

EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO EN LA REPÚBLICA
ARGENTINA: SUS PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS
EN LAS ETAPAS DE CONFORMACIÓN NACIONAL
Y DE INTERNACIONALIZACIÓN
DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO

Jorge Luis SALOMONI*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Primera etapa de lo contencioso administrativo: desde 1864 a 1994, denominada de conformación nacional del sistema*. III. *Segunda etapa: de 1994 en adelante, denominada de internacionalización del sistema*. IV. *El impacto de los ordenamientos internacionales sobre la República Argentina y el Mercosur*. V. *Conclusión*.

I. INTRODUCCIÓN

El desarrollo del contencioso administrativo, o derecho procesal administrativo, en la República Argentina, muestra, desde su origen, características singulares respecto de todo el sistema americano de demandabilidad del Estado —incluyendo a Estados Unidos de Norteamérica—, como del sistema continental europeo.

Tal afirmación parte de analizar tres aspectos que, en mi opinión, constituyen una unidad conceptual y pragmática: los orígenes de las instituciones patrias, la norma constitucional fundante de 1853,¹ y la concepción expuesta por Juan Bautista Alberdi, ideólogo principal de tal vertebración constitucional.

* Presidente de la Asociación Argentina de Derecho Administrativo. Profesor titular de Derecho administrativo de la Universidad de Belgrano, Argentina, y director del Posgrado en Derecho Administrativo de la Universidades de Belgrano y de Roma, “La Sapienza”.

¹ Actualmente vigente en su estructura original, con las reformas de 1860, 1957 y 1994.

Puedo afirmar que todo ello constituyó una aportación original al sistema institucional conocido hasta ese momento, cuyo desarrollo tuvo una serie de peculiaridades que se tratarán de desarrollar sucintamente en el presente trabajo.²

La concepción alberdiana de Organización Nacional partió de la necesidad de constituir el Estado para conformar la nación, a diferencia de los países europeos, donde la nación era anterior a la conformación del Estado moderno que conocemos. La nación no era una realidad palpable, en la primera mitad del siglo XIX, en esas tierras del sur del continente americano. Pero esa constitución del Estado y su relación con la sociedad y los particulares, tenía para Alberdi cuatro pilares que la Constitución argentina de 1853 positivizó:

El Estado debía contar con fuertes potestades de intervención en la economía y la esfera jurídica de los particulares. De allí el antiguo artículo 67, inciso 16, de la Constitución Nacional,³ que atribuyó al Congreso de la Nación, para alcanzar la prosperidad y bienestar general de la población, la potestad de intervención sobre las más variadas actividades: educación, industria, servicios públicos, colonización de tierras públicas, puertos, vías de comunicación, inmigración, importación de capitales extranjeros, etcétera. Ello a través de leyes protectoras de esos fines, concesión temporal de privilegios y recompensas de estímulo. Se dejaba principalmente en manos del Estado la promoción del progreso y desarrollo de la nación. El propósito público de alcanzar el progreso y el bienestar general recorre toda la Constitución y determina la aparición del interés público, fundamento y límite de la potestad estatal, y restricción e indisponibilidad de los derechos para los particulares.⁴

² “La originalidad constitucional es la única a que se puede aspirar sin modestia ni pretensión: ella no es como la originalidad en las bellas artes. No consiste en una novedad superior a todas las perfecciones conocidas, sino en la idoneidad para el caso especial en que debe tener aplicación. En este sentido, la originalidad en materia de asociación política es tan fácil y sencilla como en los convenios privados de asociación comercial o civil.” Alberdi, Juan Bautista, *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, Buenos Aires, Luz del Día, 1952, Obras Escogidas, t. I, p. 25. Entonces, la originalidad que se pretende está en línea con la pregonada por Alberdi: originalidad como adecuación a la realidad de nuestra patria.

³ Artículo 75, inciso 18, de la Constitución reformada en 1994.

⁴ Para una profundización del análisis de la conformación del interés público, véase Salomoni, Jorge Luis, “Interés público y emergencia”, *Revista Actualidad en el Derecho Público*, Buenos Aires, núms. 18-20, enero-diciembre de 2002, pp. 135 y ss.

Ante tales potestades, y como contrapartida, el segundo pilar era que los derechos de los particulares y la sociedad establecidos en la Constitución debían ser inalterables. Así lo establece expresamente el artículo 28 de la Constitución Nacional. En una posición que comparto, los autores Serna y Toller han sostenido que el artículo 28 de la Constitución establece el principio rector de la inalterabilidad legislativa de los derechos, o contenido esencial, reconocidos por aquélla, y no solamente el principio de razonabilidad de las leyes, como se ha predicado hasta el presente. La imposibilidad de tal inalterabilidad se extiende, obviamente, a los reglamentos, para cualquiera de sus tipos, dictados por el Poder Ejecutivo. Este contenido del mencionado artículo 28, poco desarrollado por la doctrina constitucional y administrativa argentina, fue otro aporte original de nuestro sistema jurídico de mitad del siglo XIX.⁵

Pero a su vez, y como tercer pilar, el Estado debía ser responsable.⁶ El proyecto de Constitución de Alberdi previó en el título I, capítulo IV,

⁵ Dicen los autores citados en el texto: “En realidad, la noción (de contenido esencial) no es nueva. Ya estaba en la Constitución argentina de 1853, que es actualmente, tras la Constitución estadounidense, la ley fundamental vigente más antigua. Su artículo 28 establece los «principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, *no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio*». Tal norma, que no tiene referente claro en las enmiendas a la Constitución de los Estados Unidos, ni en otras Constituciones de la época, parece haber sido tomada del Proyecto de Constitución para la Confederación Argentina que realizara Alberdi. En efecto, quien fuera principal inspirador de la Constitución argentina había previsto en el artículo 20 de su Proyecto, en redacción que recuerda parcialmente a la utilizada luego en Alemania, que «las leyes reglan el uso de estas garantías de derecho público; pero el Congreso no podrá dar ley que, con ocasión de reglamentar u organizar su ejercicio, las disminuya, restrinja o adultere en su esencia». A partir del citado artículo 28 de la Constitución, se elaboró en Argentina todo un control constitucional de razonabilidad de las leyes, del cual la Corte Suprema ha hecho un uso ya más que secular. A nuestro modo de ver, el test o control de razonabilidad comprende múltiples baremos, entre ellos la proporcionalidad entre medios y fines y el respeto al contenido esencial. Por otra parte, aunque felizmente del artículo 28 de la Constitución se haya derivado principalmente dicho control, lo que se consagra de manera expresa y literal en dicha norma es sólo la *garantía de la inalterabilidad* de los derechos o, en otras palabras, la garantía del contenido esencial, del cual, de gran calado teórico en el actual derecho europeo continental, en Argentina ha pasado casi desapercibida en la doctrina y no ha merecido un desarrollo suficiente en la jurisprudencia”. Serna, Pedro y Toller, Fernando, *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa de los conflictos de derechos*, Buenos Aires, La Ley, 2000, pp. 44 y 45.

⁶ “De aquí resulta que constituir o formar un gobierno general, es lo mismo que constituir o formar objetos generales de gobierno. En ese sentido la palabra *constituir el país* quiere decir consolidar, uniformar, nacionalizar ciertos objetos, en cuanto a su régimen de

“Garantías públicas de orden y de progreso”, la responsabilidad del Poder Ejecutivo y de sus ministros como de los legisladores del Congreso Nacional por no alcanzar el progreso. Esta norma no fue sancionada por los constituyentes de 1853, pero el reflejo del modelo lo constituye el artículo 15 de la Constitución Nacional (CN), finalmente sancionado, que estableció la responsabilidad del Estado por acto lícito al abolir la esclavitud y establecer una indemnización a los dueños de esclavos por el perjuicio que la norma le ocasionaba. Además, es viable recordar que la Confederación Argentina sancionó la primera Ley de Responsabilidad del Estado, el 29 de septiembre de 1859, a través de la Ley 224, que prescribió que dicha Confederación debía indemnizar a los particulares por los perjuicios que le ocasionaran los empleados de las autoridades legítimas del país; incluía el acto lícito e ilícito, contractual y extracontractual. Esta norma no tuvo correlato o similitud alguna en ningún ordenamiento jurídico comparado.

Finalmente, y como última columna y a la vez garantía ante la magnitud de la potestad de intervención otorgada al Estado, se otorgó un libre acceso a la jurisdicción. Se entendía que el Estado, para ser responsable, debía someterse a la jurisdicción. Quiero señalar que el acceso a la jurisdicción estaba vinculado al concepto de responsabilidad estatal.

Como resulta fácilmente observable, la concepción del Estado y su relación con la sociedad y los particulares plasmadas en la Constitución argentina, y por ende en la responsabilidad estatal y el acceso a la justicia, no se identificaba con sistema de responsabilidad y justiciabilidad estatuidas por Estados Unidos, y ello porque, hasta ese momento histórico, el Estado norteamericano no era responsable. Tampoco lo era el inglés ni el francés. Este último tardó veinte años más para responsabilizar al Estado por un servicio ineficiente o mal prestado que causaba un perjuicio, a través del famoso *arrêt Blanco*, resuelto por el Consejo de Estado en febrero de 1873. De ello resulta que la primera vez que se responsabilizó al Estado francés por vía

gobierno... Sin la unión de los intereses argentinos, habrá *provincias argentinas*, no República argentina, ni pueblo argentino: habrá *riojanos, cuyanos, porteños*, etcétera, no *argentinos*. Una provincia en sí es la impotencia misma, y nada hará jamás que no sea provincial, es decir, pequeño, oscuro, miserable, *provincial*, en fin, aunque la provincia se llame Estado. Sólo es grande lo que es nacional o federal... Caminos de hierro, canales, puentes, grandes mejoras materiales, empresas de colonización, son cosas superiores a la capacidad de cualquier provincia aislada, por rica que sea.” Alberdi, Juan Bautista, *op. cit.*, nota 2, pp. 121 y 122.

jurisprudencial ocurrió veinte años después del reconocimiento legal de la responsabilidad del Estado en Argentina.

Entonces, ¿cómo fue posible que un derecho público tan rico, que tanto tuvo que ver con la propia historia y el origen de Argentina, haya sido suprimido o desconocido?⁷ Existe una explicación histórica sobre la que no voy a abundar, solamente mencionar que dos presidentes argentinos y un gran jurista como lo fueron Sarmiento, Mitre y Vélez Sarfield, respectivamente, produjeron lo que se puede denominar la ruptura y sustitución de nuestro derecho público para transformarlo en un derecho público angloamericano.⁸

Desde el ámbito del derecho público tenemos una gran disputa con estos tres personajes de nuestra historia, ello, fundamentalmente, porque me atrevería a sostener que inventaron el sistema de derecho público en Argentina más allá de su propio ordenamiento; esto es, crearon un mito que sustituyó al propio ordenamiento jurídico. Nuestro derecho público, inclusive el emergente de nuestra Constitución —excepto la división de poderes y la primacía de la Constitución—, no tiene origen en el sistema norteamericano de la Constitución de 1787; sin embargo, Sarmiento, Mitre y Vélez Sarfield tomaron una determinación que explicitaron de una manera rotunda y efectiva: el derecho público argentino, el derecho constitucional argentino y todas sus normas fundantes constituían una copia textual de la Constitución norteamericana. Esto llevó a que, a partir de 1900, la Corte Suprema Argentina, para resolver en todas las cuestiones vinculadas con nuestro derecho público, se remitiera al similar caso fallado por la Corte Suprema norteamericana, ajustándolo al caso que se debatía. Evidentemente no escucharon a Alberdi, quien sostenía la originalidad de la norma constitucional argentina y su diferencia con el derecho angloamericano.

Como dije, las consecuencias del enfrentamiento de dos sistemas radicalmente diferentes trajeron consecuencias disvaliosas en el ámbito jurídico. Cuando comienza a operarse la responsabilidad del Estado —allá entre

⁷ No hay que olvidar que: “Sin ir tan lejos, nosotros mismos tenemos leyes de derecho público y privado, que cuentan siglos de existencia. En el siglo XIV fueron dadas las *Leyes de Partidas*, que han regido nuestros pueblos americanos desde su fundación, y son seculares también nuestras *Leyes de Indias* y nuestras *Ordenanzas de comercio y de navegación*. Recordemos que, a nuestro modo, hemos tenido un derecho público antiguo”. Alberdi, Juan Bautista, *op. cit.*, nota 2, p. 191.

⁸ Para una explicación histórica de la sustitución de nuestro sistema de derecho público por el mito del sistema angloamericano, véase Salomoni, Jorge Luis, *Teoría general de los servicios públicos*, Buenos Aires, Editorial Ad-Hoc, 1999.

1864 y 1865—, si se partía de la concepción angloamericana del sistema constitucional, el problema era cómo interpretar el artículo 100 de la Constitución.⁹ ¿Qué significaba que el Estado fuera parte en una controversia? La jurisdicción se abría solamente cuando la nación fuera parte actora, porque cuando era parte demandada no había jurisdicción. ¿Por qué no había jurisdicción? Porque esta jurisdicción necesitaba de una autorización, allí nace una institución que tampoco existía en ningún lugar del mundo, como fue la venia legislativa para demandar al Estado.¹⁰ Si no se pide al Congreso que sancione una norma individual para que habilite la jurisdicción, no se puede

⁹ Un sector mayoritario de la doctrina, y que por supuesto no comparto, ha sostenido que: “Copiando el texto, es indudable que los constituyentes argentinos han querido adoptar con el mismo significado que aquel tenía y que se traduce en los comentarios y la jurisprudencia de los Estados Unidos de la época de su adopción, que muy bien conocían nuestros convencionales. De lo contrario se hubieran apartado del texto y hubieran consignado las excepciones o aclaraciones que considerasen pertinentes para expresar su distinta finalidad, como lo hicieron con otras cláusulas de la Constitución... Los antecedentes que resultan de la jurisprudencia y doctrina de los Estados Unidos de origen anterior a nuestra carta fundamental, son concluyentes para nosotros, pues constituyen su espíritu, y no debe olvidarse que el espíritu forma parte de la Constitución misma como si en ella estuviera expresado. En cuanto a los antecedentes que se refieren a la cuestión que aquí se estudia, es decir, a la demandabilidad del Estado, debe señalarse que son terminantes. Desde los primeros tiempos de su organización constitucional hasta el presente, en la doctrina, la legislación y la jurisprudencia, se ha sostenido categórica y reiteradamente que los Estados Unidos no pueden ser llevados a juicio sin su consentimiento”. Gondra, Jorge M., “La jurisdicción federal”, *Edición de la Revista de Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 1944, pp. 126 y 127.

¹⁰ No hay que olvidar las célebres causas, donde, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, dijo que: “Vicente Seste y Antonio Seguich contra el Gobierno Nacional”, fallos 1:317, sentencia del 26 de septiembre de 1864, “*Quinto*: Que la jurisprudencia de los Estados-Unidos de Norte-América, que debe servirnos de guía para interpretar nuestra Constitución, reconoce como principio, que el gobierno nacional no puede ser demandado ante los tribunales, y que la cláusula del artículo *tercero*, sección *segunda* de la Constitución de aquella República, que corresponde a la del artículo *cien* de la nuestra, que describiendo los casos a que se extiende la justicia federal, dice ser uno de ellos, *los asuntos en que la nación sea parte*, solamente se refiere a los pleitos en que es parte demandante”. Y en “El doctor don Juan Carlos Gómez, en representación de su hermano don José Cándido, en demanda contra la nación”, fallos 2:36, sentencia del 1o. de junio de 1865; “*Tercero*: que del sentido que la Suprema Corte ha dado, en el caso que recuerda el Procurador Fiscal («Vicente Seste y Antonio Seguich»), a la cláusula constitucional que debe regir el presente, no se sigue que los acreedores de la nación carezcan de medios de hacer valer sus derechos, pudiendo ocurrir al Congreso, que por el inciso *sexto* del artículo *sesenta y siete* está facultado para arreglar el pago de la deuda pública y en cuya imparcialidad, ilustración y justicia hallarán sus legítimos intereses la misma protección y garantías que en los tribunales de la nación”.

demandar al Estado. ¿Entonces ello significaba que la actividad legislativa únicamente se iba a limitar al dictado de leyes autoritativas para demandar al Estado? Evidentemente no, se les ocurrió a los legisladores, entonces, que este mecanismo para demandar al Estado debía sustituirse por el reclamo previo, ante la propia sede administrativa, establecido por la Ley 3952 “De demandas contra la nación”.¹¹

Adviértase un problema que es muy importante: Acción va de la mano de imputación de responsabilidad; sin embargo, existiendo una norma de responsabilidad general, como la mencionada Ley 224, la falta de acción impedía la responsabilidad del Estado. Es notable. La norma argentina establecía una responsabilidad amplia del Estado que era aplicable al momento de las mencionadas decisiones, ya que aún no se había sancionado el Código Civil; el sistema angloamericano impedía la acción. Esto es algo extraordinario, por la aplicación de una teoría sustitutiva de nuestro ordenamiento se impedía hacer efectiva la responsabilidad del Estado reconocida legislativamente.¹²

Ahora bien, entiendo que las referencias históricas mencionadas sirven de marco teórico para la explicitación del contencioso administrativo en la República argentina, en sus dos etapas principales, esto es, la de conformación del sistema, que, sostengo, contiene elementos originales y de interacción entre las jurisdicciones provinciales y federal, que abarca un periodo de ciento treinta años, y de internacionalización del mismo sistema que lleva, en la actualidad, once años, y que no puede considerarse acabado y menos aún racionalizado. Veamos las diversas cuestiones a que nos remite este estudio.

¹¹ Para una ampliación, véase el excepcional estudio histórico y conceptual, Muñoz, Guillermo A., “El reclamo administrativo previo”, *Fragments y testimonios del derecho administrativo*, Buenos Aires, Editorial Ad-Hoc, 1999, pp. 583 y ss.

¹² Para una ampliación de este desarrollo véase Salomoni, Jorge Luis, “De nuevo sobre la originalidad del fundamento de la responsabilidad del Estado en la Argentina”, *Revista Actualidad en el Derecho Público*, Buenos Aires, núms. 15 y 16, enero-agosto de 2001, pp. 37 y ss.

II. PRIMERA ETAPA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO:
DESDE 1864 A 1994, DENOMINADA DE CONFORMACIÓN
NACIONAL DEL SISTEMA

1. *Características salientes: sistema federal de gobierno y distribución de competencias legislativas y jurisdiccionales*

La existencia de una multiplicidad de códigos contencioso administrativos, parte del presupuesto de nuestro derecho constitucional, según el cual, en un país federal de la textura del nuestro, cada jurisdicción dicta sus códigos procesales, como así también dicta su legislación administrativa, que resulta de eminente carácter local, en un todo de acuerdo a los artículos 5o., 122 y 123 de la CN.

Por lo tanto, las veinticuatro jurisdicciones en que se divide la República Argentina tienen su propio Código Contencioso Administrativo provincial y normas federales no codificadas que regulan el acceso a la jurisdicción contencioso administrativa, como las leyes federales 19549 y 3952.

En función de ello, las distintas jurisdicciones, en estos últimos tiempos, han dictado sus respectivos códigos procesales, como la Provincia de Tierra del Fuego y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.¹³ También se ha producido la sustitución del denominado Código Varela de la Provincia de Buenos Aires,¹⁴ el primer código contencioso administrativo del país;¹⁵ no habiéndose sancionado hasta el presente un código contencioso administrativo federal.

El sistema federal, entonces, produjo una evolución desigual en cuanto a la conformación de un sistema de demandabilidad del Estado; por un lado, la jurisdicción federal, a través de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, interpretando la Constitución Nacional —anterior artículo 100, hoy 116—; y por otro lado, las jurisdicciones provinciales, a través de sus Tribunales Superiores, aplicando las Constituciones locales que admitían tal demandabilidad.

¹³ Ley 189, publicada el 28 de junio de 1999, 465 artículos.

¹⁴ Ley 2961, sancionada el 14 de diciembre de 1905, y promulgada el 22 de diciembre de 1905.

¹⁵ Ley 12008, publicada el 3 de noviembre de 1997, 85 artículos, modificada por las leyes 12310, Boletín Oficial del 19 de agosto de 1999 y 13101, Boletín Oficial del 19 de septiembre de 2003.

2. Sistema de tribunales judiciales o administrativos para juzgar a la administración pública¹⁶

Desde la etapa del denominado derecho patrio, que corre desde 1810 hasta 1853, las Constituciones dictadas establecieron el sistema de tribunales judiciales para juzgar a la administración pública. Así, los artículos 97 y 98 de la Constitución de 1819 crearon la Alta Corte de Justicia, aunque se le vedó la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad de actos, decretos y leyes.

Posteriormente, la Constitución de 1826 estableció, en el capítulo del Poder Judicial, artículos 110 y siguientes, que la Corte de Justicia tendría la competencia en forma originaria y exclusiva “en las cuestiones que resulten con motivos de contrato, o negociaciones del Poder Ejecutivo, o de sus agentes, bajo su inmediata aprobación” (artículo 119); y a su vez, el artículo 123 estableció que conocería en apelación de “todos los negocios contenciosos de hacienda”.¹⁷

Finalmente, la Constitución de 1853, a través de su artículo 109 (95 con anterioridad de la reforma de 1994), y como confirmación de la tradición histórica mencionada, estableció la imposibilidad del Poder Ejecutivo de ejercer funciones judiciales.¹⁸ Existe una disputa sobre la fuente de este artículo: un sector de la doctrina refiere su inspiración al artículo 7o. del Reglamento de la División de Poderes sancionado por la Junta Conservadora, del 30 de septiembre de 1811.¹⁹ Otro sector sostiene que su origen se en-

¹⁶ La raíz de nuestro sistema de derecho se encuentra en la tradición histórica de conformación del mismo, en cuanto a sus fuentes, instituciones, configuración conceptual y valorativa. El derecho patrio fue de una importancia excepcional y fue tenido especialmente en cuenta por Juan Bautista Alberdi, según lo expresado por él mismo. No obstante ello, y equivocadamente, en mi opinión, autores como Fiorini desconocen tal importancia con el argumento de que “Carece de contenido interpretativo toda vez que aún no tenía predicamento ni aplicación la teoría de la división de poderes”. Fiorini, Bartolomé A., *Qué es el contencioso*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1965, pp. 109 y 110. Para una valoración positiva de las fuentes patrias véase Bosch, Jorge Tristán, *Tribunales judiciales o tribunales administrativos para juzgar a la administración pública*, Buenos Aires, Víctor P. De Zabalía Editor, 1951, pp. 47 y ss.

¹⁷ Tesis esbozada en Bezzi, Osvaldo Máximo, Ana María y Osvaldo Héctor, “La justicia administrativa: Origen y actualidad”, *Revista de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, núms. 9 y 10, enero-agosto de 1992, p. 60.

¹⁸ “En ningún caso el presidente de la nación puede ejercer funciones judiciales, arrogarse el conocimiento de causas pendientes o restablecer las fenecidas.”

¹⁹ *Cfr.* Aberastury, Pedro, *Ejecución de sentencias contra el Estado. Consolidación de deudas del Estado nacional*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2001, pp. 26 y 27.

cuentra en el artículo 108 de la Constitución de Chile de 1833, aunque con una redacción más amplia que su pretendida fuente, ya que incluyó todas las causas o asuntos contenciosos, y no las civiles y criminales, como lo hacía la de aquel país.²⁰

No obstante ello, y habiéndose constitucionalizado, con ciertas restricciones, la delegación de facultades jurisdiccionales en el Poder Ejecutivo,²¹ es posible sostener que el sistema judicialista establecido en 1853 se ha conservado hasta nuestros días; vale decir, siempre que consideremos que lo que caracteriza dicho sistema no es el monopolio de la función jurisdiccional por el Poder Judicial (en especial la que se ejerce en materia contencioso administrativa, que es la que ahora nos interesa), sino la circunstancia de que la palabra final con relación a toda contienda de derecho le corresponde al mencionado Poder. No sería entonces inexacto expresar que un “judicialismo rígido” ha sido sustituido entre nosotros por un “judicialismo atenuado”.²²

3. *Sistema judicial concentrado y descentralizado de juzgamiento de la administración*

En nuestro sistema se han verificado dos modalidades de justicia administrativa: concentrada y descentralizada; la primera, establecida en las jurisdicciones provinciales, donde se atribuyó a los Superiores Tribunales de Justicia la competencia originaria y en única instancia de los casos contencioso administrativos. La segunda, propia del sistema federal que le atribuyó la competencia contencioso administrativa a los juzgados de primera instancia, en algunos casos, de competencia universal, en otros otorgándoles competencia especializada, como en los juzgados nacionales en lo contencioso administrativo federal de la capital federal.

Cabe destacar, que la tendencia actual del sistema provincial es la descentralización del sistema, creando juzgados y/o cámaras contencioso administrativas, como ha ocurrido recientemente con la Provincia de Buenos, a partir de la Reforma Constitucional Provincial de 1994, en que se ha puesto en funcionamiento, el 15 de diciembre de 2003, el Fuero Contencioso

²⁰ Cfr. Bosch, Jorge Tristán, *op. cit.*, nota 16, pp. 47 y ss.

²¹ Ello ha sido reconocido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Fernández Arias, Elena y otros c. Poggio, José”, fallos: 237:636.

²² Bosch, Jorge Tristán, *op. cit.*, nota 16, p. 104.

Administrativo creado por la Ley 12074, y modificado por las leyes 12310, 13101 y 13118.

4. *Aportes originales de Argentina*

Quiero mostrar en este acápite algunas particularidades del contencioso administrativo argentino, tanto en su faz provincial como federal, que pueden considerarse aportes originales al sistema, realizados tanto por el legislador como por los jueces contenciosos.

En primer lugar, se puede mencionar a la denominada cosa juzgada administrativa, que consiste, como es sabido, en la imposibilidad de la revocación, en sede administrativa, de un acto por el cual se ha declarado un derecho subjetivo y ha sido notificado al particular beneficiario.

En el orden provincial. Tal instituto se estableció en el artículo 5o. del Código Varela²³ de 1905 de la Provincia de Buenos Aires. Esta norma no reconoce antecedente normativo alguno, y es producto de la jurisprudencia de la Suprema Corte Bonaerense a partir de 1857, según manifestó el propio codificador Varela en su exposición de motivos.²⁴

En el orden nacional. La Corte Suprema de Justicia de la Nación estableció en el caso “Carmen de Cantón, Elena c. La Nación, s. pensión”,²⁵ que:

La doctrina puede ya consagrar como postulado, que el acto administrativo es irrevocable (en sede administrativa) en los siguientes casos: *a)* cuando declara un derecho subjetivo; *b)* cuando causa estado. Se parte de la base de que el acto es regular, es decir, que reúne las condiciones de validez (forma y competencia).

En segundo lugar, es viable mencionar la procedencia de las medidas cautelares contra la administración pública.

²³ “Las autoridades administrativas no podrán revocar sus propias resoluciones en asuntos que den lugar a la acción contencioso-administrativa, una vez que la resolución hubiese sido notificada a los particulares interesados. Si se dictase una resolución administrativa revocando otra consentida por el particular interesado, éste podrá promover el juicio contencioso-administrativo, al solo efecto de que se restablezca el imperio de la resolución anulada. Exceptúese de esta disposición toda resolución que tenga por objeto rectificar errores de hecho o de cálculo, los que podrán ser corregidos administrativamente.”

²⁴ Código de Procedimientos de lo Contencioso Administrativo para la Provincia de Buenos Aires en vigencia desde el 1o. de marzo de 1906, Buenos Aires, J. Lajoune & Cía. Editores, 1906, pp. 65 y 66.

²⁵ Fallos 175:368, del 14 de agosto de 1936.

En el orden nacional. La Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa “D. Carlos Castagno, contra D. José M. Crespo; sobre no innovación durante el juicio”,²⁶ de 1884, otorgó la primera medida cautelar contra el Estado, al establecer que:

Hallándose pendiente ante esta Suprema Corte el juicio de amparo... sobre el campo vendido... líbrese oficio al señor gobernador de la Provincia de Entre Ríos para que ordene no se haga innovación alguna en dicho campo y se mantenga a don Carlos Castagno en la posesión en que se halla, hasta que la Suprema Corte dicte resolución en los juicios mencionados.

Es importante señalar, que al momento del dictado de esta medida no era admisible, en ningún lugar del mundo occidental, la procedencia de cautelares contra el Estado. No hay que olvidar que la teorización de las medidas cautelares se produjo en la doctrina italiana del primer tercio del siglo XX sobre el Código Procesal Civil y Comercial de ese país y sobre relaciones jurídicas entre particulares. Por otro lado, es viable observar que el requisito de procedencia exigido por la Corte es la verificación de una disputa de derechos ante el propio Tribunal por parte de los afectados que solicitan la medida cautelar. No se exige ni la verosimilitud del derecho ni el peligro en la demora.

En el orden provincial. En el orden legislativo, el artículo 22 del mencionado Código Varela de la Provincia de Buenos Aires de 1905 previó la suspensión de la ejecución del acto cuando se verificaran perjuicios irreparables.

En tercer lugar, el principio de la ejecución de sentencias contencioso administrativas.

En el orden provincial. La ejecución de sentencias en este fuero tuvo rango constitucional en la Provincia de Buenos Aires desde 1889, a través del artículo 159 de la Constitución provincial, que se mantuvo en la Constituciones de 1934 y 1994.²⁷

²⁶ Fallos 27:166, del 11 de septiembre de 1884.

²⁷ El artículo 163 de la Constitución reformada en 1994, establece que: “La Suprema Corte de Justicia, al igual que los restantes tribunales, dispone de la fuerza pública necesaria para el cumplimiento de sus decisiones. En las causas contencioso-administrativas, aquélla y los demás tribunales competentes estarán facultados para mandar a cumplir directamente sus sentencias por las autoridades o empleados correspondientes si el obligado no lo hiciera en el plazo de sesenta días de notificadas. Los empleados o funcionarios a que alude este artículo serán responsables por el incumplimiento de las decisiones judiciales”.

En el orden nacional. La Ley 3952 de 1905, denominada “De demandas contra la nación”, en su artículo 7o. estableció la declaratividad de las sentencias contra el Estado nacional. Ello fue corregido por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación a partir del caso “Pietranera, Josefa y otros c/Gobierno Nacional”,²⁸ al decir que:

Si se ha dispuesto por sentencia firme el desalojo del inmueble ocupado por el Estado, es legítimo arbitrar una prudente medida destinada a hacer cumplir el fallo, ya que otra interpretación del artículo 7o. de la Ley 3952 conduciría a ponerlo en colisión con la garantía constitucional de la propiedad... La advertencia final de que en caso de silencio el plazo de desalojo será fijado judicialmente, no es sino el corolario de la potestad de los jueces de hacer cumplir sus decisiones en defensa del imperio del derecho.

Todo lo expuesto sin desconocer, aunque no será motivo de un análisis en el presente trabajo, la importancia de la legislación de emergencia sancionada en la República Argentina, que produjo, a modo de síntesis y en diversas etapas, una fuerte desarticulación de las características hasta aquí reseñadas, a través de los siguientes mecanismos:

- La suspensión de los procesos contencioso administrativos por determinados lapsos.
- La suspensión de la ejecución de sentencias por periodos de dos años en adelante.
- El alargamiento de los plazos para la contestación de la demanda por parte de la administración.
- La imposibilidad o grave restricción para los jueces contencioso administrativos de dictar medidas cautelares contra la administración pública.
- El establecimiento de un recurso directo ante la Corte Suprema de la medida cautelar decretada por un juez de grado.
- El establecimiento de nuevos plazos de caducidad en el agotamiento de la vía, aun para el silencio de la administración.

Quiero señalar que esta legislación de emergencia también será impactada por el proceso que en adelante analizaré, y que denomino de internacionalización del ordenamiento jurídico argentino.

²⁸ Fallos 265:191, del 7 de septiembre de 1966.

III. SEGUNDA ETAPA: DE 1994 EN ADELANTE, DENOMINADA DE INTERNACIONALIZACIÓN DEL SISTEMA

1. *La nueva configuración del contencioso administrativo por el impacto de los ordenamientos internacionales y supranacionales*

Como sostuve en otra oportunidad,²⁹ resulta innegable que los juristas argentinos de estos tiempos vivimos en estado de perplejidad, partíamos de algunos principios innegables que constituían nuestra base de sustentación, como por ejemplo el sistema de producción normativa y de resolución de las controversias o conflictos que se suscitaban en la aplicación del derecho. El Estado, a través de sus poderes, monopolizaba tal sistema; ello sumado a un determinado principio de jerarquía normativa, que en nuestro sistema constitucional se reflejaba en el artículo 31 de la carta magna. Una de las columnas vertebrales del sistema predicaba que el casi único productor y aplicador del derecho, en un sistema jurídico como el nuestro, era el Estado a través de sus órganos constitucionalmente habilitados para ello, que implicaba, a su vez, una sujeción de los sujetos de la relación jurídica a ese ordenamiento, cuya prelación normativa estaba predeterminada.³⁰

La transformación de tales principios puede observarse por la manifestación de distintos fenómenos,³¹ que produjeron un nuevo y extraordi-

²⁹ Salomoni, Jorge Luis, “La defensa del Estado en los conflictos derivados de la aplicación de los Tratados Bilaterales de Protección Recíproca de Inversiones: El caso de las prestadoras privadas de servicios públicos”, *El Derecho Administrativo*, 28 de octubre de 2003.

³⁰ Para una ampliación de la descripción de los tradicionales paradigmas del Estado en contraposición a los emergentes de la nueva realidad jurídica mundial, véase el excepcional estudio del maestro italiano Sabino Cassese, *La crisis del Estado*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2003, pp. 151 y ss.

³¹ Para una ampliación de los fenómenos que provocaron la crisis del Estado decimonónico, véase Salomoni, Jorge Luis, “Sistema jurídico, emergencia, conflicto de derechos y revisión de las tarifas de los servicios públicos”, en Lorenzetti, Ricardo Luis (dir.), *Emergencia pública y reforma del régimen monetario*, Buenos Aires, La Ley, 2002, pp. 93 y ss. Esa crisis extraordinaria en la creación y en la aplicación del derecho en nuestros Estados nacionales, según Cassese, pone en tela de juicio los paradigmas tradicionales del derecho, tales como: *i*) Los sujetos formaban parte de un ordenamiento jurídico que presentaba carácter de exclusividad. Los sujetos no podían elegir. El ordenamiento era un dato. *ii*) El Estado se encontraba en el centro, y en posición de superioridad institucional. Podía equipararse con los particulares, pero puede retomar su superioridad. *iii*) La ley asegura la medida y el control del poder público y, entonces, circunscribe exactamente sus

nario proceso, que podemos denominar de internacionalización del orden jurídico argentino, que trastocó, en un breve lapso de apenas once años, nuestro sistema jurídico.

Este proceso ha transformado los paradigmas sobre los cuales se asentaban nuestros ordenamientos jurídicos, nuestras instituciones, nuestra forma de observar y resolver los problemas de nuestra ciencia.

Podría sostener que la reforma constitucional de 1994 constituye el punto de partida y de apoyo de ese proceso de internacionalización de nuestro sistema jurídico, con consecuencias aún imprevisibles.³²

El primer eslabón de ese proceso lo constituye el establecimiento de la primacía de los tratados internacionales sobre el ordenamiento jurídico interno, como surge del artículo 75, inciso 22, primer párrafo de la Constitución reformada. Ello implicó establecer un principio que trascendió el artículo 31 de la norma fundamental, o de supremacía de la Constitución o jerarquía normativa; y ello es así porque se fijó definitivamente esa prelación normativa de los tratados, que complementada con los artículos 27 y 46 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, configura, además, una responsabilidad internacional del Estado argentino ante cualquier incumplimiento de los mismos fundado en una posible contradicción con el ordenamiento interno nacional.³³

A su vez, la incorporación, con jerarquía constitucional, de diversos tratados de derechos humanos, de acuerdo a lo prescripto por el artículo 75, inciso 22, segundo párrafo, concluyó un proceso de profunda internacionalización, desplazando el monopolio de la creación y aplicación del derecho del Estado argentino, en sus diversas jurisdicciones, hacia otros

competencias. Los particulares, por el contrario, reaccionan según sus propios intereses y fines, en tanto, la ley define sólo aquello que a ellos es prohibido. iv) Las relaciones entre el derecho público y el privado son determinadas y permanecen estables. *Cfr.* Sabino Cassese, *op. cit.*, nota anterior.

³² Resultará difícil al observador encontrar, en el derecho comparado, otro país que indiscriminadamente haya realizado ese fenómeno de internacionalización de su sistema jurídico, sin exigencia de reciprocidad hacia los otros Estados, y sin evaluar el verdadero impacto que tal fenómeno podría producir en el sistema de relaciones jurídicas nacidas al amparo del ordenamiento nacional, como lo hizo ejemplarmente la República Argentina. Por ello considero que los efectos de tal proceso son realmente imprevisibles y, espero equivocarme, probablemente negativos para el conjunto de la sociedad argentina.

³³ Para una ampliación sobre el sistema de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, véase Guarda, Ernesto de la, *Derecho de los tratados internacionales*, Buenos Aires, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 1997, pp. 195 y ss.

organismos supraestatales, supranacionales e internacionales. Obsérvese, como un mero ejemplo, que la Corte Suprema de Justicia de la Nación no es más el último tribunal que decide sobre el sistema de derechos fundamentales en la República Argentina, sino que se ha desplazado principalmente en uno de los subsistemas posibles, como lo es la Corte Interamericana de los Derechos Humanos.

Luego, el artículo 75, inciso 24, de la CN, facultó al Congreso Nacional a delegar competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales como, por ejemplo, en el Mercosur. Como corolario de tal delegación, se otorgó a las normas dictadas, en su consecuencia, jerarquía superior a las leyes.

Y, finalmente, resta mencionar a los tratados bilaterales de promoción y protección recíproca de inversiones, y los conflictos suscitados y a suscitarse entre el Estado argentino —considerado *latu sensu*— y las prestadoras privadas de servicios públicos alcanzadas por esos tratados ante el Tribunal Arbitral del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI).³⁴ Éste constituye el tercer ámbito de internacionalización que provocó un cambio de paradigma en el ordenamiento jurídico argentino. Esto es así porque el legislador y el juez nacionales han perdido la soberanía, el poder de decisión en diversos aspectos; ello ocurre en el ámbito de los derechos humanos, en el ámbito de la integración y en el ámbito de las inversiones. Hay una profunda delegación o desplazamiento de esa soberanía en organismos extraconstitucionales, en sistemas diferentes que no tienen que ver con el sistema jurídico en el que nos formamos.

Y estos tres ámbitos de internacionalización —derechos humanos, integración e inversiones— tienen en común la cesión del constituyente, del legislador y del juez nacional de su poder de decisión en diversos aspectos. Se produjo una profunda delegación o desplazamiento de la jurisdicción argentina en organismos internacionales —considerados *latu sensu*—, que aplican a su vez, para la resolución de los conflictos que allí se discuten, como ocurre en el caso de los tratados de inversiones, otros ordenamientos jurídicos distintos al que fue la base de la relación jurídica originaria.

³⁴ Argentina otorgó su consentimiento anticipado a la jurisdicción arbitral del CIADI. La Ley 24353 aprobó el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, adoptada en Washington el 18 de marzo de 1965, CIADI.

Restaría determinar si esta internacionalización del ordenamiento fue racionalizada en Argentina, de manera que se incorpore culturalmente en nuestro discurso jurídico. Puedo afirmar que, salvo raras y parciales excepciones producidas en algunas ramas del ordenamiento, no existe una racionalización o incorporación integral de esa internacionalización y su impacto en la totalidad del sistema de derecho argentino, es más, una parte importante de la enseñanza del derecho en la República Argentina, que se realiza a través de artículos y libros de doctrina, sigue tematizando el ordenamiento argentino, sin vinculación con el derecho emergente de los tratados internacionales y de la jurisprudencia dictada por los órganos supranacionales e internacionales aplicadores de esas normas, que prevalecen, por otra parte, sobre las aplicaciones realizadas por nuestros tribunales internos.

Pero cuando sostengo que no existió una racionalización del fenómeno, estoy expresando la percepción de que todavía no tenemos una idea acabada del sistema jurídico positivo que se ha conformado en nuestro país. Éste es, en mi opinión, uno de los problemas más serios que afrontamos los juristas, al cual se agrega la fragmentación de la hermenéutica particular de cada rama del ordenamiento, que intenta racionalizar desde su ámbito la novedad del impacto de este ordenamiento jurídico nuevo, sin poder referenciarse a la totalidad, o sea, al nuevo sistema en su conjunto.

Como comprobación de lo expresado, me referiré al impacto sobre nuestros ordenamientos jurídicos, fundamentalmente del proceso contencioso administrativo, de tres sistemas de resolución de conflictos internacionales que, aunque diferentes en la naturaleza de los ordenamientos jurídicos a los que se referencian, a través de tribunales judiciales y arbitrales, impactan en nuestro ordenamiento jurídico interno, fundamentalmente el administrativo, a través, esta vez, de la fuerza expansiva de los principios y hermenéuticas desarrollados por esos tribunales para los casos que resuelven.

Me refiero, por un lado, a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, al sistema de Solución de Controversias del Mercosur, establecido tanto en el Protocolo de Brasilia de 1992 y en su derogatorio el Protocolo de Olivos de 2002, como en el Reglamento del Protocolo de Brasilia para la Solución de Controversias, Decisión del Consejo del Mercado Común núm. 17/98, del 10 de diciembre de 1998;³⁵ y por otro

³⁵ También derogado por el artículo 55.1 del Protocolo de Olivos (PO). Cabe mencionar que así como para el caso que no se completaran los procedimientos previstos en

lado, al sistema instaurado por los tratados bilaterales de promoción y protección recíproca de inversiones, a través del ya mencionado Tribunal Arbitral del Centro Internacional de Arreglos de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI).

2. Breve referencia a la Comunidad Europea

Se puede afirmar que el impacto de los ordenamientos internacionales está reconfigurando en el contencioso administrativo de los países europeos. En España se observa una inquietud manifiesta por parte de los principales doctrinarios del derecho administrativo sobre tal proceso; y este impacto es resultado, de acuerdo a un sector de la doctrina española, al fenómeno denominado de la interconexión de los ordenamientos jurídicos.³⁶

Así, la determinación de distintos aspectos del proceso contencioso administrativo, como el plazo razonable de tal proceso, las exigencias de publicidad y transparencia del mismo, la efectiva vigencia del equilibrio e igualdad de armas de las partes, la procedencia de medidas cautelares contra la administración pública, etcétera, están siendo configuradas por los tribunales internacionales, no contencioso administrativos, más allá de las jurisdicciones nacionales, y aun en contra de ellas.

Sobre uno de los aspectos mencionados, esto es, el equilibrio y la igualdad de armas de las partes, se han configurado diversos principios:

En el caso *Frette c. Francia* (26 de febrero de 2002) el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos sostuvo que, al quedar una persona privada de la posibilidad de replicar, “entraría en juego... el principio de que las partes deben poder conocer cualquier pieza u observación que vaya a ser sometida al juez, por lo que se considera que se le ha situado en una situación de desventaja y que rompe el principio de igualdad de armas”.³⁷

el artículo 49 del las causas iniciadas bajo el Protocolo de Brasilia y no concluidas se registrarán por este Protocolo, Protocolo de Olivos (artículo 55.2 del PO).

³⁶ Retortillo Baquer, Lorenzo Martín, “El orden europeo e interno de los derechos fundamentales y su protección jurisdiccional”, *Revista de Administración Pública*, Madrid, núm. 165, septiembre-diciembre de 2004, p. 12. Aclarando que “Si hasta hace poco era propio de los Estados que se rigieran mayoritariamente, y con muy escasas excepciones, por el derecho que ellos mismos habían elaborado, hoy se observa, en cambio, la abundante presencia que está vinculando constantemente a los aplicadores jurídicos, de normas que, sin que se pueda decir que son ajenas, no son propias al 100%, no han sido elaboradas en el seno del Estado en cuestión”. *Ibidem*, pp. 12 y 13.

³⁷ Retortillo Baquer, Lorenzo Martín, “La jurisprudencia de Estrasburgo y el control de quien controla a la administración”, en varios autores, *La justicia administrati-*

En el caso *Kress c. Francia* (7 de junio de 2001) se va a cuestionar, entre otras cosas, una de las características del famoso “Comisario de Gobierno” del Consejo de Estado francés, consistente en que, aún sin poder votar, esté presente en la reunión de los jueces para ilustrar y aclarar cualquier punto que le requieran, que tras las actuaciones públicas se encierran a deliberar. Esta situación

se considerará incompatible con el ausplicable equilibrio que quien ha tomado partido públicamente esté luego presente cuando los jueces deliberan. Y, entre otras razones, se va a otorgar consistencia destacada al argumento de las apariencias... Se considera que al tomar partido públicamente, las partes le considerarán como un adversario o su valedor. Por ello, estima el tribunal que es pensable que una de las partes experimente una sensación de desigualdad si ve que quien ha atacado su postura se retira con los jueces a deliberar.³⁸

A su vez, se ha sostenido que la falta de recurso judicial de control amplio (o de plena jurisdicción para el derecho europeo) de una decisión administrativa atenta contra el proceso equitativo.³⁹

Por otro lado, se han establecido los diversos alcances de la tutela judicial efectiva:

En la sentencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos del 28 de octubre de 2003, *Stone Court Shipping Company S.A. c/ España*, la misma

censura sin paliativos, una práctica que se ha impuesto desde hace algún tiempo, especialmente por parte de las distintas Salas del Tribunal Supremo, según la cual la presentación de escritos en el Juzgado de Guardia, por una parte, sólo vale ante dicho Tribunal Supremo si se hace el último día, precisamente del vencimiento del plazo legal que condiciona la eficacia del recurso, no si se hace uno o varios días antes. Pero, por otra parte, resulta que ese último día no puede ser un sábado, precisamente un sábado, aunque resulte chocante, pues ocurre que en este caso si el escrito se ha presentado el viernes ante el Juzgado de Guardia, éste no distribuye el

va. Libro en homenaje al profesor doctor Rafael Entrena Cuesta, Barcelona, Atelier, 2003, p. 43.

³⁸ *Ibidem*, pp. 44 y 45.

³⁹ *Cfr.* Rodríguez Pontón, Francisco José, “La aplicación de las garantías del proceso equitativo al procedimiento administrativo: elementos de la jurisprudencia europea para el debate”, en varios autores, *La justicia administrativa...*, *op. cit.*, nota 36, pp. 96 y ss.

sábado los escritos recibidos el día anterior y no los remite hasta el lunes siguiente, de modo que el asunto llega al Tribunal Supremo cuando ya está vencido el plazo.⁴⁰

Dijo el Tribunal:

La cuestión es relevante del principio de seguridad jurídica; no se trata de un simple problema de interpretación de la legalidad ordinaria, sino de una exigencia de procedimiento que ha impedido el examen del fondo del asunto. El Tribunal estima que las limitaciones relativas a la presentación de documentos ante el Juzgado de Guardia no pueden, en tanto que tales, ponerse en cuestión. Sin embargo, la combinación particular de los hechos de este caso ha destruido la relación de proporcionalidad entre las limitaciones (como las aplicadas por el Tribunal Supremo) y las consecuencias de su aplicación. En consecuencia, la interpretación particularmente rigurosa, hecha por las jurisdicciones de una regla de procedimiento, ha privado a la demandante del derecho de libre acceso a un tribunal a examinar su recurso de casación.⁴¹

Finalmente, sobre la procedencia de las medidas cautelares se ha dicho que:

En el derecho español no son admisibles medidas cautelares autónomas, al margen de cualquier proceso de fondo, pero que bastaba con el formalismo de interponer un recurso contencioso-administrativo, interposición que no requiere ser fundada, contra el anuncio de la licitación para pedir inmediatamente al tribunal la modificación de ésta, puesto que las medidas cautelares positivas sí son posibles en nuestro derecho, citándose el caso paradigmático (y quizás único) fallado por la sentencia constitucional del 29 de abril de 1993, que declaró —corrigiendo al Tribunal Supremo, por cierto— que el artículo 24 de la Constitución permitía al juez adoptar una medida cautelar positiva consistente en dar por su sola autoridad nueva redacción a una orden de servicios mínimos dictada por la Junta de Andalucía con ocasión de una huelga general.

⁴⁰ García de Enterría, Eduardo, “La sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del 28 de octubre de 2003, *Stone Court Shipping Company S.A. c/ España*, y las prácticas judiciales españolas para inadmitir recursos. El derecho a la tutela judicial efectiva. Necesidades de una rectificación radical de las posiciones restrictivas del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo en cuanto al ámbito del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva”, *Revista de Administración Pública*, Madrid, núm. 163, enero-abril de 2004, p. 170.

⁴¹ *Ibidem*, p. 177.

La sentencia Comisión c. España, C-214/00, del 15 de mayo de 2003, del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, declara incompatible tales prescripciones de la Ley General Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa 29/1998, del 13 de julio, con la Directiva 89/665. El Tribunal afirma que no basta con que la demanda pueda formalizarse posteriormente a la solicitud de la medida cautelar “dado que la exigencia de que se cumpla una formalidad de este tipo tampoco puede considerarse compatible con las prescripciones de la Directiva 89/665, tal como fue precisado en la sentencia Comisión/Grecia, antes citada”.⁴²

IV. EL IMPACTO DE LOS ORDENAMIENTOS INTERNACIONALES SOBRE LA REPÚBLICA ARGENTINA Y EL MERCOSUR

1. *Elección del derecho más favorable*

Una de las transformaciones más importantes que desarrolla Sabino Cassese en su libro *La crisis del Estado*, y que puede tener una incidencia extraordinaria en nuestros sistemas jurídicos, la constituye la posibilidad del sujeto de derecho de elegir el derecho más favorable a su situación o caso sustituyendo a su derecho nacional por otro derecho de otro país, que se torna aplicable como derecho local a través del ordenamiento jurídico de la Unión Europea, sea a través de los tratados constitutivos o la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada en Niza en 2000.

En palabras del maestro italiano: “El perfil más original es aquel por el cual el derecho nacional está sometido al derecho del mercado, en el sentido que cada operador nacional puede elegir el derecho nacional más conveniente («menos severo», según la terminología de la Corte de Justicia), y después pedirle a la Corte la protección de su derecho de elección”. La terminología a la que hace mención pertenece al caso “Centros c. Dinamarca”, resuelto por la Corte de Justicia de la Comunidad en marzo de 1999, donde aplicó el principio mencionado con fundamento en el artículo 43 del Tratado de Roma, que disciplina el derecho de establecimiento.

⁴² García de Enterría, Eduardo, “El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas constata y censura dos graves quiebras de nuestro derecho administrativo en materia de entes sujetos al derecho público y de medidas cautelares contencioso-administrativas (Sentencia Comisión c. España, C-214/00, del 15 de mayo de 2003)”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, Madrid, núm. 119, julio-septiembre de 2003, p. 483.

Desde hace más de nueve años, y con anterioridad, por supuesto, al fallo de la Corte Europea, vengo sosteniendo que en el ámbito del Mercosur los diversos tratados constitutivos, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, instauraron el derecho a la elección del derecho más favorable al sujeto que lo invoca (Debo decir, que experimento una inmensa alegría al ver confirmada la tesis que sostuve en soledad desde hace tantos años y por estos lares).

En su oportunidad sostuve que⁴³ el artículo 28.3 de la citada Convención Americana sobre Derechos Humanos ordena que: “Cuando dos o más Estados partes acuerden integrar entre sí una federación u otra clase de asociación, cuidarán de que el pacto comunitario correspondiente contenga las disposiciones necesarias para que continúen haciéndose efectivas en el nuevo Estado así organizado, las normas de la presente Convención”.

La mencionada previsión establece la obligación de los Estados partes de sujetar cualquier tipo de pacto comunitario, incluya o no la conformación de un nuevo Estado, a las prescripciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Esto es, establece *el principio de intangibilidad de la protección de tales derechos*, aun en el caso de pactos comunitarios de los Estados partes. Es sabido que los cuatro países integrantes del Mercosur —Brasil, Paraguay, Uruguay y Argentina— como los Estados adherentes —Chile y Bolivia— son Estados partes de la Convención.

Cabe destacar, que el eminente jurista uruguayo Héctor Gros Espiell, por su parte y en contrario a lo expuesto, sostuvo que el párrafo 3 del artículo 28 de la Convención Americana “carece de interés práctico, pues se trata de una hipótesis de hecho que es casi imposible que ocurra en América Latina”.⁴⁴

⁴³ Salomoni, Jorge Luis, “Procedimiento administrativo y Mercosur. Una aproximación a los principios emergentes de los distintos ordenamientos”, *Procedimiento administrativo. Jornadas organizadas por la Universidad Austral Facultad de Derecho*, Buenos Aires, Editorial Ciencias de la Administración, 1998, pp. 551 y ss. Este trabajo fue el resultado de la elaboración de la teoría que expuse por primera vez, en julio de 1996, en la Universidad de Caxias do Sul, Estado de Río Grande do Sul, Brasil, en un curso de doctorado para profesores brasileiros. Luego lo desarrollé en Salomoni, Jorge Luis, *op. cit.*, nota 8, capítulo V.

⁴⁴ Gros Espiell, Héctor, *La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1991, p. 202, análisis comparativo.

Pero es indudable que no advirtió que ese párrafo 3 del artículo 28 hace mención no solamente a la constitución de una federación por parte de dos o más Estados miembros de la Convención Americana, sino que el supuesto previsto por la norma incluye también a “*otra clase de asociación*”, como lo es el Mercosur.

De la propia lectura de la norma, y en primer lugar, surge claro que por “*otra clase de asociación*” debe entenderse *cualquier clase de asociación*, ya que dicha prescripción *no distingue ni el grado ni forma* que esta última debería contener para poder incluirla en tal supuesto normativo.

Se trata, entonces, de una variada gama de distintos grados y formas de asociación de Estados, que pueden ir desde una zona de libre comercio, una unión aduanera, un mercado común, una unión económica, una unión monetaria, hasta una unión política, que constituye el último peldaño de un proceso de integración, e implica la adopción de una Constitución de la unión, donde se consolida la identidad y una política comunes, y se establece un sistema de poder y de derechos para los miembros de dicha unión, dentro de un sistema democrático y federal.⁴⁵

En segundo lugar, y por lo antes mencionado, también queda en evidencia que la hipótesis del párrafo 3 del artículo 28 de la Convención es independiente de los dos párrafos anteriores, conteniendo un distinto supuesto de hecho, y que así debe ser interpretado, tal como lo sostiene el propio Gros Espiell.

Sostuve a su vez, de una mera constatación que resultaba clara además, que una norma como la analizada no encontraba similar en el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Como sostiene ahora Cassese, la constitucionalización en Europa, del principio estudiado, se produce a través del artículo 53 de la citada Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que establece que ninguna disposición de la Carta debe ser interpretada como limitativa o lesiva de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales reconocidas por otras fuentes y, en particular, por las Constituciones de los Estados miembros. Como se observa, el principio reconoce en Europa otro fundamento o argumento.

⁴⁵ “La Constitución de la Unión no puede presentar, como hemos visto, las mismas características que una Constitución estatal. ¿Con qué criterios debe entonces diseñarse? Hay que establecer nuevos equilibrios constitucionales, adaptando sabiamente los principios que forman el *acquis* comunitario a las exigencias de la unión política.” La Pergola, Antonio, *Los nuevos senderos del federalismo*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994, p. 186.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en la causa “Giroldi Horacio s/ recurso de casación”, ha establecido el alcance de los conceptos contenidos en la cláusula en análisis, tomando como propios los vertidos por la Corte Interamericana, al decir que:

A esta Corte, como órgano supremo de uno de los poderes del gobierno federal, le corresponde —en la medida de su jurisdicción— aplicar los tratados internacionales a que el país está vinculado en los términos anteriormente expuestos, ya que lo contrario podría implicar la responsabilidad de la nación frente a la comunidad internacional. En tal sentido, la Corte Interamericana precisó el alcance del artículo 1o. de la Convención, en cuanto a los Estados parte deben no solamente “respetar los derechos y libertades reconocidos en ella”, sino además “garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona sujeta a su jurisdicción”. Según dicha Corte, “garantizar” implica el deber del Estado de tomar las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos que la Convención reconoce. Por consiguiente, la tolerancia del Estado a circunstancias o condiciones que impidan a los individuos a acceder a los recursos internos adecuados para proteger sus derechos, constituye una violación del artículo 1.1 de la Convención (Opinión consultiva núm. 11.90 del 10 de agosto de 1990, “Excepciones al agotamiento de los recursos internos”, párrafo 34). Garantizar entraña, asimismo, “el deber de los Estados parte de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos”.⁴⁶

Entonces, la tesis sostenida consiste en establecer la obligación del juez nacional de aplicar la norma más protectora de los derechos humanos que se encuentre vigente en la asociación de Estados que conforma el Mercosur, ello en virtud del principio de igualdad del Pacto que establece el derecho a la mayor protección de los derechos y que esté objetivado en el ordenamiento jurídico internacional de los derechos humanos, o en un ordenamiento jurídico nacional de un Estado miembro de una asociación respecto a los demás Estados miembros integrantes.

No se vincula entonces —o mejor dicho, se vincula indirectamente— con el principio *pro homine* en el sentido de la obligatoriedad de elegir la

⁴⁶ Travieso, Juan Antonio, *Derechos humanos y jurisprudencia. Doctrina y legislación argentina e internacional*, Buenos Aires, Eudeba, 1998, pp. 194 y ss.

fuente y la norma que suministre la mejor solución para la vigencia de los derechos de las personas en el dual sistema normativo internacional e interno de cada Estado, sino, reitero, en el principio de igualdad del artículo 24 del Pacto, como se verá más abajo.

El sistema de armonización propuesto, aleja el carácter primordial para la constitución de la Comunidad de la instauración del Tribunal de Justicia del Mercosur. El tribunal comunitario que armonizará los derechos de las personas, y por lo tanto, los límites al poder, tanto nacional como comunitario, será la Corte Interamericana de los Derechos Humanos. Esto es, existirá un órgano de armonización primaria que será el juez nacional competente en la materia de que se trate, y un órgano de armonización secundaria que será la mencionada Corte Interamericana.

Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha establecido, en la mencionada causa “Giroldi”, del 7 de abril de 1995, que:

La ya recordada “jerarquía constitucional” de la Convención Americana sobre Derechos Humanos ha sido establecida por voluntad expresa del constituyente, “en las condiciones de su vigencia” (artículo 75, inciso 22, párrafo 2), esto es, tal como la Convención citada efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación. De ahí que la aludida jurisprudencia de los tribunales internacionales competentes para la interpretación y aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, debe 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 (*cf.* artículos 75 de la Constitución Nacional, 62 y 64 de la Convención Americana y artículo 2o. de la Ley 23054).⁴⁷

Como consecuencia necesaria del principio de intangibilidad mencionado, y a partir del *principio de igual protección de la ley* —artículo 24 de la Convención— para cada individuo miembro de cada uno de esos Estados, que es una aplicación del principio general de igualdad, surge el derecho de aquellos últimos de invocar la norma más favorable a sus derechos de cualquier Estado miembro, la que debe aplicarse como principio emergente del mencionado artículo 24.

⁴⁷ *Idem.*

Es decir, la norma material y/o procesal más protectora de un Estado miembro se transforma en un principio general del derecho comunitario, que se traslada al otro Estado miembro a través de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.⁴⁸

Se puede utilizar como fundamento el argumento de Rawls, que estableció por su parte la siguiente reformulación para su primer principio de justicia explicitado en su Teoría de la justicia: “Toda persona tiene igual derecho a un esquema plenamente adecuado de iguales libertades básicas que sea compatible con un esquema similar de libertades para todos”.⁴⁹

En síntesis, esas garantías que, en la materia analizada, conforman un derecho administrativo supranacional, actúan sobre los derechos administrativos nacionales estableciendo, por un lado:

Principios y modelos de procedimiento a los cuales éstos deben atenerse, ya sea que operen cuidando intereses nacionales, o que operen cuidando intereses comunitarios... Por otro lado, subordina la administración nacional, transformándola en ejecutora de la comunitaria, por lo que puede haber administraciones estructuralmente nacionales, funcionalmente comunitarias. En este sentido, el derecho administrativo nacional se moviliza en el cuidado de intereses públicos comunitarios.⁵⁰

Resulta indudable que el principio de la elección del derecho más favorable rige para la totalidad del ordenamiento jurídico, incluyendo todas las ramas posibles —civil, penal, laboral, comercial, tributario, etcétera—.

A su vez, el mencionado artículo 24 establece que: “Todas las personas son iguales ante la ley”. En consecuencia, formula el principio general de igualdad, al prescribir que todo ser humano tiene derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley, principio este último constitutivo del principio general.

⁴⁸ No debe confundirse el sistema planteado con el proveniente del derecho comparado. No se trata de utilizar el derecho “extranjero” para fundamentar una decisión administrativa o judicial, sino que se trata de la aplicación directa del ordenamiento jurídico más protectorio del derecho humano a través del Pacto de San José de Costa Rica. Para una explicación del método del derecho comparado véase Casal, Patricia Marcela, *Recepción del derecho extranjero como argumento. Derecho comparado*, Buenos Aires, Fundación Editorial de Belgrano, 1997.

⁴⁹ Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Madrid, Trotta, 1998, nota 1 de la p. 148.

⁵⁰ Cassese, Sabino, “Derecho administrativo comunitario y derechos administrativos nacionales”, *Revista Actualidad en el Derecho Público-AeDP*, Buenos Aires, núm. 7, mayo-agosto de 1998, p. 28.

Reitero, en una asociación de Estados todo nacional de cada Estado miembro tiene el derecho a igual protección, en los mismos términos, que la máxima protección que se halla alcanzado en alguno de los Estados miembros para esos mismos derechos.⁵¹

La doctrina ha sostenido respecto al principio de igualdad que:

El artículo 1o. de la Convención Americana afirma el principio de no discriminación, ya que el respeto y la garantía de los derechos y libertades deben asegurarse sin discriminación de ninguna especie. Este artículo 1o., coordinado con el artículo 24, constituye el fundamento de la plena y total recepción del principio de no discriminación en la Convención Americana, principio que se aplica al reconocimiento y protección de todos los derechos enunciados en el Pacto de San José.⁵²

Por su parte, Hitters sostiene que:

Hemos anticipado que los conceptos de “igualdad” y de “no discriminación”, forman la parte de la bóveda de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ya que los encontramos no solamente en el artículo 24, sino en el 1.1, en el 13.5 y en el 17.4. También aclaramos que los instrumentos internacionales en general, prohíben la discriminación por causas de raza, color, sexo, religión, idioma, opinión política u otra, origen nacional, origen social, posición económica y nacimiento. Ese documento, con muy buen tino, no lleva a cabo una enumeración cerrada de este tipo de prácticas, ya que el artículo 1.1 hace referencia a “cualquier otra condición social”. Ello así, a fin de dejar una *válvula abierta*, para que entre en la prohibición cualquier discriminación, como por ejemplo, la sexual, o la basada

⁵¹ El funcionamiento del sistema sería de la siguiente manera: un nacional argentino tiene un conflicto en la relación de consumo con un fabricante o un prestador de servicios públicos. Además de invocar las normas argentinas de protección de los derechos del consumidor y las reglas del servicio en su caso, invocará a la administración y juez intervinientes, la norma más protectora dictada en cualquier país integrante del Mercosur. En este caso, la Ley 8078, del 11 de septiembre de 1990, dispone sobre la protección del consumidor y otras providencias en la República de Brasil. Igual ocurriría con un brasileño que invocara la ley argentina 19549, “De Procedimientos Administrativos Nacional”, ante la ausencia de norma procedimental federal en aquel país. Los ordenamientos implicados, y que se solicita al juez nacional aplicar, constituyen derecho interno del país en que se aplican, trasladados a través de la Convención Americana de los Derechos Humanos. La hermenéutica de la norma invocada por el nacional de otro país, que se le haya otorgado en el país de origen, deberá ser consultada a los abogados especializados de este último país mediante informes con valor y responsabilidad legal. Debo agradecer esta última sugerencia al profesor y amigo Paulo Motta de Curitiba, Brasil.

⁵² Gros Espiell, Héctor, *op. cit.*, nota 44, pp. 60 y 70.

en la edad, etcétera. Si bien el Pacto que venimos analizando no define la figura en cuestión, sí lo hace la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, como “toda distinción exclusión, restricción o preferencia... que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales”.⁵³

Todo lo expuesto se complementa con el artículo 29, que establece, como se verá también más abajo, y en lo que aquí interesa, que ninguna disposición del Pacto puede ser interpretada en el sentido de:

b. Limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes, de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados.

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

El caso referido en la letra *b* es tradicional en el derecho internacional del trabajo, ya que se remonta al párrafo 8 del artículo 19 de la Constitución de la OIT, y asegura que el reconocimiento y la protección internacional de derechos y libertades (en el estándar mínimo aceptable), no puede producir el efecto de reducir, limitar o restringir derechos reconocidos con mayor amplitud por el derecho interno o por otros tratados internacionales... Por su parte, el artículo 29b tiene su equivalente en el artículo 60 de la Convención Europea, que dispone que ninguna de las disposiciones de la Convención será interpretada en forma de limitar o afectar los derechos del hombre y las libertades fundamentales que pudieran estar reconocidas conforme a la ley de las partes contratantes o a cualquier otra convención de la que esa parte contratante sea parte.⁵⁴

Respecto de la interpretación del Pacto, la Corte Suprema ha establecido, en la causa “Ekmekjian, Miguel v. Sofovich, Gerardo y otros”, del 7 de julio de 1992, que: “La interpretación del Pacto debe, además, guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derecho Humanos, uno de cuyos objetivos es la interpretación del Pacto de San José (Estatuto, artículo 1o.)”.⁵⁵ En idéntico sentido se expidió en el caso “Giroldi” (considerando 11, segundo párrafo), ya mencionado.

⁵³ Hitters, Juan Carlos, *Derecho internacional de los derechos humanos*, t. II: *Sistema Interamericano. El Pacto de San José de Costa Rica*, Buenos Aires, Ediar, 1993, p. 228.

⁵⁴ Gros Espiell, Héctor, *op. cit.*, nota 44, pp. 129 y 130.

⁵⁵ La Ley 1992-C-543.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, finalmente, precisando el concepto de igualdad previsto en la Convención, ha dicho que:

En función del reconocimiento de la igualdad ante la ley se prohíbe todo tratamiento discriminatorio de origen legal. De este modo la prohibición de discriminación ampliamente contenida en el artículo 1.1, respecto de los derechos y garantías estipulados por la Convención, se extiende al derecho interno de los Estados partes, de tal manera que es posible concluir que, con base en esas disposiciones, éstos se han comprometido, en virtud de la Convención, a no introducir en su ordenamiento jurídico regulaciones discriminatorias referentes a la protección de la ley.⁵⁶

También ha sostenido, resultando directamente aplicable al procedimiento administrativo, que:

La protección de la ley... a la luz de la obligación positiva que el artículo 1.1. contempla para los Estados de respetarlos y garantizarlos, implica, como ya lo dijo la Corte, el deber de los Estados partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos (caso Velázquez Rodríguez, sentencia del 29 de julio de 1988, serie C, núm. 4, párrafo 166; caso Godínez Cruz, sentencia del 20 de enero de 1989, serie C, núm. 5, párrafo 175).⁵⁷

Resta establecer, que para los casos de Estado federales como la República Argentina, el sistema instaurado por el Pacto de San José de Costa Rica, desde el otorgamiento por el constituyente de 1994, de jerarquía constitucional según lo establece expresamente el artículo 75, inciso 22 de la carta magna, ha modificado el sistema federal de producción del derecho, al establecer los ya mencionados principios de intangibilidad de los derechos humanos protegidos por la Convención Americana y de igual protección de ley que impiden regulaciones asimétricas de derechos entre los miembros de Estado o de cualquier asociación de Estados. Por lo tanto, un ciudadano de una provincia puede invocar el derecho de otra provincia que sea aplicable al caso, y que sea más protector de sus derechos, en sustitución del derecho sancionado en su jurisdicción territorial.

⁵⁶ Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984, en Albanese, Susana, *Derechos humanos. Estudio de casos y opiniones consultivas*, Buenos Aires, Editorial de Belgrano, 1997, t. I, p. 171.

⁵⁷ Opinión Consultiva OC-10/89 del 14 de julio de 1989, *op. cit.*, nota anterior, p. 360.

2. *Derecho a la tutela efectiva*

Las transformaciones en el contencioso administrativo, con relación a la tutela judicial efectiva de los particulares, producida por los ordenamientos internacionales, especialmente los tratados de derechos humanos, encuentran innumerables manifestaciones que reconfiguran radicalmente ese proceso. Por ejemplo, y hace diecisiete años atrás, sosteníamos con Ana María Bezzi y Ernestina Frascheri que la Convención Americana sobre Derechos Humanos —aún no tenía rango constitucional— había ampliado la legitimación procesal en el contencioso administrativo.⁵⁸

Por otra parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso “Baena Ricardo y otros (270 trabajadores vs. Panamá), sentencia del 2 de febrero de 2001,⁵⁹ sostuvo que:

124. Si bien el artículo 8o. de la Convención Americana se titula “Garantías judiciales”, su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, “sino [al] conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales” a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier tipo de acto del Estado que pueda afectarlos.⁶⁰ Es decir, cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal.

125. La Corte observa que el elenco de garantías mínimas establecido en el numeral 2 del artículo 8o. de la Convención se aplica a los órdenes mencionados en el numeral 1 del mismo artículo, o sea, la determinación de derechos y obligaciones de orden “civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”. Esto revela el amplio alcance del debido proceso; el individuo tiene el derecho al debido proceso entendido en los términos del artículo 8.1 y 8.2, tanto en materia penal como en todos estos otros órdenes.

⁵⁸ Ponencia presentada en las “Primeras Jornadas Nacionales de Profesores de Derecho”, organizadas por la Universidad de Lomas de Zamora, noviembre de 1988. Recibió el primer premio a la mejor ponencia.

⁵⁹ Citado por la doctora María Inés del Carmen Ortiz en la ponencia presentada al FORJAD, “El derecho administrativo en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos. A propósito de la vigencia del principio de legalidad, protección judicial y debido proceso legal en el procedimiento administrativo sancionador”, 21 de mayo de 2004.

⁶⁰ *Cfr.* Caso del Tribunal Constitucional, párrafo 69; y Garantías judiciales en Estados de emergencia (artículos 27.2, 25 y 8o. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987, serie A, núm. 9, párrafo 27.

Esta doctrina implica la transposición a nuestro ordenamiento jurídico, de la exigencia del proceso equitativo y su consecuencia inmediata: la igualdad de armas. Este principio fue desarrollado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y fundado en el artículo 6.1 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos, similar al mencionado artículo 8.1 de la Convención Americana, que sostuvo que la garantía de defensa:

Se ve enfocada desde el “principio de igualdad de armas”, que motiva que el proceso se construya en todas sus fases, instancias y trámites de forma equilibrada para las partes personadas, de modo que éstas no gocen de ninguna ventaja en la exposición de sus alegaciones, que no sufran ningún trato discriminatorio o injustificado de la administración y valoración de las pruebas que menoscabe su posición procesal, y que el fallo judicial se elabore de modo equitativo sobre el mismo proceso.⁶¹

Este principio pone en tela de juicio todas y cada una de las prerrogativas estatales en el proceso, lo que desarticularía, como sucintamente ocurre en Europa, la construcción tradicional del contencioso administrativo. Pese a ello, está claro que todavía no se ha estudiado la magnitud de la transformación mencionada, ni menos aún ha sido receptada por nuestros tribunales.

3. *Protocolos del Mercosur*

Por decisión del Consejo Mercado Común núm. 5/92, se aprobó el Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa, que se encuentra vigente, y en el cual se estableció en el capítulo III, “Igualdad de trato procesal”, el artículo 3o., que establece:

Los ciudadanos y los residentes permanentes de uno de los Estados partes gozarán, en las mismas condiciones que los ciudadanos y residentes permanente de otro Estado parte, del libre acceso a la jurisdicción en dicho Estado para la defensa de sus derechos e intereses. El párrafo precedente se aplicará a las personas jurídicas constituidas, autorizadas o registradas de acuerdo a las leyes de cualquiera de los Estados partes.

⁶¹ Bandre Sánchez-Cruzat, José Manuel, *Derecho administrativo y Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Comentarios a la última jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo)*, Madrid, Civitas, 1996, p. 99. Comentario a la causa “Kraska contra Suiza” de 1993.

En primer lugar, considero que donde se dice que los ciudadanos, residentes y las personas jurídicas de un Estado parte gozarán, *en las mismas condiciones*, del libre acceso a la jurisdicción que los ciudadanos, residentes y las personas jurídicas de otro Estado parte, se está refiriendo a todas las condiciones posibles: las de acceso, plazos de caducidad y prescripción, legitimación, agotamiento de la vía, etcétera; las de trámite; las de procedencia de medidas cautelares; las de ejecución de sentencias, etcétera.

En segundo lugar, ante la pregunta de cuál condición prevalece, esto es, qué norma jurídica se aplica, la respuesta es que para el ciudadano, residente y las personas jurídicas de un Estado parte, se encuentren en ese Estado parte o en otro, se aplicará la más favorable. Ello confirma la tesis de la uniformidad de aplicación de las leyes procesales administrativas.

4. Los tratados bilaterales de promoción y protección recíproca de inversiones y la solución de controversias

Como dije en otro oportunidad,⁶² en nuestro país, desde 1990 hasta el presente, se han incorporado a nuestro ordenamiento jurídico diversos tratados bilaterales de promoción y protección recíproca de inversiones extranjeras —más de cincuenta—, que han significado una modificación extraordinaria en nuestro sistema de derecho, fundamentalmente el administrativo.

Ello es así porque:

- 1) La protección no sólo abarca el ámbito de los contratos administrativos, sino de cualquier actuación administrativa extracontractual que implique autorizar una actividad que necesite o acredite una inversión o un inversor extranjero. Y esto es así porque Argentina no ha formulado reserva alguna sobre actos *iure imperii* para la prórroga de jurisdicción.
- 2) Se asegura un tratamiento de la inversión foránea no menos favorable que el de los nacionales o el de otros inversores extranjeros, lo que torna a estos tratados bilaterales en su formación pero multilaterales en sus efectos.

⁶² Salomoni, Jorge Luis, “El instituto de la licitación pública en el sistema de derecho positivo argentino: sus principios rectores”, *Revista de Actualidad en el Derecho Público*, Buenos Aires, núm. 10, mayo-agosto de 1999, pp. 120 y 121.

- 3) Se establece un particular sistema de solución de conflictos: En primer lugar deben resolverse por negociaciones amistosas; en este caso se puede modificar el procedimiento administrativo nacional o local, puesto que el cauce elegido por el inversor puede ser esa negociación amistosa y no el previsto en la ley administrativa. En segundo lugar, a opción del inversor, puede recurrir a la vía judicial o directamente arbitral, aunque existiera renuncia expresa del inversor a todo otro fuero o jurisdicción que no sea el del tribunal argentino. Los tribunales arbitrales establecidos en los tratados son: Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), creado por el Convenio entre Estados y Nacionales de Otros Estados; y un tribunal *ad hoc* establecido de conformidad con las reglas de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI). El derecho aplicable por estos tribunales consiste en el acordado por las partes, y a falta de acuerdo la legislación del Estado que sea parte con las normas de derecho internacional privado y las de derecho internacional que le sean aplicables. El laudo es obligatorio y definitivo, si no se cumple se puede recurrir a la Corte Internacional de Justicia.

Con la claridad y certeza que lo caracterizaba a Muñoz, describe esa novedad específica del sistema que, en los conflictos entre un Estado parte y los inversores extranjeros, constituye el mecanismo para la resolución de los mismos:

Se otorgan seis meses para las negociaciones amistosas. A partir de ese momento las partes pueden elegir entre presentarse a los jueces argentinos o a un tribunal arbitral extranjero. En realidad, esta alternativa, sólo está prevista en los tratados firmados en un primer periodo. Lo que se creó con esta posibilidad fue un espejismo, una caricatura de la doctrina Calvo. Les explico por que. En esos tratados se exigió al inversor someter su controversia a la decisión de los tribunales argentinos, pero ese sometimiento vino envuelto por dos condiciones que, en realidad le quitaban ese carácter: *a)* El sometimiento se efectúa por un periodo de dieciocho meses. Si a su vencimiento no se dictó sentencia, lo cual es bastante previsible, se puede recurrir al arbitraje internacional. *b)* Si en ese plazo se dicta sentencia pero las partes continúan en disputa, es decir, si el fallo no los conforma, se puede recurrir al arbitraje. ¿Qué tipo de sentencia será esa?, ¿qué habrá sido de la cosa juzgada? La verdad es que no lo sé; en realidad, la obligación a ese sometimiento previo no deja de ser un pasatiempo, una hipócrici-

ta mueca institucional que aniquila el valor de las sentencias judiciales. En los tratados posteriores la cuestión se sinceró, y se admite recurrir directamente al arbitraje.⁶³

Con anterioridad a estas afirmaciones, y con relación a las potestades de los denominados entes reguladores de los servicios públicos creados en la República Argentina, sostuve que quedaba por despejar una incógnita que se resolverá con el transcurso del tiempo. Y ésta era el impacto que pueden sufrir las potestades de estos entes reguladores por la invocación, por parte de los concesionarios o licenciatarios de obras y servicios públicos, de los tratados en cuestión. Y concluía con una advertencia que resultó premonitoria: “Resulta indudable que deberán establecerse restricciones a la posibilidad de esa invocación, porque de lo contrario, el sistema regulatorio y de control pasará a manos arbitrales, «independizados» de nuestro ordenamiento jurídico”.⁶⁴

Cabe agregar que todo el sistema normativo de las concesiones y licencias de servicios públicos en Argentina —marcos regulatorios, pliegos de bases y condiciones, contratos, etcétera— se dictaron sin tener en cuenta el impacto de esos tratados,⁶⁵ que iban siendo sancionados por el Congreso de la Nación y que modificaban, como regla y en los aspectos normados por los tratados, los distintos sistemas normativos que se establecían en la República Argentina para realizar un aspecto de la denominada en aquel momento, y sin mucho rigor técnico, “reforma del estado de la Ley 23696”,⁶⁶ como era la delegación de la prestación de servicios públicos en sujetos privados.

⁶³ Muñoz, Guillermo Andrés, “El arbitraje en los contratos internacionales celebrados por el Estado”, *Revista de Actualidad en el Derecho Público*, Buenos Aires, núm. 10, mayo-agosto de 1999, p. 90.

⁶⁴ Salomoni, Jorge Luis, *op. cit.*, nota 8, p. 412. Debo aclarar, con cierto orgullo, que tanto mi querido y entrañable amigo Guillermo Muñoz, cuya presencia moral entre nosotros es el consuelo a su lamentable desaparición física, como el autor de estas líneas, fuimos los que primero alertamos críticamente sobre las consecuencias directas de estos tratados sobre nuestro ordenamiento jurídico, y la falta de debate consecuente por parte de la doctrina jurídica argentina.

⁶⁵ Prueba de ello lo constituye el caso “Maffezini” por el cual se excepciona la vía judicial ordinaria del país donde se produce la inversión, pudiendo ocurrirse directamente ante el Tribunal Arbitral, cuando los pliegos de bases y condiciones y los contratos establecían expresamente el sometimiento de las partes a la jurisdicción de los tribunales judiciales argentinos.

⁶⁶ Para una conceptualización de los términos reforma del Estado, reforma administrativa y reforma de la administración, véase Salomoni, Jorge Luis, “Reforma del Estado:

La muestra más acabada de lo afirmado la dio el propio legislador nacional, al sancionar las leyes aprobatorias de estos tratados sin debate parlamentario alguno y con la aceptación acrítica de todos los partidos políticos con representación parlamentaria. Es decir, que la incorporación de tal normativa a nuestro ordenamiento careció de una evaluación primaria de impacto sobre el sistema jurídico sobre el cual iba a surtir efectos.⁶⁷

su configuración constitucional a través de la Reforma de 1994”, *Revista Actualidad en el Derecho Público*, Buenos Aires, núm. 7, mayo-agosto de 1998, pp. 98 y 99.

⁶⁷ Para un análisis crítico-descriptivo del impacto de tratados bilaterales de promoción y protección recíproca de inversiones en los ordenamientos nacionales, como el solapamiento y en algunos casos contradicción de aquellos con otros tratados internacionales protectivos de inversiones, véase Torrent, Ramón, “Acordos Internacionais. O Capítulo XI do Nafta e as negociações do ALCA: a bone to be thrown to the dogs?”, *Revista Brasileira de Comércio Exterior*, Río de Janeiro, núm. 74. Para quien, “Durante los años ochenta y en los inicios de los noventa, hubo una proliferación de acuerdos bilaterales de inversiones. No obstante la denominación de esos acuerdo hacían referencia apenas a la «protección y promoción de inversiones», ellos iban mucho más allá de esos temas, incluyendo, en particular, disposiciones horizontales sobre el régimen jurídico de las inversiones, como también un mecanismo internacional de solución de controversias entre empresas y Estado. Esos acuerdos eran firmados entre países desarrollados y países en desarrollo. Brasil no ratificó ninguno de los acuerdos firmados por su gobierno. Había una diferencia esencial entre los acuerdos firmados por los países europeos y los firmados por los Estados Unidos. En éstos había una lista de sectores excluidos, a diferencia de lo que ocurría en aquéllos. El Nafta contiene un capítulo (el capítulo XI) que reproducía las disposiciones de los acuerdos bilaterales, pero con un anexo de excepciones. Conviene recordar, por último, que el derecho de la Comunidad Europea no creó un régimen común de protección de inversiones. Esa cuestión continúa a cargo de las legislaciones nacionales (no armonizadas). Después de la entrada en vigor de los acuerdos de la OMC, el 1o. de enero de 1995, la OCDE dio inicio, en la primavera de ese mismo año, a las negociaciones de un acuerdo multilateral de inversiones (AMI/OCDE) que debía «plurilateralizar» las disposiciones de los acuerdos bilaterales de inversiones. Las negociaciones del AMI/OCDE estaban previstas durar dos años. En 1997 se prorrogaron por un año más, en 1998 se admitió que las negociaciones habían fracasado definitivamente. La verdadera historia de las negociaciones del AMI todavía no fue escrita. Tal vez, apenas nosotros, que las acompañamos desde el primero al último día, seamos capaces de escribirla. Diversos factores contribuyeron para el fracaso del AMI, mas eso no debe servir para que se oculte la cuestión principal: los países de la OCDE fueron incapaces de aceptar, entre sí, las mismas disposiciones que habían incluido en sus acuerdos con los países en desarrollo” (La traducción me pertenece). Y el artículo de Solé, Marina, “Regulação no investimento no âmbito nacional, bilateral, regional e multilateral”, *Revista Brasileira de Comércio Exterior*, Río de Janeiro, núm. 74. En este artículo, la autora, luego de demostrar las contradicciones que encierra la regulación vigente en materia de inversiones internacionales y, específicamente, de las inversiones extranjeras directas (IED), sostiene que: “El análisis desarrollado permite concluir que existen, en términos generales, profundas dife-

Esa omisión incluyó, creo que deliberadamente, el análisis de dicho impacto sobre los marcos regulatorios, pliegos de bases y condiciones y contratos de concesión y/o licencia de servicios públicos.

Ante esas omisiones han surgido diversas cuestiones que se han transformado en problemas cruciales para Argentina. Trataré solamente uno de ellos, como es el que actualmente se afronta en el sistema arbitral del CIADI, consistente en la discusión de la legislación aplicable para la resolución del conflicto.⁶⁸

Ello es así, porque esta diferenciación de problemas entre las cuestiones atinentes al contrato de concesión y/o licencia de servicios públicos, que se resuelven por la ley local y las cuestiones atinentes a la inversión que se resuelven por la ley pactada expresamente por las partes o, ante la falta de tal acuerdo, por la ley internacional, generan el desplazamiento último del sistema jurídico argentino;⁶⁹ y ello sin que el Estado haya podido

rencias entre las obligaciones relativas al tratamiento de las inversiones creadas por los acuerdos multilaterales (básicamente el GATS —Acuerdo General de Comercio de Servicios—) y las definidas en los acuerdos bilaterales de inversión españoles/europeos. Las segundas son mucho más amplias y profundas que las primeras. También hay profundas diferencias entre el «modelo español/europeo» de acuerdos bilaterales y el «modelo EEUU». Así, los acuerdos de promoción y protección recíproca de inversiones suscriptos por España y por otros países europeos se apartan del modelo de acuerdo bilateral que siguen Estados Unidos o Canadá y del Nafta. Los primeros reconocen a las partes los principios de Trato Nacional y de Nación Más Favorecida sin más salvedad que las excepciones regional y fiscal. Estados Unidos y Canadá, en cambio, cuando han firmado acuerdos bilaterales de inversión, sí han introducido en anexo unas listas de excepciones referidas a determinados sectores y actividades; parecidas excepciones figuran también en el Nafta y en el GATS. Se da la circunstancia que países como Argentina y Chile, en sus respectivos acuerdos de inversión con Estados Unidos y Canadá, también han optado por incluir determinadas excepciones cuando habían firmado sin problemas obligaciones de TN y de NMF prácticamente ilimitadas con Europa”.

⁶⁸ Hasta el presente se ha fallado solamente contra Argentina el caso: “Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y otra c. República Argentina (caso núm. ARB/97/3)”, denominado caso “Vivendi”, del 21 de noviembre de 2000 (revista *La Ley*, 2001-A-230). No obstante ser favorable a nuestro país, fue posteriormente anulado parcialmente por un comité *ad hoc*, con relación a la decisión de no examinar en cuanto al fondo los reclamos por actos de la Provincia de Tucumán, fundados en el Tratado.

⁶⁹ En el caso “Wena”, y con relación a la legislación aplicable, el Tribunal Arbitral del CIADI diferenció las cuestiones objeto del contrato de locación, que era motivo de la controversia, como sujetas a la legislación local de aquellas traídas a arbitraje bajo los tratados de inversiones, que en su opinión diferían. Sostuvo, entonces, que las leyes locales sólo se aplicaban a las diferencias contractuales que vinculan a las partes y no a las controversias en materias de inversión regidas por los mencionados tratados. *Cfr.* Tawil,

prever que la sujeción de la empresa concesionaria o licenciataria de servicios públicos al ordenamiento argentino no implicaba la sujeción del inversor, dueño del paquete accionario de la empresa constituida en nuestro país, al ordenamiento jurídico argentino en las cuestiones atinentes, precisamente, a esa inversión.

Resulta claro que el tribunal arbitral, en mi opinión, está aplicando de mala manera el Tratado. Se está excediendo en su jurisdicción. Esto es así porque realiza una distinción, que no surge del Tratado, en relación al contrato que se firma en la República Argentina, respecto a la ley aplicable al inversor. Esta distinción que, reitero, no surge del Tratado, genera a su vez la aplicación de normas diferentes a las pactadas, y a las que las partes —fundamentalmente el Estado nacional—, de buena fe, manifestaron su voluntad de sujetarse. Esto constituye un primer punto de discusión profundo que debería plantear la República Argentina en la instancia actual si fuera procesalmente admisible, o en los juicios de revisión posteriores a los eventuales laudos arbitrales condenatorios.

Además, debo decir que los inversores extranjeros, titulares de las acciones de estas empresas, autorizaron la presentación de las mismas a los procesos licitatorios abiertos en nuestro país, y con ellos autorizaron la sujeción de aquélla a la legislación argentina por imperio de los pliegos de bases y condiciones y los contratos que suscribieron; por lo tanto, no puede sostenerse que estas normas no le son aplicables a los inversores en las cuestiones que involucran normas de los tratados protectivos de inversiones.

Resulta indudable que la defensa del Estado ante estos tribunales deberá ser muy meditada y elaborada, por la complejidad en la aplicación de los diversos ordenamientos jurídicos que deben ponderarse para la resolución de los casos.⁷⁰

V. CONCLUSIÓN

Lejos estamos del Estado soberano y del ejercicio de sus potestades en los términos de su constitución originaria. La internacionalización de los

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»”, *Diario La Ley*, 20 y 21 de noviembre de 2002.

⁷⁰ Para una argumentación posible, véase Salomoni, Jorge Luis, *op. cit.*, nota 29.

ordenamientos jurídicos nos enfrenta a una nueva realidad que, por lo menos hasta ahora, los administrativistas no hemos tematizado.

Cada ordenamiento jurídico internacional establece su propio sistema de resolución de conflictos, como se vio a lo largo del presente. Tal sistema impacta directamente sobre nuestro ordenamiento jurídico, produciendo modificaciones sustantivas en todas las instituciones administrativas, y también sobre el proceso contencioso administrativo.

He pretendido mostrar, en forma sucinta, las dos etapas en las que puede estudiarse el proceso administrativo en la República Argentina, desde su conformación nacional hasta el impacto que están produciendo los ordenamientos internacionales y los consiguientes tribunales internacionales, tanto judiciales —la Corte Interamericana de los Derechos Humanos— como arbitrales —del Mercosur y del CIADI—, a través de sus sentencias, en nuestro derecho, y en todos los países miembros de la Comunidad.

Éste es el aporte que he intentado producir, y a su vez, y con igual intensidad, como llamado de atención sobre esta nueva realidad que debe continuar debatiéndose, fundamentalmente, en la doctrina del derecho administrativo.