero proveniente de esos delitos. Si bien es inconcebible un conflicto interpretativo entre las normas supranacionales y la Constitución,⁴⁵ cabe estar a favor del desarrollo progresivo de los derechos humanos y de la jurisdicción universal para su tutela.⁴⁶

En la medida que los tratados amplían la esfera de derechos de los individuos y los derechos de incidencia colectiva garantizados en la primera parte de la Constitución, no se contraponen a ella sino que la complementan.⁴⁷ En cuanto al juzgamiento de crímenes de lesa humanidad, la jurisdicción extranjera y universal parece un principio reconocido; la lista de delitos sometidos a jurisdicción extranjera y universal se extiende. La más reciente expansión es la ley 25.319 aprobando el tratado internacional contra el soborno transnacional, que consagra la jurisdicción universal.⁴⁸ La corrupción transnacional y su lavado de dinero son, pues, crímenes de lesa humanidad.

1.4.2. *Un caso paradigmático*

En el país hoy más importante del mundo existen quienes expresan similares dudas. Estados Unidos aplica a sus habitantes la jurisdicción norteamericana

en nuestro CP, art. 279 inc. 4º, como en el convenio internacional contra el soborno transnacional), lo cual es una de las notas distintivas de los delitos de lesa humanidad *stricto sensu*.

⁴⁴ Con esta ley queda redactado de ese modo el art. 279, inc. 4º del Código Penal.

⁴⁵ Como explica ZAFFARONI, una lectura correcta y garantizadora de nuestro texto constitucional lo hace compatible con el desarrollo universal de los derechos humanos: “La Convención Americana sobre Derechos Humanos y el sistema penal,” *RDP*, 2: 61. (Buenos Aires, 1987.)

⁴⁶ *Derechos humanos*, Buenos Aires, FDA, 1999. PESCATORE destaca que: “Es en el momento de prepararse para ratificar los tratados cuando cada Estado ha debido o deberá considerar y resolver los problemas de tipo constitucional que se le planteen. Cada uno es dueño de la solución que les dé; pero una vez que se ha aceptado el compromiso internacional con toda libertad, hay aquí un hecho histórico sobre el que ya no es posible volver.” “Jurídicamente no hay, pues, vuelta atrás en la Comunidad. No está permitido poner de nuevo en tela de juicio los compromisos una vez asumidos; no está admitido nacionalizar de nuevo los sectores que han pasado ya bajo la autoridad de la Comunidad.” Del mismo modo, el art. 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados establece que “una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.” Esta cuestión también la hemos explicado en “La creciente internacionalización del derecho...” *op. cit.*

⁴⁷ Esta discusión se ve clara en materia de amparo, que tratamos en *Derechos Humanos, op. cit.*, 1999, 4ª ed., cap. XII, “Un día en la justicia. Los amparos de los arts. 43 y 75 inc. 22 de la Constitución,” reproducido en ABREGÚ y COURTIS, *op. cit.*, p. 201 y ss. Ver también *infra*, t. 2, *op. cit.*, cap. II, http://gordillo.com/pdf_tomo2/capitulo2.pdf y III, http://gordillo.com/pdf_tomo2/capitulo3.pdf.

⁴⁸ Lo refuerza la ley 25.390, adhiriendo a la jurisdicción de la Corte Penal Internacional. Ampliar en ZUPPI, *Jurisdicción universal...*, *op. cit.*

incluso por los actos de corrupción cometidos en el extranjero;⁴⁹ no es parte del Pacto de San José para no quedar sometido a la jurisdicción de la Corte de Costa Rica,⁵⁰ ni todavía la convención sobre el derecho del mar, por razones de contenido y de jurisdicción. Ejerce su jurisdicción sobre crímenes cometidos en el extranjero —al igual que nosotros con el derecho de gentes por el art. 118 de la Constitución— y además admite la captura internacional del inculcado.⁵¹

1.4.2.1. Male captus, bene detentus

Algo que, dicho sea de paso, también hemos hecho nosotros con *Pico*⁵² y otros en Brasil, *Gorriarán Merlo* en México, etc., previo acuerdo entre los servicios. Es el principio *male captus, bene detentus*: el reo ha sido mal capturado en su país de residencia (*Noriega* en Panamá, *Eichmann* en Argentina, etc.), pero está bien detenido en el país que lo capturó en el extranjero y le aplica su jurisdicción: *Alvarez Machaín*.⁵³ Mas allá de la dogmática jurídica,⁵⁴ cabe advertir la importancia que en EE.UU. tienen los hechos mencionados en la nota 1 del fallo⁵⁵ y en el primer párrafo de éste (el conjunto potenciado de narcotráfico, corrupción, crimen organizado, tortura y muerte, etc., todo en un caso) y su cotejo con *Noriega* en Panamá, *Eichmann* para Israel, *Argoud* para Israel y Alemania, *Ramírez* —(a.) “Carlos”— para Francia, etc. (Los casos de genocidio, claro está,

⁴⁹ Se trata de la ley sobre prácticas corruptas en el extranjero, *Foreign Corrupt Practices Act*, de 1977, que complementa la ley contra la mafia o ley sobre organizaciones corruptas, ley *RICO*, *Racketeer Influenced and Corrupt Organizations*, 18. U.S.C. Secs. 1962 *et seq.*; otra ley contempla la confiscación lisa y llana de todos los sobornos (18. U.S.C. Sec. 3666), sin perjuicio de otras figuras penales concurrentes. Nuestro derecho se ha aproximado con la convención contra el soborno transnacional. Ver también GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS, *La ética en la administración pública*, Madrid, 2000, 2ª ed.; NIETO, ALEJANDRO, *Corrupción en la España democrática*, Barcelona, Ariel, 1997; CAPUTI, MARÍA CLAUDIA, *La ética pública*, Buenos Aires, Depalma, 2000.

⁵⁰ Sin embargo, al ser parte de la OEA, no puede escapar a la jurisdicción de la Comisión IDH, como lo recuerda ZAFFARONI, *op. cit.*, § 15, III, 5 *in fine*, p. 196.

⁵¹ GONZÁLEZ OROPEZA, MANUEL, *Secuestrar para juzgar. Pasado y presente de la justicia extraterritorial*, México, UNAM, 1998; ZAFFARONI, *Derecho Penal. Parte General, op. cit.*, § 15, II, 14, p. 193 y su referencia de nota 253. Pero, como veremos a continuación en el texto, hacemos mal en cargar sólo sobre EE.UU. una práctica en que también nosotros incurrimos. Y no se podría honorablemente criticar a Israel por haber capturado a *Eichmann*!

⁵² Un preciso relato, de público y notorio conocimiento, nuevamente en *Clarín*, 11-I-01, p. 6, 1ª columna, último párrafo. Dice lo mismo, menos directamente, *La Nación*, p. 12.

⁵³ *ED*, 148: 157, con notas de ZUPPI, ALBERTO LUIS, “Los Estados Unidos de contramano: el voto de Rehnquist en el caso «Alvarez Machaín»,” *ED*, 148: 155; OUTEDA, MABEL N., “El fallo de la Corte Suprema de los Estados Unidos como violatorio de la integridad territorial y de la soberanía de los Estados,” *ED*, 148: 163; BIDART CAMPOS, GERMÁN, “Secuestro de presuntos delincuentes en un Estado extranjero y juzgamiento en Estados Unidos,” *ED*, 148:170; BIANCHI, ALBERTO B., “La Corte de los Estados Unidos ingresa a la lucha contra el narcotráfico. (De cómo un fallo judicial puede ser una declaración de guerra),” *ED*, 148:173; LEGARRE, SANTIAGO, “¿Es realmente monstruosa la sentencia Alvarez Machaín?” *ED*, 148: 187.

⁵⁴ Ver p. ej. GONZÁLEZ OROPEZA, *Secuestrar para juzgar. Pasado y presente de la justicia extraterritorial, op. cit.*

⁵⁵ *ED*, 148: 157-59. (1992.)

son un género en sí mismos: A nada se los puede comparar.) Esa combinación sinérgica se advierte, con algunos de estos delitos y otros, en el preámbulo de la Convención Interamericana Contra la Corrupción. Igual efecto multiplicador se encuentra en la ley 25.319, tratado internacional contra el soborno transnacional.

Si bien nuestra doctrina reaccionó adversamente al fallo *Alvarez Machaín*, la opinión jurídica norteamericana no, y nada hace pensar que no se haya de repetir la experiencia en el futuro, dada su antigua raigambre en el derecho norteamericano interno y clásico. También los tribunales de California admiten su jurisdicción en materia de derechos humanos respecto de nuestro país. Allí, sin aplicarse el derecho penal sino el resarcitorio de daños, de todos modos se juzgaron hechos ocurridos fuera del país del tribunal, condenándose al país demandado por lo acaecido en su propio territorio.⁵⁶

Nosotros admitimos la jurisdicción extranjera y contestamos demandas contra el país interpuestas en tribunales judiciales o arbitrales extranjeros.⁵⁷

1.4.2.2. *Otros casos*

Aquel mismo país citado también postula y ejerce su jurisdicción nacional sobre contratos de crédito allí celebrados por *nuestro* país: El caso *Weltover* resuelto por su CS en 1992.⁵⁸ No solamente *nuestro* país celebra el contrato de crédito externo en el exterior, recibe allí el dinero y se obliga a devolverlo allí, con lo cual la base fáctica y jurídica de la jurisdicción extranjera que también se pacta es indubitable.

También realizamos otros actos de voluntario sometimiento a autoridades extranjeras, como es inscribir en la *SEC* los títulos de la deuda pública.⁵⁹ Las diferencias parecerían insuperables. Sin embargo, *aquel* país, a pesar de todo ello, ha suscripto y ratificado el NAFTA, que como todo tratado de integración lleva a la creación de normas supranacionales. Suscribió igualmente el tratado de la OMC o WTO⁶⁰ y seguramente tendrá que suscribir otros análogos, como el relativo al soborno transnacional,⁶¹ el tribunal internacional de crímenes contra

⁵⁶ Como en el caso *Susana Siderman de Blake, et al., v. la República de Argentina, et al.*, transado en virtud del decreto 996/96, *B.O.* 4-IX-96, cons. 2°, 7° y 8°.

⁵⁷ Ver Decreto 1.116/00 y res. de la Procuración del Tesoro de la Nación n° 2/2001, *B.O.*, 5-I-01, p. 13. En los juicios arbitrales, una vez cumplidos los pasos previstos en el respectivo tratado, no atender el juicio significa que éste continúa en rebeldía. Es por ende absolutamente indispensable atenderlo.

⁵⁸ *LL*, 1992-D, 1124, con nota de ZUPPI, "La inmunidad soberana de los Estados y la emisión de deuda pública," *LL*, 1992-D, 1118; nuestra visión en *Después de la reforma del Estado*, *op. cit.*, cap. IV, "El contrato de crédito externo."

⁵⁹ Res. ME 1090/2000, *B.O.*, 10-I-01, p. 7; Res. SH 1/2001, *B.O.*, 10-I-01, p. 6. La inscripción de los títulos en la *Securities and Exchange Commission* hace a su viabilidad comercial. Los bonos en yes se inscriben en los registros públicos japoneses, res. ME 14/2001, *B.O.*, 17-I-01, p. 4.

⁶⁰ *World Trade Organization*, u OMC, Organización Mundial del Comercio. (Ley 24.425.)

⁶¹ Que ya es ley para nosotros: 25.319. El nombre completo de la convención es "Aprobación de una convención sobre la lucha contra el cohecho de funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales."

la humanidad,⁶² etc. La tendencia a la integración jurídica supranacional aun para Estados Unidos es, pues, un buen indicador de qué podemos esperar del futuro los demás países.

1.4.3. *La interdependencia*

Agréguese a ello la interdependencia mundial, la globalización de la economía, el incremento de las empresas transnacionales, nuestra condición de deudores crónicos,⁶³ las sentencias⁶⁴ y transacciones internacionales⁶⁵ y se comprenderá que el orden de prelación de las normas supranacionales escapa a nuestro poder de determinación⁶⁶ si queremos movernos dentro de la economía mundial; en *default* del 2002 lo ha demostrado penosamente.

De todas maneras es la tendencia universal y cada vez que suscribamos un tratado o una transacción internacional (necesitados, obligados o convencidos), el principio de la buena fe impide oponer posteriormente la supuesta violación del derecho interno, así sea constitucional: Suscripto un tratado, ratificado y depositado, no le es oponible norma alguna del derecho interno.⁶⁷

En cualquier caso, cada vez son más los tratados ratificados por nuestro Congreso que prevén su prelación y la de sus normas secundarias o derivadas por sobre el orden jurídico interno,⁶⁸ lo que también recepta la jurisprudencia. (*Dotti*).⁶⁹

1.5. *La interpretación de los pactos de derechos humanos*

La CSJN ha dicho que su interpretación debe efectuarse “tal como la Convención citada rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación.”

⁶² Que CLINTON firmó pero el Senado por ahora no ratificará. La administración BUSH, claro está, se ha opuesto frontalmente a la Corte Penal Internacional.

⁶³ *Supra*, cap. IV, http://gordillo.com/pdf_tomo1/capituloIV.pdf; *infra*, cap. XI, § 8.3, http://gordillo.com/pdf_tomo1/capituloXI.pdf; “El contrato de crédito externo,” en nuestro libro *Después de la reforma del Estado*, *op. cit.*, cap. IV. Esa situación lleva a que nuestros comportamientos nacionales, cuando son al margen de las normas internacionales, aumentan la calificación del “riesgo país” y con ello arrastran una suba de las tasas que el país paga para obtener créditos con los cuales pagar los intereses de la deuda, dificultan los *waivers*, provocan disminución de las inversiones externas nuevas, huida de capitales, etc.

⁶⁴ Ver CURIEL y GIL DOMÍNGUEZ, *op. loc. cit.* Ver también, en general, MARTINS, DANIEL HUGO, “Los Tratados Internacionales como fuente del Derecho Administrativo,” en el libro colectivo *Homenaje al Dr. Miguel S. Marienhoff*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, cap. I.

⁶⁵ Ver CURIEL, *op. loc. cit.*

⁶⁶ Ver asimismo ZUPPI, “La noción de soberanía en el nuevo orden internacional,” *ED*, 151: 781; EKMEKDJIAN, MIGUEL A., *Introducción al derecho comunitario latinoamericano con especial referencia al MERCOSUR*, Buenos Aires, Depalma, 1994, p. 10 y ss.; p. 17.

⁶⁷ *Supra*, § 1.4.1 y notas 38 y 44.

⁶⁸ Ley 24. 936, Constitución de la Unión Postal de las Américas, España y Portugal, art. 26.

⁶⁹ CSJN, *Fallos*, 321-1: 1226 (año 1998), cons. 8° y 9°; *DJ*, 1998-3, 233.

“De ahí que la aludida jurisprudencia deba servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado Argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana (confr. arts. 75 de la Constitución Nacional, 62 y 64 Convención Americana y art. 2° ley 23.054),” incluyendo las opiniones consultivas del tribunal⁷⁰, ⁷⁰ y también, de hecho, los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.⁷¹

Tal línea jurisprudencia se ha visto ratificada en el caso *Rodríguez Pereyra*, donde la Corte ha reconocido también el deber de los jueces de ejercer, *ex officio*, un control de convencionalidad entre las normas internas y la Convención Americana, teniendo en cuenta tanto dicho tratado como la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana.⁷²

1.6. *Las soluciones amistosas o transacciones internacionales*

De las más de doscientas denuncias en trámite ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el país ha comenzado a transar algunas a fines del segundo milenio y comienzos del tercero, con la consecuente modificación legislativa y jurisprudencial de nuestro derecho interno.⁷³ Algunas que no ha transado, comienza de todos modos a cumplirlas.

No transarlas, cuando hay dictamen adverso de la Comisión, implica que ésta da carácter de resolución pública a su pronunciamiento e inicia la acción ante la Corte de San José, con el consiguiente bochorno y reproche internacional, no desprovisto de efectos prácticos.⁷⁴ No es una situación que se pueda sostener *sine die*.

⁷⁰ *In re Giroldi*, CSJN, LL, 1995-D, 462, con nuestra nota en RAP, 215: 151 (Buenos Aires, 1996), reproducida en AA.VV., *Estudios Jurídicos en Memoria de Alberto Ramón Real*, Montevideo, 1996, p. 265 y ss.; esa solución de la CSJN fue ampliada en *Arce*, publicado en LL, 1997-F, 697, con nuestra nota “Los derechos humanos no son para, sino contra el Estado,” LL, 1997-F, 696, reproducida en *Cien notas...*, *op. cit.*, § 76, pp. 165-71. BUERGENTHAL, THOMAS, *International Human Rights*, St. Paul, Minnesota, West Publishing Company, 1988, p. 166.

⁷¹ Al respecto, puede acudirse al análisis que hemos efectuado en “Responsabilidad del Estado en el derecho internacional,” en XXX Jornadas Nacionales de Derecho Administrativo, RAP, año XXVIII, Buenos Aires, 2005, 326: 391-400, <http://gordillo.com/articulos/art13.pdf>.

⁷² CSJN, Causa R. 401. XLIII, in re *Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c/ EN Ejército Argentino s/ daños y perjuicios*, sentencia del 27-XI-2012. Comentada por ALONSO REGUEIRA, ENRIQUE M., en “Los límites constitucionales y convencionales de la discrecionalidad administrativa y de su control (a propósito de los casos “Rodríguez Pereyra” y “Asociación de Magistrados y Funcionarios”),” en prensa, en AA. VV., *Estudios de Derecho Público. El fruto de los primeros dos encuentros del Ciclo de Debates “Dr. Omar Dalmazzo”*, Buenos Aires, Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho de la UBA y Lajouane, 2013.

⁷³ Los ya citados *Birt*, *Verbitsky*, *Maqueda*, *Giroldi*, *Bramajo*, *Arce*, etc. El caso *Chocobar*, LL, 1997-B, 247 (1996) de nuestra CSJN, que dictó su demorada sentencia al poco tiempo de denunciar su mora ante la COMISIÓNIDH el Defensor del Pueblo de la Nación: Ver el texto de su presentación en RAP, 218: 58. (Buenos Aires.)

⁷⁴ Se cuenta que una entidad multilateral de crédito suspendió el otorgamiento de uno a Mendoza cuando no coadyuvaba a la solución de los casos *Maqueda* o *Garrido* y *Baigorria*. Anécdotas similares abundan. Tampoco ha de olvidarse el efecto sobre las tasas internacionales, la calificación

La presión y el *lobby* diplomáticos no están excluidos salvo en el caso de algunos tratados de arbitraje a que nos referimos a continuación.

1.7. *El arbitraje administrativo internacional*

En un nivel más normativo que empírico, existe una larga lista de tratados que autorizan el derecho de todos los inversores extranjeros a acudir a un tribunal arbitral internacional.⁷⁵

Esos tribunales aplicarán la ley local como base (a menos que se haya pactado la aplicación de alguna legislación extranjera determinada), pero a la luz de los principios jurídicos internacionales.⁷⁶ Claro está que tales principios pueden también ser tomados en lo referente a conflictos de leyes y estos reenviar a las normas de la parte contratante al respecto.⁷⁷ Por otra parte lo empírico siempre funciona, a tal punto que en ocasiones se lo quiere restringir.⁷⁸

2. *Distintos tipos*

2.1. *Tratados*

Nuestro país está sometido a dos tipos de órdenes jurídicos supranacionales:

2.1.1. *Con jurisdicción supranacional, internacional o extranjera*

Por un lado están los tratados que tienen un órgano judicial supranacional de aplicación, como es el Pacto de San José de Costa Rica, o que sin tener órgano judicial tienen al menos órganos de aplicación.⁷⁹

En parecida situación se encuentran los tratados que admiten la jurisdicción extranjera, como la Convención Interamericana contra la Corrupción, art. V; el tratado contra la Tortura, art. 5°; los contratos de crédito externo;⁸⁰ los crímenes

de “riesgo país,” el flujo de inversiones, etc. Ver el cap. VIII de nuestra *Introducción al derecho*, op. cit., http://gordillo.com/pdf/int_der/iad_1_viii.pdf.

⁷⁵ *Infra*, t. 2, op. cit., cap. XVII, “El arbitraje administrativo nacional,” http://gordillo.com/pdf_tomo2/capitulo17.pdf y cap. XVIII, “El arbitraje administrativo internacional,” http://gordillo.com/pdf_tomo2/capitulo18.pdf.

⁷⁶ Así el tratado con Sudáfrica, art. 9.4, ley 25.352. A veces el tratado hace inaplicable la legislación local de ambos países y expresa que el tribunal decidirá sobre la base del respectivo acuerdo, “de los principios del Derecho Internacional en la materia y de los Principios Generales de Derecho reconocidos por las Partes Contratantes,” art. X inc. 6 del tratado con Guatemala, ley 25.350.

⁷⁷ Así lo dispone el tratado con Nicaragua, ley 25.351, B.O. del 5-XII-00, art. 11 inc. (4).

⁷⁸ Ver p. ej. el tratado con Guatemala, ley 25.350, art. IX, inc. 6 “Las Partes Contratantes se abstendrán de tratar, por medio de canales diplomáticos, asuntos relacionados con controversias sometidas a proceso judicial o a arbitraje internacional, de conformidad a lo dispuesto en este artículo, hasta que los procesos correspondientes estén concluidos, salvo en el caso en que la otra parte en la controversia no haya dado cumplimiento a la sentencia judicial o a la decisión del Tribunal Arbitral, en los términos establecidos en la respectiva sentencia o decisión.”

⁷⁹ El Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 5.

⁸⁰ Ver *Después de la reforma del Estado*, op. cit., cap. IV, “El contrato de crédito externo” y sus remisiones.

de lesa humanidad.⁸¹ Lo mismo los casos sometidos a una jurisdicción extranjera que el país decide transar.⁸²

2.1.2. Sin otra jurisdicción —para los individuos— que la interna

Un segundo grupo lo integran los tratados incorporados a la Constitución pero que carecen de tribunal supranacional, internacional o extranjero: Así, los tratados de integración autorizados por el inc. 24 del art. 75 de la C.N., que no tienen tribunal supranacional. Es posible que con el correr del tiempo los tratados de integración tengan tales tribunales, como ya ocurre en Europa, con lo cual podrán ser clasificados junto al de San José como un derecho comunitario más efectivo por la existencia de tribunales de aplicación; esos tribunales seguramente extenderán su competencia en el siglo XXI.

2.2. El caso de la Convención Americana de Derechos Humanos

En 1983 el Congreso argentino sancionó por ley 23.054 la sumisión del país a la Convención Americana sobre Derechos Humanos y sus procedimientos supranacionales,⁸³ en especial el sometimiento a la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos con sede en San José de Costa Rica⁸⁴ y luego realizó el acto formal de su depósito internacional.⁸⁵ Posteriormente la Constitución de 1994 le dio “jerarquía constitucional,” al igual que a otros tratados, “en las condiciones de su vigencia,” lo cual remite al modo en que los organismos supranacionales los aplican e interpretan. (*Giroldi*, 1995; *Arce*, 1997; *Portal de Belén*, 2002; *Espósito*, 2004; *Arancibia Clavel*, 2004; *Rodríguez Pereyra*, 2012.)

Pondremos énfasis en dicho pacto, por ser el único⁸⁶ que cuenta con un tribunal supranacional. Ello no cambia la obligatoriedad que todos tienen en el derecho interno, pero fuerza es reconocer que desde un punto de vista práctico no es lo mismo que la interpretación del tratado termine en el propio país, o pueda continuarse ante un tribunal internacional o supranacional. No es lo mismo intro-

⁸¹ Y los casos de países que, ante ciertos crímenes múltiples (narcotráfico, más crimen organizado, más corrupción, más tortura y muerte) capturan personas en el exterior y las traen a juzgamiento a su propio país: el *male captus, bene detentus* de *Alvarez Machaín* en la Corte Suprema de EE.UU. (1992), *supra*, § 1.4.2.1 e *infra*, § 2.3 y 2.4. Ver ZUPPI, *Jurisdicción...*, *op. cit.*

⁸² *Blake*, 1996, *supra*, nota 56 *in fine*.

⁸³ TREJOS, GERARDO, “Órganos y procedimientos de protección de los derechos humanos en la Convención Americana,” en HERNÁNDEZ, RUBÉN y TREJOS, GERARDO, *La tutela de los derechos humanos*, San José, Costa Rica, Juricentro, 1977, p. 59 y ss.

⁸⁴ Ver GROS ESPIELL, HÉCTOR, *op. cit.*, pp. 119-43; CARRIÓ, GENARO, *El sistema americano de derechos humanos*, Buenos Aires, Eudeba, 1987; C. A. DUNSHEE DE ABRANCHES, “La Corte Interamericana de Derechos Humanos,” en O.E.A., *La Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Washington, 1980, pp. 91-143; TREJOS, GERARDO, “Órganos y procedimientos de protección de los derechos humanos en la Convención Americana,” *op. loc. cit.*

⁸⁵ *Revista de Derecho Público*, n° 2, Buenos Aires, FDA, 1987.

⁸⁶ Queda como caso dubitativo el art. 5° del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

ducir el caso federal para ocurrir en su oportunidad por ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, sea por violación a la Constitución o a los tratados, que introducir también el caso supranacional para ocurrir en su oportunidad por ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.⁸⁷ Ya algunos órganos del país comienzan a cumplir las normas supranacionales con la sola denuncia ante la Comisión, sin esperar la segura condena (el caso del Defensor del Pueblo y la Corte Suprema en materia del pronto despacho de las jubilaciones, fines de 1996 y comienzos de 1997).

En cualquier caso y así como ya nuestra Constitución, en una lectura no excesivamente atada al pasado, permitía leer en ella lo que el Pacto de San José se limita a explicitar, lo mismo ocurre con los demás pactos de derechos humanos: pueden y deben ser aplicados por nuestros tribunales.⁸⁸ En cuanto a los de integración, pareciera evidente que la negociación no es suficiente medio de resolución de diferendos, con lo cual de avanzarse en la integración la creación de los tribunales deviene un complemento indispensable de su funcionamiento y aplicación eficaces.

La Convención Americana de Derechos Humanos, al igual que los demás tratados internacionales de Derechos Civiles y Políticos contienen una importante enumeración de garantías individuales y libertades públicas, que en su gran mayoría constituyen un avance sobre el estado previo de nuestra legislación y que además definen, con mayor amplitud que nuestra Constitución, muchos derechos individuales;⁸⁹ ella tiene en primer lugar una importancia práctica como propósito normativo de acrecentamiento material del ámbito de libertad y de la esfera de derechos de los individuos.

Desde este primer punto de vista práctico y con independencia de cuán eficaces⁹⁰ sean o dejen de ser sus procedimientos de contralor jurisdiccional internacional, atento el procedimiento previo ante la Comisión⁹¹, lo cierto es que constituye un importante progreso en materia de derechos individuales. Toda persona deseosa de ver mejorar sus derechos debe advertir que la Convención y sus mecanismos

⁸⁷ No hace falta, a diferencia de la “oportuna” introducción del caso federal en nuestro recurso extraordinario; es tan solo un modo de recordarle al juez interno que por encima de él están el orden jurídico y la justicia internacionales; razones de economía procesal le obligan a acatarlos. Y el día llegará en que será causal de juicio político no haber cumplido los pactos internacionales según la jurisprudencia internacional. El art. 36 de la Constitución preanuncia el camino.

⁸⁸ Y, como dijimos, aumentan los supuestos de jurisdicción extranjera. (Tortura, corrupción, contrato de crédito externo, etc.) o arbitraje internacional (inversiones extranjeras.)

⁸⁹ Ampliándolos, no reduciéndolos, por lo que no existe conflicto normativo alguno.

⁹⁰ A pesar del derogado “filtro” de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (arts. 44, 57, 61, inc. 1°), nuestro gobierno prefiere transar casos antes que comprometerse a una sentencia pública de la Corte. Se ha comenzado a dar aplicación imperativa en el derecho interno a tales compromisos internacionales, como surge del noveno voto de la Corte Suprema de Justicia de la Nación *in re Birt*, que comentamos en *LL*, 1995-D, 292 y de los casos *Giroldi* (1995), *Bramajo, Arce* (1997), etc.

⁹¹ El art. 44 establece: “Cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados Miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de esta convención por un Estado parte.”

constituyen un importante adelanto de nuestro ordenamiento jurídico. Por ello debe interpretarla y aplicarla con amplitud.⁹²

Lo mismo cabe decir del resto del ordenamiento supraconstitucional. Sostuvimos la supranacionalidad operativa del pacto en 1990, antes de su reconocimiento jurisprudencial en 1992 y constitucional en 1994; ahora que éste se extiende simultáneamente a los demás tratados de derechos humanos y a los de integración, pensamos que cabe nuevamente mirar hacia el futuro.⁹³

2.3. *Convención Interamericana contra la Corrupción*

Cabe igualmente reiterar la importancia de la Convención Interamericana contra la Corrupción, que tiene diversas normas y principios operativos. De acuerdo a lo ya explicado en otro lugar, son los principios los más importantes.⁹⁴

Reconoce, p. ej., la jurisdicción de otros países sobre hechos acaecidos en nuestro territorio (art. V), del mismo modo que lo hace el tratado contra la tortura (art. 5°).

⁹²Tal como lo recordáramos en “La creciente internacionalización del derecho. Consecuencias en el régimen de las fuentes del ordenamiento jurídico,” *Doctrina Pública*, 2004-XXVI-2, Buenos Aires, RAP, 2005, pp. 213-226, nota 8, <http://gordillo.com/articulos/art47.pdf>; la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que a partir de 2001 ha tenido una constante evolución normativa y empírica, igual que la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

El tribunal administrativo de la OEA (caso TRIBAD/SEN.151, LII período ordinario de sesiones del tribunal, 18 de mayo de 2004), señaló que: “[...] Tanto la Corte como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos cambiaron sus reglamentos en el año 2000 y siguientes, los que comenzaron a entrar en vigor en 2001, y en ese año de 2001, además, la Comisión comienza a implementar los cambios operacionales que derivan de la nueva normativa. De acuerdo con el testimonio de uno de los ex miembros de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, estos cambios operativos tenían por objeto encuadrarse más adecuadamente en el cumplimiento de los fines de la Convención Americana de Derechos Humanos, y no significaron entonces cambios normativos respecto de ella, sino de su más eficaz aplicación [...]” Los cambios normativos y operativos producidos en el funcionamiento u operación del sistema interamericano de derechos humanos, entre otros aspectos, fueron los siguientes:

1) La Comisión presenta ante la Corte la casi totalidad de los casos en que realiza el informe del Artículo 50 y el país no efectúa los cambios propuestos o brinda respuestas satisfactorias.

2) Las víctimas y sus representantes directos o indirectos tienen legitimación directa para defender su caso ante la Corte, con independencia de la Comisión.

3) Las ONGs tienen participación activa en el sistema interamericano de defensa de los derechos humanos.

4) Se consagra la delegación dentro de la Comisión.

5) Aumenta sensiblemente el número de casos tramitados en la Corte y la Comisión.

6) Para ello se introducen nuevos modos de trabajo en equipo, se incorporan nuevos abogados, se aumenta la carga de trabajo litigioso.

7) La mayor cantidad de casos acarrea una mayor cantidad de plazos procesales que deben, ineludiblemente, cumplirse y que los abogados deben satisfacer para desempeñar eficazmente tales nuevas funciones.

8) Estos cambios pueden ser resumidos en las palabras del mismo testigo, que señala: “[...] la Comisión funciona ahora como un estudio jurídico (de interés público, claro está), más que como una organización administrativa tradicional [...]”

⁹³ Es lo que también hace BENVENUTI, FELICIANO, *Designo dell’Amministrazione Italiana. Linee positive e prospettive*, Venecia, CEDAM, 1996, p. 459 y ss.: “Introducción al futuro.”

⁹⁴ Ver *supra*, cap. I, “El método en derecho,” § 1.2, “Principios y valores, no «conceptos»” y sus remisiones, http://gordillo.com/pdf_tom1/capitulo1.pdf.

Su expresa vinculación de corrupción, crimen organizado y narcotráfico debe así ser un llamado de atención para quienes incurran en tales delitos ya que los tribunales norteamericanos, p. ej., han comenzado a juzgar hechos de soborno transnacional ocurridos fuera de su país, al igual que admiten, en asuntos vinculados al terrorismo, narcotráfico, etc., el principio *male captus, bene detentus*.⁹⁵

La sumatoria de tales delitos está generando un nuevo orden público internacional (*jus cogens superveniens, in statu nascendi*). Por cierto, es mejor un tribunal internacional⁹⁶ que uno simplemente extranjero. Ya se ha implementado la Corte Penal Internacional,⁹⁷ pero es probable que subsista durante una etapa intermedia la jurisdicción nacional en temas tales como cohecho internacional (ley 25.319). Esto último es un sucedáneo inevitable hasta tanto superemos el incumplimiento nacional a las órdenes internacionales de captura canalizadas por Interpol.

El país que se aparta de las normas de la comunidad internacional en materias como éstas, no se halla luego en situación congruente para invocar el derecho internacional que ha transgredido, por el principio *nemo turpitudinem suam allegare potest*. Por ello sigue tan vigente el antiguo principio romano *fraus omnia corrumpit*. Hay que aprender del pasado para auscultar el futuro y no olvidar que estas decisiones tienen efecto en las inversiones, la tasa de interés en el crédito externo, los *waivers*, etc. También cabe señalar que la Convención impone en el derecho interno el principio de la publicidad, equidad y eficiencia de las contrataciones públicas (art. III, inc. 5° de la CICC y arts. 7, 9 y 10 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción),⁹⁸ lo que transforma de pleno derecho en antijurídicas las adjudicaciones y los precios finales a su extinción⁹⁹ que no se

⁹⁵ Que explicamos *supra*, § 1.4.2.1, con sus remisiones a los casos *Weltover* y *Alvarez Machaín* de 1992.

⁹⁶ Ver nuestro art. “Una reflexión actual,” en el libro colectivo AA.VV., *El derecho público de finales de siglo*, Madrid, Fundación BBV y editorial Civitas, 1997, p. 263 y ss.

⁹⁷ ZUPPI, *Jurisdicción...*, *op. cit.*

⁹⁸ En este sentido, ver REJTMAN FARAH, MARIO, *Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2010, pp. 48, 82, 94, 111 y ss. Así como los comentarios de los artículos 3, 6, 9 y 10 del Decreto 1023/01 de GARCÍA, LEANDRO; BOGUT SALCEDO, ESTEBAN y RIMOLDI, ARIEL I., en REJTMAN FARAH, MARIO (Dir.), ALONSO REGUEIRA, ENRIQUE M. y CARDACI MÉNDEZ, ARIEL (Coords.), *Régimen de contrataciones de la Administración Nacional, Decreto 1023/01. Comentado, anotado y concordado*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2012, pp. 52, 80, 99 y 108 y ss. Para un estudio pormenorizado y riguroso de sus previsiones, así como del Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la CICC, ver BARAGLI, NÉSTOR, “Convención Interamericana contra la Corrupción, implementación de un eficaz instrumento internacional de lucha contra la corrupción,” OA, Buenos Aires, 2004. Vertambién REJTMAN FARAH, MARIO (autor) - BARAGLI, NÉSTOR (coord.), *Bases para un proyecto de Plan de Acción para la Implementación de la Convención Interamericana contra la Corrupción*, publicado por la Oficina Anticorrupción y la Organización de los Estados Americanos, Buenos Aires, marzo 2006.

⁹⁹ Ahora sí el primer paso, la licitación pública, es un requisito normativo de validez de toda contratación pública, salvo las excepciones razonablemente previstas en la ley (urgencia, especialidad, etc.) o en ordenanzas expresas que prevean la contratación directa de servicios públicos locales a las cooperativas de usuarios del servicio, eventualmente con ratificación por referendum popular.

publiquen en el *B.O.* fueren inequitativas¹⁰⁰ para los usuarios (*pacta tertiis non nocent*), o impliquen dispendio incausado de fondos públicos, etc., como también las teñidas por soborno, que arrastran la responsabilidad de los fiscales.¹⁰¹

2.4. *La Convención Internacional contra el Soborno Transnacional (ley 25.319)*

Esta convención internacional tiene por objetivo permitir a los demás Estados partes juzgar a *nuestros* funcionarios públicos por los delitos de soborno transnacional y lavado de dinero vinculado al cohecho. Aclara expresamente que cualquier Estado tiene jurisdicción, sin importar el país donde el delito hubiere sido cometido.

No poseemos el vigor institucional de una democracia sólida, con poder rigurosamente distribuído y compartido, como debe ser, por una miríada de órganos.

Nuestra excesiva centralización presidencial, imbuida de una vieja cultura caciquista, hace difícil investigar, juzgar y castigar a nuestros grandes corruptos transnacionales.

Es bueno que otro Estado pueda hacerlo. Así el derecho tal vez pueda llegar a funcionar un poco más cercano al ideal de cumplirse, ante la amenaza real y cierta de sanción en caso de incumplimiento.

2.5. *Otras fuentes*

Las sentencias y opiniones consultivas de la Corte Interamericana; por ahora no son fuente cuantitativamente importante, pero sí cualitativamente, su carácter de fuente se ha reconocido en nuestro país.

También tienen importancia práctica y jurídica los compromisos y transacciones que el país realiza ante la COMISIÓNIDH, para evitar ser llevado ante la CORTEIDH y que luego debe honrar como los propios fallos.

Así en el caso 11.012 (*Verbitsky c. Belluscio*)¹⁰² se arribó a una solución amistosa por la cual el país derogaría por ley la figura del desacato; otras recomendaciones de la COMISIÓNIDH llevaron al dictado de las leyes 24.043, 24.321 y 24.411 (*Birt*). La causa 11.012 permitió que el actor hiciera desistir al país de un proyecto de ley limitativo de la libertad de prensa: Anticipó así el resultado que en 1996, en materia diversa, lograra el Defensor del Pueblo con su sola presentación ante la COMISIÓNIDH.¹⁰³

Lamentablemente, nuestros tribunales se han pronunciado en contra de esta última alternativa, tal como lo explicamos y criticamos en nuestro art. "Licitación pública, audiencia pública, referendo, participación popular y prestación de servicios públicos," *LL*, 2002-A, 954, <http://gordillo.com/articulos/art22.pdf>.

¹⁰⁰ *Infra*, cap. XI, § 5.2, http://gordillo.com/pdf_tomo1/capituloXI.pdf.

¹⁰¹ *Infra*, cap. XII, § 14.5, http://gordillo.com/pdf_tomo1/capituloXII.pdf.

¹⁰² Para más detalles ver VERBITSKY, *op. cit.*, pp. 232-41.

¹⁰³ *Infra*, cap. XII, § 14.1, *Díaz Molina y Chocobar*, 1996, http://gordillo.com/pdf_tomo1/capituloXII.pdf.

Del mismo modo pueden nacer otros órganos judiciales supranacionales y nuevas normas de segundo rango,¹⁰⁴ ya admitidas en *Cafés La Virginia S.A.*¹⁰⁵ y *Dotti*.¹⁰⁶ El derecho interno cede ante el derecho supranacional: corresponde a los jueces locales aplicar dicho derecho supranacional de manera inmediatamente operativa y en base a la jurisprudencia e interpretación internacional, so pena de ver su propia conducta antijurídica denunciada o invalidada ante jurisdicciones supranacionales o extranjeras.¹⁰⁷

3. Caracteres generales

Una interpretación *a)* realista y sensata, *b)* valiosa o justa, *c)* teleológica o finalista, *d)* que tome cuenta de la circunstancia fáctica¹⁰⁸ que determinó nuestra adhesión,¹⁰⁹ no puede sino buscar aquellos métodos de interpretación que en cada caso aseguren mejor la efectividad y vigencia de tales normas y principios. O sea, debemos buscar y aceptar de corazón las innovaciones del sistema que nos permitan gozar de una mayor efectividad de nuestros derechos.

No se trata entonces de hacer una suerte de “neutra” orfebrería o albañilería jurídica, un trabajo de dogmática o de lenguaje formal de textos positivos en el cual busquemos de qué modo interpretar cada art. para llevarlo a su inexigibilidad, no vigencia o inaplicabilidad. La única interpretación finalista congruente con la circunstancia rectora del sometimiento a la Convención y al derecho internacional de derechos humanos y comunitario en general, será aquella que busque construir soluciones en el sentido de afirmar la vigencia, garantía y aplicabilidad o exigibilidad inmediata de los derechos individuales y la integración regional. No pues a la inversa, la indefensión de los individuos y su sometimiento a la autoridad o gobierno de turno, además aislado del contexto internacional.

Es claro por lo demás que la globalidad del mundo, en las comunicaciones y economía, incluso en las políticas e ideologías dominantes, no deja lugar para

¹⁰⁴ Han avanzado además las normas técnicas internacionales, que por cierto resultan de aplicación interna: PEDRIERI, ALBERTO, “Le norme tecniche come fattore di erosione e di trasferimento di sovranità,” en UNIVERSITÀ DI VENEZIA, *Studi in onore di Feliciano Benvenuti*, t. IV, Módena, Mucchi Editores, 1996, p. 1413 y ss. Ver también al respecto el t. 2 de este *Tratado*, cap. VII, “La regulación económica y social,” http://gordillo.com/pdf_tomo2/capitulo7.pdf.

¹⁰⁵ *LL*, 1995-D, 277.

¹⁰⁶ CSJN, *Fallos*, 321-1: 1226; *DJ*, 1998-3, 233, cons. 8° y 9°.

¹⁰⁷ Un ejemplo en *Fontevuechia y D'Amico Vs. Argentina*, Corte Interamericana, sentencia de 29-XI-11, Serie C, nro. 238.

Precedentes como estos son los que llevaron a la CSJN a reconocer, en el citado caso *Rodríguez Pereyra del 2012*, que debía ejercitarse, aun de oficio, tanto un examen de legalidad o constitucionalidad, como de convencionalidad entre las normas internas, la CADH y la interpretación que de ella hayan efectuado la Corte IDH.

¹⁰⁸ O arcóntica, rectora, determinante, que fue “causa” en suma de la sanción legislativa.

¹⁰⁹ Que no es otra que la insuficiencia previa de tales derechos en su funcionamiento o aplicación práctica.

países que elijan quedar como parias de la comunidad internacional: el precio es demasiado caro.

3.1. *Derecho interno*

Una de las primeras conclusiones es que estas normas y principios jurídicos constituyen no solamente derecho supranacional sino *también* al propio tiempo, derecho interno, vigente, operativo,¹¹⁰ aplicable de pleno derecho a toda situación que quepa encuadrar en ellos. Esa adicional nota de derecho interno es ahora de nivel constitucional.

La Convención y otras normas supranacionales tienen así el doble carácter señalado, que implica la obligación de las autoridades nacionales de cumplirlas y ejecutarlas, sin perjuicio de la aplicación que también harán de ellas las autoridades judiciales supranacionales existentes según el caso.

3.2. *Derogación ipso jure*

De lo expuesto surge que toda norma contraria preexistente ha cesado automáticamente en su vigencia. Es obvio que toda otra norma legislativa anterior que se oponga directa o indirectamente a estas normas ha quedado inmediatamente derogada o carente de vigencia, por incompatibilidad con la legislación posterior. Una interpretación que pretendiera que estos pactos supranacionales, o al menos de rango constitucional, no son sino una expresión de deseos (salvo, claro está, su única norma claramente programática), insusceptible de aplicación directa por los jueces, no invocable por los individuos, constituiría una burla al orden jurídico y a las libertades y garantías públicas. Es cierto que hubo doctrina y fallos que inexplicablemente sostuvieron el carácter programático de toda¹¹¹ la Convención, pero fueron los primeros tiempos de aplicación del Pacto y era todavía muy reciente el retorno a la democracia. La jurisprudencia y doctrina actuales han iniciado lo que parece una tendencia segura de cambio.

Una norma legislativa posterior sería igualmente ineficaz para apartarse de sus normas, en tanto el país no retire su adhesión y sometimiento al derecho supranacional: si el Congreso quiere apartarse de las normas supranacionales a las que válidamente se sometió, debe previamente retirarse de esa comunidad jurídica internacional, conforme al procedimiento allí establecido. Sería un paso

¹¹⁰ Ver HYNES, LUISA MARÍA, “La operatividad de los derechos reconocidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos,” en *Revista de Derecho Público*, n° 2 (Buenos Aires, 1987). Precedentes dubitativos antes de *Ekmejdjian c. Sofovich* (Fallos, 315: 1492, año 1992) eran como CSJN, *Microómnibus Barrancas de Belgrano S.A.*, Fallos, 312: 2490 (1989). Ver la nota siguiente.

¹¹¹ Así el caso *E., F.E.*, en nuestro libro *Derechos Humanos*, 1998, cap. VIII; 1999, 4ª ed., cap. IV; a la inversa, no *todos* los arts. son operativos, como lo explicamos en el cap. VI del mismo libro. Ver y comparar ALBANESE, SUSANA, “Operatividad y programaticidad de las cláusulas de los tratados internacionales,” *LL*, 1987-C, 974. Ver también la nota 3.7.

atrás hacia la barbarie, muy difícil de realizar por nuestro país en el actual contexto internacional, ya explicado en el cap. IV.

De todas formas, si así ocurriese, debe realizarse la siguiente salvedad: el principio de irreversibilidad de los derechos humanos expresa que ni siquiera la denuncia de un tratado internacional provocaría en ese ámbito, el internacional, el cese de sus efectos y compromisos asumidos por el Estado.

Tampoco en el derecho interno: Esas prerrogativas y su consecuente protección se mantienen vigentes;¹¹² así como se mantiene vigente su jerarquía constitucional. Además de retenidos de pleno derecho a través del art. 33 de la C.N.,¹¹³ están incorporados al patrimonio cultural y jurídico de la comunidad nacional e internacional; no hay retorno de ello, por más actitud aislacionista que tengamos.

Los derechos humanos constituyen un *standard* mínimo de derechos que por su calidad de resultar inherentes a la persona humana, sólo pueden progresar, extenderse, ampliarse. Pero no restringirse ni suprimirse. El no sometimiento a la convención no libera de sus obligaciones internacionales a un país (Venezuela, que se retiró en 2013), ni a los pueblos originarios.

Hablamos aquí de tres principios rectores que interactúan en forma constante: El principio de irreversibilidad de los derechos humanos, el de progresividad y el de razonabilidad. Cualquier norma que quiera reducir la virtualidad y el ámbito de aplicación de estos derechos, inevitablemente conducirá a la irrazonabilidad y, en consecuencia, a su inconstitucionalidad. Podemos concluir que el sistema de derechos humanos, como *standard* mínimo, solo puede proyectarse, constitucionalmente, en un único sentido razonable: Su progresividad cuantitativa y cualitativa.

3.3. Aplicación legislativa y jurisdiccional

En el caso de la Convención, los Estados signatarios se han obligado *ipso jure* “a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella” (art. 1º, inc. 1º) y a “garantizar su libre y pleno ejercicio” a través de la tutela jurisdiccional y por aplicación directa de los tratados y sus principios; ello, sin perjuicio de la obligación que también tienen de instrumentarlos con los mecanismos complementarios que fueren convenientes,¹¹⁴ sin poder mientras tanto pretender negarles operatividad

¹¹² PESCATORE, PIERRE, “Aspectos judiciales del «acervo comunitario»,” *Revista de Instituciones Europeas*, Madrid, 1981, p. 331 y ss., p. 336, pp. 348-9. Ver *supra* nota 44; *Derechos Humanos, op. cit.*, cap. III, “La supranacionalidad operativa de los derechos humanos en el derecho interno,” § 1, “La irreversibilidad del derecho supranacional en materia de derechos humanos.”

¹¹³ Ampliar en GIANIBELLI, GUILLERMO y ZAS, OSCAR, “Estado social en Argentina,” en *Revista Contextos*, n° 1, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1997, pp. 197-204.

¹¹⁴ El art. 2º establece en tal sentido: “Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el art. 1º no estuvieren ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para

y aplicación directa e inmediata. Esa obligación alcanza a los órganos jurisdiccionales, que deben aplicar tales normas en forma directa e inmediata.¹¹⁵

No todos los juristas han aceptado esta conclusión, entre ellos algunos legisladores, que a veces prohíben leyes dando a entender que están “creando” determinados derechos que ya están consagrados en la Convención: en ello ha de verse nada más que una búsqueda de mejor instrumentación y más efectiva operatividad de la garantía de que se trate, pero no la afirmación de que ella carecía de existencia o vigencia antes de la ley reglamentaria de que se trate. En defecto de ley reglamentaria del Congreso, corresponde lo mismo que en materia constitucional: la aplicación directa de los tratados por los jueces, quienes deben efectuar, aún de oficio, un examen de convencionalidad de las normas internas., como surge de la jurisprudencia internacional y la de nuestra Corte Suprema.¹¹⁶

3.4. *Carácter supranacional*

La Convención y demás tratados regionales o internacionales similares, como derecho supranacional eliminan, obviamente, el dogma del poder interno de cada país —o gobierno— como poder incondicionado e ilimitado: el precio de ser parte de la comunidad civilizada es reconocer el respeto a sus mínimas normas de convivencia y comportamiento en el plano *interno*. Incluso los países con suficiente poder como para pretender aislarse del mundo, terminan reconociendo que no está en su propio interés hacerlo. No hay más poderes nacionales ilimitados en un mundo tan estrechamente interconectado como el actual; menos aun los habrá en el futuro. En nuestro caso particular, es obvio que el rol que nos cabe es harto menor.

El país ha reconocido pues en forma expresa la jurisdicción de un tribunal internacional de justicia, con competencia para dictar sentencias en su contra en caso de desconocimiento por éste de las garantías individuales mínimas de

hacer efectivos tales derechos y libertades.” En consecuencia, es claro que la Corte de San José no es el único intérprete que aplica la Convención, sino el último en los casos sometidos a su jurisdicción.

¹¹⁵ Sobre los alcances de esta obligatoriedad, ver los comentarios a los arts. 1 y 2 de la CADH de TURYN, ALEJANDRO, en ALONSO REGUEIRA, ENRIQUE M. (Dir.), *Convención Americana de Derechos Humanos y su proyección en el derecho argentino*, Buenos Aires, La Ley, 2013, 1ª ed, pp. 1-23.

¹¹⁶ En el ámbito interno, el reconocimiento de dicho deber jurisdiccional se encuentra CSJN, *Rodríguez Pereyra*, del 2012 que citáramos previamente. Sin embargo, esta línea de pensamiento, también puede vislumbrarse en CSJN, Causa F. 259. XLVI, *in re F., A. L. s/medida autosatisfactiva*, sentencia del 13-III-2012, Consid. 23), así como CSJN, *Fallos* 328: 341, *Arancibia Clavel*, 2005, Consid. 6); *Fallos* 330: 3248, *Mazzeo, Julio*, 2007 y *Fallos* 333: 1657, *Videla, Jorge Rafael y Massera, Emilio Eduardo*, 2010. En el ámbito internacional, si bien son muchos los pronunciamientos en los que se ha expresado la obligatoriedad del control de convencionalidad por parte de los órganos jurisdiccionales internos, resulta de especial relevancia los casos *Fontevicchia y Furlán*. En ambos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos responsabilizó “incluso patrimonialmente” a la Argentina por no cumplir con dicha exigencia. (Corte IDH, Caso *Fontevicchia y D’Amico Vs. Argentina*, sentencia de 29-XI-11, Serie C, nro. 238, párr. 93; y Caso *Furlán y familiares vs. Argentina*, de 31-VIII-2012, Serie C, nro. 246, párr. 303.)

sus propios habitantes.¹¹⁷ Ello se ha hecho extensivo a las opiniones consultivas y pronto tomará también inevitablemente la jurisprudencia de otros tribunales, en especial el europeo de derechos humanos.

Lo menos que se puede decir entonces, en una perspectiva teleológica y de razonable futuro, es que tenemos allí un verdadero derecho supranacional, con todas las notas propias de un orden jurídico supremo. Las características que explicamos anteriormente¹¹⁸ para la Constitución como orden jurídico superior en el derecho interno, son así en un todo aplicables a las normas de la Convención en cuanto orden jurídico superior supranacional.

Muchos autores e intérpretes se resistirán a considerarlo derecho *supranacional*, más tal vez que los que ya se negaban antes de la reforma constitucional a considerarlo *derecho interno*, o *derecho a secas*.

También están los que negaban a ultranza a la misma Constitución como derecho¹¹⁹ y no faltaron los que de igual modo razonaron con las leyes. Pero son éstas conjeturas falsas. No pueden entorpecer el razonamiento científico y político del jurista que busque interpretar el mejor orden jurídico con el cual asegurar la paz, la justicia, el orden, etc., en su país.

El camino del futuro es claro: por encima de las vacilaciones, contradicciones y hasta negaciones formales que este nuevo orden jurídico supranacional tenga que sufrir, no serán en suma sino como la misma negación que hasta la Constitución debió padecer. Ello no cambia el curso del destino, al menos en el largo plazo. El camino de la evolución europea en materia de derechos humanos, que también avanzó lenta pero seguramente en el sentido de la vigencia de un orden jurídico supranacional, marca también el derrotero.

Por lo demás, parece obvio que en los casos aberrantes ya no existe lugar para el retorno a la barbarie nacional, por lo menos a la barbarie bajo pretendido color de legalidad. Pase lo que pase en los hechos en determinada comunidad nacional, ya no podrá más en derecho decirse “que el genocidio, la tortura o el delito cesáreo de un déspota constituyan asuntos exclusivamente internos, *de jurisdicción doméstica*.”¹²⁰

¹¹⁷ Y a su vez ha reafirmado el principio aprobando por ley 25.390 el tratado de creación de la Corte Penal Internacional. Ver al respecto ZUPPI, *Jurisdicción...*, *op. cit.*; VAN DIJK, P. y VAN HOOF, G. J. H. (dir.) *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, La Haya, Kluwer Law International, 1998, 3ª ed.

¹¹⁸ Antes era el primer punto del cap. “Fuentes,” hoy es el primer punto del cap. “Fuentes nacionales,” precedido de las fuentes supranacionales. Ver *infra*, cap. VII, http://gordillo.com/pdf_tomo1/capituloVII.pdf.

¹¹⁹ Creemos haber probado el error de tales concepciones a partir de la 1ª ed. de nuestra *Introducción al derecho administrativo*, Buenos Aires, Perrot, 1962, reproducido en este *Tratado*, t. 5, *Primeras obras*, Buenos Aires, FDA, 2012, Libro I, <http://gordillo.com/tomo5.html> y estimamos ahora oportuno formular la subsiguiente hipótesis de progreso jurídico.

¹²⁰ ORTIZ PELLEGRINI, MIGUEL ÁNGEL, *Introducción a los derechos humanos*, Buenos Aires, Ábaco, 1984, p. 63. Más aun, ello se ha efectuado *ex post facto*: ZUPPI, “La prohibición «ex post facto» y los crímenes contra la humanidad,” *ED*, 131: 765; *Jurisdicción...*, *op. cit.*; BARBERIS, *op. cit.*, p. 56.

Los demás países y la propia Organización de las Naciones Unidas podrán no siempre tener la voluntad política de intervención multilateral en las masacres internas, pero nadie podrá pretender reconocer el carácter de jurídicas a tales aberraciones. En efecto, “hace al bien común de la humanidad salvaguardar al hombre en todas las partes del globo, cualquiera sea la soberanía del Estado bajo la cual se encuentre. En última instancia, la paz mundial no es la mera ausencia de guerras, ni se reduce al solo equilibrio de fuerzas adversarias, sino que es obra de la justicia.”¹²¹

II. Los principios supranacionales¹²²

4. Normas y principios supranacionales

Conforme los mismos criterios interpretativos que hemos siempre sostenido para la Constitución nacional como orden supremo en el derecho interno, postulamos ahora como hipótesis o conjetura básica,¹²³ como concepto fundante¹²⁴ del nuevo sistema¹²⁵ u orden jurídico supranacional, la aplicación en un grado superior de las mismas pautas interpretativas elaboradas en el plano interno.

Por ello caracterizaremos tales normas con los mismos datos que, uno a uno, hemos postulado para la Constitución nacional en la etapa preinternacional de nuestro derecho.

4.1. La cuestión de las sanciones por incumplimiento. La invalidación nacional

Aun en los supuestos en que no exista una sanción puntual y específica prevista en la Convención para el caso de incumplimiento, el tribunal tiene siempre como obligación mínima la de invalidar toda actuación o comportamiento estatal o privado que se haya apartado de tales preceptos jurídicos. Esa invalidación o privación de efectos, que podrá ser constitutiva o declarativa según la gravedad de la infracción,¹²⁶ constituye por cierto una sanción.

¹²¹ ORTIZ PELLEGRINI, *op. cit.*, p. 63, quien cita en tal sentido *Gaudium et Spes*, P. II, c. 5, n° 78.

¹²² Como se verá, no nos referimos aquí a los principios generales del derecho internacional que rigen la conducta de los Estados entre sí (que, entre otros, explica JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, *op. cit.*, p. 107 y ss.), sino a los clásicos principios generales del derecho, constantemente *aggiornados* desde su origen romanístico (*infra*, § 6 y notas), que se muestran en su carácter universal. Ver también FLOGAITIS, SPYRIDON, “The General Principles of Law in the Jurisprudence of the United Nations Administrative Tribunal,” en prensa en el libro de homenaje a SABINO CASSESE, 2009.

¹²³ En el sentido de POPPER, KARL, *La lógica de la investigación científica*, Madrid, Tecnos, 1973.

¹²⁴ LINARES, JUAN FRANCISCO, *Los sistemas dogmáticos en el derecho administrativo*, Buenos Aires, FDA, 1984, pp. 51-52.

¹²⁵ ALCHOURRÓN y BULYGIN, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas*, Buenos Aires, Astrea, 1975, cap. IV, pp. 92-93 y cap. V.

¹²⁶ Según lo desarrollamos para el derecho nacional en el t. 3, *El acto administrativo*, *op. cit.*, cap. XI, “Sistema de nulidades del acto administrativo,” http://gordillo.com/pdf_tomo3/capitulo11.pdf.

4.2. *La invalidación y condena pecuniaria supranacional*

El tribunal internacional de la Convención —la Corte de San José— está especialmente facultado no sólo para declarar la antijuridicidad de la conducta y anular los pronunciamientos que se aparten de lo prescripto por la Convención, sino también para aplicar sanciones pecuniarias en favor de la *persona humana*¹²⁷ cuyos derechos fundamentales hayan sido lesionados por actos, hechos u omisiones de su propio país, en el plano interno.¹²⁸ Conviene recordar que la Convención concede derechos principalmente a las personas físicas y organizaciones actuando en su nombre, no a las personas jurídicas (art. 1º, inc. 2º), aunque ya los tribunales internos en algunos casos han hecho extensivas sus reglas a las personas jurídicas, p. ej. en el caso de la regla *solve et repete*.

Es obvio que se trata de sanciones no demasiado vigorosas, pero tampoco las hay por ahora, en la práctica, de las infracciones constitucionales en el derecho interno. En cualquier caso nuestra Corte Suprema ha demostrado una saludable tendencia, que es de desear se reafirme y continúe, al aplicar en el derecho interno las normas internacionales y su interpretación por el tribunal de San José de Costa Rica, tanto en fallos como opiniones consultivas.¹²⁹

Si se quiere fortificar este aspecto, la figura penal para la emisión de órdenes antijurídicas y su ejecución¹³⁰ puede brindar un elemento contundente en ese camino, lo mismo que la reparación no meramente simbólica del daño moral, la publicación de la sentencia a costa del infractor, etc. Es mucho lo que se puede avanzar, si se quiere hacerlo. Y queda todavía la previsión penal constitucional del art. 36.¹³¹

¹²⁷ La Convención concede derecho sustantivo sólo a las personas físicas (art. 1º, inc. 2º: GROSS ESPIEL, *op. cit.*, pp. 149-50; TREJOS, *op. cit.*, p. 96.); por ello resulta superflua la reserva respecto a los alcances de esta facultad del tribunal. Las personas jurídicas pueden en cambio, como derecho adjetivo o procedimental, denunciar violaciones en perjuicio de derechos sustantivos de terceras personas individuales: Art. 26 del reglamento de la Comisión, *supra*, nota 2.13.

¹²⁸ Obviamente, es el ciudadano o habitante de su propio país de nacimiento o residencia el que resulta lesionado en sus derechos individuales por su propio gobierno. Hay por ello al mismo tiempo derecho nacional y supranacional violado.

Este tipo de sanciones internacionales pecuniarias se han visto con mayor frecuencia en los últimos años, en particular, pueden recordarse los ya mencionados casos *Fontevecchia* (2011) y *Furlán* (2012), donde la Corte Interamericana ha fijado una obligación de pagar la indemnización fijada, dentro del término de un año, a los afectados (Corte IDH, Caso Fontevecchia y D'Amico Vs. Argentina, sentencia de 29-XI-11, Serie C, nro. 238, párr. 93; y Caso *Furlán y familiares vs. Argentina*, de 31-VIII-2012, Serie C, nro. 246, párr. 303).

¹²⁹ También en la misma tendencia los tribunales inferiores: CNFed. CA, Sala IV, *Telesud*, 18-04-85, causa 8892.

¹³⁰ Ver ZAFFARONI, *Derecho Penal. Parte General*, § 50, IX, "La obediencia debida: su disolución dogmática," pp. 725-28.

¹³¹ Ver BAIGÚN, DAVID, "El delito de atentado al orden constitucional y a la vida democrática" y "La reforma de la Constitución nacional," en el libro de BIDART CAMPOS, G. J. y SANDLER, H. R., compiladores, *La reforma constitucional*, Buenos Aires, Depalma, 1995, p. 43 y ss., esp. p. 47; ZAFFARONI, *op. cit.*, § 41, IX, "La defensa del estado," 3, p. 601.

4.3. *Hacia la supremacía de la Convención y normas análogas y comunitarias*

No se nos escapa que la afirmación que encabeza este punto podría provocar rechazo en algún jurista de fines de siglo XX, formulamos la conjetura con sentido o proyección para el siglo XXI: Esperamos ver reconocido por *todos* nuestros tribunales la vigencia de este principio. La Corte Suprema ha marcado el camino y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos lo lidera; empecemos ahora a aplicarlo en la administración y primeras instancias de la justicia. Nos acompañan los tribunales extranjeros que al amparo de las renovadas normas y principios de extraterritorialidad, hacen algunas de las cosas que nosotros, solos, no podemos.

No tiene sentido resolver el sometimiento a un orden jurídico supranacional y a un tribunal con competencia para aplicarlo y sancionar al incumplidor, para luego pretender *la supuesta supremacía del orden local por sobre el orden internacional*. Entendemos la resistencia psicológica a abandonar los viejos paradigmas, pero es obvio que ellos hoy carecen de realismo y también de justicia. La existencia de la Convención Americana de Derechos Humanos nos plantea el deber ético de una resuelta integración en la comunidad universal civilizada: Nos obliga a reconocernos a todos y cada uno de nosotros mismos la condición de ser humano; ello, en términos de convicción que supere los límites de la nacionalidad.

Así como ninguna “nacionalidad” o norma nacional, o carencia de norma nacional, puede hoy en día ser argumento válido para declararse esclarecido y honroso partidario de la esclavitud, la tortura, el asesinato de niños, el genocidio, la persecución de las minorías, etc., así también en pocas décadas más se deberá verificar en la experiencia que tampoco puede “jurídicamente” argüirse un “derecho” interno, así sea constitucional,¹³² para justificar la lesión de un derecho supranacional en materia de garantías, derechos y libertades públicas mínimas de cada individuo en su propio país.

4.4. *La imperatividad de las normas y principios supranacionales*

Del mismo modo, la supremacía del orden supranacional por sobre el orden nacional preexistente, no puede sino ser supremacía jurídica, normativa, provista de fuerza coactiva, de imperatividad. Tanto la coacción —*lato sensu*— interna prevista en todo el sistema jurídico nacional, como la coerción internacional, por la vía jurisdiccional prevista en el tratado, son los medios por los cuales los órganos jurisdiccionales nacionales y supranacionales deberán hacer efectiva tal suprema imperatividad. A lo cual ha de agregarse, a partir de los últimos pronunciamientos, las opiniones consultivas.

¹³² Ese será, por supuesto, el seudo argumento o la falsa excusa, pues ninguna norma constitucional se halla en pugna con la Convención y ningún conflicto es posible para el intérprete bien inspirado. Así ZAFFARONI, *op. loc. cit.*; EKMEKDJIAN, *Introducción al derecho comunitario latinoamericano con especial referencia al MERCOSUR*, *op. cit.*, p. 15 y sus referencias.

4.5. *La aplicación directa de las normas y principios supranacionales*

No podemos, en materia de derechos, retornar a las épocas en que se podía sostener que una garantía determinada era inaplicable “por no existir aun ley que la reglamente.” Ese argumento era y es del mismo nivel que el que invoca cualquier empleado de una mesa de entradas, cuando se resiste a aplicar la ley “porque falta la reglamentación;” o no aplica la reglamentación porque le falta “la orden del superior;” o incumple la orden del superior porque ella no está por escrito, o desconoce la orden escrita del superior porque él no se la reitera en forma verbal en el mismo acto en que le requieren su cumplimiento; etc.

Los argumentos de mente burocrática para no actuar son infinitos. En otras palabras, haya o no haya ley nacional que reglamente y desarrolle los preceptos del derecho supranacional y, desde luego, haya o no reglamentación administrativa de la reglamentación legal, sub-orden de la orden, versión escrita de la orden, superior reiteración verbal de la orden escrita, rumor administrativo de cómo o qué criterio es pertinente cumplir, lo único cierto es que debe siempre aplicarse en forma directa e inmediata la Convención, sin requerimiento de “intermediarios normativos.”

La irrazonable demora del legislador local que nuestra Corte halló en *Ekmedjian* como causal habilitante de su inmediata operatividad, aun sin ley que la reglamente, es aplicable a las demás normas de la Convención. Se debe pues cumplir lisa y llanamente los contenidos de la Convención en forma directa, inmediata, sin ambages ni intermediarios superfluos. La misma tesis de la aplicación directa de la Constitución,¹³³ ha de ser la tesis de la aplicación directa de la Convención.¹³⁴

5. *Los principios jurídicos supranacionales en general*

Los principios del orden jurídico supranacional tienen un contenido tan fuertemente valorativo que requieren una interpretación extensiva, que desborda el simple marco de cualquier interpretación literal. Lo mismo ocurre con el sistema constitucional.

No se trata de interpretar “sagazmente” letritas de la Convención o de la Constitución,¹³⁵ para hacerlas letra muerta, sino de descubrir su contenido valorativo, su espíritu de justicia y hacer una interpretación talentosa de su contenido

¹³³ SÁNCHEZ MORÓN, “La aplicación directa de la Constitución en materia de derechos fundamentales: el nuevo derecho de asociaciones,” *REDA*, 22: 442 (Madrid); SAINZ MORENO, “Los casos de aplicación directa de la Constitución: el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos,” *REDA*, 24: 118 (Madrid), § 24, etc.

¹³⁴ Salvo en su norma programática del “desarrollo progresivo.” Ver nuestro *Derechos Humanos*, *op. cit.*, cap. VIII, “Derechos sociales, económicos y culturales.” Lo mismo cabe decir de igual cláusula en la Convención Interamericana contra la Corrupción.

¹³⁵ De “lo contrario [...] estarían expuestas a cualquier artificio tendiente a soslayarlas.” (CSJN, *Fallos*, VALDEZ, 304-2: 1340 y su cita, año 1982.)

y no de su lectura formal. Son principios rectores del sistema, fundantes de otros subsistemas,¹³⁶ que tienen un marco normativo pero además una sustancia o contenido valorativo.¹³⁷ Dado que los principios supraconstitucionales se integran armónicamente con los constitucionales, pasaremos a efectuar su desarrollo simultáneo.¹³⁸

6. *Los principios jurídicos constitucionales y supraconstitucionales*¹³⁹

La Constitución y el orden jurídico supranacional e internacional no sólo tienen normas jurídicas supremas; tiene también y principalmente *principios* jurídicos de suma importancia.¹⁴⁰ Recogen o desarrollan, o tienen implícitos, principios rectores de todo el ordenamiento, que tienen un contenido tan fuerte y tan profundo como para que su aplicación deba ser extensiva y desbordar el simple marco de su interpretación literal. El principio determina en forma integral cuál ha de ser la orientación del acto de creación o aplicación del derecho.

Un intérprete o ejecutor del derecho no puede ser un mero lector del texto de cada norma, sino que debe fundamentalmente buscar la interpretación que la hace justa¹⁴¹ en el caso: Allí es donde son de aplicación los principios jurídicos. El principio exige que tanto la ley como el acto administrativo respeten sus límites y además tengan su mismo contenido axiológico. Pero aun más, esos contenidos básicos rigen toda la vida comunitaria y no sólo los actos a que más directamente se refieren o las situaciones que más expresamente contemplan; por ser “principios” son la base de una sociedad libre y democrática, son los elementos fundamentales y necesarios de la sociedad y de todos los actos de sus componentes.¹⁴²

¹³⁶ Ver LINARES, *Los sistemas dogmáticos en el derecho administrativo*, op. cit., pp. 51-52.

¹³⁷ Ampliar en nuestro libro *Derechos Humanos*, op. cit.

¹³⁸ Son los principios generales del derecho: BARBERIS, op. cit., p. 221 y ss.; GARCÍA DE ENTERRÍA, *Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho*, Madrid, Civitas, reimpresión 1996; PESCATORE, “Aspectos judiciales del acervo comunitario,” *Revista de Instituciones Europeas*, Madrid, 1981; BENOÎT, JEANNEAU, *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative*, París, LGDJ, 1954; LAUBADÈRE, ANDRÉ DE; VENEZIA, JEAN-CLAUDE; GAUDEMET, YVES, *Traité de Droit Administratif*, vol. I, L.G.D.J., 1992, 12ª ed., p. 558; AMERASINGHE, C.F., *The Law of the International Civil Service*, vol. I, Oxford, Clarendon Press, 1994, 2ª ed., pp. 156-7.

¹³⁹ Ver nuestra *Introducción al derecho*, op. cit., <http://gordillo.com/iad.html>. ATALIBA, GERARDO, *Constituição e República*, San Pablo, Ed. Revista dos Tribunais, 1985, p. 14; BANDEIRA DE MELLO, CELSO ANTÔNIO, *Elementos de Direito Administrativo*, San Pablo, Ed. Revista dos Tribunais, 1980, p. 229 y ss.; GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, op. cit., pp. 97-103; *Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho*, op. cit., p. 110; BARBERIS, op. cit., p. 235.

¹⁴⁰ Nos remitimos a lo expuesto en nuestra *Introducción al derecho*, op. cit., <http://gordillo.com/iad.html>.

¹⁴¹ A veces, son otros los principios que tienen primacía, pero ello es excepcional. Se trata de evitar el *fiat iustitia, pereat mundo*.

¹⁴² Estos principios suponen variables axiológicas que permiten una adecuación del significado y contenido de las normas a la cambiante realidad: comp. WARAT, LUIS, *Semiótica y derecho*, Buenos Aires, 1972, p. 134 y ss.; OYHANARTE, JULIO, *Poder político y cambio estructural en la Argentina*, Buenos Aires, Paidós, 1969.

7. La defensa en juicio como principio jurídico y sus aplicaciones

La defensa en juicio es inviolable, dicen p. ej. la Constitución y normas superiores. Ese es un principio que establece un límite de la acción estatal en el caso de una controversia judicial, pero que además tiene un contenido de defensa de la personalidad humana, de derecho a ser oído. El principio se aplica tanto para anular una sentencia que impide a una parte defenderse, como para una sentencia que le permite expresarse, pero ignora arbitrariamente su exposición; como para un procedimiento administrativo del que no se da vista al interesado ni oportunidad de hacer oír sus razones y producir la prueba de descargo de que quiera valerse.¹⁴³

También sería congruente para obligar a un periódico que publica una noticia, a rectificarla en caso que la publicación sea en verdad errónea: Cuando un juez sobreesee definitivamente a una persona que detuvo bajo la acusación de un delito, o deja sin efecto un auto de prisión preventiva; cuando la Cámara revoca el auto de prisión o la sentencia condenatoria, etc. La índole de los medios hace que sólo sea “noticia” el “atroz” o el “vergonzante” negociado; la comprobación y divulgación de que no lo hubo no tiene interés para el público [...] mas cuánta para el inculpaado.¹⁴⁴

La solución dominante prefiere tutelar una mayor libertad de prensa a costa de una menor protección al honor.¹⁴⁵ El principio de defensa es también aplicable a la emisión de normas generales, a grandes proyectos de obra pública, a la modificación de las tarifas de servicios públicos monopolizados, que no pueden ser dictadas sin previa realización de una *audiencia pública* (conforme a normas generales preestablecidas y permanentes), para que los interesados hagan oír su voz ante la opinión pública y con la participación del Defensor del Pueblo. Más aun, la garantía de defensa individual o en audiencia pública es la parte adjetiva de un principio superior, que es el del debido proceso legal o garantía de razonabilidad. Si se quisiera puntualizar el principio cardinal del derecho público constitucional y administrativo, él es así el principio del debido proceso en su doble faz adjetiva y sustantiva: Como derecho a ser oído tanto individual como colectivamente antes de que se tome una decisión adversa a sus derechos

¹⁴³ Ver *infra*, t. 2, <http://gordillo.com/tomo2.html> y 4, <http://gordillo.com/tomo4.html>, *op. cit.*

¹⁴⁴ Ver CSJN, *Petric, Fallos*, 321-1: 885, LL, 1998-F, 58. La doctrina de la “real malicia” (CSJN, *Morales Solá*, LL, 1996-E, 328 y *Gesualdi*, año 1996, LL, 1997-B, 753), no otorga satisfacción suficiente al derecho a la intimidad, honor, etc., lesionado por la libertad de expresión. Comp. GELLI, MARÍA ANGÉLICA, “Dimensiones de la «real malicia» y afectación del honor en el caso «Gesualdi»,” LL, 1997-B, 749 y sus referencias; BUSTAMANTE ALSINA, JORGE, “Nuestro derecho común interno frente a la doctrina jurisprudencial norteamericana de la «actual malice» (A propósito de los casos «Morales Solá» y «Gesualdi»,” LL, 1997-A, 936; BIANCHI, ALBERTO B., “Una meditación acerca de la función institucional de la Corte Suprema,” LL, 1997-B, 994, notas 44 a 48 y texto; BADENI, GREGORIO, “Doctrina de la real malicia,” LL, 1997-B, 1181; BARRANCOS Y VEDIA, FERNANDO N., “La libertad de expresión y el debate de los temas de interés público (El caso Morales Solá),” LL, 1996-E, 325.

¹⁴⁵ El tema, por supuesto, da lugar a brillantes críticas: GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS, *La degradación del derecho al honor (honor y libertad de información)*, Madrid, Civitas, 1993.

o intereses —incluidos los derechos de incidencia colectiva— y como el derecho a que la decisión sea intrínsecamente razonable.

Parafraseando al Juez JACKSON de la Corte Suprema de los Estados Unidos, si tuviera que optarse entre vivir bajo el debido proceso legal con leyes autoritarias, o bajo leyes liberales sin el debido proceso legal, la primera alternativa es claramente preferible.¹⁴⁶ Es más importante la razonabilidad, justicia o equidad¹⁴⁷ en los casos concretos, que la ley de cuya aplicación se trata; la mejor ley, aplicada mal es disvaliosa en su resultado final.

8. *El principio de razonabilidad. Introducción*

En el caso *Reyes*, del año 1959,¹⁴⁸ la Corte Suprema declaró en efecto que “sin necesidad de norma expresa y con arreglo a los principios que fundan el considerando 10 de esta sentencia (“la denegatoria del recurso del art. 14 de la ley 14.236 no es acertada, si el procedimiento administrativo seguido es objetable por vulnerar la garantía de defensa. Ello ocurre cuando de las constancias de la causa aparece prima facie, como en el caso, que las pretensiones de la recurrente no son arbitrarias”) los jueces intervinientes, poseen, además, la potestad de revocar o anular la decisión administrativa sobre los hechos controvertidos, *si ella fuera suficientemente irrazonable, o se apoyara tan sólo en la voluntad arbitraria o en el capricho de los funcionarios, o implicara denegación de la defensa en juicio*. La mera existencia de esta potestad, de indiscutible fundamento constitucional, posee un valor ciertamente decisivo.”

Es una “Ley razonable [...] lo que debe servir de fundamento inmediato o mediato a las decisiones de la Administración.” La razonabilidad es así el punto de partida del orden jurídico.¹⁴⁹

“Si los jueces de una causa [...] comprueban que [...] media alguno de los supuestos de gravedad o arbitrariedad extrema [...] están obligados a desempeñar la primera y más elemental de las funciones que les incumben, esto es, la que consiste en proteger las garantías constitucionales declarando la invalidez de los actos del Estado que pretenden vulnerarlos.”¹⁵⁰ Este principio es de validez

¹⁴⁶ Así H.W.R. WADE, *Administrative Law*, Oxford University Press, 1982, p. 414, con referencia a la Corte Suprema de los Estados Unidos, p. ej. en los casos *Shaughnessy v. United States*, 343 U.S. 206 (1953) (JACKSON J.), *McNabb v. United States*, 318 U.S. 332. (1943) (FRANKFURTER J.)

¹⁴⁷ Ver también nuestras glosas a NIETO, ALEJANDRO, *Las limitaciones del conocimiento jurídico*, Madrid, Trotta, 2003, pp. 78-80.

¹⁴⁸ *Fallos*, 244: 548, *María Consuelo López de Reyes v. Instituto Nacional de Previsión Social*, 1959; *infra*, t. 3, cap. IX, p. 29, http://gordillo.com/pdf_tomo3/capitulo9.pdf.

¹⁴⁹ Como ejemplo de ello: Nuestro Proyecto de 1964, arts. 73 y 93 inc. 2º); Bolivia, art. 4º inc. p) y art. 29; Brasil, art. 2º; Perú, art. IV inc. 1º) ap. 4. Ver LINARES, JUAN FRANCISCO, *Poder discrecional administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1958, p. 114; “*El debido proceso*” como garantía inminente en la *Constitución argentina*, Buenos Aires, 1944, 2ª ed. bajo el título *Razonabilidad de las leyes*, Buenos Aires, Astrea, 1970; BUDASSI, IVÁN FERNANDO, “El control de razonabilidad en la doctrina de la C.S.J.N.,” *RDA*, 21/23: 211. (Buenos Aires.)

¹⁵⁰ CSJN, *Fallos*, 251: 246, *Nación Argentina v. Jorge Ferrario*, 1961.

universal; resulta aplicable tanto al legislador¹⁵¹ como al administrador¹⁵² y al juez,¹⁵³ e incluso a particulares.¹⁵⁴ Se incorpora a nuestro derecho como garantía de razonabilidad, por vía del derecho norteamericano,¹⁵⁵ como parte del debido proceso en sentido sustantivo¹⁵⁶ y es el mismo que en el derecho inglés se incluye dentro de la justicia natural.¹⁵⁷ Está también en el derecho belga.¹⁵⁸

A su vez, bajo el ángulo de la proporcionalidad también ha llegado al derecho alemán,¹⁵⁹ francés,¹⁶⁰ italiano¹⁶¹, español,¹⁶² griego,¹⁶³ brasileño¹⁶⁴ y, con algunos

¹⁵¹ LINARES, *Razonabilidad de las leyes. El “debido proceso” como garantía innominada en la Constitución Argentina*, op. cit. Comp. PADILLA, MIGUEL M., *Lecciones sobre derechos humanos y garantías. Apéndice*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1989, pp. 71-80.

¹⁵² LINARES, *Razonabilidad de las leyes*, op. cit., p. 107; *Poder discrecional administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1958, p. 155 y ss.

¹⁵³ CARRIÓ, GENARO, *Recurso extraordinario por sentencia arbitraria*, Buenos Aires, 1967; SAGÜES, NÉSTOR PEDRO, *Recurso extraordinario*, Buenos Aires, Depalma, 1984.

¹⁵⁴ Ver *infra*, t. 3, op. cit., cap. I, “El acto administrativo como parte de la función administrativa,” § 11 a 13, http://gordillo.com/pdf_tomo3/capitulo1.pdf.

¹⁵⁵ Y su *Due Process of Law*, que a su vez proviene del derecho británico. Ver LORD DENNING, *Due Process of Law*, Londres Butterworths, 1980.

¹⁵⁶ Ver SCHWARTZ, BERNARD, *French Administrative Law and the Common-Law World*, Nueva York, New York University Press, 1954, p. 211 y ss.

¹⁵⁷ WADE, H. W. R., *Administrative Law*, Oxford, Clarendon Press, 1982, 5ª ed., p. 414; CRAIG, PAUL P., *Administrative Law*, Londres, Sweet & Maxwell, 1999, 4ª ed., parte 1, cap. 1, § 4, ap. 2, pp. 31-4, parte 2, caps. 13 y 14, pp. 401-60.

¹⁵⁸ PERELMAN, CHAÏM, *Le raisonnement et le déraisonnable en Droit. Au-delà du positivisme juridique*, París, LGDJ, 1984.

¹⁵⁹ ALEXY, ROBERT, “Constitutional Rights, Balancing and Rationality,” *Ratio Juris*. Vol. 16, 2-VI-03, p. 131-40; “On the Structure of Legal Principles,” *Ratio Juris*, Vol. 13, 3-IX-00, p. 297; *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1ª ed., cap. III, § 8, pp. 111-5. La jurisprudencia permanente del Tribunal Constitucional Federal exige, para toda restricción de derechos fundamentales, que se respeten las máximas de adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. (ALEXY, ROBERT, *Teoría...*, op. cit., p. 126.)

¹⁶⁰ DE LA CRUZ FERRER, JUAN, “Una aproximación al control de proporcionalidad del Consejo de Estado francés: el balance costes-beneficios en las declaraciones de utilidad pública de la expropiación forzosa,” *REDA*, 45: 71 (Madrid, 1985); BRAIBANT, GUY, “Le principe de proportionnalité,” en *Mélanges Waline*, París, 1974, p. 297 y ss.

¹⁶¹ SANDULLI, ALDO, *La Proporcionalità dell' azione amministrativa*, 1ª ed., CEDAM, Padova, 1998; en particular, cap. III, Sezione Terza, § 4, pp. 371-2

¹⁶² BEILFUSS GONZÁLEZ, MARKUS, *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Navarra, Thomson-Aranzadi, 2003, p. 53 y ss.; ÁLVAREZ GARCÍA, VICENTE, *El concepto de necesidad en el derecho público*, Madrid, Civitas, 1996, 1ª ed., cap. VI, § V.2, pp. 448-518. Asimismo, en particular sobre su aplicación al derecho administrativo, puede recurrirse a SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, Daniel, *El control de proporcionalidad de la actividad administrativa*, Valencia, Tirant lo Blanch, Valencia, 1ª ed. y ANDRÉS PÉREZ, MARÍA DEL ROCÍO, *El Principio de Proporcionalidad en el Procedimiento Administrativo Sancionador*, Madrid, Bosch, 2008, 1ª ed.

¹⁶³ GERAPETRITIS, GEORGE, *Proportionality in Administrative Law. Judicial Review in France, Greece, England and in the European Community*, Atenas, Sakkoulas, 1997.

¹⁶⁴ ALVES DA FROTA, HIDEMBERG, *O Princípio tridimensional da proporcionalidade no direito administrativo: um estudo à luz da principiologia do direito constitucional e administrativo, bem como da jurisprudência brasileira e estrangeira*, Río de Janeiro, Editora GZ, 2009; BENVINDO ZAIDEN, JULIANO, *On the limits of Constitutional Adjudication. Deconstructing Balancing and Judicial Activism*, Berlin/Heidelberg, Springer, 2010, p. 83 y ss.

matices y en aspectos puntuales, al argentino,¹⁶⁵ entre otros. De este modo, bajo diferentes terminologías reaparece siempre la misma idea-fuerza. Es ya un principio de derecho internacional.¹⁶⁶ En el derecho interno aparece receptado incluso por los tribunales de competencia civil. Así p. ej. cabe recordar el pronunciamiento de la C. Nac. Civil según el cual “La discrecionalidad no es sinónimo de arbitrariedad, por lo que los titulares de los poderes estatales no pueden convertir a los actos de la Administración en reflejos de caprichos individuales.”¹⁶⁷ Incluye como supuestos de aplicación la falta de sustento fáctico suficiente, de motivación adecuada, de proporcionalidad en los medios y adecuación de medio a fin,¹⁶⁸ la existencia de contradicción (o doctrina de los actos propios),¹⁶⁹ la prohibición de la desviación de poder, etc.

Es que como también dijo la Corte Suprema “Debe admitirse el «desvío de poder» como causal de invalidez de los actos de los poderes públicos, entendida dicha causal como el ejercicio de facultades estatales con un objeto distinto al previsto por el legislador:”¹⁷⁰ “la discrecionalidad otorgada a los entes administrativos no implica el conferirles el poder para girar los pulgares para abajo o para arriba.”¹⁷¹ En igual sentido ha dicho la Procuración del Tesoro de la Nación que “Es peligroso sostener que en el caso se obró en uso de facultades legales, si lo que ocurre es que se hizo abuso de aquéllas y se tomó a la ley como medio para consumir la arbitrariedad.” “El carácter legal de una atribución, de una facultad y la observancia de las formalidades no basta para acordar legalidad al acto si hay *substractum* de arbitrariedad [...] desviación de poder, etc., que es lo mismo que decir ilegalidad.”¹⁷²

¹⁶⁵ ALONSO REGUEIRA, ENRIQUE M., “El examen de necesidad ¿razonabilidad o conveniencia?,” *ED*, 2008, 647; así como su comentario al artículo 30 de la CADH, en ALONSO REGUEIRA, ENRIQUE M. (Dir.), *Convención Americana de Derechos Humanos y su proyección en el derecho argentino*, Buenos Aires, La Ley, 2012, 1ª ed., pp. 535-539. Asimismo, ver CLÉRICO, LAURA, *El examen de proporcionalidad en el Derecho constitucional*, Buenos Aires, Eudeba, 2009, 1ª ed; CIANCIARDO, JUAN, *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*, Buenos Aires, Abaco de Rodolfo Depalma, 2004, 1ª ed.

¹⁶⁶ Tanto de derecho público como privado. En el segundo aspecto ver ZUPPI, “La interpretación en la Convención de Viena de 1980 (CISG) (Compraventa internacional de mercaderías),” *LL*, 1997-F, 1290, § III, 3, d).

¹⁶⁷ CNCiv., Sala A, *Gallardo, F. c. Municipalidad de la Ciudad de Bs. As.*, *ED*, 143-407. (1991.)

¹⁶⁸ Ampliar en COMADIRA, JULIO RODOLFO, *Acto administrativo municipal*, Buenos Aires, Depalma, pp. 36-7. Asimismo, GRECCO, CARLOS MANUEL y GUGLIELMINETTI, ANA PATRICIA, “El principio de Proporcionalidad en la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos de la República Argentina (Glosas preliminares),” en *Documentación Administrativa*, n° 267-268, *El derecho administrativo en Argentina: Situación y tendencias actuales (I)*, Madrid, Septiembre 2003 - Abril 2004.

¹⁶⁹ Sobre la interpretación que ha efectuado el Estado de esta doctrina, ver DIANA, NICOLÁS, “Más allá de la doctrina de los actos propios: La voluntad,” *LL*, *Sup. Adm.*, marzo 2012, 10.

¹⁷⁰ CSJN, *LL*, 1993-C, 196, *Martínez de Hoz, José A.A.* (1993.)

¹⁷¹ CSJN, *Consejo de Presidencia de la Delegación Bahía Blanca de la Asamblea Permanente por los Derechos Humanos*, *LL*, 1992-E, 101.

¹⁷² *Dictámenes*, 51: 91; 64:114 y otros.

Igualmente tiene dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación: “Una de las derivaciones del principio cardinal de la buena fe es la que puede formularse como el derecho de todo ciudadano a la veracidad ajena y al comportamiento leal y coherente de los otros, sean éstos los particulares o el propio Estado.” “El actuar contradictorio que trasunta deslealtad resulta descalificado por el derecho, lo que ha quedado plasmado en brocardos como el que expresa «*venire contra factum proprium non valet*» que sintetizan aspectos de densa dimensión ética del principio de buena fe.”¹⁷³

9. *El debido proceso como control de las demás fuentes del derecho*

En los comienzos del derecho europeo y latinoamericano se partía de una hipótesis distinta del derecho anglo norteamericano:¹⁷⁴ que no se requería tutela jurisdiccional frente a la norma legislativa, pues ésta era precisamente la protección del ciudadano. De allí el principio de legalidad o facultad reglada de la administración. El mismo tipo de razonamiento se aplicó también a la norma reglamentaria, en tanto no fuera contraria a un precepto legal.

Ese viejo modo de ver las cosas no se ajustaba a nuestro derecho constitucional, construido sobre la base del sistema estadounidense, con control judicial de la constitucionalidad, por ende de razonabilidad.¹⁷⁵

Es que la norma no siempre es protección del particular frente a la administración, sino potestad que se confiere el funcionario, autor las más de las veces del proyecto que luego hace sancionar por las autoridades políticas¹⁷⁶ y por ende constituye con frecuencia la fuente de arbitrariedad administrativa frente al particular. Se produce de este modo el germen de un retorno a las fuentes del derecho anglosajón y canónico, en que los principios superiores a la norma son la

¹⁷³ CSJN, *Cía. Azucarera Tucumana, S.A. c. Gobierno Nacional*, JA, 1989-IV-429. Este principio puede también servir para descalificar, en algunos casos, las conductas que vulneran la doctrina de los actos propios en cuanto desconocimiento de precedentes administrativos válidos; aunque la igualdad ante la ley no ha sido interpretada con el alcance de que debe darse a todos lo reconocido a unos o algunos. (BIANCHI, *Una meditación acerca de la función institucional de la Corte Suprema*, op. cit., § 8, con cita de PADILLA, *Lecciones sobre derechos Humanos y Garantías*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1993, pp. 192-195.)

¹⁷⁴ SCHWARTZ, BERNARD, *French Administrative Law and the Common-Law World*, Nueva York, New York University Press, 1954, p. 205 y ss. No debe llevar a error una frase aislada del derecho anglosajón, que al fundar antiguamente la inmunidad soberana, expresaba que “no puede haber derechos contra quien crea todo derecho;” ello no es representativo de ese derecho, fundado al contrario en la idea de justicia, razonabilidad, equidad.

¹⁷⁵ Ampliar en GELLI, MARÍA ANGÉLICA, “Emergencia económica, inconstitucionalidad sobreviniente y control de razonabilidad en el caso *Tobar*,” en AHE, DAFNE SOLEDAD (coord.), *El derecho administrativo de la emergencia, II*, Buenos Aires, FDA, 2002, pp. 143-55; ALLONA, CECILIA MARÍA, “El control judicial de razonabilidad,” MILJIKER, MARÍA EVA (coord.), *El derecho administrativo de la emergencia, I*, Buenos Aires, FDA, 2002, pp. 97-112.

¹⁷⁶ Por ello dice BREWER CARIAS, *El estado incomprendido*, Caracas, Vadell, 1985, p. 79, que hay un “excesivo poder discrecional dejado en manos de los funcionarios públicos de todos los niveles, paralelamente al establecimiento de más y más reglamentaciones, permisos, autorizaciones y licencias para la actuación de los particulares.”

razón, la equidad, etc.¹⁷⁷ Se pone entonces énfasis creciente, contemporáneamente en los *principios* del orden jurídico, tanto de la Constitución,¹⁷⁸ como del orden jurídico supranacional.¹⁷⁹ Se va así perfilando el control de constitucionalidad de la actividad administrativa y legislativa¹⁸⁰ y, desde luego, de la actividad reglamentaria de la administración; a ello cabe agregar el control del poder monopólico privado o de abuso de poder dominante, el principio de lealtad comercial y respeto a la libre competencia, etc. Pero no es en modo alguno un proceso que se encuentre terminado.¹⁸¹ Por lo demás, la Convención, en sus arts. 8° y 25 garantiza el principio jurídico supranacional del debido proceso,¹⁸² enteramente aplicable al procedimiento administrativo.¹⁸³ A su vez, mientras el derecho inglés funda el control de razonabilidad en el principio de justicia natural —que guarda no poca analogía con la idea de los principios generales del derecho— el sistema norteamericano y argentino invocan al mismo efecto la cláusula constitucional del debido proceso, entendida en el doble sentido adjetivo (audiencia debida) y sustantivo. (Razonabilidad, que es lo mismo que decir justicia.) Algunas constituciones contemporáneas, como la española de 1978 y algunas constituciones provinciales argentinas, prefieren utilizar el sinónimo “tutela judicial efectiva.”

¹⁷⁷ Ver MARTÍNEZ-TORRÓN, JAVIER, *Derecho anglonorteamericano y derecho canónico. Las raíces canónicas de la “common law,”* Madrid, Civitas, 1991, pp. 73, 77, 85, 102, 162, etc.

¹⁷⁸ Ente otros, ATALIBA, GERARDO, “Eficacia dos principios constitucionais,” *RDP*, 55/6: 167 (San Pablo, 1980); “Poder regulamentar do Executivo,” *RDP*, 57/8: 199 (San Pablo, 1978); BANDEIRA DE MELLO, CELSO ANTÔNIO, *Ato administrativo*, San Pablo, 1981, p. 85.

¹⁷⁹ El cual, además de contener igualmente como principio rector el de la razonabilidad y demás principios generales del derecho, tiene también otros principios novedosos como la eficiencia, equidad y publicidad de las contrataciones públicas. (Convención Interamericana contra la Corrupción, art. III, inc. 5° y Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, arts. 9 y 10.)

¹⁸⁰ Es la vieja transición del Estado de la legalidad al Estado de la Constitucionalidad: *Supra*, cap. III, http://gordillo.com/pdf_tom1/capituloIII.pdf, hoy superada por la creciente internacionalización del derecho. Una muestra de ello es la incidencia que tiene la jurisprudencia interamericana: ALONSO REGUEIRA, ENRIQUE M. (Dir.), *Convención Americana de Derechos Humanos y su proyección en el derecho argentino*, Buenos Aires, La Ley, 2013, 1ª ed.; en particular, su comentario al art. 30, pp. 535-539.

¹⁸¹ Como veremos en los cap. VII, “Fuentes nacionales del derecho administrativo,” § 9 a § 17, http://gordillo.com/pdf_tom1/capituloVII.pdf y X, “Clasificación jurídica de la función administrativa,” §15, http://gordillo.com/pdf_tom1/capituloX.pdf.

¹⁸² Sobre el debido proceso legal en la esfera administrativa y los límites convencionales a la discrecionalidad estatal, ver el estudio aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos con fecha 1-IX-2007, efectuada por el Comisionado ABRAMOVICH, VÍCTOR, “El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos y culturales. Estudio de los estándares fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos” (OEA Documentos Oficiales. OEA/Ser.L/V/II), p. 21 y ss. Asimismo, puede acudirse a los comentarios efectuados al primero de dichos artículos por THEA, FEDERICO y al segundo de ellos por FREEDMAN, DIEGO y ROJAS, SHUNKO en ALONSO REGUEIRA, ENRIQUE M. (Dir.), *Convención Americana de Derechos Humanos y su proyección en el derecho argentino*, Buenos Aires, La Ley, 2013, 1ª ed.

¹⁸³ Tal como ha debido explicarlo en forma expresa la Corte Interamericana en el Caso *Chocrón Chocrón vs. Venezuela* del 1-VII-2011 (Serie C, nro. 227; párr. 115). En materia de refugiados, ver BRUNO DOS SANTOS, MARCELO A., “El procedimiento de determinación de la condición de refugiado en la práctica,” *infra*, t. 7, *El derecho administrativo en la práctica*, cap. XXIII, pp. 391-411, http://gordillo.com/pdf_tom7/capitulo23.pdf.

10. *El principio del debido proceso como garantía adjetiva*

10.1. *En materia de actos administrativos*

Desde el punto de vista *adjetivo*, el debido proceso legal se refiere al derecho a ser oído; se trata de requisitos divulgados pero no siempre cumplidos.¹⁸⁴ Es necesario conocer las actuaciones que se refieren a uno —derecho a la vista y fotocopia de un expediente—;¹⁸⁵ hacerse asistir o representar por letrado, ofrecer y producir prueba de descargo,¹⁸⁶ controlar la producción de la prueba de cargo y de descargo, alegar sobre ella, presentar escritos, etc. Todo ello debe poder hacerse *antes* del dictado de la resolución sobre los derechos o intereses que afectan o puedan afectar a la persona de que se trata.¹⁸⁷ Comprende también el derecho a que la decisión que se dicte sea suficientemente motivada,¹⁸⁸ resuelva todas las cuestiones propuestas y no resuelva cuestiones no propuestas, se haga cargo de los principales argumentos del interesado, etc.¹⁸⁹

Estos recaudos de validez del acto administrativo¹⁹⁰ pueden igualmente ser encuadrados dentro de la garantía del debido proceso en sentido sustancial, o garantía de razonabilidad. Incluye asimismo, desde luego, el derecho de acceder a una instancia imparcial e independiente —un órgano judicial— a la cual acudir para obtener una revisión suficiente y adecuada de los hechos tenidos

¹⁸⁴ *Infra*, t. 2, *op. cit.*, cap. IX, “El procedimiento administrativo. Concepto y principios generales,” http://gordillo.com/pdf_tomo2/capitulo9.pdf.

¹⁸⁵ *Infra*, t. 4, *op. cit.*, cap. IV, “Vistas y traslados,” http://gordillo.com/pdf_tomo4/capitulo4.pdf. También en nuestro Proyecto de 1964, art. 254 y ss.; Bolivia, art. 18; Brasil, art. 3° inc. II) y art. 46; Perú, art. 160.

¹⁸⁶ *Infra*, t. 4, *op. cit.*, cap. VI, “Apertura a prueba. Medios de prueba,” http://gordillo.com/pdf_tomo4/capitulo6.pdf y VII, “Producción y valoración de la prueba,” http://gordillo.com/pdf_tomo4/capitulo7.pdf.

¹⁸⁷ *Infra*, t. 2, *op. cit.*, cap. IX, “El procedimiento administrativo. Concepto y principios generales,” http://gordillo.com/pdf_tomo2/capitulo9.pdf; *Teoría General del Derecho Administrativo*, Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 1984, cap. XII, pp. 651-95, reproducido en este *Tratado*, t. 8, *Teoría General del Derecho Administrativo*, Buenos Aires, FDA, 2013, p. 415, http://gordillo.com/pdf_tomo8/capitulo12.pdf.

¹⁸⁸ *Infra*, t. 3, *op. cit.*, cap. X, “Formalidades,” § 6, “La fundamentación o motivación,” http://gordillo.com/pdf_tomo3/capitulo10.pdf; *Teoría General del Derecho Administrativo, op. cit.*, pp. 489-95, reproducido en *Tratado*, t. 8, *op. cit.*, pp. 350-354, http://gordillo.com/pdf_tomo8/capitulo09.pdf; España, art. 54; nuestro Proyecto de 1964, art. 106; Bolivia, art. 16 inc. *h*) y art. 63; Brasil, art. 50; Perú, art. 6°.

¹⁸⁹ En este sentido, ha sido tajante la Corte Interamericana, quien entiende que la falta de motivación suficiente de los actos administrativos conduce tanto a la violación de las garantías establecidas en el art. 8.1, así como a la de “recurso efectivo” prevista por el art. 25 de la CADH. (Corte IDH, caso *Chocrón Chocrón*, ya cit.; párrs. 118 y 129.)

¹⁹⁰ La jurisprudencia interamericana de los últimos años ha demostrado especial interés en los casos en que dichos actos ostentan el carácter de sancionatorios, exigiendo para ellos, que los recaudos propios del debido proceso sean analizados con mayor vigor. Asimismo, entendió que su validez también debía sujetarse al respeto de las garantías adjetivas propias del derecho penal, receptadas en el art. 8.2 de la CADH, y al principio de legalidad penal previsto por su art. 9. Ver ENRIQUE M. ALONSO REGUEIRA y LUIS E. CASARINI, “El control jurisdiccional de las sanciones administrativas,” *Diario La Ley*, año LXXVI n° 231, 7-XII-2012, p. 1.

en cuenta por la administración y del derecho aplicable; esta revisión debe a su vez continuar respetando los mismos caracteres generales antes enunciados del derecho de defensa. Ello no empece la necesaria existencia de medios alternativos —y voluntarios— de solución de controversias: Tribunales administrativos, mediación, arbitraje.¹⁹¹

10.2. *En materia de normas generales*

Cuando la decisión que la administración va a tomar consiste en la emisión de una norma de carácter general, o en la formulación de un proyecto de alcances sobre el medio ambiente (transportes, etc.), entonces la tendencia es también a garantizar el mismo derecho a ser oído, a través de las audiencias públicas (*public hearings* o *enquêtes publiques*). Habitualmente estos requerimientos —en el caso de normas generales o proyectos que afectan al medio ambiente— están impuestos por normas legales¹⁹² o reglamentarias, pero ya la jurisprudencia lo exige, exista o no norma legal o reglamentaria que lo requiera,¹⁹³ pues el sustento constitucional del principio lo hace obligatorio y aplicable de todos modos.¹⁹⁴ En América Latina todavía puede considerarse incipiente el movimiento que nos llevará a tal estado del derecho.¹⁹⁵ Por el momento sólo puede afirmarse que existe sustento jurídico para que esta modificación pueda incorporarse a nuestro derecho viviente por vía jurisprudencial o legislativa. La importancia práctica de permitir la participación¹⁹⁶ del ciudadano, habitante o usuario en la elaboración de las normas administrativas, es que éstas con mucha frecuencia intentan recoger

¹⁹¹ Éste es un derecho, en el caso del inversor extranjero: *infra*, t. 2, *op. cit.*, cap. XVII, http://gordillo.com/pdf_tomo2/capitulo17.pdf.

¹⁹² Ver p. ej. SCHWARTZ, BERNARD, *Administrative Law*, 1976, 1ª ed., p. 167; 1984, 2ª ed., p. 166 y ss.; BOSCH, JORGE TRISTÁN, *El procedimiento administrativo en los Estados Unidos de América*, Montevideo, 1953, pp. 29-33 y 73-6.

¹⁹³ Es en cierta medida la situación del derecho inglés, como puede verse en WADE, H. W. R., *Administrative Law*, Oxford, Clarendon Press, 1977, p. 728 y ss.; 1982, 5ª ed., pp. 829-30; CRAIG, *op. cit.*, cap. 13, p. 401 y ss. WILSON, GEOFFREY, *Cases and Materials on Constitutional and Administrative Law*, Cambridge University Press, 1979, p. 483 y ss.

¹⁹⁴ Como explicamos en el cap. X del t. 2 y sus remisiones, http://gordillo.com/pdf_tomo2/capitulo10.pdf.

¹⁹⁵ Ampliar en nuestro libro *La administración paralela*, Madrid, Civitas, 1982, tercera reimpresión 2001, pp. 135-6, 2ª ed. en este *Tratado*, t. 6, *El método en derecho - La administración paralela*, Buenos Aires, FDA, 2013, Libro II, p. AP-IV-5, http://gordillo.com/pdf_tomo6/02/cap4.pdf.

¹⁹⁶ Ver GELLI, *Constitución de la Nación Argentina, op. cit.*, comentario al art. 42, § 3.4, “Educación del consumidor, publicidad y propaganda,” pp. 377-8; “La emergencia y los medios de comunicación social,” en SCHEIBLER, GUILLERMO (coord.), *El derecho administrativo de la emergencia, IV*, Buenos Aires, FDA, 2003; D’ARGENIO, INÉS, *La justicia administrativa en Argentina*, Buenos Aires, FDA, 2003, cap. V, § 94, “La intervención activa de la sociedad como modalidad del ejercicio de la función administrativa,” p. 154; CAPLAN, ARIEL, “La participación de los usuarios en materia de servicios públicos,” en MILJIKER, MARÍA EVA (coord.), *El derecho administrativo de la emergencia, I*, Buenos Aires, FDA, 2002, pp. 171-5; SCHEIBLER, “El presupuesto participativo y la emergencia en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires,” en AHE (coord.), *op. cit.*, pp. 269-81; ALANIS, SEBASTIÁN D., “El acceso a la información pública como elemento transformador de la emergencia,” en AHE (coord.), *op. cit.*, pp. 69-82.

y vehiculizar no los intereses de los particulares sino los de los *funcionarios* que intervienen en su elaboración: “las reglas y las leyes a menudo tienen un origen y una persistencia que poco tienen que ver con lo que la gente realmente piensa. O aun que (los que hacen las reglas) pueden prohibirlo precisamente porque no quieren hacerlo y por ende no les gustan quienes lo hacen.”¹⁹⁷

Un problema del que se ha tomado conciencia en los últimos años es asimismo el exceso¹⁹⁸ de reglamentaciones¹⁹⁹ que imponen requisitos superfluos, irreales, excesivos, etc. Sin perjuicio de avanzar por el camino de la desregulación y del control de razonabilidad, cabe también contribuir a evitar el problema en su nacimiento, en el origen de las regulaciones,²⁰⁰ a través de las audiencias públicas previas a toda nueva reglamentación.²⁰¹ Es necesario tener presente también el defecto intrínseco de la inevitable exacerbación reglamentaria.²⁰²

11. *El debido proceso como garantía sustantiva*

Si trascendente es el lado *adjetivo* del debido proceso (garantía de defensa), tanto o más aun lo es el *sustantivo*, como garantía de razonabilidad de los actos estatales y privados dictados en ejercicio de funciones públicas. El campo de aplicación del principio de razonabilidad fue primero las *leyes* —en el control de constitucionalidad que todos los jueces realizan, en los sistemas concebidos, como el nuestro, a semejanza del norteamericano—²⁰³ y de allí pasó a ser también las *sentencias judiciales* —toda la construcción jurisprudencial sobre la “sentencia arbitraria”—,²⁰⁴ para llegar por fin a los *reglamentos* y al *acto administrativo*. Este es por lo menos el orden histórico —ya que no el lógico— que el desarrollo y aplicación del principio de razonabilidad ha tenido en el derecho argentino.²⁰⁵

La garantía de razonabilidad es la misma tanto si se trata de una norma general o particular, proveniente de cualquier órgano del Estado, o privado con poder monopólico; consiste básicamente en que todo acto estatal o de poder, para ser constitucional, debe tener como mínimo:

¹⁹⁷ WESTERMARCK, que ya hemos citado en *La administración paralela*, *op. cit.*, p. 111.

¹⁹⁸ Un estudio cuantitativo hacen CAZZOLA, FRANCO y MORISI, MASSIMO, en *L'alluvione dei decreti*, Milán, Giuffrè, 1980.

¹⁹⁹ Por ello se dice que hoy en día los organismos administrativos acostumbra hacer “derecho” por reglamento ... (“to make law by rule and by order”): BONFIELD, ARTHUR EARL, *State Administrative Rule Making*, Boston-Toronto, Little, Brown and Company, 1986, p. 97 y ss.

²⁰⁰ *Infra*, t. 2, cap. VII, http://gordillo.com/pdf_tomo2/capitulo7.pdf.

²⁰¹ “El procedimiento de audiencia pública,” cap. XI del t. 2, http://gordillo.com/pdf_tomo2/capitulo11.pdf.

²⁰² Ver *infra* cap. VII, “Fuentes nacionales del derecho administrativo,” § 10.3, “La exacerbación reglamentaria,” http://gordillo.com/pdf_tomo1/capituloVII.pdf.

²⁰³ LINARES, *Razonabilidad de las leyes*, *op. cit.*

²⁰⁴ CARRIÓ, “Sentencia arbitraria por falta de fundamentación normativa,” *RJBA*, 1959-IV, 85; *Recurso extraordinario por sentencia arbitraria*, Buenos Aires, 1967; YMAZ, ESTEBAN, “Arbitrariedad y recurso extraordinario,” *LL*, 67: 741; YMAZ, REY y PALACIO, *El recurso extraordinario*, Buenos Aires, 1962.

²⁰⁵ Ver LINARES, *Razonabilidad...*, *op. cit.*, p. 107; *Poder discrecional...*, *op. cit.*, p. 155 y ss.

a) Sustento fáctico suficiente (o “causa,” “motivo,” etc., según distintas variantes y versiones en otros enfoques); lo cual supone, desde luego, que los hechos invocados sean ciertos, no sean nimios o insignificantes, estén suficientemente probados o acreditados, estén razonablemente apreciados; que no haya “error de hecho;” que no haya falsa invocación de hechos; que no se ignoren o desconozcan hechos ciertos que hacen a la cuestión, etc.

b) El fin perseguido debe ser proporcionado a los hechos que lo sustentan, debe ser una conclusión razonada de tales hechos, que no incurra en falacias formales o informales, ni caiga en soluciones exageradas, desmedidas o despropósitos de cualquier naturaleza.

c) Del mismo modo, los medios empleados deben ser congruentes y proporcionados tanto con el fin razonablemente perseguido como con los hechos ciertos y de entidad suficiente que los fundamentan.²⁰⁶

12. *Campo de aplicación*

El principio de razonabilidad es uno de los que mayor extensión tiene dentro del sistema jurídico y se encuentra en vías de ser reconocido como el más importante del orden jurídico.

La doctrina ha partido en el pasado de la idea de control *de* legalidad y debe ahora encarar el fenómeno del control *de la legalidad*: La norma legal o reglamentaria, de ser uno de los modos de control, pasa a constituirse en uno de los *objetos* a ser controlados.

El criterio de razonabilidad no es solamente un freno a la *discrecionalidad administrativa*, sino también un límite a la arbitrariedad *normativa* tanto del legislador como del administrador o incluso, desde luego, de los órganos jurisdiccionales en la medida que tengan funciones normativas.

El principio de razonabilidad es superior a la ley, a la norma reglamentaria de cualquier tipo y a la decisión individual, como también a la sentencia judicial. Cualquiera sea el alcance que se otorgue al principio, cada vez es más frecuente la

²⁰⁶ En los últimos años la CSJN ha sostenido que, determinadas situaciones, pueden exigir un escrutinio estricto en la aplicación del juicio de razonabilidad previsto por los arts. 14 y 28 de la Constitución nacional. Es el caso de los actos o normas que establezcan diferencias basadas en lo que se ha denominado “categorías sospechosas.” Frente a ellas, no sólo se invierte la carga de la prueba en virtud de su presunción de inconstitucionalidad, sino que el Estado debe acreditar que la medida resulta, además de adecuada y proporcional, la menos restrictiva del derecho afectado, de entre todas las posibles (CSJN, *Fallos* 327: 5118, *Hooft*, 2004; 329: 2986, *Gottschau*, 2006; 331: 1715, *Mantecón Valdez*, 2008; 332: 433, *Partido Nuevo Triunfo*, 2009 y Causa R. 401. XLIII, *in re Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c/ EN Ejército Argentino s/ daños y perjuicios*, sentencia del 27-XI-2012.) Este este sentido, puede verse ALONSO REGUEIRA, ENRIQUE M., “El examen de necesidad ¿razonabilidad o conveniencia?” *ED*, 2008, 647 y “El control judicial de la discrecionalidad administrativa, a la luz de los precedentes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos,” *Revista Derecho Público*, Año II, Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación,” www.infojus.gov.ar, 13-V-2013.

expresión “razonabilidad,”²⁰⁷ o “racionalidad”²⁰⁸ en distintos derechos, aun fuera del derecho anglonorteamericano²⁰⁹ y argentino²¹⁰ donde tiene frecuente y firme aplicación. Otras veces se emplea el vocablo “proporcionalidad” u otras fórmulas verbales que expresan la misma idea.²¹¹ Esta orientación puede fortalecerse a partir del énfasis que ella misma ha tenido en algunas obras.²¹²

Mientras la razonabilidad es un principio supralegal y supraconstitucional, difieren las opiniones acerca de si la justicia es o no un valor sublegal; similares discusiones respecto al carácter de la equivalente equidad²¹³ quedan zanjadas en 1997: Es al menos en parte supranacional, por lo dispuesto en el art. III inc. 5º de la CICC, en materia de contrataciones del Estado. La Convención internacional contra el soborno transnacional,²¹⁴ la carta europea de derechos y otros documentos ratifican su carácter internacional.

13. *El análisis de los hechos*

Ya dijimos que son arbitrarias las normas o decisiones que se fundan en hechos o pruebas inexistentes, o carecen de una situación de hecho que las justifique, etc. A su vez y del mismo modo que en materia judicial, descalifica enteramente una decisión o una norma el que ella se funde en el conocimiento o la ciencia privada del órgano y no en los hechos acreditados en el expediente,²¹⁵ salvo el caso limitado del hecho “evidente” y del hecho “público y notorio.”²¹⁶

²⁰⁷ PERELMAN, *op. cit.*

²⁰⁸ BREWER CARIAS, *op. loc. cit.*

²⁰⁹ Y otros países cuyos derechos conocemos menos: Australia, India, Pakistán, etc.

²¹⁰ Ver *supra*, § 8 y ss., e *infra*, § 14 y 16; t. 3, *op. cit.*, cap. VIII, “Objeto y competencia del acto administrativo,” § 8 y 8.2, http://gordillo.com/pdf_tomo3/capitulo8.pdf; nuestro Proyecto de 1964, art. 73, 93 inc. 2º) y art. 135 inc. 2º); Brasil, art. 2º; Perú, art. IV inc. 1º) ap. 4º. El principio es universal, aunque en algunos países se prefieren enfatizar la proporcionalidad: Alemania, Bolivia, Francia, Grecia, etc.

²¹¹ DE LA CRUZ FERRER, JUAN, “Una aproximación al control de proporcionalidad del Consejo de Estado francés: el balance costes-beneficios en las declaraciones de utilidad pública de la expropiación forzosa,” *REDA*, 45: 71 (Madrid, 1985); BRAIBANT, GUY, “Le principe de proportionnalité,” *op. cit.*, p. 297 y ss.; BERNAL PULIDO, CARLOS, *El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, 3ª ed., p. 493 y ss.

²¹² SCHWARTZ, *Administrative Law, op. cit.*, 1ª ed. De las casi 700 páginas de texto de esa 1ª ed., desde la p. 199, el debido proceso es central de la obra.

²¹³ Ver BREBBIA, ROBERTO H., “La equidad en el derecho de daños,” *LL*, 1997-B, 1140, § VIII.

²¹⁴ Ver también nuestros arts. “Un corte transversal al derecho administrativo: la Convención Interamericana Contra la Corrupción,” *LL*, 1997-E, 1091, <http://gordillo.com/articulos/art9.pdf>; “La contratación administrativa en la «Convención sobre la Lucha contra el Cohecho de Funcionarios Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales» (ley 25.319) y en la «Convención Interamericana contra la Corrupción»,” *JA*, 20-XII-01.

²¹⁵ T. 4, *op. cit.*, cap. VII, § 20.1 y 20.2, pp. 26-29, http://gordillo.com/pdf_tomo4/capitulo7.pdf; WADE, H. W. R., *Towards Administrative Justice*, Ann Arbor, 1963, p. 120 y ss; CRAIG, *op. cit.*, cap. 13, p. 401 y ss., cap. 17, p. 535 y ss., cap. 18, p. 579 y ss.

²¹⁶ Lo notorio es “lo conocido por todos; más no lo que conozca el titular del órgano en forma privada.” LÓPEZ NIETO y MALLO, FRANCISCO, *El procedimiento administrativo*, Barcelona, 1960, p. 825; CARNELLI, LORENZO, *El hecho notorio*, Buenos Aires, 1944.

En esa determinación de la verdad material, o control de los hechos determinantes, la situación es la misma que en el control de la discrecionalidad y en el de la regulación: Tanto la norma general como la norma individual deben tener sustento fáctico suficiente para ser razonables.²¹⁷

14. *La búsqueda de la solución más razonable*

El principio de razonabilidad obliga a realizar siempre y, en primer lugar, un cuidadoso análisis de los hechos a fin de determinar:

a) Cuál es la solución más “razonable” —proporcionada, justa, equilibrada, etc.—²¹⁸ o

b) en otra perspectiva, cuáles soluciones resultan desechables por irrazonables.²¹⁹

El supuesto a) —encontrar la solución más razonable o justa— nos parece preferible, pero no por ello cabe desconocer que en la práctica judicial y de control administrativo lo más frecuente será la aplicación de la hipótesis b).

En efecto, en la práctica el órgano de contralor frecuentemente se limitará a verificar si la solución a) predeterminada normativamente, o b) escogida por la administración o el titular de un poder monopólico o de posición dominante en el mercado, cuando no hay norma que la predetermine, constituye o no una solución *irrazonable*.

Si a su juicio lo es, entonces deberá declarar la inconstitucionalidad —por irrazonabilidad— de la decisión individual o normativa —reglamentaria o legal, poco importa pues se trata de control de constitucionalidad— y en su consecuencia anular el comportamiento inconstitucional del Estado o del particular.

En cambio, el órgano que debe resolver no solamente habrá de pronunciarse sobre la irrazonabilidad de la conducta cuestionada y modificarla si la considera *irrazonable*, sino que debe aun más, encontrar la solución judicial *más razonable*.²²⁰ Pero esto es una cuestión de grado que depende siempre del caso concreto. La reciente jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y de algunos otros tribunales locales permite abrigar una moderada esperanza de

²¹⁷ Ver cap. I, § 8 y ss., http://gordillo.com/pdf_tomo1/capituloI.pdf. Para la prueba, t. 2, *op. cit.*, cap. I, http://gordillo.com/pdf_tomo2/capitulo1.pdf.

²¹⁸ Justa, equitativa. Ver *supra*, § 12 *in fine*, e *infra*, las dos notas que siguen.

²¹⁹ Dicho de otra manera, si frente a los hechos del caso la administración ha tomado lo que podría llamarse la solución “correcta,” o si en cambio ha tomado tan sólo una decisión “razonable,” aunque no necesariamente adecuada o correcta: SCHWARTZ, *Administrative Law, op. cit.*, pp. 600-1.

²²⁰ Dice “una única solución justa” CASSAGNE, JUAN CARLOS, *Derecho administrativo*, t. II, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, 6ª ed., referencias de la nota 74, p. 116. Acerca de si el Poder Judicial puede modificar o convertir el acto administrativo irrazonable o injusto en uno razonable o justo, ver *infra* t. 3, *op. cit.*, cap. XII *in fine*, http://gordillo.com/pdf_tomo3/capitulo12.pdf. Otra cuestión es si puede o no tener, como la equidad con la cual se la equipara, rácter sublegal o suprallegal: BREBBIA, *op. loc. cit.*

corrección judicial en el futuro acercamiento de la miríada de prácticas y normas administrativas o legislativas que contravienen aquel principio fundamental.

15. *La racionalidad irracional de la burocracia*

El principio de razonabilidad se hace también indispensable para frenar el crecimiento de normas irrazonables, irreales, excesivas, superfluas, etc. que paralizan tanto a los particulares como a los propios funcionarios públicos.²²¹

Se ha mencionado con frecuencia que en las administraciones públicas, luego de haber creado sus propias normas, “la tendencia es ajustarse estrictamente a las disposiciones vigentes, más allá de toda consideración de eficiencia.”²²² Durante un tiempo se procuró medir el grado de eficacia del cumplimiento de los objetivos públicos en las empresas y actividades estatales, pero la tarea resultó casi imposible frente al simple cálculo de rentabilidad privada; nunca se llegó a lograr una medición del grado de efectividad de tales políticas públicas, impidiendo el progreso de su racionalidad cuando ella existía.

Además se comienzan a manejar conceptos de “racionalidad pública” y “racionalidad privada,”²²³ con lo cual se llega a “la racionalidad irracional de la burocracia.”²²⁴ lo más importante, en muchos casos, previsible pero irrazonablemente es cumplir “estrictamente” la norma escrita, aunque sea claramente injusta, ineficaz, arbitraria, desproporcionada, incausada, etc., sin siquiera buscar interpretarla para superar esos óbices a su validez constitucional y supraconstitucional. Ello es una defectuosa aplicación del orden jurídico, pues desconoce que los principios jurídicos tienen jerarquía sobre las pequeñas normas o su lectura por una administración también pequeña y mezquina.

Pero una cosa es que el burócrata adquiera esa “racionalidad irracional” y otra que lo haga un órgano del derecho; si ocurre que para aquél “Lo importante

²²¹ Como dice SCHWARTZ, aun existiendo delegación legislativa, no puede interpretarse que la administración ha recibido “*carte blanche*.” *Administrative Law, op. cit.*, p. 154 y así, un supuesto de arbitrariedad *normativa* es cuando la administración “no tenía sustento suficiente para expresar su criterio” (p. 155). Ver nuestro libro *La administración paralela, op. cit.*, cap. I, p. 23 y ss., 2ª ed. en *Tratado*, t. 6, *op. cit.*, http://gordillo.com/pdf_tomo6/02/cap1.pdf.

²²² BONEO, HORACIO, que transcribimos en *Problemas del control de la Administración Pública en América Latina, op. cit.*, pp. 76-77.

²²³ *Op. ult. cit.*, pp. 80-1. Una explicación más detallada en WHITE, EDUARDO, “Estudio sobre el régimen legal de las empresas públicas latinoamericanas y su acción internacional,” *Derecho de la Integración*, 14: 155 (Buenos Aires, 1973): la “racionalidad pública” puede estar dada por la regulación del consumo, el desarrollo regional, la creación de empleo, el control de sectores estratégicos, etc., todo lo cual es de difícil o imposible medición para comparar la eficiencia pública vs. la privada, que es de simple observación pues está dada por la rentabilidad de la empresa. La racionalidad pública puede terminar entonces en la irracionalidad, al no poder medirse el cumplimiento de sus objetivos y sobre todo su costo económico.

²²⁴ KLIKSBERG, BERNARDO, “La racionalidad irracional de la burocracia,” en su libro *Cuestionando en Administración*, Buenos Aires, 1973, pp. 158, 162-3 y nuestro *La administración paralela, op. cit.*, p. 116 y ss., 2ª ed. en *Tratado*, t. 6, *op. cit.*, p. AP-III-15 y ss., http://gordillo.com/pdf_tomo6/02/cap3.pdf.

pasa a ser la adhesión estrecha al reglamento,” no puede sucederle lo mismo a éste. El jurista no puede caer en la trampa burocrática de normas irracionales celosa y cumplidamente aplicadas, sin renunciar con ello a su propia calidad de hombre de derecho.²²⁵

En cualquier caso, es claro que el jurista, juez, funcionario o tribunal administrativo, no necesita ni debe someterse ciegamente a la racionalidad irracional de la norma burocrática: Él debe aplicar el supremo principio de derecho de la razonabilidad, por encima de toda norma que resulte arbitraria por excesiva o irreal.²²⁶

16. *Algunas conclusiones sobre el principio de razonabilidad como fuente del derecho administrativo*

Se sigue de todo lo expuesto que el mundo del derecho se encuentra ya maduro para avanzar un paso más en el control de la arbitrariedad administrativa, no ya de la que se produce en ausencia de norma, sino también de la que se instrumenta a través de la norma.

Al mismo tiempo, en la búsqueda de la mayor racionalidad posible²²⁷ para el funcionamiento del sistema, no existe razón alguna para que el intérprete se limite a excluir las opciones más arbitrarias, sino que también debe dedicarse a buscar activamente la solución más razonable posible a cada situación.

Si existe alguna solución más razonable para un problema que aquella que ha escogido la administración, con o sin sustento legal o reglamentario, esa solución más razonable es la que debe buscarse que impere judicialmente, por aplicación directa de la garantía constitucional del debido proceso en sentido sustantivo y adjetivo, por un principio de justicia natural o como derivación razonada de todos los principios generales del derecho;²²⁸ o por aplicación del Tratado Interamericano de Derechos Humanos en cuanto recoge la misma garantía del debido proceso legal.²²⁹

Como se advierte, existen muchos modos de aceptar la vigencia del principio de razonabilidad en un sistema jurídico determinado; su ventaja para el progreso

²²⁵ Como dice GARCÍA DE ENTERRÍA, debe dejarse atrás el “procedimentalismo y leguleyismo” —“típica huida de la responsabilidad de toda burocracia”— que caracteriza la “degradación de la Justicia en burocracia,” *Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho*, Madrid, Civitas, 1984, p. 110.

²²⁶ Son los dos supuestos más frecuentes —no los únicos— de irrazonabilidad normativa.

²²⁷ Ver GELLI, “Emergencia económica, inconstitucional sobreviniente y control de razonabilidad en el caso *Tobar*,” *op. cit.*, pp. 143-55; ALLONA, “El control judicial de razonabilidad en épocas de emergencia,” *op. cit.*, pp. 79-112.

²²⁸ Ya SCHWARTZ destacó que la jurisprudencia francesa de los “principios generales del derecho” se asemeja al principio inglés de la “justicia natural” y ambos a su vez al “debido proceso legal.” *French Administrative Law*, *op. cit.*, pp. 211-2. De este modo se resuelve allí la carencia del texto expreso del sistema norteamericano y se produce una aproximación a la solución inglesa.

²²⁹ La lista de documentos internacionales y otras fuentes internacionales no se agota allí, desde luego.

del derecho se nos aparece como evidente. A la inversa, dedicarse a escudriñar el “exacto” texto de una norma cualquiera para de allí derivar su interpretación literal, a más de contravenir lo más simple de la explicación del lenguaje natural (*supra*, cap. I), es una de las formas más primitivas de no cumplir con la esencia del derecho, que no es trabajo de técnicos orfebres de la palabra escrita ni de la redacción, sino de personas imbuidas de espíritu de justicia, corazón y sentimientos, valor e inteligencia para aplicar principios jurídicos superiores a los hechos del caso.

En suma, cabe reiterar el razonamiento del juez JACKSON de la Corte Suprema de Estados Unidos²³⁰ que recuerda y suscribe WADE,²³¹ en el sentido de que el debido proceso hace a la esencia indispensable de la libertad: Leyes severas en lo sustancial pueden ser soportadas si son aplicadas razonable e imparcialmente; y si tuviera que optarse entre vivir bajo leyes soviéticas, aplicadas con las garantías del debido proceso, o bajo leyes occidentales aplicadas bajo el procedimiento soviético, sería preferible lo primero a lo segundo.²³²

²³⁰ J. JACKSON, en *Shaughnessy v. United States*, 345 U.S. 206 (1953), citado por WADE, *Administrative Law*, Oxford, Clarendon Press, 1982, 5ª ed., cap. 13, p. 414.

²³¹ WADE, *op. loc. cit.*

²³² Ver *supra*, § 7 *in fine*.

