



TESIS DOCTORAL

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA ARGENTINA
“Santa María de los Buenos Aires”

Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario

DOCTORADO EN DERECHO

AÑO: 2024

DIRECTOR DE LA CARRERA: Dr. Alejandro D. Andrada

DOCTORANDO: Fabricio Sebastián Trossero

DIRECTOR DE TESIS: Dr. Marcelo Trucco

TÍTULO: La Administración pública en clave de derechos humanos.

La recepción convencional del Sistema Interamericano de Derechos Humanos en
relación a la tutela efectiva del administrado en la Provincia de Santa Fe.
(1994-2023)

FECHA DE PRESENTACIÓN: Septiembre 2024

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	11
-------------------	----

CAPÍTULO I

EL IMPACTO DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL DERECHO INTERNO.

1. Un nuevo orden jurídico “humanista”.....	22
1.1. La persona humana como sujeto del derecho internacional.....	22
1.2. La dignidad de la persona como centro del ordenamiento jurídico.....	27
2. La internacionalización de los derechos humanos.....	30
2.1. Los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos.....	33
2.1.1. El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Principales características.....	35
2.2. La Convención Americana sobre Derechos Humanos como instrumento rector del Sistema Interamericano.....	40
2.3. La Corte Interamericana de Derechos Humanos como intérprete auténtica y final de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.....	42
3. El proceso de nacionalización –internalización– de los derechos humanos.....	45
3.1. Recepción convencional de los derechos humanos en Argentina a partir de la reforma constitucional de 1994.....	46
3.1.1. Jerarquía constitucional. El artículo 31 y su relectura a la luz del artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional.....	47
3.1.2. Las condiciones de vigencia de los tratados de derechos humanos.....	50

3.1.2.1. Internalización espontánea y operatividad de las normas convencionales.....	51
---	----

CAPÍTULO II

LAS OBLIGACIONES ASUMIDAS POR EL ESTADO PARA LA TUTELA EFECTIVA DE LOS DERECHOS HUMANOS.

1. Las obligaciones de respeto y garantía de los derechos humanos a cargo del Estado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.....	56
1.1. La obligación de respeto.....	60
1.2. La obligación de garantía.....	62
2. La obligación del Estado de adoptar disposiciones de derecho interno.....	66
2.1. Medidas legislativas o de otro carácter.....	69
2.2. La efectividad de las medidas. El efecto útil de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.....	73

CAPÍTULO III

EL CONTROL PRIMARIO E INTERNO DE CONVENCIONALIDAD A CARGO DEL ESTADO COMO MECANISMO PARA LA TUTELA EFECTIVA DE LOS DERECHOS HUMANOS.

1. El control primario e interno de convencionalidad. Precisión conceptual. El control secundario e internacional de convencionalidad.....	76
2. La formulación de la doctrina del control primario de convencionalidad por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	79

2.1. Antecedentes y evolución de la doctrina.....	79
2.2. Fundamentos jurídicos del control primario de convencionalidad.....	83
2.3. Las manifestaciones del control primario de convencionalidad.....	85
3. La operatividad interna del control primario de convencionalidad.....	88
3.1. Modalidad de su ejercicio. Efectos.....	88
3.2. Sujetos obligados a realizar el control.....	92
3.3. Material jurídico para la realización del control.....	93
3.3.1. Material jurídico controlante.....	94
3.3.2. Material jurídico controlado.....	96
4. Control primario de convencionalidad y control de constitucionalidad.	
La Constitución convencionalizada.....	96
4.1. El control de convencionalidad en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.....	103

CAPÍTULO IV

EL CONTROL PRIMARIO E INTERNO DE CONVENCIONALIDAD A CARGO DEL PODER EJECUTIVO.

1. Estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	112
2. Fundamentos jurídicos del control interno de convencionalidad a cargo del Poder Ejecutivo.....	116
3. El Poder Ejecutivo, la función administrativa y la Administración pública.....	119
3.1. El derecho administrativo convencionalizado.....	127
4. Competencias del órgano ejecutivo en la realización del control primario e interno de convencionalidad.....	130
4.1. Dimensiones del control ejecutivo de convencionalidad.....	133
4.1.1. En la emisión de normas.....	134
4.1.2. En la aplicación de normas.....	136
4.2. De un control represivo o negativo a un control constructivo o positivo de convencionalidad.....	141

4.2.1. Control ejecutivo negativo o represivo.....	142
4.2.2. Control ejecutivo positivo o constructivo.....	148
4.3. Control ejecutivo preventivo de convencionalidad.....	154
4.3.1. Algunos supuestos especiales de esta especie de control.....	157

CAPÍTULO V

LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA DESDE EL PARADIGMA CONVENCIONAL.

1. La tutela administrativa efectiva como derecho de los administrados y obligación de la Administración.....	164
1.1. Evolución y estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	164
1.2. Recepción del derecho en la jurisprudencia nacional.....	171
1.3. Fundamentos normativos.....	174
1.4. Determinación conceptual.....	177
2. Funcionalidad de la tutela administrativa efectiva.....	181
2.1. Efectividad en el despliegue de la tutela.....	181
2.2. Alcances de su contenido. Plena vigencia y aplicación del artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.....	185
2.2.1. El artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el debido proceso adjetivo.....	194
2.3. La prevención administrativa como rasgo determinante de la tutela efectiva.....	209
2.4. El principio pro persona como principio rector de la tutela administrativa efectiva.....	211
3. La tutela administrativa efectiva en la Provincia de Santa Fe. Tratamiento en el Reglamento para el trámite de actuaciones administrativas (Decreto N.º 4174/2015).....	216
3.1. Principales efectos de la tutela administrativa efectiva en la Provincia de Santa Fe y desafíos de la Administración pública provincial.....	223

CAPÍTULO VI

LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN LA VIGENCIA EFECTIVA DE LA CONVENCIONALIDAD. LA GARANTÍA DE LA TUTELA ADMINISTRATIVA EFECTIVA.

1. La responsabilidad internacional del Estado.....	230
1.2. La obligación de reparar.....	238
1.2.1. La obligación de reparar y el principio de unidad del Estado.....	241
2. La responsabilidad de los agentes públicos provinciales como representantes de la voluntad del Estado.....	244
 CONCLUSIONES.....	 253
 BIBLIOGRAFÍA.....	 261
 JURISPRUDENCIA.....	 277

TABLA DE ABREVIATURAS

Ap.	Apartado
Art.	Artículo
Arts.	Artículos
AAVV.....	Autores varios
CADH	Convención Americana sobre Derechos Humanos
CCC	Código Civil y Comercial de la Nación
CDH	Comité de Derechos Humanos
CDI	Comisión de Derecho Internacional
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
CIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
CN	Constitución Nacional
Consid.....	Considerando
Coord.	Coordinador
Corte IDH.....	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CSJN.....	Corte Suprema de Justicia de la Nación
CSJSF.....	Corte Suprema de Justicia de Santa Fe
CVDT.....	Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados
DADDH	Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre
Dec.	Decreto
DIDH.....	Derecho Internacional de los Derechos Humanos
DUDH	Declaración Universal de los Derechos Humanos
Ed.....	Editorial
ed.....	edición
Ibidem.....	El mismo autor que la cita anterior
IIDH.....	Instituto Interamericano de Derechos Humanos

inc.	Inciso
incs.	Incisos
OC.....	Opinión Consultiva
OEA.....	Organización de los Estados Americanos
ONU.....	Organización de las Naciones Unidas
op. cit.....	Obra citada
pág.....	Página
págs.....	Páginas
pár.....	Párrafo
párs.....	Párrafos
PIDCP.....	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
PIDESC.....	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
PSJCR.....	Pacto San José de Costa Rica
PTN.....	Procuración del Tesoro de la Nación
Reglamento.....	Reglamento para el trámite de actuaciones administrativas de Santa Fe (Dec. 4174/2015)
Res.....	Resolución
s/.....	Sobre
Secc.	Sección
SEDH.....	Sistema Europeo de Derechos Humanos
SIDH	Sistema Interamericano de Derechos Humanos
ss.	Siguientes
t.	Tomo
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
vol.....	Volumen

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación pretende profundizar la importancia del ejercicio del control de convencionalidad por parte de la Administración pública y el impacto que éste genera en la correcta aplicación de las normas y procedimientos tenidos en miras para garantizar la tutela del administrado.

En el año 2006 la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) consideró necesario reafirmar la obligación a cargo de los Estados de asegurar el efecto útil de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) en sus respectivos derechos internos y, en consecuencia, de ejercer el control de convencionalidad en sede nacional. Fue así que a partir del caso “Almonacid Arellano”¹, la Corte IDH consagró explícitamente la doctrina del control interno de convencionalidad y recordó a los Estados la obligación de su ejercicio, obligación que se encontraba vigente desde el momento mismo de la conformación del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos (SIDH). En este sentido, el control de convencionalidad que el Tribunal interamericano realiza desde sus orígenes y como función propia de su competencia contenciosa y consultiva, debe ser realizado en primer término por los poderes internos de cada Estado y en caso de que ese control no se realice o no sea efectivo, recién procede el control secundario de convencionalidad practicado por la Corte IDH en sede internacional.

La doctrina del control de convencionalidad se fue consolidando y extendiendo progresivamente. En el año 2011, el Tribunal amplió el deber de asumir el control de convencionalidad interno a todos los órganos del Estado, expresando que es función y tarea

¹ Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 26/09/2006.

de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial², para posteriormente reforzar la obligación y referir no sólo a todas las autoridades públicas y todos los órganos del Estado, sino también a las decisiones administrativas –a la par de las judiciales– en la vinculatoriedad del test de convencionalidad³.

La jurisprudencia del Tribunal interamericano, sumada a la importancia constitucional de los Tratados de Derechos Humanos en virtud del alcance del art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional (CN), determina la proyección de la doctrina del control interno de convencionalidad al ámbito de la Administración pública, quien debe asumir el deber impostergable de su ejercicio conforme al ámbito de sus competencias. De esta manera, la única posibilidad de concebir a la Administración pública es “en clave de derechos humanos”, es decir, atravesada, condicionada y fortalecida por el derecho convencional.

El presente trabajo de investigación doctoral asume la noción de derechos humanos como aquellos derechos que son reconocidos y no creados por Estado, y cuyo fundamento reside en la dignidad de la persona, condición de todos los seres humanos por el sólo hecho de su existencia. La tesis toma en consideración una fundamentación humanista de los derechos de base iusnaturalista, prefiriéndola por sobre una fundamentación iuspositivista, en el convencimiento que reconocer derechos humanos es reafirmar necesariamente la existencia de la persona y con ella, de sus derechos inherentes e inalienables. Así, todo ser humano, independientemente de la situación y de las circunstancias en que se encuentre, tiene derecho a la dignidad⁴.

Asumida la fundamentación de los derechos humanos que impregna a la Administración pública, se debe avanzar en el régimen jurídico regulador de la misma que, como es sabido, es de carácter local. Por tal razón, la presente investigación definió a modo de recorte material referirse particularmente a la Administración pública de la provincia de Santa Fe.

² Corte IDH. Caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones, 24/02/2011, pár. 239.

³ Corte IDH. Gelman vs. Uruguay. Supervisión de cumplimiento de sentencia, 20/03/2013, pár. 66.

⁴ CANÇADO TRINDADE, Antônio A. La persona humana como sujeto del derecho internacional: avances de su capacidad jurídica internacional en la primera década del siglo XXI. [en línea] Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Julio - diciembre 2007. Vol. 46.

<<https://dspace.iidh-jurisprudencia.ac.cr/server/api/core/bitstreams/2bf7bb16-124f-4984-876d-7cba2e9b9e4d/content>> [consulta: 22/09/2020]

El interés por abordar la recepción provincial del SIDH surge por mi trabajo como agente estatal en la Secretaría de Derechos Humanos de la Provincia de Santa Fe desde hace más de diecisiete años. Desde allí advertí la necesidad de profundizar el estudio del derecho convencional y demostrar el cambio de paradigma que significa la convencionalización de la Administración pública y la necesidad de ser asumido y efectivizado en la práctica concreta por los órganos del Poder Ejecutivo. Además, en el año 2012 en el marco del trabajo final presentado en la carrera de Especialización en Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, abordé el tema “Derechos humanos y Administración pública. Tutela administrativa efectiva. Garantía de los administrados. Deber de la Administración”⁵, intentando ser la presente investigación una relectura y profundización de algunos de los temas tratados en aquel momento.

Asimismo, consideré importante abordar este tema dado que no se cuenta en la actualidad con demasiados estudios que aborden en forma articulada el derecho convencional de los derechos humanos y su directa incidencia en la Administración pública. Puedo destacar como obras de referencia de la doctrina nacional las del profesor Néstor Pedro Sagüés (“La Constitución bajo tensión”, “Guía práctica de control latinoamericano de convencionalidad”, entre muchas otras), las del catedrático Marcelo Trucco (“Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica). Comentada y anotada. Con mención de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, “Control de Convencionalidad en pocas palabras. Herramientas para su aplicación en el derecho interno de los Estados”) y las del doctrinario Pablo Ángel Gutiérrez Colantuono (“Administración pública, Juridicidad y Derechos Humanos” y “Control de Convencionalidad en la Administración pública”), siendo más escaso el material referido específicamente a la Provincia de Santa Fe. En esta dirección, en el ámbito provincial merece atención que el Reglamento para el trámite de actuaciones administrativas (Decreto N.º 4174/2015), en tanto régimen general de aplicación, tiene una vigencia relativamente joven al haber sido dictado en el año 2015 y entrado en vigencia al año siguiente. El estudio y análisis del Reglamento ha generado obras de autores locales como “El nuevo procedimiento administrativo santafesino. Comentarios al Decreto-Acuerdo 4174/2015” dirigida por Luis Armando Carello y Diego Emilio Echen, o

⁵ TROSSERO, Fabricio S. Derechos humanos y Administración pública. Tutela administrativa efectiva. Garantía de los administrados. Deber de la Administración, Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública, Año XXXVV(419):69, agosto 2013.

“Procedimiento Administrativo en Santa Fe. Análisis del nuevo Decreto 4174/2015” de Gustavo J. Thomas. Además, en este sentido tienen especial importancia los dictámenes de Fiscalía de Estado de Santa Fe en cuanto órgano de asesoramiento jurídico y defensa legal del Poder Ejecutivo.

La joven vigencia del Reglamento acentúa también el interés en contribuir a profundizar el estudio sobre la convencionalización de la Administración, poniendo especial atención en la persona del administrado en su relación con el poder estatal.

Ahora bien, consciente de la obligación indeclinable del Poder Ejecutivo de ejercer control de convencionalidad según el ámbito de sus competencias, el estudio intentará demostrar a modo de hipótesis que el control de convencionalidad a cargo de la administración pública constituye un mecanismo indispensable a los fines de optimizar y garantizar la tutela efectiva del administrado en la Provincia de Santa Fe.

En ese sentido, se perseguirán como objetivos particulares establecer que el carácter supraconstitucional que adquiere la CADH, obliga a los órganos administrativos a considerar el bien común regional como un valor superior al bien común nacional, aunque siempre teniendo en cuenta como criterio hermenéutico el principio *pro persona* aplicado al caso particular. Asimismo, se definirá como centro de la función administrativa el reconocimiento de los derechos de la persona humana y el ejercicio de la misma condicionado por los instrumentos internacionales de derechos humanos, especialmente por la CADH y su interpretación por la Corte IDH. Además, se caracterizará a la Administración pública como un ámbito estratégico para la aplicación del control de convencionalidad y, en consecuencia, para la prevención de violaciones a los mandatos de la Convención. A su vez, y de manera específica, el presente estudio pretende contribuir a que los órganos del Poder Ejecutivo apliquen operativa y eficazmente las normas y principios que reconocen derechos humanos y escojan los que resulten más favorables a la tutela del administrado, permitiéndoles elaborar soluciones creativas compatibles con los estándares convencionales.

Se atenderá la recepción del SIDH operada a partir de la reforma constitucional del año 1994 y al desarrollo de la doctrina del control primario de convencionalidad efectuado por la Corte IDH desde el precedente *Almonacid Arellano* (2006) y en numerosos pronunciamientos posteriores hasta la actualidad, en los cuales fue precisando y ampliando el contenido y alcance del control, centrando el interés en el ejercicio del mismo por parte del Poder Ejecutivo, a los fines de compatibilizar prácticas y normas administrativas de la

Provincia de Santa Fe con el plexo normativo y jurisprudencial emanado del sistema interamericano de derechos humanos.

Para ello, se considerará al Poder Ejecutivo como el órgano estatal identificado constitucional y legalmente con el ejercicio de la función administrativa a cargo de la Administración pública, entendida ésta como una de las funciones esenciales del Estado asumida principal, aunque no exclusivamente, por dicho Poder. Se adoptará una concepción material u objetiva de la función administrativa considerada como aquella actividad que en forma inmediata, permanente, concreta, práctica y normalmente espontánea, desarrollan los órganos estatales para alcanzar el bien común, conforme a regímenes jurídicos de derecho público⁶. Se comprenderán también las funciones materialmente legislativas (por ejemplo al dictar reglamentos) y jurisdiccionales (por ejemplo al decidir recursos presentados por los particulares) del órgano ejecutivo. No obstante, no se abordarán las funciones materialmente administrativas ejercidas por los otros órganos del Estado, es decir, por los Poderes Legislativo y Judicial.

Atendiendo a los aspectos metodológicos del estudio, la tesis se estructura como un trabajo de investigación teórica, de índole deductiva, analizando desde una perspectiva jurídica el material bibliográfico, jurisprudencial, los desarrollos teóricos y conceptuales, su comparación y valoración, con el objetivo de que a partir de dicho diagnóstico se postulen nuevos e innovadores aportes.

Se atenderá al procesamiento y análisis de jurisprudencia nacional e internacional, como así también a fallos destacados de tribunales provinciales superiores y dictámenes de Fiscalía de Estado. La misma consistirá en analizar y extraer los contenidos fundamentales de las principales resoluciones judiciales que incidieron especialmente en el período analizado.

Se analizará la evolución de los temas tratados por los órganos de protección del sistema interamericano y sus variaciones, y el impacto que generaron en el derecho interno, especialmente en el ámbito de la Provincia de Santa Fe.

Profundizando en la secuenciación metodológica proyectada, el diseño de la investigación contempló el desarrollo de una serie de etapas. Comenzó con un relevamiento y recolección de fuentes y material bibliográfico general y específico existente en la temática. Se continuó con el análisis y ajuste del marco conceptual y

⁶ CASSAGNE, Juan C. Derecho administrativo, sexta ed. actualizada, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998, t. I.

temporal de la misma y la aplicación de los resultados obtenidos a las unidades de análisis que componen los objetivos propuestos para el desarrollo de la tesis.

El estudio no adoptó trabajos de campo, entrevistas, encuestas o relevamientos, en atención al carácter de la problemática planteada.

Anticipando los contenidos a abordar, el primer capítulo de la investigación está orientado a profundizar el impacto del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho interno. La importancia de la consolidación de un nuevo orden jurídico humanista a partir de la segunda mitad del siglo XX, determinará el reconocimiento de la subjetividad internacional de la persona humana y su dignidad, colocándola en el centro del ordenamiento jurídico internacional y como principal destinataria de sus normas jurídicas. Para Cançado Trindade (2007), la consagración de la personalidad jurídica internacional de la persona humana representó una verdadera revolución jurídica, que vino a dar un contenido ético a las normas tanto del derecho público interno como del derecho internacional”⁷.

Comienza entonces un proceso de positivización internacional de los derechos humanos a través de distintos sistemas internacionales de protección, mereciendo especial atención el análisis del sistema interamericano atento a la operatividad interna de la CADH y, particularmente, por la obligatoriedad que para nuestro país tienen los fallos de la Corte IDH. Se abordará cómo ello fue posible y la importancia que representó la recepción convencional de los derechos humanos a partir de la reforma constitucional de 1994.

En dicho contexto, el capítulo segundo tratará las obligaciones asumidas por el Estado para la tutela efectiva de los derechos humanos, reflejadas en normas positivas imperativas que implican una clara limitación al ejercicio arbitrario del poder estatal. Se partirá de la premisa de que el ejercicio de la función pública tiene límites que derivan de que los derechos humanos son atributos inherentes a la dignidad humana y, en consecuencia, superiores al poder del Estado⁸. Se analizarán las obligaciones de respeto y garantía del art. 1.1 de la CADH y la obligación de adoptar disposiciones de derecho interno de conformidad con el art. 2, afirmando el carácter plenamente operativo de dichas disposiciones. Se abordará especialmente el principio del efecto útil de la Convención derivado del art. 2, según el cual el Estado tiene el deber de realizar la totalidad de los actos y medidas que sean necesarias para cumplir interna y efectivamente con el tratado

⁷ CANÇADO TRINDADE, Antônio A. La persona humana como sujeto del derecho internacional: avances de su capacidad jurídica internacional en la primera década del siglo XXI, op. cit., pág. 280.

⁸ Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Fondo, 29/07/1988, pár. 165.

internacional. El efecto útil será especialmente atendido mediante el ejercicio de la función administrativa en ejecución de las “medidas de otro carácter” exigidas por la Convención.

El tercer capítulo abordará el control primario e interno de convencionalidad a cargo del Estado como mecanismo para la tutela efectiva de los derechos humanos. Se ocupará de la formulación y consolidación de la doctrina a través de la jurisprudencia de la Corte IDH y la recepción a nivel local por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Se llegará así a definir el control interno de convencionalidad como la obligación a cargo del Estado de conformar su accionar judicial, legislativo y ejecutivo, según el ámbito de sus respectivas competencias, a las disposiciones de la CADH y otros instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes en el ordenamiento jurídico y a la interpretación que de los mismos realiza la Corte IDH en ejercicio de su competencia contenciosa y consultiva, cuyo cumplimiento garantiza la tutela efectiva de los derechos y garantías de las personas, posibilita la aplicación armónica, ordenada y coherente del derecho vigente y previene la responsabilidad internacional del Estado. Analizado el marco general y la operatividad interna del control de convencionalidad, se pasará a los capítulos cuarto y quinto que son los de mayor profundidad, pues abordan el núcleo de la investigación.

En el capítulo cuarto se especificará el ejercicio del control primario e interno de convencionalidad a cargo del Poder Ejecutivo y se intentará demostrar que el mismo es el medio necesario e idóneo que permite concretar el principio de la tutela administrativa efectiva desarrollada en el capítulo siguiente. Para ello, se analizarán los estándares de la Corte IDH y los fundamentos jurídicos de esta especie de control que robustecen los fundamentos generales indicados en el capítulo anterior. Se sostendrán al respecto, como razones de derecho interno el principio de juridicidad y los rasgos propios de la función administrativa, y como fundamentos de derecho internacional el principio de unidad del Estado. Se estudiará también, la relación entre Poder Ejecutivo, función administrativa y Administración pública, para concluir en la convencionalización del derecho administrativo como su régimen jurídico regulador. Además, ante el carácter local del derecho administrativo, se demostrará la importancia del control de convencionalidad como mecanismo que posibilita su aplicación armónica, ordenada y coherente, ante la diversidad de regímenes y la dispersión de la normativa administrativa. Se estudiarán las competencias del órgano ejecutivo para la realización del control tanto en la emisión como en la aplicación de normas y se abordarán las distintas modalidades de su ejercicio. En este aspecto, se sostendrá la importancia de transitar de un control represivo o negativo a un

control constructivo o positivo de convencionalidad según el orden de preferencia exigido por la Corte IDH. Antes que el control represivo que implica una suerte de destrucción de la norma o práctica inconvencional, con los efectos y costos que ello significa, se debe priorizar y realizar un control constructivo de convencionalidad, siendo este además el que mejor se adapta y el más factible de ser aplicado por parte del órgano ejecutivo. En este contexto tendrá especial trascendencia la articulación en sede administrativa del control preventivo de convencionalidad, en el entendimiento de que el mismo opera en forma conjunta y coadyuvante de la modalidad constructiva y represiva y que se extiende en ambas dimensiones del test de compatibilidad convencional, es decir, tanto en la emisión como en la aplicación de normas, prácticas y decisiones administrativas, en cuanto puedan significar la afectación de los derechos de las personas. En esta dirección, Marcelo Trucco (2021) afirma que hay muchas situaciones de vulneración de derechos que podrían evitarse si la administración actúa de manera pronta y eficaz, aplicando las normativas y dictando resoluciones acordes a las obligaciones internacionales asumidas por el Estado⁹. Al final del capítulo y sin perjuicio del alcance general con que el órgano ejecutivo, conforme al ámbito de sus competencias y las regulaciones pertinentes, debe viabilizar el control preventivo de convencionalidad, se analizarán algunos supuestos que resultan demostrativos de la operatividad y extensión de la prevención en la aplicación de dicho control, haciendo especial referencia a situaciones del ámbito provincial.

El capítulo quinto analizará la Administración pública desde el paradigma convencional e intentará demostrar que el regular ejercicio del control de convencionalidad permite concretar la plena vigencia de la tutela administrativa efectiva, la que se estudiará como derecho de todas las personas y, consecuentemente, como obligación de garantía a cargo de la Administración y principio sustancial del obrar estatal. El surgimiento, evolución, alcances y contenido de la tutela administrativa efectiva fueron definidos por la Corte IDH a partir del principio de la tutela judicial efectiva consagrado expresamente en el art. 8 de la CADH, acudiendo para ello a una interpretación evolutiva que extiende la vigencia de las allí denominadas garantías judiciales al ámbito específico de la Administración pública, por ser este un ámbito de actuación estatal donde se determinan derechos y obligaciones de las personas. Se dará cuenta de la recepción de la tutela administrativa efectiva en la jurisprudencia nacional y se detallará la forma en que debe operar el art. 8 del Pacto en el ejercicio de toda actuación administrativa y en el ámbito del

⁹ TRUCCO, Marcelo. Control de convencionalidad (En pocas palabras). Herramientas para su aplicación en el derecho interno de los Estados, Buenos Aires, Ed. Dunken, 2021, pág. 74.

procedimiento administrativo desplegado para tal fin, poniendo especial atención en la vigencia y desarrollo del debido proceso adjetivo (art. 8.1 CADH). Se establecerá la prevención administrativa como rasgo determinante de la tutela efectiva y el principio *pro persona* como rector de la misma. Luego, se abordará particularmente la tutela administrativa efectiva en la Provincia de Santa Fe, el tratamiento dado en el Reglamento para el trámite de actuaciones administrativas (Decreto N.º 4174/2015) y los principales efectos y desafíos para la Administración pública provincial.

Sobre el final de la investigación, el capítulo sexto estudiará la responsabilidad del Estado en la vigencia efectiva de la convencionalidad. Se pretenderá demostrar que el incumplimiento de la obligación a cargo del Poder Ejecutivo de ejercer control de convencionalidad como medio efectivo para garantizar la plena vigencia de los derechos humanos en el ámbito administrativo y, especialmente, la tutela administrativa efectiva, compromete la responsabilidad internacional del Estado. En consecuencia, se abordará también la responsabilidad de los agentes públicos provinciales como representantes de la voluntad del Estado. Se abordará la obligación de reparar y el principio de unidad del Estado, considerando especialmente el rol protagónico del Poder Ejecutivo provincial en el deber de asumir directamente las consecuencias de la declaración de responsabilidad internacional, fundada en la posibilidad de cumplir en tiempo y forma con las medidas de reparación ordenadas y, a su vez, dar respuesta lo más inmediatamente posible a las víctimas de las violaciones declaradas.

Finalmente, las conclusiones intentarán dar cuenta de los resultados de la investigación, abriendo nuevos horizontes de investigación, proponiendo algunas recomendaciones que se consideran pertinentes con la intención de contribuir a consagrar y fortalecer la concepción de la Administración pública convencionalizada como deber que posiciona al Estado en situación de cumplimiento de los compromisos internacionales asumidos y, fundamentalmente, de garantía y respeto de los derechos humanos de todas las personas.

CAPÍTULO I

EL IMPACTO DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL DERECHO INTERNO

SUMARIO: 1. Un nuevo orden jurídico humanista. 2. La internacionalización de los derechos humanos. 3. El proceso de nacionalización –internalización– de los derechos humanos.

1. Un nuevo orden jurídico “humanista”.

1.1 La persona humana como sujeto del derecho internacional.

A partir de la segunda mitad del siglo XX, se comienza a consolidar un nuevo orden jurídico humanista. Hasta ese momento, el Derecho Internacional clásico (desde el siglo XV hasta 1945) era concebido desde una visión estado-céntrica, donde los únicos actores de la comunidad internacional eran los Estados, en tanto las personas no contaban con subjetividad jurídica en el plano internacional. Esta visión era sustentada en teorías positivistas negadoras de la personalidad internacional del individuo¹⁰, que consideraban a los Estados como los únicos sujetos del derecho internacional y constituido sobre la regulación de relaciones interestatales. Los Estados eran los creadores y destinatarios de las normas jurídicas internacionales y quienes poseían legitimidad para reclamar (en caso de incumplimiento de las normas) o para ser responsables (si las infringían). De ese modo, el sistema jurídico internacional no hacía referencia al individuo, y los Estados se encontraban en un marco de absoluta libertad para acordar y disponer derechos y obligaciones recíprocas.

Esta concepción, fundada en la idea de soberanía estatal absoluta, en la que prevalecía la razón de estado ante cualquier derecho de los seres humanos, justificó las graves violaciones a la dignidad y el genocidio de millones de personas experimentados durante la Segunda Guerra Mundial. Las atrocidades y abusos cometidos durante aquel conflicto armado generaron la reacción de la comunidad internacional y la necesidad de construir un orden jurídico internacional sobre nuevos valores y principios, capaz de reafirmar los derechos humanos necesarios para garantizar aquella dignidad vulnerada y evitar así su repetición.

La comunidad internacional empezó a ser concebida desde un sentido antropocéntrico.

En este sentido, el orden jurídico humanista acompaña el proceso histórico de humanización del derecho internacional iniciado a mediados del siglo XX y proyectado

¹⁰ El positivismo voluntarista, inspirado en la filosofía del derecho de Hegel, sobre todo a partir del siglo XIX, personificó al Estado dotándolo de "voluntad propia", reduciendo los derechos de los seres humanos a los derechos que el Estado les "concedía". En el plano normativo, el positivismo se mostró subordinado al orden legal establecido, y convalidó los abusos practicados en su nombre..

hasta nuestros días. Los antecedentes fundantes remotos del proceso de humanización se encuentran en los llamados fundadores del derecho internacional, quienes lo concebían como un sistema verdaderamente universal y reconocían la subjetividad internacional de la persona humana, es decir, como titular efectiva de derechos y obligaciones internacionales. Según Cançado Trindade (2007), entre estos autores pueden mencionarse a Francisco de Vitoria y Alberico Gentili en el siglo XVI, a Francisco Suárez y Hugo Grotius en el siglo XVII y a Samuel Pufendorf y Christian Wolff en el siglo XVIII¹¹.

La humanización implica el reconocimiento de la subjetividad internacional de la persona humana y su dignidad, colocándola en el centro del ordenamiento jurídico internacional y como principal destinataria de sus normas jurídicas. Surge así, un renovado ordenamiento jurídico que constituye el derecho internacional de los derechos humanos. Al decir de Cançado Trindade¹², este ordenamiento, constituido sobre la conciencia jurídica universal como la fuente material última de todo derecho, es aplicable tanto a los Estados (y organizaciones internacionales) cuanto a los seres humanos (el derecho de gentes), de conformidad con ciertos patrones universales de justicia, sin cuya observancia no puede haber paz social.

Este derecho internacional de los derechos humanos encuentra su razón de ser y se edifica sobre el reconocimiento de la persona humana como sujeto del derecho internacional. Para Cançado Trindade, “la consagración de la personalidad jurídica internacional de la persona humana representó una verdadera revolución jurídica, que vino a dar un contenido ético a las normas tanto del derecho público interno como del derecho internacional”¹³.

Implica además la constitución y plena vigencia de un orden público internacional, integrado por principios y normas imperativas que expresan intereses superiores y protegen valores fundamentales de la comunidad internacional en su conjunto (*ius cogens*). En este sentido, las normas del *ius cogens* tienen jerarquía preeminente dentro del derecho internacional general, son aceptadas y reconocidas por la comunidad de Estados y, por

¹¹ CANÇADO TRINDADE, Antônio A. La persona humana como sujeto del derecho internacional: avances de su capacidad jurídica internacional en la primera década del siglo XXI. [en línea] Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Julio - diciembre 2007. Vol. 46.

<<https://dspace.iidh-jurisprudencia.ac.cr/server/api/core/bitstreams/2bf7bb16-124f-4984-876d-7cba2e9b9e4d/content>> [consulta: 22/09/2020]

¹² Corte IDH. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, Opinión Consultiva OC-18/03, 17/09/2003, voto concurrente del Juez Antônio A. Cançado Trindade, par. 27.

¹³ CANÇADO TRINDADE, A., op. cit., pág. 280.

tanto, indisponibles por los mismos, y sólo modificables por una norma ulterior que tenga el mismo carácter¹⁴. La noción de *ius cogens* resulta ser la expresión jurídica de la comunidad internacional en el momento en que toma conciencia de ella misma y de los valores sobre cuyo reconocimiento reposa y se constituye¹⁵.

Asimismo, del reconocimiento de la personalidad internacional de los individuos, se deriva la limitación al poder de los Estados, quienes asumen la obligación de reconocer, respetar y garantizar los derechos humanos inherentes a todas las personas, y responder por acciones u omisiones que vulneren los mismos. Así, resultó necesaria la consagración expresa de la protección internacional de los derechos humanos a través de diversos instrumentos tanto universales como regionales, asumiendo los Estados, al decir de Sagüés (1998), que “en la vigencia de estos derechos se encuentra comprometido, además del bien común nacional, el bien común internacional”¹⁶

Consecuencias a partir del reconocimiento de la subjetividad internacional de la persona humana

El principal efecto de reconocer a la persona humana como sujeto del derecho internacional de los derechos humanos radica en dotarla de legitimidad procesal autónoma, la que se despliega en dos sentidos:

a. Legitimidad procesal activa: Entendida como el derecho que tienen las personas y grupos de personas de peticionar ante instancias internacionales por el respeto y garantía de sus derechos humanos, cuando los mismos han sido vulnerados por parte de los Estados o existe peligro de tal vulneración. Es la capacidad procesal de acceder al sistema internacional de protección de derechos. En este sentido, sostiene Cançado Trindade que “es éste un desarrollo lógico, por cuanto no parece razonable concebir derechos en el plano

¹⁴ El art. 53 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados adoptada en 1969 define a las normas imperativas de derecho internacional como “aquellas normas aceptadas y reconocidas por la comunidad internacional de los Estados en su conjunto como normas que no admiten acuerdo en contrario y que solo pueden ser modificadas por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”.

¹⁵ PUCEIRO RIPOLL, Roberto. Las normas de *jus cogens* ¿fenómeno exclusivamente universal o también eventualmente regional? [en línea] <http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/publicaciones_digital_XXVII_curso_derecho_internacional_2000_Roberto_Puceiro_Ripoll.pdf> [consulta: 18/10/2020].

¹⁶ SAGÜÉS, Néstor P. Mecanismos de incorporación de los tratados internacionales sobre derechos humanos al derecho interno. En: INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. Presente y Futuro de los Derechos Humanos. Ensayos en honor a Fernando Volio Jiménez. San José, IIDH, 1998, págs. 297-315.

internacional sin la correspondiente capacidad procesal de vindicarlos; los individuos son efectivamente la verdadera parte demandante en el contencioso internacional de los derechos humanos”, agregando que “sobre el derecho de petición individual internacional se erige el mecanismo jurídico de emancipación del ser humano *vis-à-vis* el propio Estado para la protección de sus derechos en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos¹⁷.

En el ámbito universal, el sistema de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) prevé las comunicaciones individuales como manifestación de la dimensión activa de la subjetividad internacional del individuo.

En el plano interamericano, la CADH consagra en el art. 44 el “derecho de petición individual”, en virtud del cual cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación a la Convención por un Estado parte.

Para Cançado Trindade:

“(…) sin el derecho de petición individual, y el consecuente acceso a la justicia a nivel internacional, los derechos consagrados en la Convención se reducirían a poco más que letra muerta. Es por el libre y pleno ejercicio del derecho de petición individual que los derechos consagrados en la Convención se tornan efectivos. El derecho de petición individual abriga, en efecto, la última esperanza de los que no encontraron justicia a nivel nacional. No me omitiría ni vacilaría en afirmar, que el derecho de petición individual es indudablemente la estrella más luminosa en el firmamento de los derechos humanos”¹⁸.

El mecanismo de acceso directo de la persona al sistema interamericano está previsto a través de peticiones ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), y sin necesidad de que el peticionario sea la víctima.

Si bien merecen reconocimiento las valiosas aspiraciones de avanzar hacia la consagración de la plena capacidad procesal de las personas ante instancias jurisdiccionales internacionales, se debe admitir que el estado de situación actual, tal como se mencionara, se alcanzó luego de un extenso y complejo proceso que implicó el consenso de la comunidad internacional en su conjunto de colocar a la persona en el centro del ordenamiento jurídico, para reconocer y garantizar su dignidad inherente como piso mínimo de protección. Aunque en los sistemas regionales, en nuestro caso el

¹⁷ CANÇADO TRINDADE, A., op. cit., pág. 280.

¹⁸ Corte IDH. Castillo Petrucci y otros vs. Perú. Excepciones Preliminares, 4/09/1998, voto concurrente del Juez A. A. Cancado Trindade, pár. 2.

interamericano, alcanzar consensos de protección puede resultar menos engorroso, siempre existirán intereses diversos, cambiantes y, hasta a veces, contradictorios que pudieran dificultar y retrasar el reconocimiento expreso del acceso directo de la persona a la instancia jurisdiccional interamericana. Ello no debe ser entendido como una limitación a la subjetividad internacional de la persona humana, en tanto tiene garantizado el acceso al sistema por medio de la CIDH, sino que debe interpelar a revalorizar, como se desarrollará más adelante, el carácter complementario, coadyuvante y subsidiario de los sistemas internacionales de protección respecto de los ordenamientos internos. Es el Estado el principal obligado a garantizar los derechos humanos de las personas sometidas a su jurisdicción, y quien debe evitar exponer a las mismas a tener que acceder a instancias supranacionales para obtener el resguardo de sus derechos. Se trata de elevar al máximo el nivel de protección interna, para evitar avasallamientos por parte del Estado y, en este aspecto, tal como se demostrará en el desarrollo del presente trabajo, la Administración pública juega un rol determinante, ya que los rasgos propios de la función administrativa de permanencia, practicidad, concreción e inmediatez con las personas –administrados– la ubican en una posición privilegiada y estratégica para prevenir violaciones a los mandatos de la Convención y lograr el goce tangible de los derechos.

Así, el proceso de humanización del derecho internacional iniciado a mediados del siglo XX se proyecta no sólo hasta nuestros días, sino también al interior de los ordenamientos jurídicos nacionales y, entre ellos, a los regímenes administrativos locales. De esta forma, el derecho administrativo y la Administración pública son atravesados por el fenómeno de la humanización, colocando al administrado en el centro del ordenamiento y resignificando la actividad administrativa como una actividad al servicio de las personas y cuyo fin esencial es el aseguramiento de sus derechos.

b. Legitimidad procesal pasiva: Esta dimensión viene a consolidar la personalidad jurídica internacional del individuo, asumiendo que la persona humana no sólo es titular de derechos, sino también de obligaciones emanadas directamente del derecho internacional. Implica que la persona debe asumir su responsabilidad internacional cuando comete graves crímenes que atentan contra la comunidad internacional en su conjunto, paralelamente a la responsabilidad del Estado. Podrá ser juzgada por cortes nacionales de cualquier Estado o ante una jurisdicción penal internacional con competencia sobre los crímenes respectivos, como también por actos cometidos en carácter de agente del Estado o a título particular.

Pese a que esta dimensión no será objeto de análisis del presente trabajo, quedando la misma en la órbita del derecho penal internacional, se sostiene la complementariedad entre la responsabilidad internacional del Estado y la responsabilidad penal internacional del individuo por violaciones graves de los derechos humanos y la perpetración de crímenes contra la humanidad, conllevando a una confluencia entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho penal internacional contemporáneos, para poner fin a la impunidad y asegurar la realización de la justicia¹⁹.

1.2. La dignidad de la persona como centro del ordenamiento jurídico.

Consagrada la humanización del derecho internacional a partir de la segunda mitad del siglo XX, la dignidad de la persona humana se constituye en el valor fundamental sobre el que reposa el reconocimiento, la garantía y protección de los derechos humanos y, en consecuencia, el soporte y fin necesario de los ordenamientos jurídicos. Para César Landa (2000), “el constitucionalismo de la posguerra incorporó la dignidad de la persona humana como una premisa del estado democrático moderno. Después de la guerra, la dignidad de la persona y sus derechos humanos se convirtieron en el pilar vertebral de la nueva forma de organización democrática del Estado y la comunidad internacional”²⁰.

Entre las distintas fundamentaciones de la idea de dignidad (profundización que excede el objeto de nuestro estudio), tomaremos en consideración, a los fines de coincidir con el encuadre iusnaturalista de base humanista de nuestro trabajo, aquella concepción que afirma que la dignidad es una condición y atributo de todos los seres humanos por el sólo hecho de su existencia; es anterior y superior al poder de los Estados y no derivada de normas positivas, las que se limitan a su reconocimiento. Se concibe al ser humano como unidad ontológica que posee una objetiva dignidad implícita de carácter esencial, más allá de sus circunstancias²¹. En este sentido, todo ser humano, independientemente de la

¹⁹ CANÇADO TRINDADE; A., op. cit., pág. 293.

²⁰ LANDA ARROYO, César. La dignidad humana. [en línea] Ius et Veritas. Año X N.º 21 (2000).
<file:///C:/Users/Usuario/Downloads/15957-Texto%20del%20art%C3%ADculo-63388-1-10-20161209.pdf> [consulta: 29/09/2020].

²¹ PECCI, Norberto E. La dignidad humana y la fundamentación de las normas de ius cogens en la jurisprudencia de los órganos del Sistema Interamericano de Protección de los derechos humanos: ¿principios de derecho natural o normas de derecho positivo? [en línea]. Presentado en JORNADAS INTERNACIONALES de Derecho Natural: Ley

situación y de las circunstancias en que se encuentre, tiene derecho a la dignidad²². Así entendida, la dignidad de la persona se constituye en fundamento de los derechos humanos. Gros Espiell (2003) afirma que todos los derechos humanos en el mundo actual, pese a los diversos componentes políticos, filosóficos y religiosos y a las diferentes tendencias culturales, se fundamentan en su imperativo universalismo, en la dignidad humana²³. Al respecto, Pedro Nikken (2008) sostiene la fundamentación de los derechos humanos en la dignidad de la persona humana al afirmar que estos derechos:

(...) “son inherentes al ser humano y no requieren de ningún título específico para adquirirlos. No resultan de una adjudicación o cesión del Estado, cuya función con respecto a ellos es de reconocimiento, respeto y protección. Basta con ser persona humana para ser titular de los derechos humanos y toda persona humana es titular de esos derechos. Su exigibilidad no depende de su consagración legislativa; al contrario, históricamente aparecen como atributos subjetivos que se han hecho valer contra leyes opresivas que los desconocían o menoscababan”²⁴.

Consecuentemente, la dignidad de la persona humana se consagra como centro del ordenamiento jurídico, lo cual implica reconocer que la misma es un concepto jurídico suprapositivo, fundador e inspirador de todo el ordenamiento jurídico nacional e internacional y funcionando como “guía insoslayable” para su interpretación y operación. Es un principio universal y absoluto que no reconoce excepción alguna y que es irrenunciable. La dignidad de la persona humana no es un simple valor o principio jurídico, sino una cualidad inherente y propia de todo ser humano, preexistente a todo ordenamiento político y jurídico y que tiene *per se vigore*²⁵.

Natural y Dignidad Humana (12º, octubre de 2016, Buenos Aires, Argentina). En: <<http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/ponencias/dignidad-humana-fundamentacion-peci.pdf>> [consulta: 01/11/2020]

²² CANÇADO TRINDADE; A., op. cit., pág. 280.

²³ GROS ESPIELL, Héctor. La Dignidad Humana en los Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos. [en línea] Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época. 2003. Vol. 4. <<https://revistas.ucm.es/index.php/ANDH/article/view/ANDH0303110193A>> [consulta:23/11/20]

²⁴ NIKKEN, Pedro. Los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos: la perspectiva del acceso a la justicia y la pobreza. En: CURSO INTERDISCIPLINARIO EN DERECHOS HUMANOS (27º, 2008, San José, Costa Rica). Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Vol. 48, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2008.

²⁵ SANTIAGO, Alfonso. La igual e inviolable dignidad de la persona humana como fundamento del orden jurídico nacional e internacional [en línea]. Prudentia Iuris, Vol. 83, 2017. <<https://repositorio.uca.edu.ar/bitstream/123456789/2810/1/igual-inviolable-dignidad-persona-humana.pdf>> [consulta: 16/10/2020]

Por su parte, González Pérez (2003) reflexionando sobre el “significado de la dignidad de la persona en los ordenamientos jurídicos”, refiere:

“En cuanto la dignidad de la persona es derecho fundamental y principio general del Derecho, como tal principio es fundamento del ordenamiento, y, precisamente por ello, informador de todas las normas y orientador de la libre interpretación de todas y cada una de ellas, aplicándose en el sentido más congruente posible y rechazando cualquier interpretación que conduzca a un resultado directa o indirectamente contrario a él. Es norma de conducta y límite de los derechos”²⁶.

Asimismo, y más allá de la dignidad como principio y valor sobre el que se sustentan los derechos humanos y los ordenamientos jurídicos, la dignidad de las personas es, en sí misma, un derecho humano que impone a los Estados, y también a los particulares, el deber de respeto, garantía y no vulneración de aquella dignidad inherente. La dignidad humana, como acertadamente ha dicho Pérez Luño (1984), “entraña no sólo la garantía negativa de que la persona no va a ser objeto de ofensas o humillaciones, sino que supone también la afirmación positiva del pleno desarrollo de la personalidad de cada individuo”²⁷.

La dignidad humana así considerada fue la que inspiró la redacción de los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADDH) proclama en su Preámbulo que “todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están por naturaleza de razón y conciencia, deben conducirse fraternalmente los unos con los otros”. Lo mismo establece el artículo primero de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH). Por su parte, la CADH también protege especialmente la dignidad humana. En su art. 5 inc. 2, establece que “nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”. El art. 6 relaciona la dignidad con la prohibición de la esclavitud y servidumbre al señalar en su numeral segundo que “el trabajo forzoso no debe afectar a la dignidad ni a la capacidad física e intelectual del recluso”. Y el art. 11 inc. 1 dispone que “toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad”.

²⁶ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. La dignidad de la persona y el Derecho Administrativo. A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional. 3(11), ene-mar 2003, Belo Horizonte: Fórum.

²⁷ PÉREZ LUÑO, Antonio E. Derechos humanos, estado de derecho y Constitución. En: SAGÜÉS, Néstor. Dignidad de la Persona e ideología constitucional, Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político, 12, (72): 679-690, abril- mayo 1996.

Desde sus inicios, la Corte IDH ha invocado la protección de la dignidad humana y también la ha utilizado como criterio interpretativo de los derechos humanos reconocidos en la Convención²⁸.

Finalmente, y tal como se abordará al tratar el principio pro persona como principio rector de la tutela administrativa, la dignidad de los administrados opera también como criterio de interpretación a favor del sentido más amplio de los derechos humanos. En tal sentido, Jesús González Pérez sostiene que la dignidad de la persona actúa “como principio informador y límite de la actividad administrativa”, ya que “es incuestionable que cualquiera sea la finalidad perseguida por la Administración, cualquiera sea la forma de actuación y cualquiera que sea la realidad social sobre que recaiga, ha de respetar como algo sagrado e inviolable la dignidad de la persona”²⁹.

2. La internacionalización de los derechos humanos.

El orden jurídico “humanista” emergente a partir de la segunda mitad del siglo XX determinó la necesidad por parte la comunidad internacional de plasmar los consensos básicos en relación a la protección de los derechos fundamentales de las personas en diversos instrumentos internacionales. De esta manera, los derechos humanos dejan de ser entendidos como cuestiones de mera competencia estatal, para entrar a considerarse como una “preocupación legítima” de la comunidad internacional³⁰.

Comienza entonces un proceso de “positivización internacional” de los derechos humanos, dando cuenta en 1948 la DADDH y, posteriormente, la DUDH. Positivización que implica el reconocimiento y no la creación; es decir, se reafirman y proclaman los

²⁸ A título ejemplificativo se mencionan los casos “Velázquez Rodríguez vs. Honduras”, “Caballero Delgado y Carmen Santana vs. Colombia”, “Villarán Morales y otros vs. Guatemala (“Niños de la calle)”, “Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú”. Las sentencias de estos casos corresponden a diferentes períodos de publicación, lo que permite observar la evolución de los fallos del Tribunal Interamericano y su línea de interpretación en relación con la dignidad humana frente a las diferentes violaciones de derechos humanos alegadas por las partes.

²⁹ GONZÁLEZ PÉREZ, J., op. cit., pág. 13.

³⁰ GARCÍA MUÑOZ, Soledad. La capacidad jurídico-procesal del/la demandante individual en la protección internacional de los derechos humanos, Revista de Relaciones Internacionales, 9(17): 49-68: jun.-nov. 1999.

derechos inalienables de todas las personas que ya se encontraban formando parte de la “conciencia jurídica universal”.

La internacionalización de los derechos humanos implicó la aceptación por parte de los Estados de la vigencia de un orden jurídico supranacional y, por ende, la limitación al poder absoluto de los Estados, poniendo en crisis la concepción clásica de soberanía. Para Nikken “todo este proceso ha tenido como fundamento conceptual que los derechos humanos se alzan más allá de las soberanías nacionales y no son una concesión graciosa de los Estados, porque ellos son inherentes a la persona humana”³¹.

Como consecuencia trascendental de este proceso de internacionalización de los derechos humanos, operó el surgimiento de las normas imperativas de derecho internacional, llamadas también de *ius cogens*, definidas como aquellas aceptadas y reconocidas por la comunidad internacional de los Estados en su conjunto, que no admiten acuerdo en contrario y que solo pueden ser modificadas por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter³².

Se trata de normas que, por estar basadas en la dignidad inherente de la persona como valor supremo a custodiar por la comunidad internacional, conforman un orden público obligatorio e indisponible para los Estados. Así, de surgir una nueva norma imperativa de derecho internacional general, todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará³³.

Por la importancia de los derechos protegidos, las normas imperativas se encuentran en la cúspide del ordenamiento jurídico internacional y deben informar los contenidos mínimos de toda regulación. Si bien estas normas no establecen cuáles son los derechos protegidos, es decir, su contenido material, por la centralidad de la dignidad humana como común denominador pueden mencionarse normas sobre prohibición de la esclavitud, la tortura, el genocidio y crímenes de lesa humanidad, la obligación de los Estados de investigar, juzgar y sancionar las graves violaciones a los derechos humanos, la prohibición de atentar contra el medio ambiente, el principio de igualdad ante ley y no discriminación, entre otras.

Al respecto, la Corte IDH ha sostenido que el dominio del *jus cogens* se ha ampliado, alcanzando también el derecho internacional general, y abarcando todos los actos jurídicos. De tal manera, el *jus cogens* también se ha manifestado en el derecho de la

³¹ NIKKEN, P., op. cit., pág. 75.

³² Convención de Viena sobre el derecho de los tratados. Art. 53

³³ Ibídem, art. 64.

responsabilidad internacional de los Estados, y ha incidido, en última instancia, en los propios fundamentos del orden jurídico internacional”³⁴.

Asimismo, la internacionalización de los derechos humanos significó la consagración de la responsabilidad internacional de los Estados frente a las víctimas de violaciones a los mismos. Si bien la obligación general de respetar los derechos de las personas es una obligación *erga omnes*, en materia de responsabilidad internacional por violación de derechos humanos, el único sujeto responsable es el Estado, siendo los individuos, titulares del derecho de reparación como consecuencia de dicha responsabilidad. Por lo tanto, desde aquella consagración positiva de los derechos fundamentales se puede afirmar que la comunidad internacional ha aceptado como norma imperativa que hay una serie de mínimos inderogables e intransgredibles que ni aún los que tienen el monopolio de la fuerza pueden conculcar³⁵.

El Estado –hoy se reconoce– es responsable por todos sus actos –tanto *jure gestionis* como *jure imperii*–, así como por todas sus omisiones. Creado por los propios seres humanos, por ellos compuesto, para ellos existe, para la realización de su bien común. En caso de violación de los derechos humanos, se justifica así plenamente el acceso directo del individuo a la jurisdicción internacional, para hacer valer tales derechos, inclusive en contra del propio Estado³⁶.

Asimismo, la internacionalización de los derechos humanos, desde la visión humanizadora que la constituyó, determinó que los tratados de derechos humanos adquieran características propias que permiten diferenciarlos de los demás tratados suscriptos por los Estados. La Corte IDH ha fundamentado esta característica desde sus primeras decisiones, al indicar que:

³⁴Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, Opinión Consultiva OC-18/03, 17/09/2003, pár. 99.

³⁵ TRUCCO, Marcelo. La responsabilidad internacional de los Estados en el escenario actual del sistema interamericano de Derechos Humanos. En: ANDRES, Gabriel y PAVÓN PISCITELLO, Daniel. La responsabilidad internacional de los Estados, desarrollo actual, desafíos y perspectivas, Córdoba, Ed. Universidad Católica de Córdoba, 2012, pág. 154.

³⁶ GLASER, Stefan. Les droits de l'homme à la lumière du droit international positif, Mélanges offerts à Henri Rolin - Problèmes de droit des gens, Paris, Pédone, 1964, p. 117, En: CANÇADO TRINDADE, Antonio A. Las cláusulas pétreas de la protección internacional internacional del ser humano: El acceso directo de los individuos a la justicia a nivel internacional y la intangibilidad de la jurisdicción obligatoria de los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos. [en línea] Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2454/4.pdf>>, [consulta: 06/08/2024]

(...) “no son tratados multilaterales del tipo tradicional concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción”³⁷.

Si bien los tratados de derechos humanos son firmados por los Estados, lo esencial y característico de los mismos es que sus destinatarias son las personas humanas sujetas a su jurisdicción.

En igual sentido, la Corte IDH también ha sostenido que los principios que componen la Convención Americana, así como los demás tratados de derechos humanos, se inspiran en valores comunes superiores (centrados en la protección del ser humano), están dotados de mecanismos específicos de supervisión, se aplican de conformidad con la noción de garantía colectiva, consagran obligaciones de carácter especialmente objetivo, y tienen una naturaleza especial, que los diferencia de los demás tratados, los cuales reglamentan intereses recíprocos entre los Estados partes y son aplicados por estos, con todas las consecuencias jurídicas que de ahí derivan en los ordenamientos jurídicos internacional e interno³⁸.

2.1. Los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos.

Los sistemas internacionales de protección, cada uno de ellos con características y procedimientos propios, comparten la naturaleza esencial de atender a la efectiva tutela de los derechos humanos. Siguiendo a Nash Rojas (2006), los sistemas de protección internacional, en tanto sistemas jurídicos, contemplan tres elementos: normativo, orgánico y procedimental. El normativo se refiere al reconocimiento en documentos internacionales de los valores y propósitos que guían la proclamación o consagración de determinados

³⁷ Corte IDH. El Efecto de las Reservas sobre la Entrada en Vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-2/82, 24/09/1982, pár. 29.

³⁸ Corte IDH. Caso Ivcher Bronstein vs. Perú. Competencia, 24/09/1999, pár. 42 y Caso del Tribunal Constitucional. Competencia, 24/09/1999, pár. 41.

derechos, las obligaciones generales que los Estados asumen en materia de derechos humanos, como así también los derechos y libertades garantizados. Concretamente está dado por las Declaraciones, Pactos y Convenciones de derechos humanos que fueron adoptando los países a lo largo del tiempo. El elemento orgánico significa la creación por parte del sistema de órganos efectivos encargados de llevar adelante la tarea de promoción, seguimiento y control de los derechos comprometidos. El elemento procedimental marca las distintas vías o procedimientos con lo que los distintos órganos cuentan para hacer efectiva su tarea. Para dicho autor, “esta trilogía –normas/órganos/procedimientos permite analizar los diferentes sistemas de protección de los derechos humanos. Este conjunto de elementos es lo que podemos considerar como la base del sistema internacional de protección de los derechos humanos”³⁹.

Se pueden distinguir dos grandes sistemas internacionales de protección; el universal y otros de carácter regional.

El sistema universal, constituido en el ámbito de Naciones Unidas, se encuentra conformado por los principios de derechos humanos establecidos en la Carta constitutiva de la Organización, como así también por la DUDH de 1948, piedra angular del sistema, y otros instrumentos específicos que se fueron celebrando entre los Estados miembros de la Organización y abiertos a la firma de la comunidad internacional en su conjunto.

El mérito del sistema universal radica en la magnitud de su expansión, con un elevado grado de participación de los Estados que conforman la comunidad internacional, como así también en la obtención de consensos mínimos a nivel global reveladores de la universalidad de los derechos humanos inherentes a las personas. Al respecto, René Cassin sostiene que la Declaración Universal comprende el conjunto indivisible de las facultades y derechos indispensables a la dignidad y al desarrollo de la personalidad y se trata, en verdad, de un monumento basado en la unidad del género humano”⁴⁰. En igual sentido, Guillermina Sosa afirma que “la Declaración es resultado del consenso y de ahí su

³⁹ NASH ROJAS, Claudio. La protección internacional de los Derechos Humanos. En: SEMINARIO INTERNACIONAL El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y su repercusión en los órdenes jurídicos nacionales: 1 y 2 de febrero de 2006. México D.F, Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Suprema Corte de Justicia de México. [en línea]

<<https://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/142636/La-Proteccion-Internacional-de-los-Derechos-Humanos.pdf?sequence=1&isAllowed=y>> [consulta: 21/10/2020]

⁴⁰ CASSIN, René. Génesis de la Carta de los Derechos Humanos. [en línea] El Correo de la UNESCO: una ventana abierta sobre el mundo. XXI, 1968. <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000078234_spa/PDF/078234spao.pdf.multi> [consulta 06/08/2024]

característica de universalidad de los preceptos que contiene. El tiempo ha dotado a la Declaración del carácter de ius cogens y el proceso de positivización de los derechos humanos la ha vuelto parte integrante de muchos ordenamientos nacionales”⁴¹.

Asimismo, los instrumentos internacionales que constituyen el sistema universal prevén órganos específicos de promoción y respeto a los derechos humanos y Comités para el monitoreo y evaluación de la implementación de las obligaciones asumidas por los Estados miembros. También se contemplan mecanismos de denuncias individuales ante los órganos de cada tratado por la violación a los derechos y libertades contemplados en los mismos.

2.1.1. El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Principales características.

El SIDH, creado por los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos (OEA) e iniciado formalmente con la aprobación de la Carta de la OEA y la DADDH en la Novena Conferencia Internacional Americana, celebrada en Bogotá de marzo a mayo de 1948, participa de la categoría de sistemas regionales de protección de derechos humanos, emanados del acuerdo de Estados que integran un mismo continente o región⁴². Estos sistemas coexisten con el sistema universal, es decir se vinculan y complementan procurando la protección más amplia de los derechos inalienables de las personas. Según Cançado Trindade⁴³, la coexistencia y armonía entre los sistemas regionales e internacionales es perfectamente posible, siendo ambos esencialmente complementarios, asumiendo la coordinación un sentido distinto respecto a cada mecanismo que se utilice.

⁴¹ LEONTINA SOSA, Guillermina (coord.). La Declaración Universal de Derechos Humanos: una visión de conjunto. En: Tratado de los tratados internacionales comentado, Buenos Aires, Editorial La Ley, 2011, t. II.

⁴² Entre los principales sistemas regionales de protección de derechos humanos existentes en la actualidad que más han evolucionado, se pueden mencionar el sistema interamericano, el europeo y el africano.

⁴³ CANÇADO TRINDADE, Antônio. El nuevo Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2000) y su proyección hacia el futuro: La emancipación del ser humano como sujeto de derecho internacional. [en línea] México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2453/4.pdf>> [consulta: 06/08/2024]

La coexistencia de sistemas de protección no significa afectar el carácter universal de los derechos humanos, ni que existan derechos humanos diferentes según las regiones, sino que se desenvuelven en contextos históricos, políticos y sociales distintos. Al respecto, Ferrero (1998) sostiene que “todos ellos tienen una fecha, una sede y unas circunstancias que los explican, los justifican y los urgen. Para entenderlos, pues, no basta conocer lo que dicen; es necesario recordar también la realidad que los ha motivado y a la que se refieren”⁴⁴.

El refuerzo mutuo entre el sistema universal y los sistemas regionales, en nuestro caso el interamericano, determina la necesidad e importancia de conocer y considerar las particularidades de cada sistema para optimizar su invocación estratégica y utilización práctica según los derechos afectados en el caso concreto.

Los sistemas regionales de protección permiten focalizar las normas y estándares internacionales de protección, reflejando las preocupaciones particulares de derechos humanos en los ámbitos geográficos específicos en los cuales se aplican. Estos sistemas posibilitan también discutir en un ámbito más doméstico o local algunas realidades que impactan con mayor fuerza en algunas regiones que otras.

Asimismo, los sistemas regionales resultan de mayor accesibilidad para las personas afectadas en la búsqueda de justicia y reparación de sus derechos humanos vulnerados. Muchas veces la distancia, el idioma o la carencia de recursos económicos pueden obrar como factores limitantes de acceso al sistema.

La unidad de órganos de los sistemas regionales, particularmente del interamericano, permite que las personas se familiaricen con los procedimientos y no se vean expuestas a una multiplicidad de órganos y procedimientos, con exceso de burocratización, que conspira contra la agilidad y eficacia que debe imperar en la protección de los derechos humanos. El SIDH prevé el tratamiento de peticiones individuales sólo a través de denuncias ante la CIDH y, eventualmente, su posible abordaje por la Corte IDH.

Otra ventaja de los sistemas locales radica en la posibilidad de revisar y adaptar con el paso del tiempo, los estatutos y reglamentos que rigen el funcionamiento de los órganos de protección dispuestos por cada sistema, como así también crear mecanismos propios o suplir la carencia de procedimientos más rápidos y efectivos a nivel universal.

⁴⁴ FERRERO, Fabriciano. Ante el cincuentenario de los Derechos Humanos. Moralia, Revista de Ciencias Morales y Sociales 21(78-79):152, 1998.

Sin embargo, la coexistencia de un sistema universal junto a sistemas regionales, puede acarrear la superposición de normativas que regulen la misma materia. Es decir, que un mismo derecho reciba una protección en un sentido en el sistema universal y otra en el sistema regional. Para evitar la duplicidad de procedimientos, los sistemas regionales han previsto determinadas medidas; particularmente, en el sistema interamericano, el art. 46 inc. 1.c de la CADH dispone como requisito de presentación de peticiones individuales ante la Comisión Interamericana: “que la materia de la petición o comunicación no esté pendiente de otro procedimiento de arreglo internacional”.

Otro aspecto esencial del sistema interamericano radica en la estrecha relación con el sistema democrático, en cuanto favorece el respeto y garantía de los derechos y libertades fundamentales de las personas. La Carta de la OEA da cuenta de ello al sostener que “... la democracia representativa es condición indispensable para la estabilidad, la paz y el desarrollo de la región ...”, y que “...el sentido genuino de la solidaridad americana y de la buena vecindad no puede ser otro que el de consolidar en este continente, dentro del marco de las instituciones democráticas, un régimen de libertad individual y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre ...”⁴⁵. También, en la parte relativa a los principios de la organización, se señala que los fines que se persiguen con la solidaridad de los Estados Americanos, requieren el efectivo ejercicio de la democracia representativa para la organización política⁴⁶.

El SIDH también se caracteriza por estar constituido por una serie de instrumentos jurídicos que configuran la base normativa del sistema, reconocen derechos, establecen obligaciones y crean órganos y mecanismos destinados a velar por su observancia. Entre ellos, merecen especial atención la DADDH y la CADH.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre

La trascendencia de la DADDH radica en haber sido el primer instrumento internacional de derechos humanos consagrado por la comunidad internacional. Unos meses después de su adopción⁴⁷, en diciembre de 1948, la ONU aprobó la DUDH.

⁴⁵ OEA. Carta de la OEA: Preámbulo.

⁴⁶ Ibídem: Primera Parte, Capítulo II, Principios, art.3 d).

⁴⁷ La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre fue aprobada el 30 de abril de 1948 en la IX Conferencia Internacional Americana celebrada en Bogotá.

Asimismo, la DADDH significó un aporte determinante a la fundamentación de los derechos humanos. Como señala Gros Espiell (1998), no puede haber duda que la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre se inscribe en un proceso histórico americano en el que la idea de que el ser humano es titular de derechos consustanciales con su naturaleza, inalienables e imprescriptibles ha sido una constante invariable de nuestra evolución política y jurídica⁴⁸.

Si bien la Carta de la OEA proclama los "derechos fundamentales de la persona humana" como uno de los principios en que se funda la Organización, será la Declaración Americana la que complementa y especifica cuáles son esos derechos. Así, la Declaración contiene y define aquellos derechos humanos esenciales a los que la Carta se refiere, de manera que no se puede interpretar y aplicar la Carta de la Organización en materia de derechos humanos, sin integrar las normas pertinentes a ella con las correspondientes disposiciones de la Declaración, como resulta de la práctica seguida por los órganos de la OEA⁴⁹.

En su Preámbulo, consagra que todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos, y si bien en su articulado hace una enunciación de los principales derechos y deberes que deben asumirse como rectores para las personas del continente americano, no logró avanzar en una definición concreta de qué debía entenderse por derechos humanos.

Asimismo, uno de los aspectos sobresalientes que caracterizan a la DADDH es haber establecido, conjuntamente con los derechos fundamentales, un catálogo de deberes esenciales que deben asumir las personas, en tanto otros instrumentos internacionales, como la DUDH y la propia CADH, sólo refieren a los deberes en artículos genéricos. En el Preámbulo de la DADDH se lee: "El cumplimiento del deber de cada uno es exigencia del derecho de todos. Derechos y deberes se integran correlativamente en toda actividad social y política del hombre. Si los derechos exaltan la libertad individual, los deberes expresan la dignidad de esa libertad".

Merece atención destacar el valor jurídico de la DADDH, que ha alcanzado a través del desarrollo teórico y, especialmente, por la aplicación de los órganos regionales de

⁴⁸ GROS ESPIELL, Héctor. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Raíces conceptuales en la historia y el derecho americano. En su: Estudios sobre Derechos Humanos II. Madrid, Editorial Civitas, 1988, pág. 88.

⁴⁹ Corte IDH. Interpretación de la Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-10/89, 14/07/1989, pár. 43.

protección, el status de norma jurídica de observancia obligatoria para los Estados miembros de la OEA. Al respecto, Salvioli (2003) afirma que la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre se ha convertido en un instrumento jurídico de cumplimiento obligatorio para todos los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos; y su incumplimiento merece sanción y engendra responsabilidad. Es decir, todos los Estados Partes de la OEA se encuentran sometidos a, al menos, un instrumento de derechos humanos en el sistema interamericano: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948, en tanto ella describe y complementa las disposiciones de la Carta de la Organización de los Estados Americanos⁵⁰.

La CIDH, en reiteradas oportunidades, ha declarado que un Estado ha violado disposiciones de la DADDH, y formuló diversas recomendaciones para su efectivo cumplimiento⁵¹; lo mismo ha señalado respecto a algunos Estados partes en la Convención Americana, sosteniendo que un gobierno ha violado ciertas disposiciones del pacto y, asimismo, ciertas disposiciones de la Declaración, dando en su dictamen valor jurídico a ambos instrumentos⁵².

También la Corte IDH se ha expedido sobre la obligatoriedad jurídica de la Declaración. Al ser consultada por el Estado de Colombia respecto a la interpretación de la Declaración de acuerdo al art. 64 de la Convención Americana, atento que el mismo dispone que la Corte puede interpretar la propia Convención Americana u "otros tratados", sin mencionar a la Declaración Americana, la Corte, a través de la Opinión Consultiva (OC) 10/89, resolvió la cuestión afirmando que el art. 64 le autoriza a "... rendir opiniones consultivas sobre interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en el marco y dentro de los límites de su competencia en relación con la Carta y la Convención u otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos ..."⁵³. Igualmente, la Corte afirmó que para todos los Estados de la

⁵⁰ SALVIOLI, Fabián O. El aporte de la Declaración Americana de 1948, para la protección internacional de los Derechos Humanos. [en línea] En: SEMINARIO EL SISTEMA INTERAMERICANO de Protección de los Derechos Humanos en el umbral del siglo XXI (2003, San José, Costa Rica). Corte IDH, págs. 677-696. <<https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/seminario1.pdf>> [consulta: 08/01/2021]

⁵¹ CIDH. Informe N.º 3/87, Caso 9647 Estados Unidos, Informe Anual de la CIDH 1986-1987 [en línea] <<https://www.cidh.org/annualrep/86.87sp/EstadosUnidos9647.htm>> [consulta: 06/08/2024]

⁵² CIDH. Informe N.º 28/92, Caso 28/92 Argentina, Informe Anual de la CIDH 1992-1993 [en línea] <<https://cidh.oas.org/annualrep/92span/Argentina10.147.htm>> [consulta: 06/08/2024]

⁵³ Corte IDH. OC-10/89, op. cit., pár. 48.

OEA “... la Declaración Americana constituye, en lo pertinente y en relación con la Carta de la Organización, una fuente de obligaciones internacionales ...”⁵⁴.

En consecuencia, y tal como se abordará al tratar el control de convencionalidad, la DADDH, conjuntamente con los demás instrumentos que conforman el SIDH y los mencionados en el art. 75 inc. 22 de la CN, integran el denominado material controlante respecto del cual debe realizarse el test de convencionalidad.

2.2. La Convención Americana sobre Derechos Humanos como instrumento rector del Sistema Interamericano.

La CADH, también denominada “Pacto San José de Costa Rica”, fue adoptada el 22 de noviembre de 1969 a partir de la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos convocada por el Consejo de la OEA y reunida en San José de Costa Rica del 7 al 22 de noviembre. Se aprobó sobre la base de los proyectos del Consejo Interamericano de Jurisconsultos y de la CIDH, y teniendo en consideración las proposiciones y observaciones formuladas por los gobiernos de los Estados partes. Sin embargo, recién entró en vigencia el 18 de julio de 1978 cuando se logró lo que la misma Convención preveía: que al menos once estados firmantes depositaran el instrumento de ratificación.

Argentina aprobó la CADH y reconoció la competencia de la CIDH y de la Corte IDH el 1° de marzo de 1984, mediante la sanción de la ley N.º 23.054. El instrumento de ratificación, con fecha 14 de agosto de 1984, fue depositado el 5 de septiembre de 1984 en la Secretaría General de la OEA por el Gobierno de la República Argentina.

La reforma constitucional del año 1994, a través del art. 75 inc. 22, le reconoció –junto con otros tratados de derechos humanos–, jerarquía constitucional.

La importancia de la Convención, como instrumento rector del SIDH, radica en dos características fundamentales y complementarias: la obligatoriedad y la efectividad. Obligatoriedad en cuanto la Convención es el primer tratado vinculante de derechos humanos dentro de la OEA, que implicó el reconocimiento de los derechos humanos y amplió expresamente su enumeración. La efectividad, en tanto el Pacto avanzó en los

⁵⁴ Ibídem, pár.43.

procedimientos de instituciones y órganos ya creados para hacerlos realmente efectivos, como el caso de la CIDH. Además, creó la Corte IDH como un órgano judicial con competencia para juzgar la responsabilidad internacional de los Estados ante la violación de los derechos consagrados en la Convención, asumiendo la debida reparación hacia las víctimas de aquellas violaciones.

Los órganos de protección establecidos por la CADH garantizan la tutela efectiva de los derechos humanos de las personas sometidas a la jurisdicción de los Estados parte. Efectividad que se manifiesta al asegurar la operatividad de los órganos interamericanos ante el fracaso de los mecanismos previstos en los ordenamientos internos y determinando, además, la efectividad de estos para evitar que las personas deban acudir a la instancia interamericana para lograr el goce real y efectivo de sus derechos y, eventualmente, la responsabilidad internacional del Estado.

La CIDH fue creada en 1959 durante la Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores⁵⁵ con funciones básicas de promoción, aunque asumiendo en la práctica la recepción y tramitación de denuncias y comunicaciones individuales. Ello determinó que los Estados miembros de la OEA convirtieran a la Comisión en un órgano principal y autónomo de la Organización, con la función principal de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos y de servir como órgano consultivo de la Organización en esta materia⁵⁶. El alto impacto de la Comisión en la protección regional de los derechos y libertades fundamentales radica en la sujeción de la totalidad de los Estados miembros de la OEA a sus diversas competencias –entre ellas la de tramitar y resolver casos individuales–, su estatuto y su reglamento, sin ser necesaria ratificación o adhesión a ningún instrumento internacional de protección a los derechos humanos. Para aquellos Estados que no sean parte de la Convención Americana, el marco de actuación de la Comisión está determinado por la Carta de la OEA y su Estatuto y el instrumento jurídico de aplicación es la Declaración Americana de 1948.

Es decir, la existencia de la CIDH es previa a la entrada en vigor de la Convención, habiendo sido incorporada al texto de la misma, en la segunda parte, al establecer los medios de protección: la CIDH y la Corte IDH, a los que declara órganos

⁵⁵ Resolución VII de la Quinta Reunión Extraordinaria de Ministros de Relaciones Exteriores, realizada en Santiago de Chile en 1959. Corresponde tener presente que la Carta originaria de la OEA no preveía ningún órgano específico en materia de derechos humanos.

⁵⁶ OEA. Art. 106 de la Carta, IX Conferencia Internacional Americana, Bogotá, 30/04/1948; OEA. Art. 1 del Estatuto del Consejo Permanente, Washington, 2002; CIDH. art. 1 del Reglamento, Washington, 2009.

competentes "para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados partes de la Convención"⁵⁷. En su primera parte, la Convención Americana establece los deberes de los Estados y los derechos protegidos por dicho tratado.

Asimismo, la CADH es instrumento rector del sistema interamericano por la amplitud de los derechos protegidos. Si bien se refiere principalmente a los derechos civiles y políticos, la consagración de los derechos económicos, sociales y culturales del art. 26 fue objeto de un tratamiento posterior especial a través del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador"⁵⁸.

2.3. La Corte Interamericana de Derechos Humanos como intérprete auténtica y final de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

La Corte IDH es intérprete auténtica de la CADH por ser el órgano judicial permanente creado por la propia Convención⁵⁹ para su interpretación y aplicación. La autenticidad impacta hacia los ordenamientos jurídicos internos en cuanto los Estados que han ratificado la Convención tienen la obligación de aplicarla tal como rige y es interpretada por los órganos internacionales, la Corte IDH y la CIDH. Los Estados son los responsables primarios del cumplimiento a nivel interno de la CADH y demás instrumentos que conforman el sistema interamericano; cumplimiento que debe efectuarse de conformidad con la exégesis o pautas de interpretación dadas por los órganos regionales de protección. Afirma Ayala Corao que las sentencias de la Corte Interamericana establecen interpretaciones auténticas de la Convención Americana (y de otros tratados de derechos humanos), las cuales pasan a formar parte integrante de la Convención misma, ya

⁵⁷ CADH. Art. 33

⁵⁸ Adoptado por la Asamblea General de la OEA el 17 de noviembre de 1988 en El Salvador. Argentina aprobó el Protocolo por ley N.º 24.658, sancionada el 19 de junio de 1996.

⁵⁹ La Corte IDH fue creada con la CADH en 1969 y comenzó a funcionar en 1978 conjuntamente con la entrada en vigencia de la misma.

que en lo sucesivo esta debe ser leída conforme a la interpretación establecida en dichas decisiones”⁶⁰.

Asimismo, el Tribunal interamericano es intérprete final de la Convención por ser sus fallos definitivos e inapelables⁶¹. Además, su principal labor consiste en intervenir ante la falta de reconocimiento y protección de los derechos humanos y libertades fundamentales a nivel interno, analizando la adecuación de las reglas jurídicas domésticas con los preceptos consagrados por la Convención. Ello implica admitir, tal como se desarrollará al abordar la doctrina del control de convencionalidad, la plena vigencia de un orden jurídico supranacional y, en consecuencia, el bien común regional como un valor superior al bien común nacional.

La Corte IDH ejerce una competencia contenciosa y otra consultiva. La primera rige para aquellos Estados que la han aceptado expresamente e implica la posibilidad de juzgar y eventualmente establecer la responsabilidad internacional de los Estados partes de la CADH, ante casos de violaciones a sus disposiciones y a la de otros tratados del sistema interamericano⁶².

Sólo los Estados partes y la CIDH, previo agotamiento del procedimiento previo, tienen derecho de acceder en forma directa a la Corte⁶³ mediante la presentación de una demanda. Recién efectuada la misma, las personas adquieren participación en el procedimiento ante la Corte. Es decir que ni la víctima ni ninguna otra persona tiene legitimación directa para demandar a un Estado ante la Corte IDH. Sin embargo, la adopción del cuarto Reglamento de la Corte IDH del año 2000 implicó reconocer a las presuntas víctimas, sus familiares o sus representantes debidamente acreditados, la participación directa, plena y autónoma (*locus standi in judicio*) en todas las etapas ante el Tribunal, con excepción de la presentación de la demanda⁶⁴.

⁶⁰ AYALA CORAO, Carlos M. La ejecución de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Estudios Constitucionales, 5(1): 134, 2007.

⁶¹ CADH. Art. 67.

⁶² La Corte ejerce además competencia respecto a la aplicación e interpretación de otros tratados que integran el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, como por ejemplo la Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Convención de Belem do Pará), la Convención interamericana para prevenir y sancionar la tortura o la Convención interamericana sobre desaparición forzada de personas.

⁶³ CADH. Art. 61.1 “Sólo los Estados Partes y la Comisión tienen derecho a someter un caso a la decisión de la Corte”.

⁶⁴ Reglamento aprobado por la Corte IDH en su XLIX período ordinario de sesiones celebrado del 16 al 25 de noviembre de 2000. Art. 23. Participación de las presuntas víctimas 1. Después de admitida la demanda, las presuntas víctimas, sus familiares o sus

Es importante reconocer la eficacia *erga omnes* y no sólo *inter partes*⁶⁵ de las sentencias emitidas por la Corte IDH en ejercicio de su competencia contenciosa, en cuanto la interpretación que el Tribunal regional hace de un determinado derecho resulta luego obligatoria como “norma interpretada” para todos los demás Estados parte de la CADH⁶⁶.

A su vez, la Corte también ejerce una competencia consultiva dando respuestas a toda consulta relativa a la interpretación y aplicación de la CADH y demás tratados e instrumentos que conforman el SIDH. Puede resolver, por medio de opiniones, consultas propuestas por todos los Estados miembros de la OEA, no sólo por los Estados partes de la Convención, y por cualquiera de los órganos principales de dicha organización. También, es posible que la Corte opine en torno a la conformidad de leyes nacionales o proyectos legislativos propuestos por los diferentes Estados.

Es de destacar el valor vinculante de las opiniones consultivas de la Corte al ser cada vez mayor la recepción de las mismas por parte de los órganos nacionales. En los últimos años, la propia Corte IDH se ha manifestado en dicho sentido al sostener que:

(...) “estima necesario que los diversos órganos del Estado realicen el correspondiente control de convencionalidad, también sobre la base de lo que señale en ejercicio de su competencia no contenciosa o consultiva, la que innegablemente comparte con su competencia contenciosa el propósito del sistema interamericano de derechos humanos, cual es, “la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos”⁶⁷.

Finalmente, merece atención que nuestro país aceptó la competencia de la Corte IDH desde la ratificación de la Convención en 1984, para intervenir en asuntos en que Argentina sea demandada, como así también, asumió la obligación de cumplir con las resoluciones dictadas por el Tribunal interamericano, tanto las que dicte en asuntos contenciosos, como en las opiniones que emita en respuesta a consultas dirigidas por los distintos actores del sistema. De esta manera, se consiente que sea la Corte IDH la intérprete auténtica y final de los instrumentos de protección vigentes en nuestra región.

representantes debidamente acreditados podrán presentar sus solicitudes, argumentos y pruebas en forma autónoma durante todo el proceso.

⁶⁵ CADH. Art. 68.1: “Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes”.

⁶⁶ De allí la lógica del artículo 69 del Pacto que obliga a notificar el fallo no sólo a las partes en el caso, sino también al resto de los Estados partes en la Convención a fin que estos también tomen conocimiento del caso tratado y en adelante ajusten sus interpretaciones domésticas conforme la orientación señalada por la Corte.

⁶⁷ Corte IDH. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional, Opinión Consultiva OC-21/14, 19/08/2014, pár. 31.

3. El proceso de nacionalización –internalización– de los derechos humanos.

Consagrada la positivización internacional de los derechos fundamentales de las personas, los Estados asumen la responsabilidad primaria de garantizar y proteger efectivamente la tutela de los derechos humanos a nivel interno. Así, el proceso de nacionalización resulta ser la consecuencia necesaria de la internacionalización. Al decidir soberanamente la recepción de los instrumentos internacionales de protección, los Estados aceptaron la obligación de dotar de plena vigencia interna a los derechos y garantías consagrados en los mismos y, tal como se analizará al abordar el control de convencionalidad, de compatibilizar el funcionamiento de la totalidad del orden jurídico nacional con los estándares internacionales de protección.

La nacionalización de los derechos humanos explica el carácter complementario y subsidiario de los sistemas internacionales de protección respecto de los establecidos por el derecho interno, en el sentido de que tanto en el interés de la víctima de una lesión a sus derechos, como en el del Estado involucrado en el caso, está que la situación pueda restablecerse y los daños repararse a través de los medios que proporciona el derecho interno, y que sólo en caso de que estos fracasen, no existan o sean ilusorios, se puede acudir a la protección internacional.

Es decir, el papel esencial de protección corresponde al derecho interno, pero necesariamente a partir de trasladar al “conjunto de la experiencia nacional”⁶⁸ el plexo normativo e interpretativo que los Tratados imponen. Desde el propio preámbulo, la CADH declara que la protección internacional es coadyuvante o complementaria de la ofrecida por el derecho interno. Al respecto, Faúndez Ledesma (1996) sostiene que:

(..) “la existencia de órganos internacionales de protección de los derechos humanos obedece a la necesidad de proporcionar una instancia a la que el individuo pueda recurrir cuando sus derechos hayan sido violados por los órganos o agentes del Estado; pero los órganos internacionales, previstos para supervisar el respeto de las obligaciones asumidas por los Estados en esta materia, no pueden

⁶⁸ Corte IDH. Tibi v. Ecuador. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, voto razonado del juez García Ramírez, 07/09/2004, pár. 6.

sustituir a las instancias nacionales en la labor de investigar la comisión de actos delictivos, ni mucho menos en la misión de juzgar y sancionar a quienes resulten responsables de los mismos”⁶⁹.

3.1. Recepción convencional de los derechos humanos en Argentina a partir de la reforma constitucional de 1994.

La ratificación de los tratados de derechos humanos pone de manifiesto la voluntad del Estado de receptar dichos instrumentos, reconociéndoles y respetando su propia esencia; es decir, el orden internacional. Tal como sostienen Trucco y Arredondo (2020), se considera un “error”, que hay que tratar de evitar, sostener que los tratados han sido “incorporados a la Constitución”, que los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional “son la Constitución”. Lo correcto sería afirmar que lo que realizó el constituyente fue un acto de “recepción constitucional” de los tratados ya vigentes por entonces, pero respetando su fuente internacional. Esta aclaración permitirá comprender que los instrumentos de derechos humanos dotados de jerarquía constitucional tienen sus propios intérpretes auténticos y finales: los órganos y tribunales internacionales⁷⁰.

En nuestro país, la recepción convencional de los derechos humanos operó por vía de su constitucionalización a partir de la reforma de 1994. Según Sagüés, las tesis de la “constitucionalización”, con un promisorio desarrollo actual, intenta satisfacer tanto la necesidad de afianzar los derechos humanos de fuente internacional con muy alto nivel jurídico (rango constitucional), como los apetitos nacionales de soberanía, ya que esa decisión es adoptada por el constituyente local⁷¹.

Además, dicha enmienda constitucional consolidó el creciente proceso de internalización de los derechos humanos que venía operando en la jurisprudencia de nuestro máximo Tribunal, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), y causó un fuerte impacto en el sistema de fuentes del derecho interno (ampliándolas), en el principio

⁶⁹ FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor. El sistema interamericano de protección de los Derechos Humanos: aspectos institucionales y procesales. San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1996, pág. 26.

⁷⁰ TRUCCO, Marcelo y ARREDONDO, Ricardo. Las relaciones entre el DIP y el DI. En: ARREDONDO, Ricardo. Curso de Derecho Internacional Público. Buenos Aires, Editorial Ad Hoc, 2020.

⁷¹ SAGÜÉS, Néstor P. Mecanismos de incorporación de los tratados internacionales sobre derechos humanos, al derecho interno, op. cit., pág. 52.

de supremacía constitucional y en el carácter de la Corte nacional como tribunal supremo del país.

3.1.1. Jerarquía constitucional. El artículo 31 y su relectura a la luz del artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional.

El art. 75 inc. 22 resolvió, hacia adentro del bloque federal establecido en el art. 31 de la Constitución histórica de 1853, una extensa controversia acerca de la primacía de las leyes sobre los tratados (doctrina dualista) o de estos sobre aquellas (doctrina monista). El art. 31 establece: “Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación”.

Con anterioridad a la reforma constitucional de 1994, no existía fundamento normativo para acordar superioridad a los tratados sobre las leyes o viceversa. La CSJN sostenía que “entre las leyes y los tratados no existe prioridad de rango y rige respecto de ambas clases de normas, en cuanto integrantes del ordenamiento jurídico interno de la República, el principio de que la ley posterior deroga a la anterior”⁷². Sin embargo, la mayoría de los tribunales nacionales sostenían la doctrina dualista con preferencia de la ley por sobre los tratados, atento que la Corte también afirmaba que las normas provenientes de tratados internacionales no eran de aplicación inmediata, siendo de carácter programático y no operativas. No obstante, con la entrada en vigor en nuestro país de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados⁷³ (CVDT), la doctrina y la jurisprudencia comenzaron a adherir definitivamente al criterio monista, fundándose, especialmente, en el art. 26 que consagra el principio *pacta sunt servanda*, es decir, que los tratados obligan a las partes y deben ser cumplidos por ellas de buena fe, y el art. 27 que prohíbe a los Estados invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Sin embargo, el cambio sustancial se produjo en el año

⁷² CSJN. S.A. Petrolera Argentina ESSO c/ Nación Argentina s/ Repetición, 05/06/1968, Fallos 271:7.

⁷³ Ley nacional N.º 19.865. Poder Ejecutivo Nacional, Buenos Aires, Argentina. 03/10/1972.

1992 en el caso “Ekmekdjian v. Sofovich”⁷⁴ resuelto por la Corte Suprema, el que significó la consagración de la doctrina monista y el abandono definitivo de la dualista.

La reforma constitucional de 1994, a través de la incorporación del art. 75 inc. 22, resolvió expresamente la cuestión de la jerarquía de los tratados internacionales en el derecho interno. Sostiene Sagüés que la Constitución da rango o jerarquía de norma constitucional a uno o más pactos internacionales, que por supuesto pasan entonces a formar parte del derecho interno por voluntad del poder constituyente nacional. En sentido estricto, técnicamente hablando, el tratado no forma parte aquí de la Constitución, pero sí “vale” como el texto constitucional⁷⁵.

El párrafo primero del art. 75 inc. 22 establece que le corresponde al Congreso de la Nación “aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes”. Es decir, la Constitución determina que todo tratado internacional tiene prioridad sobre las leyes nacionales; son supralegales.

En el párrafo segundo, el art. 75 inc. 22 declaró la jerarquía constitucional de una serie de tratados sobre derechos humanos⁷⁶, en las condiciones de su vigencia, estableciendo que no derogan artículo alguno de la primera parte de la Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos.

En efecto, la recepción con jerarquía constitucional de los instrumentos de derechos humanos no puede menoscabar lo prescripto en la primera del texto constitucional y deben

⁷⁴ CSJN. Ekmekdjian, Miguel Angel c/ Sofovich, Gerardo y otros s/ Recurso de hecho, 07/07/1992, Fallos 315:1492.

⁷⁵ SAGÜÉS, Néstor P., op. cit., pág. 47.

⁷⁶ La Constitución otorgó jerarquía constitucional a las Declaraciones, Pactos y Convenciones más importantes que hasta ese momento había ratificado nuestro país. El art. 75 inc. 22 refiere: La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, la Convención sobre los Derechos del Niño en las condiciones de vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo de la primera parte de la Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada cámara.

estar siempre conformes con los principios establecidos en la Constitución⁷⁷. En este sentido, la CSJN ha entendido que “no derogan” significa que “no han derogado” y ello en razón de que los convencionales constituyentes, al otorgar jerarquía constitucional a los tratados de derechos humanos, ya habían efectuado el examen de compatibilidad entre estos y la CN, por lo que no quedaba más que armonizarlos en los casos concretos en los que se alegaran derechos con fundamento en las normas convencionales o en las constitucionales. En efecto, los constituyentes han efectuado un juicio de comprobación en virtud del cual han cotejado los tratados y los artículos constitucionales y han verificado que no se produce derogación alguna, por lo cual la armonía o concordancia entre los tratados y la Constitución es un juicio del constituyente que los poderes constituidos no pueden discutir⁷⁸.

Asimismo, el párrafo segundo agrega que sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada cámara.

Por su parte, el párrafo tercero del mencionado artículo estableció las condiciones calificadas para que otros tratados y convenciones sobre derechos humanos adquieran en el futuro jerarquía constitucional: luego de ser aprobados por el Congreso deben requerir el voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada cámara para gozar de la jerarquía constitucional⁷⁹.

Como se advierte, la reforma constitucional de 1994 resolvió las controversias generadas en relación a la gradación jerárquica de los tratados de derechos humanos en el derecho interno de manera consecuente con los compromisos internacionales asumidos por el Estado. Ahora bien, debe considerarse que cuando se trata de garantizar y proteger derechos humanos el principio de jerarquía constitucional funciona de manera particular, en el sentido de la especial importancia que reviste el principio pro persona como criterio de preferencia y armonización entre las normas del derecho interno y los tratados

⁷⁷ Ello fue aclarado por la CSJN en diversos fallos: *Servini de Cubría*, *Fibracca*, *Serra*, *Hagelin*, *Artigue*, *Cafés La Virginia*, *Giroldi*, *Esposito*, *Simón y Mazzeo*, entre otros.

⁷⁸ Los primeros fallos en los que la CSJN sostiene esta posición son *Monges*, *Analía M. c/ UBA*, 26/12/1996; *Petric Domagoj Antonio c/ Diario Página 12*, 16/04/1998, Fallos 321:885.

⁷⁹ Hasta el momento han recibido “jerarquía constitucional” por parte del Poder Legislativo en virtud del mecanismo constitucional del art. 75 inc. 22 tres tratados de derechos humanos: la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (1997), la Convención sobre la imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y Crímenes de Lesa Humanidad (2003) y la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2014).

internacionales. Sostiene Sagüés (2006) que un derecho internacional de los derechos humanos mucho más actualizado y prácticamente aceptado hoy día, propone la primacía del “mejor derecho”, en el sentido de hacer prevalecer la regla más favorable al individuo (principio pro persona), sea esa norma doméstica o internacional. Este postulado es una directriz tanto de preferencia de normas como de preferencia de interpretaciones⁸⁰.

3.1.2. Las condiciones de vigencia de los tratados de derechos humanos.

Según el art. 75 inc. 22 de la CN los tratados de derechos humanos que adquirieron o adquieran jerarquía constitucional “rigen en las condiciones de su vigencia”. Ello significa que los tratados de derechos humanos tienen jerarquía constitucional en el derecho interno tal y como rigen en el ordenamiento jurídico internacional o regional al que pertenecen. Es decir, deben ser aplicados de conformidad a la interpretación y aplicación que realizan sus órganos propios, por ser ellos los intérpretes finales y auténticos. En el caso de la Convención Americana, las pautas centrales serán las derivadas de la jurisprudencia de la Corte IDH, en tanto intérprete último de este tratado.

En tal sentido, la CSJN en el caso Girolodi afirma que “las condiciones de vigencia” significa que los órganos internos deben atender, al aplicar la Convención, al modo en que la misma efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales⁸¹. Sin embargo, la Corte volvió a reiterar lo sostenido en el precedente Ekmekdjian v. Sofovich⁸² en cuanto que la naturaleza de la jurisprudencia internacional se limitaba a la de simple “guía” para la interpretación de los preceptos convencionales.

Posteriormente, en el caso Mazzeo⁸³, la Corte Suprema, con cita del fallo de la Corte IDH en el caso Almonacid Arellano, avanzó hacia la consolidación de la obligatoriedad para el Estado argentino de observar la Convención Interamericana tal como es interpretada y aplicada por la Corte IDH.

⁸⁰ SAGÜÉS, Néstor P. La interpretación judicial de la Constitución, 2º ed., Buenos Aires, Lexis Nexis, 2006, págs. 211-212.

⁸¹ CSJN. Girolodi, Horacio David y otro s/ recurso de casación, causa N.º 32/93, 07/04/1995, Fallos 318:514, consid. 12.

⁸² CSJN. Ekmekdjian c/ Sofovich, op. cit.

⁸³ CSJN. Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ Recurso de Casación e Inconstitucionalidad, 13/07/2007, Fallos 330:3248.

Tal como se abordará en el Capítulo III del presente trabajo, el precedente Almonacid Arellano del año 2006 implicó la formulación de la doctrina del control de convencionalidad determinando, con su progresivo desarrollo, la obligatoriedad de su ejercicio a nivel interno por parte de los tres poderes del Estado, en el ámbito de sus respectivas competencias.

3.1.2.1. Internalización espontánea y operatividad de las normas convencionales.

La internalización espontánea de las normas convencionales determina la obligación primaria a cargo de los Estados de incorporar de oficio, en cada una de sus esferas de actuación, dicha normativa y los respectivos criterios interpretativos de protección. Como se ha sostenido, en la lógica del sistema americano de derechos humanos reside la idea de que los criterios construidos en su seno deben trasladarse, en la forma y términos que provea el derecho interno, a las leyes nacionales, a los criterios jurisdiccionales domésticos, a los programas específicos en este campo y a las acciones cotidianas que el Estado despliega en materia de derechos humanos; trasladarse, en fin, al conjunto de la experiencia nacional⁸⁴.

Sobre esta idea se sustenta la complementariedad y subsidiariedad del sistema interamericano, en cuanto aspira a lograr que la efectiva vigencia de los derechos humanos derive de una acción espontánea de los Estados en sus prácticas cotidianas y no en la declaración de responsabilidad internacional. Así, se ha sostenido que ambas modalidades –acción directa y responsabilidad internacional– no son, por cierto, excluyentes: la responsabilidad internacional tiende a asegurar la protección, o al menos la reparación, cuando esa acción estatal no ha funcionado, y posee la fundamental gravitación de dotar a la Convención de eficacia jurídica invocable ante un tribunal supranacional⁸⁵. En efecto, son los Estados los gestores esenciales del sistema de protección, y no estrictamente los órganos instituidos en la Convención, y, por ende, los principales responsables de dotar de plena efectividad a los derechos convencionales.

⁸⁴ Corte IDH. Tibi vs. Ecuador, voto razonado del juez García Ramírez, op. cit., pár. 6.

⁸⁵ GELLI, María A. Las reparaciones simbólicas por la violación estatal de los derechos humanos. *La Ley*, 2007-B, 351.

En este sentido, Gutiérrez Colantuono (2009) sostiene que la garantía internacional de protección pasa a encontrar en los órganos internos de cada Estado parte a sus actores principales, desde el entendimiento que –en la tétesis de lograr la vigencia efectiva y cotidiana del sistema frente a las personas, concebidas como sus sujetos esenciales– no alcanza con instituir órganos supranacionales que protejan por vía de la responsabilidad internacional los derechos reconocidos por los tratados. Es imprescindible que esa protección subsidiaria se vea acompañada –en rigor, precedida– por una incorporación cultural y hermenéutica que asegure el acatamiento directo de cada Estado parte⁸⁶.

De esta manera, a través de la internalización espontánea de las normas convencionales el Estado previene violaciones a los derechos humanos, evitando tener que asumir la eventual responsabilidad internacional. En este sentido, y tal como se desarrollará en el presente trabajo, el control de convencionalidad a cargo del Poder Ejecutivo es la herramienta que permite prevenir avasallamientos por parte del poder público, evitando la intervención del órgano judicial, garantizar el reconocimiento de los derechos y libertades de los administrados y, en definitiva, concretar el principio de la tutela administrativa efectiva.

Asimismo, la incorporación espontánea de las normas convencionales requiere considerar que las mismas son, en principio, plenamente operativas. Al respecto, la Corte IDH ha sostenido que los derechos que se encuentran contenidos en el Pacto de San José de Costa Rica deben considerarse en general operativos en cuanto a su aplicación; y que, respecto de los derechos no operativos, cualquier tipo de norma jurídica que adopte un Estado (ley formal o material) es válida para hacerlos operativos⁸⁷. Además, respecto de las disposiciones evidentemente programáticas debe tenerse presente que las mismas, de modo alguno autorizan al poder público para actuar en contra de su realización, pues ninguna disposición de la Convención puede ser interpretada en el sentido de “permitir a alguno de los Estados partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención, o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella⁸⁸. En tal sentido, la Corte IDH ha dicho que para restringir los derechos establecidos en la Convención Americana, sólo es válido hacerlo conforme a las previsiones del Pacto de San José de Costa Rica, y por medio de leyes en el sentido formal de la expresión; esto es

⁸⁶ GUTIÉRREZ COLANTUANO, Pablo. Administración Pública, Juridicidad y Derechos Humanos. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009, págs. 6-7.

⁸⁷ Corte IDH. Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta, Opinión Consultiva OC-7/86, 29/08/1986.

⁸⁸ CADH. Art. 29.a

normas jurídicas emanadas de los órganos habilitados y a través de los procedimientos constitucionales establecidos al efecto⁸⁹.

⁸⁹ Corte IDH. La expresión Leyes en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-6/86, 09/05/1986.

CAPÍTULO II

LAS OBLIGACIONES ASUMIDAS POR EL ESTADO PARA LA TUTELA EFECTIVA DE LOS DERECHOS HUMANOS

SUMARIO: 1. Las obligaciones de respeto y garantía de los derechos humanos a cargo del Estado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. 2. La obligación del Estado de adoptar disposiciones de derecho interno.

1. Las obligaciones de respeto y garantía de los derechos humanos a cargo del Estado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Como consecuencia del proceso histórico de humanización del derecho internacional, que implicó reconocer a la persona humana como sujeto de la comunidad internacional y su dignidad inherente como centro de protección, los Estados, en ejercicio de la facultad soberana de ratificar tratados, asumieron obligaciones para asegurar efectivamente los derechos humanos consagrados en dichos instrumentos. Estas obligaciones, al encontrarse contempladas en tratados sobre derechos humanos, son esencialmente distintas de las obligaciones que surgen de los demás compromisos internacionales celebrados entre Estados. Son obligaciones de naturaleza objetiva, que no establecen derechos y deberes recíprocos entre los Estados, sino de estos para con las personas sujetas a su jurisdicción⁹⁰; es decir, existe una ausencia de reciprocidad cuando los Estados firman, ratifican o se adhieren a los tratados internacionales en materia de derechos humanos⁹¹.

En este sentido, Turyn (2013) afirma que los tratados sobre derechos humanos, dentro de los cuales se enmarca la CADH, no son los típicos tratados entre Estados de tipo sinalagmático en donde existe una concesión recíproca de derechos y obligaciones entre Estados parte, sino más bien, existen derechos reconocidos a las personas frente al Estado y obligaciones a cargo de estos para con los individuos⁹². Al respecto, la Corte IDH sostiene que “los tratados modernos sobre derechos humanos, en general, y, en particular,

⁹⁰ No obstante, la CADH en su art. 45 prevé la posibilidad de que un Estado parte presente una comunicación ante la Comisión contra otro Estado, siempre que ambos hayan reconocido la referida competencia de la Comisión mediante una declaración especial a tal efecto; a pesar de su reconocimiento por algunos Estados, dicha competencia no ha sido utilizada de manera específica. Asimismo, los arts. 61 y 62 admiten que un Estado demande a otro ante la Corte, con la condición de que los dos Estados parte hayan aceptado como obligatoria y de pleno derecho la competencia del Tribunal. Esta aceptación puede ser incondicional o bajo condición de reciprocidad con el Estado demandante. Argentina reconoció la competencia de la CIDH y de la Corte IDH por tiempo indefinido y bajo condición de estricta reciprocidad.

⁹¹ QUEL LÓPEZ, F. La protección internacional de los derechos humanos. Aspectos generales. En: FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANI, Carlos (coord.). Derecho Internacional de los Derechos Humanos, 3º ed., España, Editorial Dilex, 2007, pág. 101.

⁹² TURYN, Alejandro. Enumeración de Deberes. En: ALONSO REGUEIRA, Enrique M (director). Convención Americana sobre Derechos Humanos y su proyección en el Derecho Argentino”, Argentina, Buenos Aires, La Ley Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho, 2013, págs.1-19.

la Convención Americana, no son tratados multilaterales de tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción”⁹³.

Así, las obligaciones asumidas por el Estado en el marco de la CADH, reflejadas en normas positivas, implican una clara limitación al ejercicio arbitrario del poder estatal con el fin de asegurar la protección interna y efectiva de los derechos humanos a todas las personas sujetas a su jurisdicción. No obstante, y tal como sostiene Cançado Trindade (1994) en relación a la exigencia de cumplimiento interno de las obligaciones derivadas del sistema interamericano, la aplicación de la normativa internacional tiene el propósito de perfeccionar, y no desafiar, la normativa interna, en beneficio de los seres humanos protegidos⁹⁴.

Asimismo, estas obligaciones de derechos humanos, que se extienden a la totalidad de los órganos que componen el Estado, determinan que al ser incumplidas se comprometa su responsabilidad internacional. Responsabilidad que, como se estudiará oportunamente, puede ser imputada en forma directa cuando los agentes estatales actúen en contra de lo establecido en la Convención Americana, e indirecta, cuando los mismos agentes omitan actuar frente a conductas de particulares que resultan violatorias de los derechos humanos reconocidos en el Pacto.

Sin embargo, y no obstante ser el Estado el principal obligado en materia de derechos humanos y responsable por sus violaciones, también se reconoce una obligación de respetar los derechos fundamentales con plena vigencia entre particulares. Al respecto, la Corte IDH ha sostenido que existe una obligación de respeto de los derechos humanos entre particulares. Esto es, de la obligación positiva de asegurar la efectividad de los derechos humanos protegidos, que existe en cabeza de los Estados, se derivan efectos en

⁹³ Corte IDH. El efecto de las Reservas sobre la Entrada en Vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC 2/82, 24/09/1982, pár. 29.

⁹⁴ CANÇADO TRINDADE, Antônio A. Reflexiones sobre el futuro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. En: MÉNDEZ, J. y COX, F. (Eds.). El futuro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. San José, IIDH, 1994, pág. 585.

relación con terceros (*erga omnes*). Dicha obligación ha sido desarrollada por la doctrina jurídica y, particularmente, por la teoría del *Drittwirkung*, según la cual los derechos fundamentales deben ser respetados tanto por los poderes públicos como por los particulares en relación con otros particulares⁹⁵.

Cançado Trindade, al referirse a las obligaciones *erga omnes* de protección de la persona humana, distingue dos dimensiones: una horizontal (obligaciones debidas a todos los Estados parte, y, en una instancia, a la comunidad internacional como un todo), y otra vertical (obligaciones oponibles a todos, tanto los agentes del poder público, como los simples particulares). De ahí su carácter *erga omnes*, abarcando todas las relaciones humanas, tanto *vis-à-vis* el poder público como en el plano interindividual, y maximizando así la protección debida a la persona humana. De ese modo, se impone el reconocimiento de los efectos de la normativa internacional de protección de los derechos humanos *vis-à-vis* terceros (el *Drittwirkung*), sin el cual las obligaciones convencionales de protección, consagradas en los tratados de derechos humanos, se reducirían a poco más que letra muerta⁹⁶.

Ahora bien, merece especial atención que el grado de cumplimiento de las obligaciones asumidas por el Estado para la tutela efectiva de los derechos humanos y el deber de observancia interna de las mismas en cada uno de sus actos, determina el compromiso necesario e ineludible a cargo de los tres poderes del Estado de considerar la vigencia del bien común regional como valor superior al bien común nacional, en el sentido de que los tratados de derechos humanos no sólo establecen derechos para las personas y obligaciones para los Estados partes, sino que, en realidad, consagran un sistema para proteger la dignidad humana que constituye un verdadero orden público internacional, cuyo mantenimiento debe ser de interés de todos los Estados que participan del sistema⁹⁷.

La CADH, en su art. 1.1, establece las obligaciones de los Estados partes de respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y garantizar su libre y pleno ejercicio

⁹⁵ Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados, Opinión Consultiva OC-18/03, 17/09/03, pár. 140.

⁹⁶ CANÇADO TRINDADE, Antônio A. Hacia el nuevo Derecho Internacional para la persona humana: manifestaciones de la humanización del Derecho Internacional, Revista da Faculdade de Direito da UFMG (50):44-61), ene. - jul., 2007.

⁹⁷ MEDINA QUIROGA, Cecilia. Las obligaciones de los Estados bajo la Convención Americana sobre Derechos Humanos.[en línea] La Corte Interamericana de Derechos Humanos Un cuarto de Siglo: 1979 – 2004, año 2005 <<https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuarto-siglo.pdf>> [consulta:10/10/2020]

a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna. Estas obligaciones constituyen el fundamento genérico de la protección internacional de los derechos humanos, son de exigibilidad inmediata y, por tanto, tienen operatividad directa en la totalidad del ordenamiento jurídico interno. Al analizar dicho precepto, Nogueira Alcalá (2012) sostiene que las obligaciones contenidas en el Derecho Convencional Internacional y particularmente las referidas a derechos humanos, constituyen para todos los jueces nacionales “derecho directamente aplicable y con carácter preferente a las normas jurídicas legales internas, ya que el propio ordenamiento jurídico hace suyo los artículos 36 y 31.1, por una parte y el 27 de la CVDI, por otra; los primeros determinan la obligación de cumplir de buena fe las obligaciones internacionales (*Pacta Sunt Servanda* y *Bonna Fide*), el artículo 27, a su vez, establece el deber de no generar obstáculos de derecho interno al cumplimiento de las obligaciones internacionales⁹⁸”.

La Corte IDH ha desarrollado especialmente el contenido, los alcances y consecuencias de dichas obligaciones generales del Estado, siendo su jurisprudencia una herramienta indispensable para la debida observancia. En el año 1988, al dictar su primera sentencia sobre el fondo en el caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, el Tribunal interamericano sostuvo que el art. 1.1 era fundamental para determinar si una violación de los derechos humanos reconocidos por la Convención pudiera ser atribuida a un Estado parte. En efecto, dicho artículo pone a cargo de los Estados partes los deberes fundamentales de respeto y de garantía, de tal modo que todo menoscabo a los derechos humanos reconocidos en la Convención que pueda ser atribuido, según las reglas del derecho internacional, a la acción u omisión de cualquier autoridad pública, constituye un hecho imputable al Estado que compromete su responsabilidad en los términos previstos por la misma Convención⁹⁹.

Asimismo, las obligaciones de respeto y garantía son complementarias de los derechos sustantivos consagrados en la Convención, lo que significa que toda vulneración de los mismos implica también la violación de dichas obligaciones generales. En este sentido, la Corte afirmó que el art. 1.1 contiene la obligación contraída por los Estados partes en relación con cada uno de los derechos protegidos, de tal manera que toda pretensión de que se ha lesionado alguno de esos derechos, implica necesariamente la de

⁹⁸ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. Los desafíos del control de convencionalidad del corpus iuris interamericano para los tribunales nacionales, en especial, para los tribunales constitucionales. En: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coord.). El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales, México, Fundap, 2012, pág. 332.

⁹⁹ Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Fondo, 29/07/1988, pár. 164.

que se ha infringido también el artículo 1.1 de la Convención¹⁰⁰. Así, las obligaciones de respeto y garantía deberán estar presentes en cada derecho o libertad consagrada internacionalmente, dado que esas no son obligaciones autónomas; sino que se aplican respecto del análisis de cada derecho o libertad consagrados en la Convención Americana en casos concretos y respecto de titulares de derechos específicos, lo que exige un esfuerzo hermenéutico para determinar el contenido y alcance de estos derechos a la luz de las obligaciones particulares¹⁰¹.

1.1. La obligación de respeto.

La obligación de respetar los derechos humanos y libertades fundamentales es una obligación de carácter negativo –no hacer– que impone al Estado el deber de abstenerse de vulnerar u obstaculizar el libre y pleno ejercicio de tales derechos y libertades. Gros Espiell (1991) define la obligación de respeto como “la obligación del Estado y de todos sus agentes, cualquiera que sea su carácter o condición, de no violar, directa ni indirectamente, por acciones u omisiones, los derechos y libertades reconocidos en la Convención”¹⁰². Medina y Mera (1996) señalan que la obligación de respetar exige que el Estado y sus agentes no violen los derechos humanos establecidos¹⁰³. Por su parte, Nash Rojas sostiene que la obligación de respeto consiste en cumplir directamente con la norma establecida, ya sea absteniéndose de actuar o dando una prestación¹⁰⁴.

La vigencia de la obligación de respeto, en cuanto límite a la facultad de actuación del Estado, encuentra fundamento directo en lo expresado por la Corte IDH en el sentido de que:

¹⁰⁰ *Ibidem*, pár. 162.

¹⁰¹ NASH ROJAS, Claudio. El Sistema Interamericano de Derechos Humanos en acción. Aciertos y desafíos. México, Ed. Porrúa, 2009, pág. 38.

¹⁰² GROS ESPIELL, Héctor. La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos. Análisis comparativo. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1991, pág. 65.

¹⁰³ MEDINA QUIROGA, Cecilia y MERA, Jorge (eds.). Sistema Jurídico y Derechos Humanos. El Derecho Nacional y las obligaciones internacionales de Chile en materia de Derechos Humanos. Santiago, Sociedad de Ediciones Universidad Diego Portales, 1996, pág. 43.

¹⁰⁴ NASH ROJAS, Claudio, op. cit, pág. 30.

(...)“la protección a los derechos humanos, en especial los derechos civiles y políticos recogidos en la Convención, parte de la afirmación de la existencia de ciertos atributos inviolables de la persona humana que no pueden ser legítimamente menoscabados por el ejercicio del poder público. Se trata de esferas individuales que el Estado no puede vulnerar o en las que sólo puede penetrar limitadamente. Así, en la protección a los derechos humanos, está necesariamente comprendida la noción de la restricción al ejercicio del poder estatal”¹⁰⁵.

Posteriormente, y en igual sentido, la Corte sostuvo que el ejercicio de la función pública tiene límites que derivan de que los derechos humanos son atributos inherentes a la dignidad humana y, en consecuencia, superiores al poder del Estado¹⁰⁶. En otra ocasión, dicho Tribunal estableció que:

“El respeto de los derechos humanos constituye un límite a la actividad estatal, lo cual vale para todo órgano o funcionario que se encuentre en una situación de poder, en razón de su carácter oficial, respecto de las demás personas. Es así, ilícita, toda forma de ejercicio del poder público que viole los derechos reconocidos por la Convención (...). La salvaguarda de la persona frente al ejercicio arbitrario del poder público es el objetivo primordial de los derechos humanos”¹⁰⁷.

Puntualmente, y en relación al ámbito de la Administración pública, la Corte IDH afirmó que “en cualquier materia, inclusive en la laboral y la administrativa, la discrecionalidad de la administración tiene límites infranqueables, siendo uno de ellos el respeto de los derechos humanos.”¹⁰⁸; y agregó: “es un derecho humano el obtener todas las garantías que permitan alcanzar decisiones justas, no estando la administración excluida de cumplir con este deber. Las garantías mínimas deben respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier otro procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas”¹⁰⁹.

No obstante, para dar cumplimiento a la obligación de respeto no sólo se requiere una conducta abstencionista por parte del Estado, sino que se demanda también el deber de remover aquellos obstáculos que impidan o dificulten que las personas puedan conocer y, en consecuencia, ejercer sus derechos humanos. En este sentido, la formación y actualización permanente en los estándares internacionales de protección de derechos humanos de los agentes estatales, de modo tal que permitan conocer con exactitud el

¹⁰⁵ Corte IDH. La Expresión “Leyes” en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-6/86, 9/05/1986, pár. 21.

¹⁰⁶ Corte IDH. Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Fondo, op. cit., pár. 164.

¹⁰⁷ Corte IDH. Caso del Tribunal Constitucional vs Perú. Fondo, Reparaciones y Costas, 31/01/2001, pár. 89.

¹⁰⁸ Corte IDH. Caso Baena, Ricardo y otros vs. Panamá. Fondo, Reparaciones y Costas, 2/2/2001, pár. 126.

¹⁰⁹ *Ibíd*em, pár. 127.

alcance de las obligaciones a cargo, constituye el primer eslabón y una herramienta esencial que permitirá concretar el cumplimiento de la obligación de respeto y la tutela efectiva de los derechos humanos.

1.2. La obligación de garantía

Esta obligación, que complementa activamente la obligación de respeto, exige del Estado la realización de acciones positivas y concretas para hacer posible que todas las personas sujetas a su jurisdicción puedan ejercer y gozar de sus derechos humanos. Es una obligación de carácter positivo que impone al Estado el deber de ejecutar diligentemente todo lo que esté a su alcance para garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos y libertades fundamentales. El Estado incumple con la obligación de garantía cuando deja de actuar, teniendo el deber y las posibilidades de hacerlo, ante la violación a un derecho convencional por parte de un tercero o de un propio agente estatal. Gros Espiell sostiene que esta obligación supone el deber de impedir o hacer todo lo racionalmente posible para impedir que se violen los derechos humanos de las personas sometidas a la jurisdicción del Estado por parte de cualquier persona, pública o privada, individual o colectiva, física o jurídica¹¹⁰.

La Corte IDH analizó detalladamente la obligación de garantía, afirmando que esta obligación implica 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. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos¹¹¹.

Asimismo, en su OC 11/90, el Tribunal interamericano sostuvo que “garantizar implica la obligación del Estado de tomar todas las medidas necesarias para “remover” los obstáculos que puedan existir para que los individuos disfruten de los derechos que la

¹¹⁰ GROS ESPIELL, H., op. cit., págs. 65-66.

¹¹¹ Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Fondo, op. cit., pár. 166.

Convención Americana reconoce. Por consiguiente, la tolerancia del Estado a circunstancias o condiciones que impidan a los individuos acceder a los recursos internos adecuados para proteger sus derechos, constituye un incumplimiento a lo dispuesto en el artículo 1.1 del propio Pacto de San José¹¹².

Del análisis efectuado por la Corte, derivan otras obligaciones a cargo del Estado, también abordadas por la jurisprudencia de dicho tribunal:

a. La obligación de prevenir: impone al Estado el deber de adoptar todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito que, como tal, es susceptible de acarrear sanciones para quien las cometa, así como la obligación de indemnizar a las víctimas por sus consecuencias perjudiciales¹¹³. Es una obligación de medios y no de resultados, por lo que su incumplimiento no se demuestra por el solo hecho de que un derecho humano haya sido violado, sino que será necesario probar que la violación se podía prevenir por parte del Estado, y no lo hizo¹¹⁴. La Corte IDH ha determinado que un Estado no puede ser responsable por cualquier violación de derechos humanos cometida entre particulares dentro de su jurisdicción; sus deberes de adoptar medidas de prevención y protección de los particulares en sus relaciones entre sí se encuentran condicionados al conocimiento de una situación de riesgo real e inmediato para un individuo o grupo de individuos determinado y a las posibilidades razonables de prevenir o evitar ese riesgo¹¹⁵.

Así, un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte imputable directamente a un Estado, por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la trasgresión, puede producir la responsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por falta de la debida diligencia para prevenir la violación en los términos requeridos por la Convención Americana¹¹⁶.

b. La obligación de investigar: según la Corte IDH esta obligación es, como la de prevenir, una obligación de medio o comportamiento que no es incumplida por el solo

¹¹² Corte IDH. Excepciones al Agotamiento de los Recursos Internos (arts. 46.1, 46.2.a y 46.2.b, Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-11/90, 10/08/1990, pár. 34.

¹¹³ Corte IDH. Caso González y otras (campo algodónero) vs. México, op. cit., pár. 252.

¹¹⁴ Corte IDH. Caso Godínez Cruz Vs. Honduras. Fondo, 20/01/1989, pár. 185.

¹¹⁵ Corte IDH. Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia, 31/01/2006, pár. 123.

¹¹⁶ Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, op. cit., pár. 172.

hecho de que la investigación no produzca un resultado satisfactorio. Debe emprenderse con seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa. Debe tener un sentido y ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios, sin que la autoridad pública busque efectivamente la verdad. Esta apreciación es válida cualquiera sea el agente al cual pueda eventualmente atribuirse la violación, aún los particulares, pues, si sus hechos no son investigados con seriedad, resultarían, en cierto modo, auxiliados por el poder público, lo que comprometería la responsabilidad internacional del Estado¹¹⁷.

La obligación de investigar implica también que las autoridades estatales, al tomar conocimiento de un hecho violatorio de los derechos humanos, deben iniciar *ex officio* y sin dilación, una investigación seria, imparcial y efectiva por todos los medios legales disponibles y orientada a la determinación de la verdad y a la persecución, captura, enjuiciamiento y eventual castigo de todos los autores de los hechos, especialmente cuando estén o puedan estar involucrados agentes estatales¹¹⁸.

Así, la obligación de investigar representa un deber imperativo para el Estado, y lo debe hacer con debida diligencia, imparcialidad y seriedad, de lo contrario, generaría impunidad y, a su vez, permitiría que las violaciones a los derechos humanos se sigan presentando¹¹⁹.

c. La obligación de sancionar: cumplimentada por el Estado la obligación de investigar y, en consecuencia, identificados los responsables de las violaciones a los derechos humanos, surge para el Estado el deber de imponer las sanciones pertinentes. Ha sostenido la Corte IDH que la sanción busca castigar la conducta ilícita y asegurar su valor simbólico, es decir, que sea ejemplarizante para que no se presenten más hechos generadores de violación a los derechos humanos¹²⁰ y, además, fungir como elemento de reparación¹²¹.

d. La obligación de reparar: determinada la vulneración de derechos humanos surge para el Estado el deber de asumir la responsabilidad por tal violación, siendo la reparación adecuada a las víctimas la forma de afrontar efectivamente dicha responsabilidad. La Corte

¹¹⁷ Ibídem, pár. 177.

¹¹⁸ Corte IDH. Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia, op. cit., pár. 143.

¹¹⁹ Corte IDH. Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala. Fondo, 25/11/2000, pár. 212.

¹²⁰ Corte IDH. Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 26/05/2010, pár. 118.

¹²¹ Corte IDH. Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas, 25/10/2012, pár. 249.

IDH ha establecido como un principio de Derecho Internacional que toda violación a una obligación internacional que haya producido un daño comporta el deber de repararlo adecuadamente; así, al producirse un hecho ilícito imputable al Estado surge la responsabilidad internacional de este por violación de una norma internacional y, con motivo de esta responsabilidad, nace para el Estado una obligación jurídica nueva, que consiste en la obligación de reparar¹²².

La obligación de reparar se encuentra consagrada en el art. 63.1 de la CADH¹²³, operativizando dicha norma la necesidad de que las sentencias de la Corte impongan al Estado el deber principal e indeclinable de tutelar efectivamente los derechos humanos vulnerados de la víctima y, posterior y eventualmente, evaluar la reparación de las consecuencias derivadas de aquella vulneración y el pago de una indemnización económica.

Al respecto, la Corte ha sostenido que el art. 63 de la CADH, es de Derecho Internacional, y este rige todos sus aspectos, como por ejemplo, su extensión, sus modalidades, sus beneficiarios, etc. Una sentencia de reparación impone, en consecuencia, obligaciones de derecho internacional que no pueden ser modificadas ni suspendidas en su cumplimiento por el Estado obligado invocando por ello disposiciones de su derecho interno¹²⁴.

Asimismo, debe considerarse que en materia de reparaciones rige el estándar de la jurisprudencia interamericana según el cual la reparación debe ser integral y propender, siempre que sea posible, la plena restitución (*restitutio in integrum*), la cual consiste en el restablecimiento de la situación anterior a la violación¹²⁵ comprendiendo la reparación de las consecuencias que la infracción produjo y el pago de una indemnización como compensación por los daños patrimoniales y extrapatrimoniales incluyendo el daño moral¹²⁶.

¹²² Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, op. cit., pár. 25 y Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina. Reparaciones y Costas, 27/08/1998, pár. 40.

¹²³ CADH. Art. 63 1.: “Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada”.

¹²⁴ Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, op. cit., pár. 25. En el mismo sentido: Caso Loayza Tamayo vs. Perú. Reparaciones y Costas, 27/11/1998, pár. 86.

¹²⁵ Corte IDH. Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia, 15/09/2005, pár. 244.

¹²⁶ Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, op. cit., pár. 26.

El deber del Estado de ejecutar diligentemente todo lo que esté a su alcance para garantizar el ejercicio de los derechos humanos y libertades fundamentales, determina la *efectividad* que deben asumir las conductas del Estado para el cumplimiento de la obligación general de garantía, no bastando las acciones formales en dicho sentido. Al respecto, la Corte ha sostenido que “La obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comparte la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos¹²⁷. En esta dirección, y tal como se abordará en el presente trabajo, la Administración pública cumple un rol fundamental para el cumplimiento efectivo de la obligación de garantía. Los rasgos de la función administrativa de permanencia, practicidad, concreción y, especialmente, de inmediatez con las personas son los que la ubican en una posición privilegiada y estratégica para prevenir violaciones a los mandatos de la Convención y lograr el goce tangible de los derechos. La Corte ha expresado, en relación con la vigencia de las garantías convencionales, que la necesidad de atender a las mismas “no deriva del carácter de la autoridad dentro de la estructura del Estado, sino de la naturaleza de la función que esta ejerce en el caso concreto y de la trascendencia que dicho ejercicio puede tener en relación con los derechos y los deberes del ciudadano que comparece ante ella, esgrimiendo el derecho que considera tener y aguardando la decisión fundada que debe recaer a la pretensión que manifiesta¹²⁸.

2. La obligación del Estado de adoptar disposiciones de derecho interno.

La tutela efectiva de los derechos humanos asegurada a través de las obligaciones de respeto y garantía establecidas en el art. 1.1 de la CADH adquiere plena virtualidad con la obligación a cargo del Estado de adoptar las disposiciones de derecho interno, legislativas o de otro carácter, que sean necesarias para hacer efectivos tales derechos y

¹²⁷ *Ibídem*, pár. 167.

¹²⁸ Corte IDH. Caso Claude Reyes y Ot. vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas, 19/09/2006, voto razonado del juez García Ramírez refiriendo a las exigencias del Art. 8º de la Convención Interamericana, pár. 12.

libertades, consagrada en el artículo 2 de la Convención¹²⁹. Tal como sostiene García Ramírez (2011), la obligación de garantía constituye un escudo y espada de la de respeto¹³⁰, como una necesaria manifestación de aquellas, se deben adoptar medidas de múltiple naturaleza para asegurar ese respeto y proveer esa garantía.

No obstante, si bien ambas obligaciones son complementarias, la de adoptar disposiciones de derecho interno en modo alguno limita o condiciona la plena exigibilidad de las obligaciones de respeto y garantía, como estas tampoco afectan la propia operatividad de aquella. Así, la obligación que resulta del art. 2 complementa, pero de ninguna manera sustituye o suple, a la obligación general y no condicionada que resulta del art. 1, ya que cuando se propuso su inclusión, se aclaró que su único sentido era clarificar y precisar, haciendo más determinante, inmediata y directa la exigencia del cumplimiento de tal obligación, pero sin que ello signifique alterar o desconocer el deber esencial que resulta del artículo 1¹³¹. Trucco (2012) afirma que el artículo 1 de la CADH emplea el término “asegurar” y no “tratar o intentar” (“sr. Estado vea qué puede hacer...”), reafirmando así el compromiso concreto e ineludible que los Estados asumen frente a la comunidad. Lo contrario sería reconocer que los Estados asumen obligaciones meramente “formales”, incumpliendo en la práctica los compromisos asumidos en tratados internacionales”¹³².

Por su parte, la obligación del art. 2 es también, por sí misma, plenamente operativa ya que su inobservancia compromete la consecuente responsabilidad internacional del Estado. Dicha operatividad responde al principio de que es el Estado, a nivel interno y a través de todos sus órganos, el obligado principal y primario a brindar tutela efectiva de los derechos humanos a todas las personas sujetas a su jurisdicción; y sólo en caso de que

¹²⁹ CADH. Art. 2 Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno. Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuvieren ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

¹³⁰ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. El control judicial interno de convencionalidad. [en línea] Revista del Instituto de Ciencias de Puebla, julio-diciembre 2011, año V, N.º 28, <<https://www.revistaius.com/index.php/ius/article/view/68/63>> [consulta 1/11 2020]

¹³¹ Corte IDH. Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta (arts. 14.1, 1.1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-7/86, 29/08/1986, opinión separada del Juez Héctor Gross Espiell, pár. 6.

¹³² TRUCCO, Marcelo. La responsabilidad internacional de los estados en el escenario actual del sistema interamericano de derechos humanos. En: Responsabilidad internacional de los Estados, desarrollo actual, perspectivas y desafíos (Córdoba, 2012), Editorial Universidad Católica de Córdoba, 2012.

dicha tutela sea inexistente o insuficiente se activa la pertinente y eficaz protección internacional. Ello explica la naturaleza subsidiaria de los sistemas de protección internacional –particularmente del sistema interamericano– respecto de los regímenes internos y, tal como se abordará en el capítulo siguiente, es esa naturaleza la que da sustento a la existencia del control interno de convencionalidad como una obligación indeclinable a cargo del Estado.

En el mismo sentido, cabe remarcar la importancia de la obligación de adoptar disposiciones de derecho interno, al ser este el ámbito propicio para ampliar la protección de los derechos y garantías, representando el ámbito internacional una garantía mínima de protección, susceptible de ampliación más nunca de restricción. En este sentido, Nogueira Alcalá (2015) expresa la adopción de medidas legislativas que la CADH establece como deber del Estado cuando no se encuentran debidamente asegurados y garantizados los derechos convencionales, implica el deber estatal de adoptar medidas que adecuen el derecho interno, desde el texto constitucional hasta la última disposición administrativa, de manera que el ordenamiento jurídico del Estado parte asegure y garantice los atributos que integran los respectivos derechos convencionales y sus garantías, a los estándares mínimos determinados por la CADH. Sobre dichos estándares, el Estado tiene siempre la libertad de asegurar mayores atributos y garantías de los derechos que los establecidos convencionalmente tornando realmente operativas las disposiciones convencionales¹³³.

La Corte IDH sostuvo, desde sus inicios, que el art. 2 de la Convención:

“recoge una regla básica del derecho internacional, según la cual todo Estado Parte en un tratado tiene el deber jurídico de adoptar las medidas necesarias para cumplir con sus obligaciones conforme al tratado, sean dichas medidas legislativas o de otra índole. En el contexto de la Convención esta conclusión concuerda con el artículo 43 que dice: Los Estados partes se obligan a proporcionar a la Comisión las informaciones que esta les solicite sobre la manera en que su derecho interno asegura la aplicación efectiva de cualesquiera disposiciones de esta Convención”¹³⁴.

Y agregó:

“En el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha celebrado un convenio internacional, debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para

¹³³ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. Los Desafíos del Control de Convencionalidad del Corpus Iuris Interamericano para los Tribunales Nacionales, y su diferenciación con el Control de Constitucionalidad. UNED. Revista de Derecho Político (93):330, mayo-agosto 2015.

¹³⁴ Corte IDH. Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta (arts. 14.1, 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-7/86, pár. 30.

asegurar la ejecución de las obligaciones asumidas. Esta norma aparece como válida universalmente y ha sido calificada por la jurisprudencia como un principio evidente (*principe allant de soi; Echange des populations grecques et turques, avis consultatif, 1925, C.P.J.I., série B, no. 10, p. 20*). En este orden de ideas, la Convención Americana establece la obligación de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de dicha Convención, para garantizar los derechos en ella consagrados”¹³⁵.

Tal como expresa Medina Quiroga, la primera obligación del Estado es la de asegurarse que las normas internacionales operen dentro de su jurisdicción, correspondiendo al Estado, y no al derecho internacional, decidir el modo más conveniente para cumplir con ella, que podrá ser la incorporación de dichas normas directamente o la dictación de normas internas que las reproduzcan. En todo caso, una vez ratificada la norma internacional, el Estado debe adecuar todo su derecho interno de conformidad con aquella¹³⁶.

2.1. Medidas legislativas o de otro carácter.

El art. 2 de la CADH deposita la ejecución de los derechos y garantías convencionales en los ordenamientos internos, para lo cual el Estado debe adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de la Convención, medidas legislativas o de otro carácter.

En este sentido, si bien el Estado tiene amplia libertad para decidir e implementar internamente los medios de cumplimiento de sus obligaciones internacionales, cuando adopta o mantiene normas o prácticas contrarias a los derechos convencionales, el art. 2 de la CADH será el fundamento para declarar la responsabilidad internacional del Estado y las consecuentes medidas para remediar las causas de esas violaciones.

La Corte IDH ha sostenido que el art. 2 de la Convención no define cuáles son las medidas pertinentes para la adecuación del derecho interno a la misma, obviamente por depender ello del carácter de la norma que la requiera y las circunstancias de la situación concreta. Por ello, la Corte ha interpretado que tal adecuación implica la adopción de medidas en dos vertientes, a saber: i) la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención o que

¹³⁵ Corte IDH. Caso Garrido y Baigorria. Reparaciones, op. cit., pág. 68.

¹³⁶ MEDINA QUIROGA, Cecilia, op. cit., pág. 248.

desconozcan los derechos allí reconocidos u obstaculicen su ejercicio, y ii) la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías. El Tribunal ha entendido que la obligación de la primera vertiente se incumple mientras la norma o práctica violatoria de la Convención se mantenga en el ordenamiento jurídico y, por ende, se satisface con la modificación, la derogación, o de algún modo anulación, o la reforma de las normas o prácticas que tengan esos alcances, según corresponda”¹³⁷.

En esta dirección, el Estado debe arbitrar todas aquellas medidas que sean conducentes para la aplicación eficaz de la Convención.

Se pueden distinguir medidas positivas que implican obligaciones de hacer a cargo del Estado, tales como la sanción y promulgación de leyes y la supresión y/o modificación de normas y prácticas que resulten incompatibles con la Convención. En reiterados casos, la Corte ha ordenado diversas acciones positivas, incluso cuestionando la convencionalidad de cláusulas constitucionales¹³⁸, ya que una norma contraria a la CADH puede generar responsabilidad internacional para el Estado, independientemente del rango que pueda tener en el derecho interno. En el caso “Olmedo Bustos y otros vs Chile”, la Corte IDH ordenó “que el Estado debe modificar su ordenamiento jurídico interno, en un plazo razonable, con el fin de suprimir la censura previa para permitir la exhibición de la película “La última tentación de Cristo”, y debe rendir a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dentro de un plazo de seis meses a partir de la notificación de la presente Sentencia, un informe sobre las medidas tomadas a ese respecto”¹³⁹.

Por su parte, las medidas negativas imponen al Estado una prohibición, es decir, el deber de abstenerse de sancionar leyes contrarias al texto convencional o alterar aquellas que resulten acordes y protectoras de los derechos y garantías establecidos en el Pacto. Al respecto, la Corte ha expresado que “los Estados no sólo tienen la obligación positiva de adoptar las medidas legislativas necesarias para garantizar el ejercicio de los derechos en ella consagrados, sino que también deben evitar promulgar aquellas leyes que impidan el libre ejercicio de estos derechos, y a la vez evitar que se supriman o modifiquen las leyes que los protegen”¹⁴⁰.

¹³⁷ Corte IDH. Caso La Cantuta vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas, 29/11/2006, pár. 172.

¹³⁸ Corte IDH. Caso La última tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas, 05/02/2001.

¹³⁹ *Ibidem*, pár. 103.

¹⁴⁰ Corte IDH. Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú, op. cit., pár. 207.

También sostuvo, en cuanto a la prohibición de dictar leyes contrarias a la Convención, que:

(...) “Son muchas las maneras como un Estado puede violar un tratado internacional y, específicamente, la Convención. En este último caso, puede hacerlo, por ejemplo, omitiendo dictar las normas a que está obligado por el artículo 2. También, por supuesto, dictando disposiciones que no están en conformidad con lo que de él exigen sus obligaciones dentro de la Convención. Si esas normas se han adoptado de acuerdo con el ordenamiento jurídico interno o contra él, es indiferente para estos efectos”¹⁴¹.

Asimismo, el Tribunal Interamericano ha señalado que una norma puede violar *per se* el artículo 2 de la Convención Americana, independientemente de que haya sido aplicada en un caso concreto¹⁴². Si bien dicho criterio jurisprudencial resulta valioso a fin de reafirmar la contundencia e importancia de la obligación del Estado de adoptar disposiciones de derecho interno en favor de la Convención, la Corte IDH también ha requerido, más recientemente, que la ley impugnada como contraria a la Convención haya sido aplicada o haya influido por sus consecuencias específicas en los hechos del caso concreto¹⁴³.

En este sentido, Cançado Trindade, al referirse a la revisión o revocación de leyes nacionales que no se adecuen a los estándares de protección, concibe una doble dimensión: como acción y omisión capaz de configurar responsabilidad internacional sin la necesidad de la búsqueda de un elemento subjetivo adicional, sino por el simple hecho de incumplirlo. En todo caso, porque la responsabilidad en este sentido es absoluta, bien por la simple aprobación y promulgación de una ley contraria a las obligaciones de protección; o por la no-adecuación de su derecho interno para asegurar el fiel cumplimiento de tales obligaciones; o por la no-adopción de la legislación necesaria para dar cumplimiento a estas últimas¹⁴⁴.

¹⁴¹ Corte IDH. Ciertas atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (artículos 41, 42, 46, 47, 50 y 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-13/93, 16/07/1993, pár. 26.

¹⁴² Corte IDH. Caso Suárez Rosero vs. Ecuador. Fondo, 12/11/1997, pár. 98.

¹⁴³ Corte IDH. Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 01/07/2011, pár. 140-142.

¹⁴⁴ Corte IDH. Caso El Amparo vs. Venezuela, Interpretación de la Sentencia de Reparaciones y Costas, 16/04/1997, Voto disidente del Juez A.A. Cançado Trindade, pár. 13, 14 y 22.

Al respecto, merece atención recordar que tanto la Corte IDH como la CIDH¹⁴⁵ podrán pronunciarse sobre la compatibilidad o incompatibilidad de normas internas con la CADH, ya sea en casos contenciosos, como en el ejercicio de la competencia consultiva de la Corte¹⁴⁶ y a través de los informes a cargo de la Comisión¹⁴⁷. Dichos organismos se han expedido sobre la convencionalidad de proyectos de leyes¹⁴⁸, como incluso también acerca de proyectos de reformas constitucionales¹⁴⁹.

En relación a las medidas de otro carácter, habilitadas y exigidas por el art. 2 de la CADH, pueden ser de diversa naturaleza y alcances, siempre que estén encaminadas a garantizar efectivamente los derechos humanos de todas las personas, sin discriminación alguna. García Ramírez, al referirse al art. 2 de la CADH, sostiene que se proyecta en medidas de amplio espectro: del Estado hacia sí mismo; orden jurídico y estructura, atribuciones y prácticas; y del Estado hacia la sociedad: impulso a cambios que modifiquen las condiciones estructurales de las violaciones¹⁵⁰. Así, el respeto y la observancia a lo dispuesto en el artículo 2º del Pacto de San José trasciende el ámbito meramente legislativo, pudiendo y debiendo adoptar estas medidas otras ramas del Estado, como son los poderes Ejecutivo o Judicial o inclusive los Tribunales, Salas o Cortes Constitucionales¹⁵¹.

Dentro de estas medidas se posicionan aquellas que puedan adoptar los órganos administrativos y judiciales del Estado para aplicar directamente el derecho internacional de los derechos humanos en el orden interno, sin necesidad de ninguna ley que prevea o reglamente la ejecución del tratado. Estas medidas resultan viables por la operatividad de las normas de derechos humanos en general y, en particular del art. 2 de la CADH, y, en consecuencia, por la autoejecutabilidad de las obligaciones convencionales. Por tanto, la adopción de dichas medidas es exigida por el Sistema Internacional de Protección de Derechos Humanos y aún con mayor intensidad en aquellos Estados que, como el nuestro,

¹⁴⁵ CADH. Art. 33.

¹⁴⁶ *Ibidem*, Art. 64.

¹⁴⁷ *Ibidem*, Art. 41.

¹⁴⁸ En el informe sobre la situación de los derechos humanos en Venezuela del 29/12/2003, la CIDH se refirió a la incompatibilidad de un proyecto de ley sobre la responsabilidad social en radio y televisión con el derecho a la libertad de expresión. <https://www.cidh.org/pdf%20files/Venezuela2003.pdf> [consulta 15/11/2020]

¹⁴⁹ Corte IDH. Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización, Opinión consultiva OC-4/84, 19/01/1984.

¹⁵⁰ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, op. cit., pág. 146.

¹⁵¹ STEINER, Christian y URIBE, Patricia (coords.). Convención Americana sobre Derechos Humanos: comentada. México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2014, pág. 78.

han asignado a determinados instrumentos internacionales de derechos humanos una posición trascendental dentro de su ordenamiento jurídico¹⁵².

En este sentido, y si bien estas medidas se encuentran a cargo de la totalidad de los órganos que componen el Estado, el Poder Ejecutivo cumple un rol fundamental en su articulación, por ser la actividad de la Administración pública una actividad al servicio de las personas y cuyo fin esencial es, justamente, el aseguramiento de sus derechos y libertades. Asimismo, por la inmediatez con las personas sujetas a su jurisdicción, la Administración pública también se encuentra en una posición clave para garantizar la efectividad de las medidas. Como sostiene Trucco, “la referencia que el artículo 2 hace a las medidas de otro “carácter” que el Estado se compromete a adoptar, significa que no solo a través de leyes y normas en general el Estado debe dar efectividad a los tratados de derechos humanos, sino que esa obligación también debe ser cumplida con la adopción de políticas públicas amplias, globales, concebidas bajo un enfoque de derechos humanos, que atiendan la mejor garantía de los derechos y libertades de los/as ciudadanos/as”¹⁵³.

2.2. La efectividad de las medidas. El efecto útil de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Según las exigencias del art. 2 de la CADH, las medidas legislativas o de otro carácter a cargo del Estado deben ser efectivas. Aquí nos encontramos con la expresión concreta de uno de los principios rectores del Derecho Internacional de los Derechos Humanos: el principio del efecto útil (*effet utile*) de los tratados, que implica el compromiso de los Estados de realizar todos los actos y medidas necesarias para cumplir con un tratado internacional¹⁵⁴.

La Corte IDH ha precisado con claridad que “la efectividad de las normas es de fundamental importancia en un orden jurídico y puede ocurrir que la falta de efectividad de

¹⁵² El art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional asigna jerarquía constitucional a determinados Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, entre ellos la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

¹⁵³ TRUCCO, Marcelo. Control de convencionalidad (en pocas palabras). Herramientas para su aplicación en el derecho interno de los Estados. Buenos Aires, Editorial Dunken, 2021, pág. 42.

¹⁵⁴ TRUCCO, Marcelo, op. cit., pág. 40.

una disposición afecte su existencia como norma jurídica”. Asimismo, definió el sentido de la efectividad afirmando que:

(...) “significa que el Estado ha de adoptar todas las medidas para que lo establecido en la Convención sea realmente cumplido en el orden jurídico interno. Y esas medidas son efectivas cuando la comunidad, en general, adapta su conducta a la normativa de la Convención y, en el caso de que así no sea, cuando se aplican efectivamente las sanciones previstas en ella”¹⁵⁵.

Así, la efectividad implica la realización práctica de los derechos humanos haciendo que los mismos sean reales y accesibles para todas las personas. En este hacer, los órganos del Estado deben internalizar la plena operatividad de las normas convencionales, como así también la interpretación que de las mismas realizan los órganos propios del sistema (la Corte IDH y la CIDH) con el fin de asegurar el goce tangible de los derechos y libertades; de lo contrario, se incumpliría con la obligación del artículo 2 de la Convención Americana. Al respecto, la Corte IDH ha considerado que es “necesario reafirmar que, de conformidad con el artículo 2° de la Convención, la obligación de adaptar la legislación interna es, por su propia naturaleza, una de resultado y, consecuentemente, la denuncia de la Convención por parte del Estado no puede extinguir las obligaciones internacionales por este asumidas mientras el tratado se encontraba en vigencia. Dichas obligaciones tienen un carácter autónomo y automático y no dependen de ninguna declaración de los órganos de supervisión de la Convención respecto de una legislación interna específica”¹⁵⁶.

Esto implica que una norma, por mejor diseñada que se encuentre, si en la realidad no garantiza efectivamente los derechos y libertades no cumplirá con los estándares que establece el art. 2° de la Convención.

Finalmente, y tal como se abordará en el capítulo siguiente, el control primario de convencionalidad a cargo del Estado es la herramienta por excelencia para incrementar la aplicación y efectividad de los estándares interamericanos de protección, garantizando el efecto útil de la CADH.

¹⁵⁵ Corte IDH. Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina, op. cit., pár. 68 y 69.

¹⁵⁶ Corte IDH. Caso Caesar vs. Trinidad y Tobago. Fondo, Reparaciones y Costas, 11/03/2005, pár. 93.

CAPÍTULO III

EL CONTROL PRIMARIO E INTERNO DE CONVENCIONALIDAD A CARGO DEL ESTADO COMO MECANISMO PARA LA TUTELA EFECTIVA DE LOS DERECHOS HUMANOS

SUMARIO: 1. El control primario e interno de convencionalidad. Precisión conceptual. El control secundario e internacional de convencionalidad. 2. La formulación de la doctrina del control primario de convencionalidad por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. 3. La operatividad interna del control primario de convencionalidad. 4. Control interno de convencionalidad y control de constitucionalidad. La Constitución convencionalizada.

1. El control primario e interno de convencionalidad. Precisión conceptual. El control secundario e internacional de convencionalidad.

Consagradas las obligaciones internacionales a cargo del Estado de respetar y garantizar los derechos humanos y libertades fundamentales a toda persona sujeta a su jurisdicción¹⁵⁷, y de adoptar aquellas medidas legislativas o de otro carácter necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades¹⁵⁸, el control de convencionalidad se constituye en el mecanismo por excelencia para el cumplimiento eficaz de tales obligaciones. Según la Corte IDH, el control de convencionalidad busca que “la interpretación y aplicación del derecho nacional sea consistente con las obligaciones internacionales del Estado en materia de derechos humanos¹⁵⁹”.

En este sentido, el control de convencionalidad asegura la tutela efectiva de los derechos humanos, previene la responsabilidad internacional del Estado y, en consecuencia, su articulación resulta imperativa para la totalidad de los órganos estatales, en el ámbito de sus competencias específicas. Sostiene Sagüés (2020) que el control de convencionalidad latinoamericano no es optativo o voluntario para los jueces y demás autoridades nacionales, sino obligatorio en el marco de sus respectivas competencias (Corte IDH, “Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil”, 20/10/16, pár. 408; “Rodríguez Revolorio vs. Guatemala”, 14/10/19, pár. 58; “Gorigoitía vs. Argentina”, 02/09/19, pár. 55; Colombres Schonenberg vs. El Salvador”, 04/02/19, pár. 129, entre muchos otros). Es un deber de Derecho positivo afincado en la doctrina establecida por la Corte Interamericana como intérprete final de la CADH¹⁶⁰. Asimismo, afirma que el “control de convencionalidad” se perfila como una herramienta sumamente eficaz para el respeto, la garantía y la efectivización de los derechos descritos en el Pacto. Concomitantemente, también es un instrumento de sumo interés para constituir un *ius commune* interamericano, en materia de derechos personales y constitucionales¹⁶¹.

¹⁵⁷ CADH. Art. 1.1.

¹⁵⁸ CADH. Art. 2.

¹⁵⁹ Corte IDH. Caso Andrade Salmón vs. Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas, 1/12/2016, pár. 93.

¹⁶⁰ SAGÜÉS, Néstor P. Guía práctica de control latinoamericano de convencionalidad (para operadores judiciales, legislativos y de la Administración pública). Bogotá, Konrad Adenauer Stiftung, 2020, pág. 19.

¹⁶¹ SAGÜÉS, Néstor P. Obligaciones internacionales y control de convencionalidad. En: Opus Magna Constitucional. Guatemala, Corte de Constitucionalidad de Guatemala, 2011, t. IV, pág. 273.

Operativamente se distingue el control primario de convencionalidad referido a quienes primero están llamados a ejercerlo, es decir, a los estamentos estatales dentro del ámbito de sus propias competencias y conforme las reglamentaciones procesales vigentes. Este control es también interno o nacional, según el ámbito espacial en el que el mismo se articula, y reafirma el carácter complementario y subsidiario del sistema interamericano de protección de derechos humanos respecto de los sistemas internos. La Corte IDH ha sostenido que el carácter complementario de la jurisdicción internacional significa que el sistema de protección instaurado por la Convención Americana no sustituye a las jurisdicciones nacionales, sino que las complementa. De tal manera, el Estado es el principal garante de los derechos humanos de las personas, por lo que, si se produce un acto violatorio de dichos derechos, es él quien debe de resolver el asunto a nivel interno y, de ser el caso, reparar, antes de tener que responder ante instancias internacionales. En esta dirección, la jurisprudencia reciente ha reconocido que todas las autoridades de un Estado Parte en la Convención, tienen la obligación de ejercer un “control de convencionalidad”¹⁶², al que definió como un dispositivo “dinámico y complementario de las obligaciones convencionales de los Estados de respetar y garantizar los derechos humanos, conjuntamente entre las autoridades internas (primariamente obligadas) y las instancias internacionales (en forma complementaria), de modo que los criterios de decisión, y los mecanismos de protección, tanto los nacionales como los internacionales, puedan ser conformados y adecuados entre sí”¹⁶³.

A este control primario e interno, Ferrer Mac Gregor (2010) lo llama también control difuso de convencionalidad y expresa que es el que “convierte al juez nacional en juez interamericano: en un primer y auténtico guardián de la CADH, de sus Protocolos adicionales (eventualmente de otros instrumentos internacionales) y de la jurisprudencia de la Corte IDH que interpreta dicha normatividad”¹⁶⁴.

Al respecto, González Domínguez (2017) afirma que el control de convencionalidad es una doctrina cuyo objetivo es eminentemente práctico: incrementar la aplicación y efectividad a nivel nacional de los estándares contenidos en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH), para que sean las autoridades nacionales las primeras en garantizar que la aplicación del derecho nacional no derive en una

¹⁶² Corte IDH. Caso Andrade Salmón vs. Bolivia, op. cit., pár. 93.

¹⁶³ Ibidem, pár. 94. Y también en Corte IDH. Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones, 30/11/2012, pár. 143.

¹⁶⁴ Corte IDH. Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 26/11/2010, voto razonado del Juez *Ad Hoc* Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, pár. 24.

violación de los derechos humanos de las personas (de ahí la metáfora respecto a que las autoridades actúen como “jueces interamericanos”)¹⁶⁵.

García Ramírez (2011) sostiene que el control de convencionalidad es una expresión o vertiente de la recepción nacional, sistemática y organizada del orden jurídico convencional internacional (o supranacional)¹⁶⁶.

En la misma dirección, señala Bazán (2012) que “el control de convencionalidad es un dispositivo que, adecuadamente empleado, puede contribuir a la aplicación armónica, ordenada y coherente del derecho vigente en el Estado, abarcando sus fuentes internas e internacionales”¹⁶⁷.

Así, se define el control primario e interno de convencionalidad como la obligación a cargo del Estado de conformar su accionar judicial, legislativo y ejecutivo, según el ámbito de sus respectivas competencias, a las disposiciones de la CADH y otros instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes en el ordenamiento jurídico y a la interpretación que de los mismos realiza la Corte IDH en ejercicio de su competencia contenciosa y consultiva, cuyo cumplimiento garantiza la tutela efectiva de los derechos y garantías de las personas, posibilita la aplicación armónica, ordenada y coherente del derecho vigente y previene la responsabilidad internacional del Estado.

Por su parte, el control secundario de convencionalidad es el que realiza la propia Corte IDH, como intérprete final de la CADH, también denominado control externo, internacional o desde arriba, de acuerdo al ámbito en el que se efectúa el test de compatibilidad entre reglas internas, incluso constitucionales, y disposiciones convencionales. Así, la misión prístina de la Corte IDH está en llevar a cabo una revisión de convencionalidad “comparando” si los Estados cumplen con la CADH y otros Tratados; y desentrañar si hubo quebrantamiento de esas reglas internacionales¹⁶⁸. García Ramírez refiere que el control propio, original o externo de convencionalidad recae en el tribunal supranacional llamado a ejercer la confrontación entre actos domésticos y disposiciones convencionales, en su caso, con el propósito de apreciar la compatibilidad entre aquellos y

¹⁶⁵ GONZÁLEZ DOMÍNGUEZ, Pablo. La doctrina del control de convencionalidad a la luz del principio de subsidiariedad. [en línea] Estudios Constitucionales, 2017, Vol. 15, N.º 1 <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82052274003>> [consulta: 09/01/2021]

¹⁶⁶ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, op. cit., pág. 127.

¹⁶⁷ BAZÁN, Víctor. Control de convencionalidad, aperturas dialógicas e influencias jurisdiccionales recíprocas. Revista Europea de Derechos Fundamentales, (18):68, 2º semestre 2011.

¹⁶⁸ HITTERS, Juan Carlos. Control de convencionalidad (adelantos y retrocesos). [en línea] Estudios constitucionales, 2015, Vol. 13, N.º 1 <<http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002015000100005>> [consulta: 11/01/2021]

estas –bajo el imperio del Derecho Internacional de los Derechos Humanos–, y resolver la contienda a través de la sentencia declarativa y condenatoria que, en su caso, corresponda. En definitiva, ese control incumbe, original y oficialmente, a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuando se trata de examinar casos de los que aquella conoce y a los que aplica normas conforme a su propia competencia material¹⁶⁹. El establecimiento de la Corte IDH como intérprete final de la CADH determina un control de convencionalidad por ella concentrado, e implica necesariamente que en primer término dicha interpretación deba ser efectuada a nivel interno y de manera difusa por los distintos órganos que conforman el Estado. En esta dirección, Ferrer Mac Gregor describe que “el ‘control concentrado de convencionalidad’ lo venía realizando la Corte IDH desde sus primeras sentencias, sometiendo a un examen de convencionalidad los actos y normas de los Estados en un caso particular. Este ‘control concentrado’ lo realizaba, fundamentalmente, la Corte IDH. Ahora se ha transformado en un ‘control difuso de convencionalidad’ al extender dicho ‘control’ a todos los jueces nacionales como un deber de actuación en el ámbito interno, si bien conserva la Corte IDH su calidad de ‘intérprete última de la Convención Americana’ cuando no se logre la eficaz tutela de los derechos humanos en el ámbito interno”¹⁷⁰.

2. La formulación de la doctrina del control primario de convencionalidad por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

2.1. Antecedentes y evolución de la doctrina.

La doctrina del control primario de convencionalidad nace y se desarrolla en el seno de la Corte IDH a partir del año 2006 con el caso “Almonacid Arellano vs. Chile”¹⁷¹. Por su creación pretoriana, los avances de la figura no siempre son lineales y uniformes,

¹⁶⁹ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. El control judicial interno de convencionalidad. Estado constitucional, derecho internacional y derechos humanos. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, México 5(28):213, 2011, pág. 126.

¹⁷⁰ Corte IDH. Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, op. cit., pág. 24.

¹⁷¹ Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 26/09/2006, pág. 124.

incluso puede presentar algunas aristas aún sin definir, pero sin lugar a dudas constituye uno de los aportes más significativos dentro del SIDH en pos de su plena operatividad.

Si bien el control secundario e internacional de convencionalidad a cargo de la Corte IDH se encuentra ínsito y es inherente a sus propias funciones, la terminología fue empleada por primera vez en el año 2003, en el voto concurrente razonado del Juez interamericano García Ramírez en el caso “Myrna Mack Chang vs Guatemala”, en el cual sostuvo:

“No es posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar ante la Corte sólo a uno o algunos de sus órganos, entregar a éstos la representación del Estado en el juicio –sin que esa representación repercuta sobre el Estado en su conjunto– y sustraer a otros de este régimen convencional de responsabilidad, dejando sus actuaciones fuera del “control de convencionalidad” que trae consigo la jurisdicción de la Corte internacional”¹⁷².

Al año siguiente, en el voto concurrente del caso “Tibi vs Ecuador” se refirió al control de convencionalidad en relación al control de constitucionalidad, afirmando que:

“En cierto sentido, la tarea de la Corte se asemeja a la que realizan los tribunales nacionales. Estos examinan los actos impugnados –disposiciones de alcance general– a la luz de las normas, los principios y los valores de las leyes fundamentales. La Corte Interamericana, por su parte, analiza los actos que llegan a su conocimiento en relación con normas, principios y valores de los tratados en los que funda su competencia contenciosa. Dicho de otra manera, si los tribunales constitucionales controlan la ‘constitucionalidad’, el tribunal internacional de derechos humanos resuelve acerca de la ‘convencionalidad’ de esos actos. A través del control de constitucionalidad, los órganos internos procuran conformar la actividad del poder público –y, eventualmente, de otros agentes sociales– al orden que entraña el Estado de Derecho en una sociedad democrática. El tribunal interamericano, por su parte, pretende conformar esa actividad al orden internacional acogido en la convención fundadora de la jurisdicción interamericana y aceptado por los Estados partes en ejercicio de su soberanía”¹⁷³.

En el año 2006, a partir del caso “Almonacid Arellano vs Chile”¹⁷⁴, la Corte IDH consagró explícitamente la doctrina del control primario e interno de convencionalidad. Lo trascendente de esta doctrina radica en haber establecido que el control de convencionalidad es una obligación a cargo de los Estados, responsables primarios y principales de su ejercicio. Con este fallo, la Corte reafirma y recuerda a los Estados que el

¹⁷² Corte IDH. Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas, 25/11/2003, opinión Concurrente del Juez Sergio García Ramírez, pár. 27, págs. 1595-1598.

¹⁷³ Corte IDH. Caso Tibi vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, voto Razonado del Juez Sergio García Ramírez, 7/9/2004, pár. 3.

¹⁷⁴ Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, op. cit., pár. 124.

control de convencionalidad que ella efectúa desde sus inicios, en ejercicio de su competencia contenciosa, debe ser realizado en primer término por los poderes internos de cada Estado y, en caso de que ese control no exista o no sea efectivo, recién procede el control de convencionalidad a su cargo en sede internacional.

En el considerando 124 el Tribunal expresó:

“La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”.

Como punto de partida de la formulación de la doctrina, y a modo de medir el impacto al interior de los Estados, la Corte comenzó refiriéndose a una “especie” de control de convencionalidad y sólo a cargo del Poder Judicial de los Estados.

Unos meses después, en el caso “Trabajadores cesados del Congreso vs. Perú”¹⁷⁵, la Corte amplió con contundencia los alcances de la doctrina al consagrar el control primario de convencionalidad como una obligación a cargo de los jueces internos, ejercitable de oficio, sin necesidad de petición de partes, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. El considerando 128 refiere:

"Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también de convencionalidad, *ex officio*, entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales pertinentes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros supuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de este tipo de acciones".

¹⁷⁵ Corte IDH. Caso trabajadores cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 24/11/2006, pár. 128.

Tanto en “Almonacid Arellano” como en “Trabajadores cesados del Congreso”, la Corte refiere a un control de convencionalidad represivo, que tiene como finalidad invalidar la norma interna contraria al derecho convencional.

En el año 2007, en el caso “Boyce y otros vs Barbados”¹⁷⁶, el Tribunal estableció –aunque de manera implícita– que el control de convencionalidad debe ser realizado sobre todas las normas del ordenamiento jurídico nacional, inclusive sobre aquellas de rango constitucional.

En el precedente “Radilla Pacheco vs México”¹⁷⁷, del año 2009, la Corte definió el control de convencionalidad constructivo, al establecer el deber de los jueces internos de realizar interpretaciones legales y constitucionales conforme con los principios establecidos en la jurisprudencia de dicho Tribunal.

Al año siguiente, en los precedentes “Cantú vs México”¹⁷⁸ y “Cabrera García y Montiel Flores vs México”¹⁷⁹, se amplió la obligación de ejercer control de convencionalidad a todos los órganos vinculados a la administración de justicia –no sólo los jueces– en todos los niveles, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes.

En el mismo sentido, en el caso “Gelman (I) vs Uruguay” del año 2011¹⁸⁰, la Corte extendió el deber de asumir el control de convencionalidad a todos los órganos del Estado, expresando que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial.

En el año 2013, en la supervisión de cumplimiento de sentencia del caso “Gelman vs Uruguay (II)”¹⁸¹, la Corte estableció el valor y eficacia de su jurisprudencia para el ejercicio del control interno de convencionalidad y distinguió dos manifestaciones: cosa juzgada internacional (*res judicata*) y cosa interpretada (*res interpretata*). Esta resolución afirma también, que el control de convencionalidad debe operar además tanto en la emisión y aplicación de normas, en cuanto a su validez y compatibilidad con la Convención¹⁸².

¹⁷⁶ Corte IDH. Caso Boyce y otros vs. Barbados. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 20/11/2007, pár. 77 y 78.

¹⁷⁷ Corte IDH. Caso Radilla Pacheco vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 23/11/2009, pár. 338-340.

¹⁷⁸ Corte IDH. Caso Rosendo Cantú y otra vs. México, 31/08/2010, pár. 219

¹⁷⁹ Corte IDH. Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 26/11/2010, pár. 225.

¹⁸⁰ Corte IDH. Caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones, 24/02/2011, pár. 239.

¹⁸¹ Corte IDH. Caso Gelman vs. Uruguay. Supervisión de cumplimiento de sentencia, 20/03/2013, pár. 67.

¹⁸² *Ibíd*em, pár. 69.

Finalmente, el Tribunal Interamericano, a través de Opiniones Consultivas, ha sostenido que los criterios sentados en las mismas deben también ser tenidos en cuenta por los diversos órganos del Estado para el eficaz ejercicio del control de convencionalidad, debiendo aplicarse especialmente de manera preventiva¹⁸³. Así, el propósito central de la función consultiva es obtener una interpretación judicial sobre una o varias disposiciones de la Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos. En este orden de ideas, las Opiniones Consultivas cumplen, en alguna medida, la función propia de un control de convencionalidad preventivo¹⁸⁴.

2.2. Fundamentos jurídicos del control primario de convencionalidad.

Los fundamentos jurídicos del control primario de convencionalidad responden a la pregunta ¿por qué existe una obligación a cargo del Estado de ejercer dicho control? La respuesta está dada por razones tanto de derecho interno, como de derecho internacional.

En lo que refiere al ordenamiento interno, el art. 75 inc. 22 de la CN establece la potestad del Congreso de aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Además, tal como se abordó oportunamente, la norma citada reconoce jerarquía constitucional a una serie de tratados sobre derechos humanos, entre ellos la CADH. Es decir, el Estado decide por voluntad soberana someterse al régimen establecido en los tratados internacionales y, en consecuencia, la estricta observancia interna de los mismos es una obligación indeclinable para todos los órganos que lo componen. Así, no resultan admisibles aquellos cuestionamientos sobre la afectación de la soberanía estatal. Afirma Sagüés¹⁸⁵ que en la cuna misma de la doctrina de la soberanía (estamos hablando del siglo XVI), Jean Bodin,

¹⁸³ Corte IDH. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional, Opinión Consultiva OC-21/14, 19/08/2014, pár. 31; Corte IDH. Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el sistema interamericano de derechos humanos (Interpretación y alcance del artículo 1.2, en relación con los artículos 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46, y 62.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como del artículo 8.1 A y B del Protocolo de San Salvador), Opinión Consultiva, OC-22/16, 26/02/2016, pár. 26.

¹⁸⁴ *Ibidem*, OC-22/16, pár. 26.

¹⁸⁵ SAGÜÉS, Néstor P. Obligaciones internacionales y control de convencionalidad, op. cit., págs. 275/276.

que la describe y enuncia en sus rasgos esenciales, advertía que la soberanía, aún entrevista como "poder absoluto perpetuo" del Estado, de todos modos admitía como tope que el príncipe estaba obligado (como también Dios) a cumplir sus promesas, aclarando que no había mayor delito para un Rey, que ser perjuro¹⁸⁶. En el mismo sentido, la doctrina del desdoblamiento funcional de George Scelle sostiene que los Estados son creadores de las normas de derecho internacional y, a la vez, destinatarios de ellas. La exigencia de cumplimiento de las obligaciones creadas por los Estados en el derecho internacional no implica una transgresión a su soberanía estatal, ya que, precisamente, es en ejercicio de esta que los Estados han consentido vincularse jurídicamente con aquellas¹⁸⁷.

En cuanto a los fundamentos jurídicos de derecho internacional, están dados por la CVDI. El art. 26 consagra el principio *pacta sunt servanda* según el cual los tratados en vigor obligan a las partes y deben ser cumplidos por ellas de buena fe; y el art. 27 que dispone que una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.

Por su parte, la CADH, al ser derecho interno plenamente operativo, comparte el carácter de ser fundamento interno e internacional del control de convencionalidad. Las obligaciones de respeto y garantía del art. 1.1 y la de adoptar disposiciones de derecho interno del art. 2 dan sustento a la obligación del Estado de ejercer control de convencionalidad. Tal como se estableció desde el caso "Almonacid Arellano", la Corte entendió que el deber de los Estados de respetar y garantizar los derechos establecidos en la Convención (artículo 1.1), sumado al deber de adoptar medidas legislativas o de otro carácter para garantizar dichas obligaciones (artículo 2), implica el deber de todas las autoridades –especialmente de los jueces– de interpretar y aplicar el derecho local de conformidad con el *corpus juris* interamericano, y de inaplicar las normas contrarias al derecho convencional (es decir, de realizar control de convencionalidad).

Asimismo, el art. 29 de la CADH es también sustento del control de convencionalidad, al otorgar a los operadores internos normas de interpretación en el sentido de que ninguna disposición de la Convención puede ser interpretada con el objeto de permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella¹⁸⁸.

¹⁸⁶ *Ibidem*, pág. 276.

¹⁸⁷ SALMÓN GÁRATE, Elizabeth. Curso de derecho internacional público, Lima, Fondo Editorial PUCP, 2014, pág. 177.

¹⁸⁸ CADH. Art. 29 inc. a.

2.3. Las manifestaciones del control primario de convencionalidad.

Las manifestaciones del control primario o interno de convencionalidad refieren al ejercicio del mismo no sólo en función de lo establecido positivamente en la CADH, sino además y especialmente, considerando la interpretación que dicho instrumento realiza la Corte IDH. Asimismo, las manifestaciones deben observarse para que el ejercicio del control sea eficaz, es decir, integral y comprensivo de los estándares actualizados de protección interamericana de derechos humanos.

Como se anticipó, dichas manifestaciones fueron desarrolladas expresamente por la Corte en el denominado caso “Gelman II” de supervisión de ejecución de sentencia del año 2013. El Tribunal sostuvo que es posible observar dos manifestaciones distintas de esa obligación de los Estados de ejercer el control de convencionalidad, dependiendo de si la sentencia ha sido dictada en un caso en el cual el Estado ha sido parte o no. Lo anterior debido a que la norma convencional interpretada y aplicada adquiere distinta vinculación dependiendo si el Estado fue parte material o no en el proceso internacional¹⁸⁹.

Así, la primera manifestación se refiere al caso de cosa juzgada internacional (*res judicata*), prevista en los arts. 62 1.¹⁹⁰ y 68 1.¹⁹¹ de la CADH. En este supuesto, el Estado ha sido parte en el caso tramitado ante la Corte, ha medido una sentencia condenatoria en su contra y, en consecuencia, debe cumplir en su integridad y de buena fe con tal decisión. La sentencia sólo tiene efectos *inter partes*. Al respecto, la Corte expresó:

“cuando existe una sentencia internacional dictada con carácter de cosa juzgada respecto de un Estado que ha sido parte en el caso sometido a la jurisdicción de la Corte Interamericana, todos sus órganos, incluidos sus jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, también están sometidos al tratado y a la sentencia de este Tribunal, lo cual les obliga a velar para que los efectos de las disposiciones de la Convención y, consecuentemente, las decisiones de la Corte Interamericana, no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin o por

¹⁸⁹ Corte IDH. Caso Gelman vs. Uruguay. Supervisión de cumplimiento de sentencia” op. cit., pár. 67.

¹⁹⁰ CADH. Art. 62 1. Todo Estado Parte puede en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de esa Convención, o en cualquier momento posterior declarar que reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial la competencia de la Corte sobre todo los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención.

¹⁹¹ CADH. Art. 68 1. Los Estados Partes de la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes.

decisiones judiciales o administrativas que hagan ilusorio el cumplimiento total o parcial de la sentencia”¹⁹².

La segunda manifestación del control se constituye a partir de la norma convencional interpretada (*res interpretata*¹⁹³), que deviene de seguimiento obligatorio, en cuanto tal y no respecto de la totalidad del fallo, para los Estados que no han sido parte del proceso en el que la Corte efectuó tal interpretación. Se consagra así el efecto *erga omnes* de las sentencias de la Corte IDH para todos los Estados parte de la Convención, quienes deben crear y aplicar la normativa y prácticas internas de conformidad no sólo con los instrumentos jurídicos del sistema interamericano, sino también con la interpretación que de los mismos realiza su intérprete final (la Corte IDH). La obligatoriedad de estos criterios interpretativos para los Estados parte encuentra sustento en las disposiciones de la propia CADH, al establecer que es la Corte IDH el órgano competente para efectuar la interpretación final de dicho Instrumento. La obligatoriedad se acentúa, por la consecuente responsabilidad ante su inobservancia, para aquellos Estados, como el nuestro, que además han aceptado la competencia contenciosa del Tribunal.

Sobre el particular, el Tribunal interamericano afirmó:

“Respecto de la segunda manifestación del control de convencionalidad, en situaciones y casos en que el Estado concernido no ha sido parte en el proceso internacional en que fue establecida determinada jurisprudencia, por el solo hecho de ser Parte en la Convención Americana, todas sus autoridades públicas y todos sus órganos, incluidas las instancias democráticas, jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, están obligados por el tratado, por lo cual deben ejercer, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, un control de convencionalidad tanto en la emisión y aplicación de normas, en cuanto a su validez y compatibilidad con la Convención, como en la determinación, juzgamiento y resolución de situaciones particulares y casos concretos, teniendo en cuenta el propio tratado y, según corresponda, los precedentes o lineamientos jurisprudenciales de la Corte Interamericana”¹⁹⁴.

En su voto razonado, Ferrer Mac Gregor sostuvo que la proyección de la eficacia interpretativa de la sentencia hacia todos los Estados parte que han suscripto y ratificado o se han adherido a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y particularmente en aquellos que han aceptado la competencia contenciosa de la Corte IDH, consiste en la

¹⁹² Corte IDH. Caso Gelman vs. Uruguay. Supervisión de cumplimiento de sentencia, op. cit., pár. 68.

¹⁹³ Valiosa expresión utilizada por el Juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor en su voto razonado en Corte IDH, Supervisión de cumplimiento de sentencia en el caso Gelman vs. Uruguay”, 20/03/2013.

¹⁹⁴ Ibídem, pár. 69

obligación por todas las autoridades nacionales de aplicar no sólo la norma convencional sino la “norma convencional interpretada” (*res interpretata*); es decir, el criterio interpretativo que como estándar mínimo aplicó el Tribunal Interamericano al Pacto de San José y, en general al *corpus iuris* interamericano, materia de su competencia, para resolver la controversia. Y así asegurar la afectividad (mínima) de la norma convencional. Lo anterior, al constituir precisamente el objeto del mandato y competencia del Tribunal Interamericano “la interpretación y aplicación de la Convención”, y “de otros tratados que le otorguen competencia”¹⁹⁵.

Al referirse a la cosa interpretada, García Ramírez sostiene que la misma implica una interpretación vinculante de textos normativos asimismo vinculantes para los Estados, que deben ser entendidos y aplicados interiormente en los términos de la interpretación formal y final dispuesta por la Convención y ejercida por la Corte¹⁹⁶.

Por su parte, Sagüés afirma que el control de convencionalidad en los supuestos de “cosa interpretada” deriva de una interpretación mutativa por adición realizada por la Corte Interamericana, que ha sumado a sus competencias, tal como se explicitaron en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y a las obligaciones de los Estados que aceptaron la jurisdicción contenciosa de la Corte, algo (muy importante) más. Esas mutaciones se fundan en un argumento de autoridad: la condición de la Corte Interamericana de intérprete final de la Convención Americana (arg. arts. 62-3, 64, 67 y 68 de tal Pacto; caso “Gelman 2”, párrafo 66 *in fine*) y no son tan infrecuentes en el derecho comparado¹⁹⁷.

Esta hermenéutica, traducida como *cosa interpretada*, requiere para su validez que los criterios sentados sean efectivamente protectores de los derechos humanos y, por tal motivo, generen acatamiento como derecho consuetudinario. Asimismo, merece atención que en virtud de lo dispuesto por el art. 29 de la CADH¹⁹⁸, dicha interpretación establece

¹⁹⁵ Corte IDH. Caso Gelman vs. Uruguay, op.cit., pár. 43.

¹⁹⁶ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, op. cit, pág. 138.

¹⁹⁷ SAGÜÉS, Néstor P. El control de convencionalidad y la problemática de sus topes. En: CONGRESO IBEROAMERICANO de Derecho Constitucional: La Democracia Constitucional en América Latina: A 45 Años del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional y a 40 Años de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional (21, 22 y 23 de mayo de 2019, Buenos Aires, Argentina). Programa de investigaciones de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario, de la Universidad Católica Argentina, págs. 1-27.

¹⁹⁸ CADH. Art. 29 . Normas de Interpretación. Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a) Permitir a alguno de los Estados partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b)

estándares mínimos de protección de derechos humanos, dentro de los límites de la convencionalidad, sin impedir, incluso exigiendo de los operadores nacionales, la aplicación de la normativa interna en cuanto resulte más protectora de los derechos y libertades de las personas.

En este sentido, García Ramírez afirma que las interpretaciones del Tribunal Interamericano pueden verse superadas por actos –instrumentos internacionales, disposiciones nacionales, actos de la jurisdicción interna– que reconozcan a los individuos mayores o mejores derechos y libertades. El DIDH es el "piso" de los derechos, no el "techo". Esta conclusión, que deriva inmediatamente del principio *pro homine*, tiene soporte en las normas de interpretación contenidas en el artículo 29 de la Convención Americana¹⁹⁹.

3. La operatividad interna del control primario de convencionalidad.

3.1. Modalidad de su ejercicio. Efectos.

El ejercicio del control de convencionalidad a nivel interno debe ser efectuado asumiendo como premisa el efecto útil de la CADH, la obligatoriedad de su articulación y la aplicación de oficio por los órganos domésticos, es decir, con independencia de que las partes lo invoquen²⁰⁰.

Al respecto, García Ramírez sostiene que el control de convencionalidad debiera ejercerse de manera inmediata, espontánea, es decir, oficiosa. Esto mismo acontece con el respeto y la garantía de los Derechos Humanos al que están obligadas todas las autoridades. Sería absurdo aguardar a que el interesado invoque sus derechos –a la vida, a

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

¹⁹⁹ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, op. cit, pág. 139.

²⁰⁰ Corte IDH. Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 26/11/2010, voto concurrente del Juez ad hoc Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, pár. 42.

la integridad, a la libertad— para que los agentes del Estado se resuelvan a examinar la existencia de aquellos, la obligación de respetarlos y la necesidad de garantizar su ejercicio²⁰¹.

Ahora bien, a partir del caso “Trabajadores cesados del Congreso vs. Perú”, la Corte sostuvo que dicho control debe ser ejercido *ex officio* por las autoridades nacionales en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones²⁰². Ello implica reconocer a los ordenamientos jurídicos internos amplias facultades para determinar las formas y presupuestos para hacer operativo el control de convencionalidad, más allá de que el mismo debe ser ejercido exista o no previsión procesal interna sobre su aplicación. Así, la Corte estableció que la Convención Americana no impone un determinado modelo de control de convencionalidad, afirmando sobre la vulneración del derecho a la protección judicial con motivo de la ausencia de un Tribunal Constitucional; si bien la Corte reconoce la importancia de estos órganos como protectores de los mandatos constitucionales y los derechos fundamentales, la Convención Americana no impone un modelo específico para realizar un control de constitucionalidad y convencionalidad. En este sentido, la Corte recuerda que la obligación de ejercer un control de convencionalidad entre las normas internas y la Convención Americana le compete a todos los órganos del Estado, incluidos sus jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles²⁰³.

Explica Ferrer Mac-Gregor que “la precisión de la doctrina relativa a que los jueces deben realizar “de oficio” el control de convencionalidad “evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes”²⁰⁴, no puede interpretarse como limitante para ejercer el “control difuso de convencionalidad”, sino como una manera de “graduar” la intensidad del mismo. Esto es así, debido a que este tipo de control no implica necesariamente optar por aplicar la normativa o jurisprudencia

²⁰¹ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, op. cit., pág. 141.

²⁰² Corte IDH. Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 24/11/2006, pár. 128.

²⁰³ Corte IDH. Caso Liakat Ali Alibux vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 30/01/2014, pár. 124.

²⁰⁴ Ferrer Mac Gregor indica que la precisión fue realizada a partir del Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú (2006), citado precedentemente.

convencional y dejar de aplicar la nacional, sino implica además y en primer lugar, tratar de armonizar la normativa interna con la convencional, a través de una “interpretación convencional” de la norma nacional.... pudiendo incluso optar por la interpretación más favorable en caso de aplicabilidad de la Convención Americana y otros tratados internacionales sobre derechos humanos.”²⁰⁵ Paralelamente, “en caso de incompatibilidad absoluta, donde no exista “interpretación convencional” posible, si el juez carece de facultades para desaplicar la norma, se limitará a señalar la inconventionalidad de la misma o, en su caso, “plantear la duda de inconventionalidad” ante otros órganos jurisdiccionales competentes dentro del mismo sistema jurídico nacional que puedan ejercer el “control de convencionalidad” con mayor intensidad. Así, los órganos jurisdiccionales revisores tendrán que ejercer dicho “control” y desaplicar la norma o bien declarar la invalidez de la misma por resultar inconventional.”²⁰⁶

Asimismo, la modalidad de ejercicio del control interno de convencionalidad determinará, según los casos, que el mismo se despliegue como un control represivo o negativo, o bien como un control constructivo o positivo de convencionalidad.

El primero de ellos (represivo o negativo) es el que surge del caso “Almonacid Arellano” y supone la inaplicación de la norma o práctica doméstica por resultar contraria e incompatible con la Convención y la interpretación dada a la misma por la Corte IDH. La norma interna es inválida, “desde un inicio carece de efectos jurídicos”²⁰⁷, y por tanto, las autoridades internas tienen la obligación de no aplicarla. En consecuencia, el control represivo debe ser de aplicación restrictiva, ya que significa la destrucción de la norma interna, por lo que los órganos nacionales deben siempre priorizar el control constructivo de convencionalidad.

En el mismo sentido, al operar la inaplicación de la norma, y no su derogación, este tipo de control provoca efectos *inter partes* y no *erga omnes*, salvo en aquellos sistemas donde los órganos domésticos habilitados para derogar normas inconstitucionales puedan también derogar las inconventionales.

Además, cabe destacar que el control de convencionalidad, en principio, no tiene efectos retroactivos, aunque se ha admitido la posibilidad de que ostente tal alcance “cuando sea necesario lograr la plena efectividad del derecho o libertad conculcado. Dicha retroactividad (o efecto *ex tunc*) resulta indispensable en algunos casos para lograr un

²⁰⁵ Corte IDH. Caso Cabrera García y Montiel Flores, voto razonado del Juez Ferrer Mac-Gregor, pár. 35 y 38.

²⁰⁶ *Ibídem*, pár. 39.

²⁰⁷ Corte IDH. Caso Almonacid Arellano vs. Chile, op. cit., pár. 123

adecuado goce y disfrute del correspondiente derecho o libertad (tal como sucedió en los supuestos de leyes de autoamnistía).”²⁰⁸

En nuestro sistema, el control represivo es ejercido por los jueces del Poder Judicial, quienes están habilitados para declarar la inconvencionalidad de la norma y, por tanto, su inaplicación.

El control constructivo o positivo de convencionalidad fue establecido por la Corte a partir, fundamentalmente, de los casos” Radilla Pacheco”²⁰⁹ y “Cabrera García y Montiel Flores”²¹⁰ vs México”, donde refirió que:

“es necesario que las interpretaciones constitucionales y legislativas referidas a los criterios de competencia material y personal de la jurisdicción militar en México, se adecuen a los principios establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal”. Asimismo, sostuvo que “la existencia de una norma no garantiza por sí misma que su aplicación sea adecuada. Es necesario que la aplicación de las normas o su interpretación, en tanto prácticas jurisdiccionales y manifestación del orden público estatal, se encuentren ajustadas al mismo fin que persigue el artículo 2 de la Convención”²¹¹.

Ello implicó la consagración de la doctrina de la interpretación conforme según la cual dicho control consiste en armonizar la normativa interna con la convencional a través de una interpretación convencional de la norma nacional²¹².

Si bien nace con posterioridad al control represivo, debe operar siempre antes que él, significando la aplicación de las normas internas y la interpretación legal y constitucional de manera concordante con los estándares convencionales a fin mantener y rescatar la validez de las mismas. El efecto propio de este tipo de control es el rescate de las normas, interpretaciones y prácticas internas a través de la armonización convencional.

Se trata de un control de aplicación amplia, ya que debe ser ejercido por la totalidad de los órganos internos comprendidos aquellos que carecen de competencia para ejercer el control represivo y declarar la inaplicación de las normas.

²⁰⁸ GIL DOMÍNGUEZ, Andrés. Globalización y control de convencionalidad. [en línea] Buenos Aires <<https://underconstitucional.blogspot.com/2011/03/globalizacion-y-control-de.html>> [consulta: 11/01/2021]

²⁰⁹ Corte IDH. Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 23/11/2009.

²¹⁰ Corte IDH. Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, op. cit., pár. 233.

²¹¹ Corte IDH. Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos, op. cit., pár. 338.

²¹² Corte IDH. Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, op. cit., voto razonado del Juez *Ad Hoc* Eduardo Ferrer Mac Gregor Poisot, pár. 35.

Además, tal como se tratará en el presente trabajo, el control constructivo o positivo de convencionalidad es el que permite, principal y especialmente, su ejercicio de manera preventiva por todos los órganos del Estado y, especialmente, por el Poder Ejecutivo.

En esta dirección, Sagüés sostiene que el control nacional o positivo de convencionalidad puede consistir tanto en la selección como en la construcción de interpretaciones, distinguiendo entre estas últimas las interpretaciones mutativas por adición, mutativas por sustracción y mutativas por adición – sustracción o mixtas²¹³.

3.2. Sujetos obligados a realizar el control.

La obligación de ejercer control interno de convencionalidad alcanza a todas las autoridades estatales, quienes en el ámbito de sus respectivas competencias deben garantizar el efecto útil de la Convención.

Si bien, de conformidad con lo establecido en la propia Convención²¹⁴ y en nuestro ordenamiento jurídico interno, el Poder Judicial tiene un rol especial en el cumplimiento de la obligación de ejercer control interno de convencionalidad, los otros poderes del Estado, especialmente y tal como se abordará oportunamente el Poder Ejecutivo, asumen un rol insustituible en el ejercicio del control de convencionalidad en su faz preventiva.

La Corte IDH fue ampliando gradualmente la extensión de los sujetos obligados a realizar control primario de convencionalidad. En el caso “Almonacid Arellano” (2006) refiere al Poder Judicial; posteriormente, en “Cabrera García y Montiel Flores” (2010), establece que los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos sus niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un “control de convencionalidad”. En su voto razonado, Ferrer Mac Gregor sostiene que la intencionalidad de la Corte IDH es clara: definir que la doctrina del “control de convencionalidad” se debe ejercer por “todos los jueces”, independientemente de su formal pertenencia o no al Poder Judicial y sin importar su jerarquía, grado, cuantía o materia de especialización. Así, no existe duda de que el

²¹³ SAGÜÉS, Néstor Pedro. El control de convencionalidad y la problemática de sus topes, op. cit.

²¹⁴ CADH. Arts. 25, 8.1 y 1.1.

"control de convencionalidad" debe realizarse por cualquier juez o tribunal que materialmente realice funciones jurisdiccionales²¹⁵.

En el caso "Gelman I" (2011) la Corte amplía expresamente la obligación de ejercer control de convencionalidad estableciendo que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial²¹⁶. En la misma dirección, en "Gelman II" (2013), aporta como novedad la posibilidad de que también sea articulado por parte de las instancias democráticas, expresando "todas sus autoridades públicas y todos sus órganos, incluidas las instancias democráticas, jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, están obligados por el tratado, por lo cual deben ejercer, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, un control de convencionalidad tanto en la emisión y aplicación de normas, en cuanto a su validez y compatibilidad con la Convención, como en la determinación, juzgamiento y resolución de situaciones particulares y casos concretos, teniendo en cuenta el propio tratado y, según corresponda, los precedentes o lineamientos jurisprudenciales de la Corte Interamericana"²¹⁷.

En este sentido, algunos autores han señalado que los "jueces nacionales" asumen ahora la condición de "jueces del sistema interamericano" de derechos humanos. Los jueces nacionales se convierten en "guardianes" de la convencionalidad²¹⁸.

3.3. Material jurídico para la realización del control.

En la efectivización del control interno de convencionalidad confluyen el material controlante, que sirve de base para su ejercicio por las autoridades nacionales, y el material controlado, como objeto condicionado sobre el cual recae dicho control.

²¹⁵ Corte IDH. Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, op. cit., voto razonado del Juez *Ad Hoc* Eduardo Ferrer Mac Gregor Poisot, pár. 20.

²¹⁶ Corte IDH. Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones, 24/02/2011, pár. 239.

²¹⁷ Corte IDH. Caso Gelman vs. Uruguay. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, 20/03/2013, pár. 69.

²¹⁸ FERRER MAC GREGOR, Eduardo. El control difuso de convencionalidad en el Estado constitucional. [en línea] En: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2873/9.pdf>> [consulta: 16/01/ 2021]

3.3.1. Material jurídico controlante.

El material jurídico controlante está conformado por la CADH y por la interpretación que de la misma efectúa la Corte IDH como su intérprete final. Ferrer Mac Gregor sostiene que el resultado de la interpretación de la Convención Americana conforma la jurisprudencia de la misma; es decir, constituyen normas que derivan de la CADH, de lo cual se obtiene que gocen de la misma eficacia (directa) que tiene dicho tratado internacional²¹⁹.

Sagüés sostiene que la Corte Interamericana equipara como material controlante el texto de la CADH con su doctrina jurisdiccional sobre la misma, aunque, de hecho, la opinión de la Corte es más significativa que el propio texto. En efecto, este último vale en la medida y de la manera en que lo entienda el tribunal regional en su condición de intérprete último del mismo²²⁰.

Ahora bien, desde el inicio de la doctrina del control interno de convencionalidad con el caso “Almonacid Arellano vs Chile”, donde el Tribunal refiere expresamente a tratados internacionales “como la Convención Americana”²²¹, quedó establecido que no sólo la CADH conforma el material controlante, sino también todos los instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados y vigentes en el ordenamiento interno y que le otorgan competencia para su interpretación a la Corte IDH. Al respecto, el Tribunal sostuvo que el objeto de su mandato es la aplicación de la Convención Americana y de otros tratados que le otorguen competencia²²².

Asimismo, en este sentido, la propia Convención establece como norma de interpretación, entre otras, que no se puede excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza²²³.

²¹⁹ Corte IDH. Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, op. cit., voto razonado del Juez *Ad Hoc* Eduardo Ferrer Mac Gregor Poisot, pár. 52.

²²⁰ SAGÜÉS, Néstor P. Guía Práctica de Control Latinoamericano de Convencionalidad, Bogotá, Konrad Adenauer Stiftung, 2020, pág. 52.

²²¹ Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 26/09/2006, pár. 124.

²²² Corte IDH. Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas, 01/09/2010, pár. 199.

²²³ CADH. Art. 29 d).

En cuanto a la extensión de la obligatoriedad de los lineamientos de la Corte para controlar la normativa y prácticas internas, el Tribunal aclaró que la sentencia no se limita en su efecto vinculante a la parte dispositiva del fallo, sino que incluye todos los fundamentos, motivaciones, alcances y efectos del mismo, de modo que aquella es vinculante en su integridad, incluyendo su *ratio decidendi*²²⁴. Merece atención, tal como se refirió anteriormente, que la obligatoriedad de las interpretaciones efectuadas por la Corte en casos contenciosos para los Estados que no fueron parte del mismo, lo es cuanto norma interpretada, en cuanto estándar de protección, y no en los hechos y particularidades del caso concreto.

Constituye también material jurídico controlante los criterios sentados por la Corte en ejercicio de su competencia consultiva. Al respecto, la Corte afirmó que estima necesario que los diversos órganos del Estado realicen el correspondiente control de convencionalidad, también sobre la base de lo que señale en ejercicio de su competencia no contenciosa o consultiva, la que innegablemente comparte con su competencia contenciosa el propósito del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, que es “la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos”²²⁵.

En este sentido, Trucco sostiene la importancia del control primario de convencionalidad como un control en dos actos enseñando:

“Este control de convencionalidad primario, conforme el párrafo 124 de Almonacid comprende dos dimensiones: por un lado, implica cotejar si las normas jurídicas internas o decisiones adoptadas resultan acordes con la CADH y demás tratados del sistema interamericano. Pero muchos se olvidan que el control de convencionalidad también se integra, con “otro acto” para resultar completo y efectivo, igual de importante que el mencionado anteriormente: en dicho control debe tenerse en cuenta la interpretación de la CADH realizada por la Corte IDH. Insisto: ambos aspectos deben cumplirse para realizar de manera completa el control de convencionalidad”²²⁶.

Marcelo Trucco (2021) refiere al control interno de convencionalidad en dos actos: primero, si las normas domésticas a aplicar y las prácticas a realizar son compatibles con la CADH, y segundo, si también lo son con la exégesis realizada por el órgano propio de interpretación, es decir, por la Corte IDH. Podría suceder que una norma interna sea convencional por su adecuación literal con el texto de la Convención, y que luego resulte

²²⁴ Corte IDH. Caso Gelman vs. Uruguay. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, op. cit., pár. 102.

²²⁵ Corte IDH. Derechos y Garantías de Niñas y Niños. Opinión Consultiva OC 21/14, 19/08/2014, pár. 31.

²²⁶ TRUCCO, Marcelo. Control de convencionalidad (en pocas palabras), op. cit., pág. 45.

incompatible con la interpretación que de dicha norma realizó la Corte en un caso contencioso o en alguna opinión consultiva.

3.3.2. Material jurídico controlado.

El material jurídico controlado es el objeto sobre el cual recae el control interno de convencionalidad y el elemento que permite comprender acabadamente la esencia del mismo al quedar comprendida no sólo cualquier norma, regla o práctica doméstica (ley, decreto, reglamento, ordenanza, resolución, interpretación, etc.), sino también la propia Constitución Nacional²²⁷. Implica la obligación para los órganos internos de asumir el carácter supranacional que adquiere en nuestro ordenamiento jurídico interno la Convención Americana y la consecuente superioridad del bien común regional por sobre el nacional.

Así, se ha señalado que “la Corte no ha hecho una descripción de qué tipo de preceptos locales deben ser controlados, por lo que consideramos que cualquier regla de alcance general y abstracto mal aplicada (ley, decreto, ordenanza, actos administrativos, constitucionales provinciales y nacional), tiene que estar incluida en el concepto aludido”²²⁸.

4. Control interno de convencionalidad y control de constitucionalidad. La Constitución convencionalizada.

La necesaria vinculación entre el control interno de convencionalidad y el control de constitucionalidad radica en garantizar la tutela efectiva de los derechos humanos en la totalidad del ordenamiento a través del aseguramiento de la supremacía de los máximos

²²⁷ En el caso “La última tentación de Cristo” la Corte IDH reclamó a Chile la modificación de una cláusula constitucional opuesta al Pacto (Art. 12 libertad de conciencia y de religión. Art. 13 libertad de pensamiento y de expresión), como efectivamente se hizo.

²²⁸ HITTERS, Juan Carlos. Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación. [en línea] Estudios constitucionales, 2009, año 7, N.º 2 <https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002009000200005> [consulta: 22/01/ 2021]

instrumentos jurídicos vigentes en el Estado, en el sentido de que los ordenamientos jurídicos internacional y nacional se encuentran en constante interacción en el presente dominio de protección de la persona humana²²⁹. Ambos controles, si bien son diferentes especialmente en cuanto a su objeto, comparten la esencia de garantizar la supremacía del mismo: la CADH y la CN respectivamente, respecto de las normas inferiores, exigiendo la inaplicación de estas cuando se opongan a aquellas (control represivo). Asimismo, los dos controles también requieren la interpretación conforme de las normas inferiores con las superiores tanto de carácter convencional, incluida la jurisprudencia de la Corte IDH, como constitucional (control constructivo). Sin embargo, y tal como se anticipó, el carácter supraconstitucional de la Convención, que determina la superioridad del bien común regional por sobre el bien común nacional, hace que las propias normas constitucionales también se vean alcanzadas por el control de convencionalidad²³⁰. De este modo, la relación entre ambos controles es tal, que en algunas ocasiones el “bloque de convencionalidad” queda subsumido en el “bloque de constitucionalidad”, por lo que al realizar el “control de constitucionalidad” también se efectúa “control de convencionalidad”²³¹.

La Corte IDH ha sostenido que la pretensión de oponer el deber de los tribunales internos de realizar el control de constitucionalidad al control de convencionalidad que ejerce la Corte, es en realidad un falso dilema, pues una vez que el Estado ha ratificado el tratado internacional y reconocido la competencia de sus órganos de control, precisamente a través de sus mecanismos constitucionales, aquellos pasan a conformar su ordenamiento jurídico. De tal manera, el control de constitucionalidad implica necesariamente un control de convencionalidad, ejercidos de forma complementaria²³².

Así, la supraconstitucionalidad de la Convención Americana, decidida soberanamente por el Estado argentino, implica la convencionalización de la CN y la concepción desde la cual debe ser efectuado el control de constitucionalidad. Sostiene Sagüés la doctrina que se comparte de la Constitución convencionalizada, exponiendo que “el control de constitucionalidad no puede realizarse con independencia del control de

²²⁹ Corte IDH. Caso Trabajadores cesados del Congreso (Aguado Alfaro) vs. Perú, op. cit., voto razonado del Juez A.A. Antonio Cançado Trindade, pár. 3.

²³⁰ En el caso “La última tentación de Cristo” la Corte IDH reclamó a Chile modificar una cláusula constitucional opuesta al pacto (Art. 12 libertad de conciencia y de religión. Art. 13 libertad de pensamiento y de expresión), como efectivamente se hizo.

²³¹ Corte IDH. Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, op. cit., voto razonado del Juez *Ad Hoc* Eduardo Ferrer Mac Gregor Poisot, pár., 26.

²³² Corte IDH. Caso Gelman vs. Uruguay. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, op. cit., pár. 88.

convencionalidad, sino que debe partir de una constitución “convencionalizada”, vale decir, de una constitución acorde con el Pacto de San José y con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, lo que implica: (i) una constitución depurada de ingredientes anticonvencionales; (ii) una constitución conformada y completada con ingredientes convencionales decisivos para el núcleo esencial de los derechos enunciados en ella. En otras palabras, la constitución convencionalizada es una constitución opuesta a la constitución autista que algunos nostálgicos, o desinformados, todavía usan”²³³.

En este sentido, el control de constitucionalidad debe ser efectuado utilizando como parámetro de confrontación la Constitución Nacional “convencionalizada”; de lo contrario dicho control se torna inválido. Al respecto, el Tribunal Interamericano ha expresado que en un caso relativo a los derechos humanos no puede efectuarse un análisis puramente constitucional, en el cual no se tenga en cuenta las obligaciones que tiene el Estado conforme a la Convención Americana y según la jurisprudencia de esta Corte²³⁴.

En cuanto a la forma de llevar a cabo dichos controles, si bien la Corte afirma que la Convención Americana no impone un modelo específico para realizar el control de constitucionalidad y convencionalidad²³⁵, en nuestro ordenamiento jurídico, al regir un sistema de control de constitucionalidad de tipo difuso, el control de convencionalidad alcanza mayores dimensiones. El control difuso de constitucionalidad implica que el mismo deba ser realizado por todos los jueces del Estado, tanto nacionales como provinciales, quienes tienen la atribución y el deber de inaplicar las normas contrarias a la Constitución. Por su parte, en los sistemas concentrados el control de constitucionalidad es llevado a cabo por un único órgano creado especialmente para dicho fin.

En Argentina, el carácter difuso del control de constitucionalidad, sumado al carácter supraconstitucional de la CADH, permite una articulación sinérgica con el control primario de convencionalidad que, por naturaleza, es también difuso al ser encomendado por la propia Corte IDH como un deber a cargo de todos los jueces internos. Como se afirmara, el control concentrado de convencionalidad es el realizado desde siempre en sede internacional por el Tribunal interamericano.

²³³ SAGÜÉS, Néstor P. Empalmes entre el control de constitucionalidad y el de convencionalidad. La Constitución convencionalizada. En: Programa de investigaciones de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario de la Universidad Católica Argentina, págs. 12-13.

²³⁴ Corte IDH. Caso Boyce y otros vs. Barbados. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 20/11/2007, pár. 77.

²³⁵ Corte IDH. Caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 30/01/2014, pár. 124.

Ferrer Mac Gregor, al referirse a la concepción difusa de convencionalidad, afirma que parte de la arraigada connotación del “control difuso de constitucionalidad” en contraposición con el “control concentrado” que se realiza en los Estados constitucionales por las altas “jurisdicciones constitucionales”, teniendo la última interpretación constitucional los Tribunales, Cortes o Salas Constitucionales o en algunos casos, las Cortes Supremas y otras altas jurisdicciones²³⁶.

Ahora bien, merece atención que según la Corte IDH, todos los jueces internos tienen la obligación de ejercer control de convencionalidad en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, tengan o no habilitada según el derecho doméstico la realización del control de constitucionalidad. En este aspecto, Ferrer Mac Gregor alude a la graduación de la intensidad en la realización del control de convencionalidad sosteniendo:

“Así, en los llamados sistemas “difusos” de control de constitucionalidad donde todos los jueces tienen competencia para dejar de aplicar una ley al caso concreto por contravenir la Constitución nacional, el grado de “control de convencionalidad” resulta de mayor alcance, al tener todos los jueces nacionales la atribución de inaplicar la norma inconvencional. Este supuesto es un grado intermedio de “control”, que operará solo sino existe una posible “interpretación conforme” de la normatividad nacional con el Pacto de San José (o de algunos otros tratados internacionales como veremos más adelante) y de la jurisprudencia convencional. A través de esta “interpretación conforme” se salva la “convencionalidad” de la norma interna. El grado de intensidad máximo del “control de convencionalidad” se puede realizar por las altas jurisdicciones constitucionales (normalmente los últimos intérpretes constitucionales en un determinado sistema jurídico) que generalmente tienen además la facultad de declarar la invalidez de la norma inconstitucional con efectos *erga omnes*. Se trata de una declaración general de invalidez por la inconvencionalidad de la norma nacional”²³⁷.

En nuestro país, el control de constitucionalidad que implica la declaración de inconstitucionalidad y la no aplicación de la norma así declarada es competencia exclusiva de los jueces pertenecientes al Poder Judicial; en consecuencia, el control de convencionalidad de tipo represivo que tiene por resultado la declaración de inconvencionalidad y la inaplicación de la norma contraria al derecho convencional es también atribución de dichos jueces. Sin embargo, el control de convencionalidad debe ser ejercido por cualquier autoridad pública²³⁸ en el marco de sus competencias específicas.

²³⁶ Corte IDH. Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, op. cit., voto razonado del Juez *Ad Hoc* Eduardo Ferrer Mac Gregor Poisot, pár. 22.

²³⁷ Corte IDH. Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, op. cit., voto razonado del Juez *Ad Hoc* Eduardo Ferrer Mac Gregor Poisot, pár. 36.

²³⁸ Corte IDH. Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones, 24/02/2011, pár. 239.

Ello implica, conforme se mencionó y tal como se abordará en el capítulo siguiente, que el Poder Ejecutivo debe realizar siempre control de convencionalidad de tipo constructivo - preventivo en relación a la sanción y aplicación de normativas, pudiendo ser incluso de tipo represivo respecto de las prácticas administrativas en el sentido de no aplicar y erradicar aquellas que no se condicen con los estándares de convencionalidad.

En este orden de ideas, la eficacia en la realización complementaria de los dos controles requiere:

a. La constante interacción entre el orden jurídico interno y el convencional interamericano, traducida en el intercambio de criterios interpretativos entre ambos con miras a la construcción de estándares de protección de los derechos humanos. En este sentido, la interacción entre ambos sistemas no puede enfocarse exclusivamente desde una matriz unidireccional desde la Corte IDH hacia los tribunales o cortes constitucionales y cortes supremas (y/o salas constitucionales en el marco de éstas), sino que corresponde hacer foco en una “construcción transnacional y cooperativa de estándares de derechos humanos, con efectos tanto a nivel nacional como regional”²³⁹. Ferrer Mac Gregor refiere que:

“resulta evidente que la Corte IDH crea la doctrina del “control difuso de convencionalidad” advirtiendo la tendencia de la “constitucionalización” o, si se prefiere, “nacionalización” del “derecho internacional de los derechos humanos” y particularmente la aceptación de su jurisprudencia convencional como elemento “hermenéutico” y de “control” de la normatividad interna por parte de los propios tribunales internos; es decir, la Corte IDH recibió el influjo de la práctica jurisprudencial de los jueces nacionales para crear la nueva doctrina sobre el “control difuso de convencionalidad”²⁴⁰.

Y agrega que la construcción de un auténtico “diálogo jurisprudencial” –entre los jueces nacionales y los interamericanos–, seguramente se convertirá en el nuevo referente jurisdiccional para la efectividad de los derechos humanos del siglo XXI. Ahí descansa el porvenir: en un punto de convergencia en materia de derechos humanos para establecer un auténtico *ius constitutionale commune* en las Américas²⁴¹.

²³⁹ BAZÁN, Víctor, op. cit., pág. 94.

²⁴⁰ Corte IDH. Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, voto razonado del Juez *Ad Hoc* Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, pár. 29.

²⁴¹ *Ibidem*, pár. 88.

b. Cierta margen de apreciación nacional²⁴² de los órganos internos para determinar la forma de cumplir e implementar a nivel local las interpretaciones realizadas por los órganos interamericanos, fundamentalmente, en aquellos casos en que el Estado no ha sido parte. Dicho margen se justifica especialmente cuando la propia Corte IDH ha resuelto un caso determinado acudiendo a la doctrina del margen de apreciación nacional para un Estado particular.

Su esencia es garantizar cierta autonomía estatal, en virtud de la cual cada Estado tiene reservado un margen de decisión o privilegio en la valoración e interpretación de las normas que provienen del ámbito internacional para su aplicación en el ámbito interno, según las particularidades propias de cada país.

A través del margen de apreciación nacional, el Estado podrá valorar las circunstancias materiales que ameritan la aplicación de medidas excepcionales en situaciones de emergencia, limitar el ejercicio de alguno de los derechos con el objeto de resguardar otros derechos o intereses de la comunidad, como así también definir el contenido de los derechos y determinar el modo en que estos se desarrollan en el ordenamiento interno. En esta dirección, los principios de razonabilidad y proporcionalidad, como así también el pro persona, son parámetros efectivos que deben considerarse para analizar la validez de la aplicación del margen de apreciación nacional.

Sagüés sostiene que la doctrina del margen de apreciación nacional aclara que en todo derecho de fuente internacional cabe distinguir entre un núcleo “duro”, esencial, básico, mínimo, inalterable e innegociable, común para todos, y otro más flexible y maleable, que admitiría ciertas modalidades secundarias de extensión y de aplicación, atendiendo las limitaciones, posibilidades y peculiaridades de cada país, su idiosincrasia y experiencias²⁴³.

Por su parte, Faúndez Ledesma (2004) señala:

“La idea de que el Estado pueda ejercer un margen de apreciación en la aplicación de la Convención no se encuentra expresamente reconocida por la Convención Americana, y tiene que ser vista, si no con recelo, por lo menos con mucha precaución; sin embargo, es evidente que esta doctrina también

²⁴² La doctrina del margen de apreciación nacional ha encontrado su principal desarrollo en el Sistema Europeo de Derechos Humanos como un criterio de deferencia al momento de controlar la interpretación y aplicación efectuada por los Estados respecto de las normas convencionales en consideración al contacto más directo que las autoridades nacionales tienen con la sociedad civil y a la falta de un mínimo común que pudiera ser extrapolable a todos los Estados parte.

²⁴³ SAGÜÉS, Néstor P. Dificultades operativas del “control de convencionalidad” en el sistema interamericano. *La Ley* (2010-D-1245) :2 11/08/2010.

tiene aplicación en el Sistema Interamericano, y que es inherente a las expresiones utilizadas por algunas de sus disposiciones”²⁴⁴.

En la OC 4/84, la Corte IDH ha recurrido a la doctrina al sostener el “margen” reservado a los Estados para la definición de los requisitos que pueden exigirse para obtener la naturalización, señalando que son ellos los llamados a apreciar en qué medida existen y cómo deben apreciarse las condiciones que garanticen que el aspirante a obtenerla esté efectivamente vinculado con el sistema de valores e intereses de la sociedad a la que pretende pertenecer plenamente, en tanto no se incurra en discriminaciones ilegítimas²⁴⁵.

Sin embargo, la jurisprudencia de la Corte no ha efectuado una aplicación directa de la doctrina, limitándose a reconocer cierta consideración a los Estados. En el caso “Herrera Ulloa vs. Costa Rica”, sostuvo:

“De acuerdo al objeto y fin de la Convención Americana, cual es la eficaz protección de los derechos humanos, se debe entender que el recurso que contempla el artículo 8.2.h. de dicho tratado debe ser un recurso ordinario eficaz mediante el cual un juez o tribunal superior procure la corrección de decisiones jurisdiccionales contrarias al derecho. Si bien los Estados tienen un margen de apreciación para regular el ejercicio de ese recurso, no pueden establecer restricciones o requisitos que infrinjan la esencia misma del derecho de recurrir del fallo”²⁴⁶.

En la misma dirección, en el precedente *Castañeda Gutman vs. México* el Tribunal expresó:

“El sistema interamericano tampoco impone un sistema electoral determinado ni una modalidad específica para el ejercicio de los derechos a votar y a ser votado. La Convención Americana establece lineamientos generales que determinan un contenido mínimo de los derechos políticos y permite a los Estados que dentro de los parámetros convencionales regulen esos derechos de acuerdo a sus necesidades históricas, políticas, sociales y culturales, las que pueden variar de una sociedad a otra, e incluso en una misma sociedad, en distintos momentos históricos”²⁴⁷.

Por su parte, Ferrer Mac Gregor al referirse al control difuso de convencionalidad, en cuyo marco los jueces nacionales deben armonizar la legislación nacional con los parámetros interamericanos, afirma que la Corte IDH debe velar por ello y tener plena

²⁴⁴ FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor. *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Aspectos institucionales y procesales*, 2º ed., San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2004, pág. 71.

²⁴⁵ Corte IDH. *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*. Opinión Consultiva OC- 4/84, 19/01/1984, pár. 59.

²⁴⁶ Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 02/07/2004, pár. 161.

²⁴⁷ Corte IDH. *Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 06/08/2008, pár. 166.

consciencia de los estándares que irá construyendo en su jurisprudencia, teniendo en consideración, además, el “margen de apreciación nacional” que deben contar los Estados nacionales para interpretar el corpus juris interamericano²⁴⁸.

c. La observancia irrestricta del principio *pro persona*²⁴⁹ como norte y criterio armonizador entre ambos controles y tuitivo de los derechos humanos. Se abordará el estudio del principio en el capítulo V del presente trabajo.

4.1. El control de convencionalidad en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

La CSJN ha sido receptiva del control de convencionalidad, como así también ha sostenido la coordinación entre este y el control de constitucionalidad. La recepción nacional del derecho internacional de los derechos humanos, operada incluso con anterioridad a la reforma constitucional de 1994²⁵⁰, se fue consolidando progresivamente en la jurisprudencia del máximo Tribunal nacional, incluso con avances en el reconocimiento de los fallos de la Corte IDH. En el caso “Espósito” del año 2004, la CSJN sostuvo que la jurisprudencia de la Corte IDH constituye una imprescindible pauta de interpretación de todos los deberes y obligaciones que derivan de la CADH²⁵¹. Ahora bien, fue en el precedente “Mazzeo”²⁵² del año 2007, referido a la inconstitucionalidad de indultos del Poder Ejecutivo respecto a imputados por delitos de lesa humanidad, donde la CSJN adoptó expresamente la doctrina del control de convencionalidad y sostuvo además que la jurisprudencia de la Corte IDH constituye “una insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos en el ámbito de su competencia y, en consecuencia, también para la CSJN, a los efectos de resguardar las obligaciones asumidas

²⁴⁸ Corte IDH. Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, voto razonado del Juez *Ad Hoc* Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, op. cit., pár. 87.

²⁴⁹ CADH. Art. 29 b.

²⁵⁰ CSJN. Ekmekdjian, Miguel Angel c/ Sofovich, Gerardo y otros s/ Recurso de hecho, 07/07/1992, Fallos 315:1492.

²⁵¹ CSJN. Espósito Miguel Ángel s/ Incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa, 23/12/2004, Fallos 327:5678.

²⁵² CSJN. Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ Recurso de Casación e Inconstitucionalidad, 13/07/2007, Fallos 330:3248.

por el Estado argentino en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos.”²⁵³

Es de destacar que la importancia de dicho fallo radica en la proximidad temporal y de contenido con la formulación de la doctrina del control interno de convencionalidad por parte de la Corte IDH en el caso “Almonacid Arellano vs Chile” del año 2006 y en que el máximo Tribunal nacional replica, unos meses después y casi con exactitud, lo expresado por su par interamericano. En el considerando 21 de la mayoría reprodujo el párrafo 124 del caso Almonacid Arellano, afirmando:

“Que, por su parte, la Corte Interamericana ha señalado que "es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos". En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana –CIDH Serie C N.º154, caso "Almonacid", del 26 de septiembre de 2006, paragraf. 124–”.

La trascendencia del precedente se debe también a la aceptación de la CSJN del valor vinculante de las interpretaciones de la Corte IDH, aún las emitidas en aquellos casos en que el Estado no ha sido parte; es decir, de que el control de convencionalidad debe realizarse teniendo en cuenta no sólo las decisiones de la Corte IDH referentes a nuestro Estado, sino también aquellas relativas a otros países. En el caso Mazzeo, la CSJN invocó el precedente “Barrios Altos vs. Perú”²⁵⁴, lo mismo sostuvo posteriormente en otros precedentes²⁵⁵.

En el caso Acosta²⁵⁶ del año 2012, la CSJN sostuvo que las sentencias de la Corte IDH condenatorias del Estado argentino expanden sus efectos más allá del caso concreto. Al analizar la razonabilidad del plazo de prisión preventiva en el ordenamiento jurídico argentino, adoptó como criterio de validez lo expuesto por el Tribunal interamericano en el

²⁵³ *Ibidem*, pár. 20.

²⁵⁴ Corte IDH. Caso Barrios Altos vs. Perú. Fondo, 14/03/2001, pár

²⁵⁵ CSJN. Videla, Jorge Rafael y Massera, Emilio Eduardo, 31/08/2010, Fallos 333:1657. La CSJN aplicó el fallo de la Corte IDH, Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú, Fondo, Reparaciones y Costas, 25/11/2006.

²⁵⁶ CSJN. Acosta, Jorge Eduardo s/ Recurso de Casación, 08/05/2012, Fallos 335:533.

caso “Bayarri vs Argentina”²⁵⁷. Asimismo, el fallo implicó el reconocimiento del efecto *erga omnes* de las sentencias de la Corte IDH condenatoria de otros Estados distintos del Estado argentino e invocó la reiterada jurisprudencia de la Corte IDH en la materia²⁵⁸.

En el mismo año, el Tribunal Supremo adoptó por mayoría el fallo “Rodríguez Pereyra”²⁵⁹ referido a la constitucionalidad de la normativa que establece un régimen indemnizatorio especial para el personal militar, del que surge la necesaria coordinación entre los sistemas de control de constitucionalidad y de convencionalidad, afirmando que:

“La jurisprudencia reseñada no deja lugar a dudas de que los órganos judiciales de los países que han ratificado la CADH están obligados a ejercer, de oficio, el control de convencionalidad, descalificando las normas internas que se opongan a dicho tratado. Resultaría, pues, un contrasentido aceptar que la Constitución Nacional que, por un lado, confiere rango constitucional a la mencionada Convención (artículo 75, inc. 22), incorpora sus disposiciones al derecho interno y, por consiguiente, habilita la aplicación de la regla interpretativa –formulada por su intérprete auténtico, es decir, la Corte IDH– que obliga a los tribunales nacionales a ejercer de oficio el control de convencionalidad, impida, por otro lado, que esos mismos tribunales ejerzan similar examen con el fin de salvaguardar su supremacía frente a normas locales de menor rango”²⁶⁰.

En el precedente Arrillaga²⁶¹ del año 2014, la CSJN volvió a reforzar el valor vinculante a nivel interno de la jurisprudencia de los órganos internacionales de protección para la realización del control primario de convencionalidad. En el caso, referido a la imprescriptibilidad de la acción penal sostenida por la querella en virtud de lo resuelto por la Corte IDH²⁶² en precedentes anteriores, la CSJN, en su mayoría, adhirió a lo dictaminado por la Procuración General de la Nación²⁶³, quien consideró que configura arbitrariedad no hacer “ninguna referencia a un argumento oportunamente invocado y conducente para la adecuada solución del caso”, como lo es la posible aplicación de la jurisprudencia interamericana citada por la querella. Agregó además, que “más allá de lo dispuesto en el artículo 68.1 de la Convención, con el fin de honrar de la manera más profunda los compromisos asumidos internacionalmente por nuestro Estado, los tribunales

²⁵⁷ Corte IDH. Caso Bayarri vs. Argentina. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 30/10/2008.

²⁵⁸ CSJN. Acosta, Jorge Eduardo, op. cit., consid. 18.

²⁵⁹ CSJN. Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c/ Ejército Argentino s/ Daños y Perjuicios, 27/11/2012, Fallos 335:2333.

²⁶⁰ *Ibidem*, consid. 12.

²⁶¹ CSJN. Arrillaga, Alfredo Manuel s/ Causa N.º 14.102, 30/12/2014.

²⁶² Corte IDH. Caso Bulacio vs. Argentina y Bueno Alves vs. Argentina. CSJN Caso Espósito.

²⁶³ CSJN. Arrillaga, Alfredo Manuel, op. cit. Dictamen de la Procuradora Alejandra Magdalena Gils Carbó, 13/06/2014.

nacionales deben también hacer el máximo esfuerzo por cumplir la jurisprudencia de los órganos internacionales de protección de derechos humanos encargados del control de aquellos instrumentos internacionales que gozan de rango constitucional en el orden jurídico argentino, sin desconocer, por supuesto, en dicha tarea, los principios y reglas supremos del orden jurídico interno y la competencia misma asignada por la Constitución a los tribunales nacionales para decidir los procesos judiciales internos. Por consiguiente, pienso que tanto la ausencia de consideración de la jurisprudencia de los órganos internacionales, cuanto la falta de enunciación de las razones que pudieran existir para no seguir la doctrina derivada de la jurisprudencia de tales órganos afectan el deber de adecuada fundamentación de la sentencia recurrida”.

Continuó afirmando que:

“Esta interpretación, por otra parte, está en línea con el principio de buena fe del derecho internacional, el cual exige que un tribunal nacional, al decidir sobre el contenido y alcance de una disposición de la Convención Americana, tenga en cuenta la interpretación dada al mismo precepto por los órganos de protección del sistema interamericano”.

Sostuvo además que:

(...) “también ha incurrido en arbitrariedad al rechazar la pretensión de la recurrente con base en que las recomendaciones de la Comisión Interamericana no son vinculantes para el Estado argentino, pues debía analizar si se hicieron los mejores esfuerzos para cumplir con la recomendación de la Comisión, es decir, llevar a cabo una investigación independiente, completa e imparcial acerca de los hechos, en tanto sólo en ese caso podría considerarse infundado el agravio consistente en que se incumplirían compromisos internacionales si se confirmara la extinción de la acción penal”.

Se desprende del caso que el apartamiento de lo establecido en el texto de la Convención o de su interpretación por los órganos propios de control, exige fundamentar acabadamente la aplicación de una normativa interna que depara mayor protección a la persona; sólo así se evita caer en la arbitrariedad.

No obstante, el criterio jurisprudencial del máximo Tribunal nacional de reconocer progresivamente y sin obstáculos la doctrina del control interno de convencionalidad, en el caso “Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto”²⁶⁴ del año 2017 fue regresivo respecto de sus propios precedentes y, en consecuencia, limitativo del efecto vinculante de las decisiones de la Corte IDH. El caso internacional “Fontevecchia y D’Amico vs

²⁶⁴ CSJN. Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso “Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina” por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 14/02/2017, Fallos 340:47.

Argentina”²⁶⁵ fue el que determinó el dictado de dicho precedente a nivel interno, al resolver la Corte IDH que la sentencia emitida por la CSJN que confirmó la condena impuesta por un tribunal de alzada a dos periodistas violó el derecho a la libertad de pensamiento y expresión contemplado en el 13 de la CADH y ordenar al Estado argentino, como medida de reparación, dejar sin efecto dichas sentencias en todos sus extremos. Ante la falta de ejecución de dicha medida, el Ministerio de Relaciones Exteriores y Cultos remitió a la CSJN la solicitud efectuada por la Secretaría de Derechos Humanos de la Nación para que diera debido cumplimiento. La Corte nacional rechazó la petición y sostuvo, entre otros argumentos, que: a) “las sentencias de la Corte Interamericana, dictadas en procesos contenciosos contra el Estado argentino son, en principio, de cumplimiento obligatorio para este (art. 68.1, CADH) [...] Dicha obligatoriedad, sin embargo, alcanza únicamente a las sentencias dictadas por el tribunal internacional dentro del marco de sus potestades remediales”²⁶⁶; b) [...] “el tenor literal de la norma (art. 63.1 CADH) no contempla la posibilidad de que la Corte Interamericana disponga que se deje sin efecto una sentencia dictada en sede nacional”²⁶⁷; c) “dejar sin efecto la sentencia dictada por esta Corte Suprema en virtud de la orden de la Corte Interamericana es sinónimo de “revocar” e implicaría transformar a dicho tribunal, efectivamente, en una “cuarta instancia” revisora de las sentencias dictadas por esta Corte, en clara violación de los principios estructurales del sistema interamericano y en exceso de las obligaciones convencionalmente asumidas por el Estado argentino al ingresar a dicho sistema”²⁶⁸.

Ante esta resolución, la Corte IDH afirmó que el Estado argentino no ha dado cumplimiento a la reparación ordenada relativa a “dejar sin efecto” la condena civil²⁶⁹. Entre los principales argumentos sostuvo: a) el principio de buena fe (*pacta sunt servanda*) en el cumplimiento de las obligaciones convencionales por parte de los Estados²⁷⁰; b) la reparación consistente en “dejar sin efecto” no implicaba necesaria y exclusivamente “revocar” las sentencias civiles dictadas, sino adoptar “las medidas judiciales, administrativas y de cualquier otra índole que sean necesarias” para “dejar sin efecto” tales sentencias”²⁷¹; c) la CSJN se atribuyó competencias que no le corresponden implica una

²⁶⁵ Corte IDH. Caso Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas, 29/11/2011.

²⁶⁶ CSJN. Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto, op. cit., consid. 6.

²⁶⁷ Ibídem, consid. 13.

²⁶⁸ Ibídem consid. 11.

²⁶⁹ Corte IDH. Caso Fontevecchia y D’Amico vs Argentina. Supervisión de cumplimiento de sentencia, 18/10/2017.

²⁷⁰ Ibídem, pár. 12, 13, 14 y 15.

²⁷¹ Ibídem, pár. 16.

clara contravención de los principios de Derecho Internacional y las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos asumidas por ese Estado (...) No le corresponde a dicho tribunal interno determinar cuándo una Sentencia de este Tribunal internacional es obligatoria, pues su obligatoriedad surge de la ratificación de la Convención Americana por parte de Argentina y del reconocimiento que realizó de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana²⁷². Al respecto, continuó diciendo:

“Esta Corte ya ha establecido que la determinación de la obligatoriedad de uno de sus fallos no puede quedar al arbitrio de un órgano del Estado, especialmente de aquel que generó la violación a derechos humanos, tal como en el presente caso, cuya violación se configuró por una decisión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, puesto que sería inadmisibles subordinar el mecanismo de protección previsto en la Convención Americana a restricciones que hagan inoperante la función del Tribunal. Ello tornaría incierto el acceso a la justicia que es parte del sistema tutelar de los derechos humanos consagrado en la Convención”²⁷³

d) Para el derecho internacional es absolutamente irrelevante el órgano del Estado cuya acción u omisión causó el hecho internacionalmente ilícito, de manera tal que cualquier órgano del Estado, independientemente de sus funciones o jerarquía, puede generar la responsabilidad internacional del Estado (...) Al pronunciarse sobre decisiones judiciales internas la Corte Interamericana no actúa como una cuarta instancia revisora de las sentencias dictadas por los tribunales internos, sino que determina si estos han incurrido en sus decisiones en alguna violación de los derechos humanos u obligaciones internacionales reconocidos en los tratados sobre los cuales este Tribunal tiene competencia”²⁷⁴.

Asimismo, la Corte IDH sostuvo que:

(...) “el Estado podría adoptar algún otro tipo de acto jurídico, diferente a la revisión de la sentencia, para dar cumplimiento a la medida de reparación ordenada como por , como por ejemplo la eliminación de su publicación de la páginas web de la Corte Suprema de Justicia y del Centro de Información Judicial, o que se mantenga su publicación pero se le realice algún tipo de anotación indicando que esa sentencia fue declarada violatoria de la Convención Americana por la Corte Interamericana”²⁷⁵.

Finalmente, la CSJN tomando en consideración lo expresado por la Corte IDH hizo lugar a la reparación y ordenó que se asiente junto a la sentencia en cuestión que la misma

²⁷² *Ibídem*, pár. 23.

²⁷³ *Ibídem*, pár. 24.

²⁷⁴ *Ibídem*, pár. 31.

²⁷⁵ *Ibídem*, pár. 21.

fue declarada incompatible con la CADH por la Corte IDH²⁷⁶. No obstante, en los considerandos de dicha resolución, la CSJN expresa que la anotación sugerida por la Corte Interamericana no vulnera los principios de derecho público establecidos en la Constitución Nacional (art. 27).

²⁷⁶ CSJN. Resolución N.º 4015, 05/12/2017.

CAPÍTULO IV

EL CONTROL PRIMARIO E INTERNO DE CONVENCIONALIDAD A CARGO DEL PODER EJECUTIVO.

SUMARIO 1. 1. Estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2. Fundamentos jurídicos del control interno de convencionalidad a cargo del Poder Ejecutivo. 3. El Poder Ejecutivo, la función administrativa y la Administración pública. 4. Competencias del órgano ejecutivo en la realización del control primario e interno de convencionalidad.

1. Estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Tal como se sostuvo en el capítulo anterior, el Poder Ejecutivo es uno de los sujetos obligados a realizar control interno de convencionalidad. La consolidación de dicha obligación resultó determinante a partir del posicionamiento de la Corte IDH en el caso “Gelman vs Uruguay (I)”, donde afirmó expresamente que el control de convencionalidad es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial²⁷⁷.

En igual sentido, en la supervisión de cumplimiento de sentencia del caso “Gelman vs Uruguay (II)”, la Corte reforzó la obligación a cargo del Poder Ejecutivo al referir no sólo a todas las autoridades públicas y todos los órganos del Estado, sino también a las decisiones administrativas –a la par de las judiciales– en la vinculatoriedad del test de convencionalidad; allí, la Corte sostuvo:

“Pero cuando un Estado es Parte en un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, también están sometidos al tratado, lo cual les obliga a velar para que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin, de modo que decisiones judiciales o administrativas no hagan ilusorio el cumplimiento total o parcial de las obligaciones internacionales. Es decir, todas las autoridades estatales, están en la obligación de ejercer *ex officio* un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes”²⁷⁸.

En el mismo fallo, el Tribunal profundizó:

“(E)l Estado, por el solo hecho de ser Parte en la Convención Americana, todas sus autoridades públicas y todos sus órganos, incluidas las instancias democráticas, jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, están obligados por el tratado, por lo cual deben ejercer, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, un control de convencionalidad tanto en la emisión y aplicación de normas, en cuanto a su validez y compatibilidad con la Convención, como en la determinación, juzgamiento y resolución de situaciones particulares y casos concretos, teniendo en cuenta el propio tratado y, según corresponda, los precedentes o lineamientos jurisprudenciales de la Corte Interamericana”²⁷⁹.

²⁷⁷ Corte IDH. Gelman vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones, 24/02/2011, pár. 239.

²⁷⁸ Corte IDH. Gelman vs. Uruguay. Supervisión de cumplimiento de sentencia, 20/03/2013, pár. 66.

²⁷⁹ *Ibíd.*, pár. 69.

Como afirma Moroni Romero, se desprende claramente que la intención de la Corte IDH es extender el control de convencionalidad más allá de los jueces del Poder Judicial, luce patente ahora la directriz de proyección a todos los órganos públicos de un Estado (sin distinción). La locución “decisiones administrativas” unida a “todas las autoridades estatales” deja al descubierto la conclusión arribada²⁸⁰.

De esta manera, la ampliación de la obligación de ejercer control interno de convencionalidad irradia sus efectos hacia la totalidad de la actividad estatal, sin quedar circunscripta exclusivamente a la actividad judicial. Se expande ahora, especialmente, a la actividad ejecutiva y legislativa, siempre en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes.

En los precedentes indicados, la Corte continúa el proceso de ampliación iniciado con anterioridad en casos como “Rosendo Cantú y otra vs México”²⁸¹ o “Cabrera García y Montiel Flores vs México”²⁸², donde, si bien el Tribunal refirió a todos los órganos del Estado, incluidos sus jueces, en el sometimiento a las disposiciones de la Convención, en relación puntual al control de convencionalidad afirmó que “los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana”. Surgía así el interrogante de si el control de convencionalidad correspondía a todos los órganos del Estado o era sólo una obligación de los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia. El posicionamiento de la Corte en el caso Gelman implicó dar respuesta a la cuestión y un claro avance en la extensión de los actores alcanzados por el deber de ejercer control interno de convencionalidad.

Asimismo, aún con anterioridad a la doctrina sentada en el caso “Gelman vs Uruguay”, y más allá de la falta de referencia expresa al control de convencionalidad, la Corte daba claras señales de que la Administración pública era uno de los sujetos directa y principalmente obligado a efectuar la comprobación de sus prácticas y de la normativa que emite y aplica con las disposiciones de la Convención y la jurisprudencia del Tribunal. En el caso “Baena Ricardo vs Panamá”, expresó:

²⁸⁰ MORONI ROMERO, Lucas. El control administrativo de convencionalidad, Jurisprudencia Argentina (1):4, octubre-diciembre 2013.

²⁸¹ Corte IDH. Caso Rosendo Cantú y otra vs. México. Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 31/08/2010, pár. 219.

²⁸² Corte IDH. Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 26/11/2010, pár. 225.

“En cualquier materia, inclusive en la laboral y la administrativa, la discrecionalidad de la administración tiene límites infranqueables, siendo uno de ellos el respeto de los derechos humanos. Es importante que la actuación de la administración se encuentre regulada, y ésta no puede invocar el orden público para reducir discrecionalmente las garantías de los administrados. Por ejemplo, no puede la administración dictar actos administrativos sancionatorios sin otorgar a los sancionados la garantía del debido proceso”²⁸³.

También, en el precedente “Ximenes Lopez vs Brasil”, afirmó:

“Los Estados están obligados a respetar los derechos reconocidos en la Convención y a organizar el poder público para garantizar a las personas bajo su jurisdicción el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos, extendiéndose esa obligación a todos los niveles de la administración, así como a otras instituciones a las que los Estados delegan su autoridad”²⁸⁴.

En la misma dirección, en el caso “Gomes Lund vs Brasil”, sostuvo: “Las obligaciones convencionales de los Estados Parte vinculan a todos sus poderes y órganos, los cuales deben garantizar el cumplimiento de las disposiciones convencionales y sus efectos propios (*effet utile*) en su derecho interno”²⁸⁵.

Del mismo modo, con posterioridad al fallo Gelman, continuó la profundización del proceso de ampliación de los sujetos alcanzados por el control de convencionalidad, refiriendo ahora expresamente a la obligación de su realización. Entre múltiples precedentes, en el caso “Liakat Ali Alibux vs Suriname” la Corte sostuvo que la obligación de ejercer un control de convencionalidad entre las normas internas y la Convención Americana le compete a todos los órganos del Estado²⁸⁶; en “Rochac Hernández y otros vs El Salvador” afirmó que todos los poderes y órganos estatales en su conjunto se encuentran obligados a ejercer un control “de convencionalidad” *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes²⁸⁷; en “Personas dominicanas y haitianas

²⁸³ Corte IDH. Caso Baena Ricardo y otro vs. Panamá. Fondo, Reparaciones y Costas, 02/02/2001, pár. 126.

²⁸⁴ Corte IDH. Caso Ximenes Lopes vs. Brasil, 04/07/2006, pár. 97.

²⁸⁵ Corte IDH. Caso Gomes Lund vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 24/11/2010, pár. 177.

²⁸⁶ Corte IDH. Caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 30/01/2014, pár. 124.

²⁸⁷ Corte IDH. Caso Rochac Hernández y otros vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas, 14/10/2014, pár. 213.

expulsadas vs. República Dominicana”²⁸⁸ y “García Ibarra y otros vs. Ecuador”²⁸⁹ refirió que todas las autoridades y órganos de un Estado parte en la Convención tienen la obligación de ejercer un ‘control de convencionalidad’; en “Colindres Schonenberg vs El Salvador”²⁹⁰, “Gorigoitia vs Argentina”²⁹¹ y “Asociación Nacional de Cesantes vs Perú”²⁹² aludió que todas las autoridades de un Estado parte en la Convención tienen la obligación de ejercer un control de convencionalidad.

La Corte mantuvo además el criterio de ampliación en opiniones consultivas, afirmando la necesidad de que los diversos órganos del Estado realicen el correspondiente control de convencionalidad, también sobre la base de lo que señalara en ejercicio de su competencia no contenciosa o consultiva, la que innegablemente comparte con su competencia contenciosa el propósito del sistema interamericano de derechos humanos, el cual es, “la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos”²⁹³.

Ahora bien, la referencia de la Corte a todos los poderes, órganos y autoridades estatales y, específicamente en el caso *Gelman*, a “decisiones administrativas” de “cualquier autoridad pública” o bien de “todos los órganos” del Estado, nos interpela a definir las funciones estatales y su ejercicio por parte de los respectivos órganos (ejecutivo, legislativo y judicial).

Como se anticipó en la introducción, el estudio y análisis del presente trabajo se centra en el órgano ejecutivo que ejerce principal y especialmente la función administrativa, considerada esta en su concepción material, aunque comprensiva también de las materialmente legislativas y jurisdiccionales de dicho órgano, sin abordar la función materialmente administrativa de los otros órganos del Estado (el Poder Legislativo y el Poder Judicial).

²⁸⁸ Corte IDH. Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 28/08/2014, pár. 471.

²⁸⁹ Corte IDH. Caso García Ibarra y otros vs. Ecuador. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 17/11/2015, pár. 103.

²⁹⁰ Corte IDH. Caso Colindres Schonenberg vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas, 04/02/2019, pár. 129.

²⁹¹ Corte IDH. Caso Gorigoitia vs. Argentina. Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 02/09/2019, pár. 55.

²⁹² Corte IDH. Caso Asociación Nacional de Cesantes y Jubilados de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (ANCEJUB-SUNAT) vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 21/11/2019, pár. 200.

²⁹³ Corte IDH. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o necesidad de protección internacional, Opinión Consultiva OC-21/14, 19/08/2014, pár. 31.

2. Fundamentos jurídicos del control interno de convencionalidad a cargo del Poder Ejecutivo.

Además de los fundamentos jurídicos del control primario de convencionalidad indicados en el capítulo anterior, merece ahora atención la especialidad de las razones que motivan la ampliación de los sujetos obligados a realizar control interno de convencionalidad, entre ellos, especialmente, el Poder Ejecutivo. Dichas razones parten de considerar el ejercicio del test de convencionalidad como una obligación reforzada de todos los órganos ejecutivos del Estado y, a su vez, una garantía en favor de todas las personas sujetas a su jurisdicción. De esta manera, el ejercicio del control ejecutivo de convencionalidad permite concretar el principio de la tutela administrativa efectiva; es decir, el control primario e interno de convencionalidad a cargo del Poder Ejecutivo –desarrollado en el presente capítulo– se constituye como el medio necesario e idóneo para lograr el fin propuesto de la tutela administrativa efectiva, que se abordará en el próximo capítulo.

La especialidad de estos fundamentos responden también a cuestiones tanto de derecho interno como internacional.

En el orden interno, resulta fundamental el principio de juridicidad entendido como una reformulación del principio de legalidad²⁹⁴, en el sentido de su ampliación y robustecimiento a partir de las normas y su interpretación, los principios y valores del *corpus iuris* interamericano.

Sostiene Muñoz Machado (2004):

“El principio de legalidad, por su parte, tiene en el constitucionalismo vigente una estructura muy compleja, ya que implica no solo el sometimiento de la Administración a las determinaciones de la

²⁹⁴ El principio de legalidad es una de las consagraciones políticas del Estado de Derecho y, al mismo tiempo, la más importante de las columnas sobre las que se asienta el total edificio del Derecho administrativo. No solamente supone la sumisión de la actuación administrativa a las prescripciones del poder legislativo, lo cual viene de suyo postulado por las misma mecánica de la división de poderes y por el mayor valor formal que a los actos del poder legislativo se concede, sino además al respeto absoluto en la producción de las normas administrativas al orden escalonado exigido por la jerarquía de fuentes, y finalmente, la sumisión de los actos concretos de una autoridad administrativa a las disposiciones de carácter general previamente dictadas por esta misma autoridad, o, incluso, por autoridad de grado inferior siempre que actúe en el ámbito de su competencia. GARRIDO FALA, Fernando. Tratado de Derecho Administrativo, 11º ed., Madrid, Tecnos, 2002, vol. I parte general.

Constitución y la ley formal, sino también a otras normas generadas en ordenamientos internos (el internacional o el comunitario europeo), en ordenamientos infraconstitucionales (el autónomo o el local) y asimismo a los principios generales que, positivizados o no, forman parte integrante del ordenamiento jurídico”²⁹⁵.

Por su parte, Cárdenas García (2002) afirma:

“La juridicidad no implica la convivencia dentro de cualquier ley, sino de una ley que se produzca dentro de la Constitución y con garantías plenas de los derechos fundamentales; es decir, no se vale cualquier contenido de la ley sino sólo aquel contenido que sea conforme con la Constitución y los derechos humanos”²⁹⁶.

En esta dirección, la juridicidad determina la obligación jurídica de sumisión del órgano ejecutivo al SIDH constituido por los instrumentos constitucionalizados por el Estado, en el modo en que los mismos son interpretados por sus órganos propios de aplicación.

Implica conformar la actividad administrativa no sólo con la CN y la normativa infraconstitucional, sino fundamentalmente con los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos adoptados y vigentes en el Estado.

Al respecto, Gutiérrez Colantuono (2022) describe:

“(…) por conducto del control de convencionalidad se han ampliado los contornos que contienen el principio de juridicidad. Esta ampliación comporta, en “cabeza” de las Administraciones públicas, un ensanche de sus obligaciones de adecuación y remoción que alcanza a toda su actividad en la medida que estén comprometidos derechos fundamentales en el asunto en concreto administrativo o en la reglamentación que se proyecta establecer”²⁹⁷.

Tal como se sostuvo²⁹⁸, el principio de juridicidad del obrar administrativo implica el deber de todos y cada uno de los órganos administrativos internos de someterse, en sus actuaciones cotidianas, a lo establecido por los instrumentos internacionales de derechos humanos positivizados por la CN, reconociendo y respetando los criterios, opiniones y decisiones de sus órganos propios de aplicación. La constitucionalización de los tratados “en las condiciones de su vigencia” posee la dimensión de integrar dentro del principio de

²⁹⁵ MUÑOZ MACHADO, Santiago. Constitución, Madrid, Iustel, 2004, pág. 145.

²⁹⁶ CÁRDENAS GARCÍA, Jaime. Remover los dogmas. Cuestiones Constitucionales: Revista Mexicana de Derechos Constitucional, (6):21, enero-junio de 2002.

²⁹⁷ GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo Á. Control de convencionalidad en la Administración pública. Aplicación de los tratados internacionales a la actuación administrativa, Buenos Aires, Astrea, 2022, pág. 238.

²⁹⁸ TROSSERO, Fabricio. Derechos Humanos y Administración Pública. Tutela administrativa efectiva. Garantía de los administrados. Deber de la Administración, op. cit., pág. 99.

juridicidad a los criterios interpretativos desarrollados en el plano internacional. El principio exige que la regla sea el carácter vinculante de las interpretaciones de los tratados realizadas por los órganos convencionales, y que la excepción la constituya el apartamiento debidamente fundado de tales interpretaciones. El apartamiento requiere que el operador dé cuenta del criterio convencional que por regla debe seguirse y se ocupe –a través de un despliegue argumental relevante– de refutarlo total o parcialmente; si no lo hace estaremos ante la violación del principio de juridicidad. El intérprete no puede omitir toda alusión a los criterios convencionales o resolver el caso como si ellos no existieran, porque ese proceder implica lisa y llanamente ignorar la composición y funcionamiento de nuestro régimen constitucional. Además, el apartamiento impone al operador que pretende realizarlo tomar como punto de partida el principio *pro homine* y, por tanto, apuntar a ampliar la protección de la persona y no a limitarla.

Asimismo, los rasgos propios de la función administrativa, particularmente la cercanía con las personas para la garantía y protección de sus derechos, también fundamentan la obligatoriedad para el órgano ejecutivo de ejercer control de convencionalidad en cada una de sus actuaciones. La inmediatez determina que sean los propios órganos administrativos el primer contacto del Estado con las personas para satisfacer sus intereses y necesidades actuales, a través de la ejecución concreta y práctica de actos y procedimientos administrativos, como así también de operaciones materiales, que deben basarse en derechos, principios y garantías de carácter interamericano y estar al servicio de la persona, su vida y su dignidad.

Marienhoff (1970), al referirse al carácter práctico de la actividad administrativa, cita a Laband quien sostiene:

En cuanto a los fundamentos de derecho internacional, el principio de unidad del Estado que implica su reconocimiento en dicho plano como un sujeto único e indivisible y que establece que los actos u omisiones de sus órganos deben ser reconocidos como actos u omisiones de ese Estado en su totalidad, como un sujeto único de derecho internacional, determina la necesaria realización del control interno de convencionalidad por parte del órgano ejecutivo.

Desde el momento que es “el Estado” quien ratificó la Convención americana y aceptó la competencia de la Corte IDH, todos los órganos del país quedan obligados a

respetar y garantizar los derechos reconocidos y a velar porque sus disposiciones se cumplan efectivamente²⁹⁹.

No sólo el Poder Judicial debe cumplir con las disposiciones del derecho supranacional, sino también el Ejecutivo y el Legislativo, tanto en el orden nacional, como provincial y municipal, bajo apereamiento de generar responsabilidad internacional del Estado (arts. 1.1 y 2 de la CADH)³⁰⁰.

Así, ante la eventual responsabilidad internacional del Estado, sea por una condena o, en su caso, por un proceso de solución amistosa, es el Poder Ejecutivo quien representa al Estado y asume en primer término la reparación de las violaciones a los derechos humanos de las víctimas. Ello explica la importancia de que dicho órgano efectivice control interno de convencionalidad orientado a prevenir la vulneración de derechos y garantías, ya que en última instancia será él mismo quien primero deba responder, independientemente de la ulterior determinación de la responsabilidad del órgano o funcionario que expresó la voluntad del Estado generadora de la afectación a los derechos de las personas. Se profundizará sobre este punto en el capítulo siguiente.

3. El Poder Ejecutivo, la función administrativa y la Administración pública.

Si bien el poder del Estado es uno solo, la clásica teoría de la división de poderes³⁰¹ fue determinante en la constitución del Estado de Derecho y en la consagración de un sistema de equilibrio en el ejercicio de las funciones por cada uno de los órganos estatales, con el objetivo de evitar el despotismo y garantizar los derechos fundamentales de las personas.

Así, el Estado manifiesta su poder a través de sus órganos esenciales: el ejecutivo, el legislativo y el judicial, encargado cada uno de ellos de realizar las funciones que le son propias para el cumplimiento de los fines estatales. Por ello, con referencia a la actividad

²⁹⁹ TRUCCO, Marcelo F. Control de convencionalidad (En pocas palabras), op. cit., pág. 67.

³⁰⁰ HITTERS, Juan Carlos, op. cit. [consulta: 22/01/ 2021]

³⁰¹ La distribución de funciones entre los distintos órganos del Estado nació a partir del siglo XVIII con las Constituciones de Filadelfia de 1787 y la francesa de 1789. Fue Montesquieu, a través de su obra El Espíritu de las leyes, publicada en Francia en 1748, quien dio origen a la doctrina y un contenido político y no meramente funcional al principio de división de poderes.

del Estado, no corresponde hablar de "separación de poderes", sino de "distribución de funciones" entre los órganos legislativo, ejecutivo y judicial. Cada uno de estos ejerce una sección del "poder" general del Estado³⁰².

La titularidad del Poder Ejecutivo se identifica a nivel nacional con el Presidente de la Nación, a nivel provincial con el Gobernador, a nivel municipal y comunal con el Intendente y el Presidente Comunal respectivamente, y en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires con el Jefe de Gobierno.

No obstante, el órgano ejecutivo se integra operativamente con la totalidad de los agentes que ejercen la función administrativa y expresan la voluntad del Estado. Quedan comprendidos tanto funcionarios, como empleados públicos, en el entendimiento de que ambos son órganos administrativos que actúan en representación del Estado y comparten el régimen de responsabilidad por sus actos u omisiones, siempre según la reglamentación de sus competencias y la relación de jerarquía imperante en la organización administrativa en la que se desempeñen. En consecuencia, también están llamados a ejercer el respectivo control interno de convencionalidad.

Aunque doctrinariamente³⁰³ se han ensayado diversos criterios para distinguir la figura del funcionario de la del empleado público, apelando, por ejemplo, a la jerarquía administrativa, a la mayor remuneración, a la duración en el servicio, y se ha sostenido que “son funcionarios los que ejercen poderes propios en virtud de las leyes, y empleados los que ejercen por delegación del superior jerárquico o de reglamentos administrativos”³⁰⁴, o bien que el funcionario *decide*, representa la voluntad del Estado, mientras que el empleado, ejecuta, realiza los comportamientos materiales para llevar a la práctica las decisiones de los funcionarios³⁰⁵, lo cierto es que la distinción carece de efectos prácticos y el derecho positivo argentino y supranacional no hacen diferenciación entre “funcionarios”

³⁰² MARIENHOFF, Miguel S., op. cit., pág. 39.

³⁰³ Se ha apelado a la jerarquía administrativa, a la mayor remuneración, a la duración en el servicio y se ha sostenido que “son funcionarios los que ejercen poderes propios en virtud de las leyes, y empleados los que ejercen por delegación del superior jerárquico o de reglamentos administrativos” (BIELSA, Rafael. La función pública, Buenos Aires, Depalma, 1960, t. III); o bien, que “el funcionario *decide*, representa la voluntad del Estado, mientras que el empleado, ejecuta, realiza los comportamientos materiales para llevar a la práctica las decisiones de los funcionarios”.

³⁰⁴ SARRÍA, Félix. Los funcionarios públicos. [en línea] Revista de la Universidad Nacional de Córdoba, Julio-Agosto 1933, año 20 N.º 5-6 <<https://revistas.unc.edu.ar/index.php/REUNC/issue/view/564>> [consulta 22/04/2023]

³⁰⁵ BIELSA, Rafael. La función pública, Buenos Aires, Depalma, 1960, t. III.

y “empleados;” por el contrario establecen que todos los agentes de la administración tienen a estos efectos la misma calificación jurídica³⁰⁶.

La Convención Interamericana contra la Corrupción³⁰⁷, en su art. I, entiende por “funcionario público”, “oficial gubernamental” o “servidor público” a cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades, incluidos los que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado, en todos sus niveles jerárquicos.

La Convención sobre la lucha contra el Cohecho de Funcionarios Públicos Extranjeros en las Transacciones Internacionales³⁰⁸ también adopta un concepto amplio de funcionario público expresando en su art. 1º 4 que a los fines de la Convención a) “funcionario público extranjero” se refiere a cualquier persona que ocupe un cargo legislativo, administrativo o judicial en un país extranjero, ya sea designado o electo; cualquier persona que ejerza una función pública para un país extranjero, incluido un organismo público o una empresa pública, y cualquier funcionario o agente de una organización pública internacional.

Por su parte, y a modo de ejemplificación, tanto la Constitución Provincial³⁰⁹, como el Código Civil y Comercial de la Nación³¹⁰ y el Código Penal³¹¹, también refieren a los términos funcionarios y empleados públicos sin establecer distinciones conceptuales.

Este posicionamiento es el que permite atender la obligación del Poder Ejecutivo —en su conjunto— de ejercer control de convencionalidad en toda actuación que pueda significar la afectación de los derechos de las personas. La jerarquía administrativa que implica una relación de supremacía de los funcionarios superiores respecto a los inferiores, y de subordinación de estos a aquellos³¹², y que hace a la eficiencia de la organización

³⁰⁶ GORDILLO, Agustín. Tratado de derecho administrativo y obras selectas, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2017, t. I, parte general.

³⁰⁷ Aprobada por ley N.º 24.759 sancionada el 4 de diciembre de 1996.

³⁰⁸ Aprobada por ley N.º 25.319 sancionada el 7 de septiembre de 2000.

³⁰⁹ Constitución Provincial, arts. 18, 55 inc. 23, 72 incs. 6 y 16, 92 inc. 5.

³¹⁰ CCC. Art. 1766: Responsabilidad del funcionario y del empleado público. Los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas se rigen por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda.

³¹¹ CP. Art. 77: Para la inteligencia del texto de este código se tendrán presente las siguientes reglas: por los términos “funcionario público” y “empleado público”, usados en este código, se designa a todo el que participa accidental o permanentemente del ejercicio de funciones públicas sea por elección popular o por nombramiento de autoridad competente.

³¹² MARIENHOFF, Miguel S., op. cit., pág. 257.

administrativa, no debe ser obstáculo para que cada órgano administrativo, conforme al ámbito de sus competencias, efectivice el control de convencionalidad.

En este sentido, merecen atención las reflexiones de Alianak, quien sostiene:

“Podríamos entonces afirmar que hay un cambio de paradigmas en la relación de jerarquía y en los principios de la organización administrativa, en punto a los derechos humanos y al *corpus iuris* internacional de los derechos humanos, pues ya no habrá sólo verticalidad en el control, sino horizontalidad (todos en cada función deben hacer ese control). Y ello así, a partir del deber estatal de adoptar y/o eliminar y/o adecuar interpretativamente el derecho interno hasta la última disposición o norma administrativa, de modo de asegurar la inexistencia de vulneración a derechos y garantías asegurados convencionalmente. Así como el control de convencionalidad en el ámbito judicial es difuso debiendo ser llevado a cabo por cada uno y todos los jueces aun de oficio, y si se deja de aplicar el derecho convencional se está generando un acto irritó que carece de valor jurídico, lo mismo cabe requerir de todo órgano administrativo (y no sólo del superior jerárquico)”³¹³.

Ahora bien, cada órgano estatal posee una estructura que intenta responder a la naturaleza de la función que debe desarrollar, constituyéndose el Poder Ejecutivo a partir de una organización jerárquica para cumplir su cometido de aplicar o ejecutar la ley, siendo el órgano estatal identificado constitucional y legalmente con el ejercicio de la función administrativa. Por su parte, el Poder Legislativo y el Judicial lo son respecto de la función legislativa y judicial respectivamente.

No obstante, cada órgano cumple también funciones que son propias o específicas de los otros. Si se parte de la unidad del poder del Estado puede aceptarse sólo una distribución de funciones en órganos diferentes, pero nunca una separación que opere con límites precisos y definitivos una delimitación absoluta de las funciones³¹⁴.

Ya en su momento, el constitucionalista Joaquín V. González (1951), al referirse a la división de funciones entre los órganos que ejercen el poder estatal (Ejecutivo, Legislativo y Judicial), expresó:

"Cada uno de ellos tiene su propia esfera de acción, pero no están enteramente separados, porque se combinan y se complementan entre sí: son coordinados. Los tres representan la soberanía de la Nación para sus objetos principales; sus facultades derivan directamente de la Constitución, y en su ejercicio, de la ley: y ambas han establecido poderes estrictamente legislativos, estrictamente ejecutivos y estrictamente judiciales; pero en el cumplimiento de sus funciones necesitan en muchos

³¹³ ALIANAK, Raquel C. El renovado Derecho Administrativo, a la luz del control de convencionalidad, Revista de Direito Administrativo & Constitucional, (59):43, enero-marzo 2015.

³¹⁴ CASSAGNE, Juan Carlos. Derecho Administrativo. Sexta ed. actualizada. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998, t. I.

casos, unos y otros, ejercitar poderes de naturaleza distinta a los que le son exclusivos: la línea divisoria no se halla precisamente demarcada"³¹⁵.

De esta manera, el órgano ejecutivo, más allá del ejercicio de la función administrativa, realiza también funciones que son materialmente similares a las legislativas, al dictar reglamentos, y a las jurisdiccionales, al decidir recursos presentados por un particular sobre un derecho controvertido. Privar su facultad reglamentaria implica paralizar un aspecto importante de su actividad, así como también negar su potestad de resolver los reclamos de los particulares o de sus propios agentes significa colocarlo en una posición pasiva ante posibles ilegalidades hasta tanto la justicia resuelva las controversias. Aun así, y sin perjuicio de la similitud material invocada, tanto los reglamentos como las decisiones en casos concretos son actividad administrativa.

Por su parte, los órganos legislativos y judiciales ejercen también actividad materialmente administrativa; es decir, actos que son orgánicamente legislativos o jurisdiccionales, pero materialmente administrativos. Sin embargo, estos órganos tienen sus funciones propias y específicas mucho más determinadas que el órgano ejecutivo, y recurren a funciones de distinta naturaleza de manera complementaria o accesorio para el logro de su autonomía funcional.

En el Poder Ejecutivo se hallan reunidas una mayor cantidad de funciones que podrían corresponder a los otros dos poderes del Estado pero que, por el contrario, le son esenciales, no siendo posible sustraerlas de su competencia sin desarticular su estructura orgánica y funcional. No obstante, la función administrativa constituye por principio la función específica del Poder Ejecutivo, sin ser limitada y reducida a dicho órgano, y se encuentra a cargo de la Administración pública, entendida ésta como una de las funciones esenciales del Estado asumida principal, aunque no exclusivamente, por dicho Poder. La "Administración pública", constituida, como es sabido, por el conjunto de órganos estatales y entes públicos a los que se atribuye la función administrativa como competencia característica y normal³¹⁶.

³¹⁵ GONZÁLEZ, Joaquín V. Manual de la Constitución Argentina, Buenos Aires, Ángel Estrada, 1951, pág.311.

³¹⁶ WEDER, E. y LISA, Federico J. El Proceso Contencioso Administrativo en la Provincia de Santa Fe. En: GARCÍA PULLES, Fernando. El contencioso administrativo en Argentina (Análisis del sistema federal, de las veintitrés provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires), Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2012, pág. 135.

En este sentido, Fernández Ruiz (2009) explica:

“La administración pública puede ser entendida en dos sentidos: uno dinámico y otro estático; atendiendo al primero, es la acción del sector público en ejercicio de la función pública administrativa, en cuya virtud dicta y aplica las disposiciones destinadas al cumplimiento y observancia de las leyes en aras del interés público. En un sentido estático, la administración pública es la estructura integrada por las instituciones depositarias de la función pública administrativa”³¹⁷.

Por su parte, López Olvera (2014) sostiene:

“En la actualidad podemos entender a la administración pública como el conjunto de áreas del sector público insertas en los diferentes poderes y órganos del Estado, que, mediante el ejercicio de la función administrativa, se encargan de la vigilancia, el control, la fiscalización, la prestación de los servicios públicos, la ejecución de las obras públicas y la realización de otras actividades socioeconómicas de interés público, con la finalidad de que el Estado logre sus objetivos, siempre con respeto a la dignidad de la persona”³¹⁸.

Y agrega:

“En todos los poderes y órganos del Estado existe una o varias áreas encargadas de realizar la función administrativa. Esa área es la administración pública de cada poder y órgano del Estado, la cual desempeña la función administrativa, en cuya virtud está obligada a respetar los derechos humanos establecidos expresamente o que implícitamente derivan de la CPEUM como de los tratados internacionales, y a realizar, en la tramitación y expedición de una resolución o acto administrativo, el control de constitucionalidad y de convencionalidad, y no sólo –como se predica erróneamente en la actualidad– un control de legalidad”³¹⁹.

Ahora bien, la Administración del Estado, por su naturaleza, es atribuida preponderantemente al Poder Ejecutivo, ya que no es posible concebir una Administración sin su elemento esencial, es decir, sin su ejecución.

Al referirse a la Administración, Marienhoff sostiene que lo que ha de definir una institución es la "substancia" de la misma, no la "forma" ni el "autor" de los actos respectivos: la "forma" y el "autor" sólo constituyen elementos contingentes. Puede, entonces, haber "Administración" no sólo en la actividad del ejecutivo, sino también en parte de la actividad del órgano legislativo o de la del órgano judicial³²⁰.

³¹⁷ FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge y LÓPEZ OLVERA, Miguel. Derecho administrativo del estado de Hidalgo, México, UNAM/Porrúa, 2009, pág. 280.

³¹⁸ LÓPEZ OLVERA, Miguel. El control de convencionalidad de la administración pública, Ciudad de México, Ed. Novum, 2014, pág. 25.

³¹⁹ *Ibíd.*, pág. 26

³²⁰ MARIENHOFF, Miguel S., *op. cit.*, pág. 39.

Esta concepción objetiva o material de la función administrativa ha sido definida, en contraposición a los llamados criterios subjetivos u orgánicos³²¹ o residuales³²², a partir de considerar a la Administración como la actividad permanente, concreta y práctica del Estado que tiende a la satisfacción inmediata de las necesidades del grupo social y de los individuos que lo integran³²³, o bien como la actividad funcional concreta del Estado que satisface las necesidades colectivas en forma directa, continua y permanente y con sujeción al ordenamiento jurídico vigente³²⁴.

En la misma dirección, la función administrativa en sentido material puede ser considerada como aquella actividad que en forma inmediata, permanente, concreta, práctica y normalmente espontánea, desarrollan los órganos estatales para alcanzar el bien común, conforme a regímenes jurídicos de derecho público³²⁵.

En consecuencia, si bien todos los órganos del Estado tienen por finalidad la realización del bien común, entendido este como la protección de los derechos esenciales del hombre y la creación de circunstancias que le permitan progresar espiritual y materialmente y alcanzar la felicidad³²⁶, o bien como las condiciones de la vida social que permiten a los integrantes de la sociedad alcanzar el mayor grado de desarrollo personal y la mayor vigencia de los valores democráticos³²⁷, la diferencia radica en la modalidad de consecución; directamente la Administración pública e indirectamente los órganos legislativo y judicial.

El modo directo e inmediato de gestionar el bien común tipifica la naturaleza de la función administrativa que, como ejercicio de la potestad estatal dada para tal fin, tiene en el régimen de prerrogativas y de obligaciones de respeto y garantía de los derechos fundamentales uno de sus caracteres esenciales.

³²¹ Gutiérrez Colantuono (2022) recupera las perspectivas de Santamaría de Paredes, quien ha considerado a la Administración como la actividad que realiza el Poder Ejecutivo y de Falla, quien sostiene que la función administrativa constituye un sector o una zona de las actividades de los ejecutivos. En: GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo, op. cit., pág. 126.

³²² También llamado criterio negativo. Gutiérrez Colantuono recupera a Fleiner, quien considera que es la actividad estatal que queda luego de excluidas la legislación y la jurisdicción. En: GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo, op. cit., pág. 126.

³²³ MARIENHOFF, Miguel S., op. cit, pág. 48.

³²⁴ DIEZ, Manuel M.. El acto administrativo, Buenos Aires, Tea, 1956, pág. 32.

³²⁵ CASSAGNE, Juan C. Derecho administrativo, op. cit., pág. 82.

³²⁶ Corte IDH. La expresión 'leyes' en el art. 30 de la CADH, Opinión Consultiva OC-6/86, 09/05/1986, pár. 29.

³²⁷ Corte IDH. La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 CADH), Opinión Consultiva OC-5/85, 13/11/1985, pár. 66.

La atención directa del bien común a través de la función administrativa resulta posible por la inmediatez y cercanía que la Administración debe guardar respecto de las personas sujetas a su jurisdicción, siendo, por tal motivo, el órgano del Estado que en mejores condiciones se encuentra de conocer sus necesidades y garantizar sus derechos y libertades.

Gutiérrez Colantuono sostiene:

“La actividad continua, directa, inmediata y con gran anclaje territorial y sociológico permite a las administraciones disponer de mecanismos rápidos y efectivos ante los continuos cambios que se registran en nuestras modernas sociedades. Son ellas quienes tienen mayor posibilidad de internalizar que el gobierno tiene por principalísima función en estos tiempos la de hacerle la vida más fácil, justa y armónica a las personas en una convivencia ciudadana social”³²⁸.

Doctrinariamente se distingue entre Administración interna y externa, correspondiendo la primera a la actividad que el órgano administrador realiza para su propia organización, y en cuya labor no entra en relación con terceros. Se trata de medidas o normas que la Administración se da a sí misma, mientras que la segunda trasunta la actividad que el órgano administrador desarrolla en su vinculación con terceros. La actividad "externa" tiene por objeto la satisfacción de los intereses públicos, cuya gestión le compete a la Administración. La actividad "interna" no tiene ese objeto, sino el de lograr el mejor funcionamiento del ente³²⁹.

Sin embargo, y más allá de los distintos espacios en los que la Administración despliega su actividad, se entiende que cualquiera sea el obrar del órgano ejecutivo, interno o externo, siempre debe tender a la satisfacción de las necesidades y a la promoción y protección de los derechos fundamentales de las personas con quienes se vincula.

La llamada Administración interna también debe velar porque las normas que emite y las gestiones que realiza para su propio funcionamiento respeten los derechos de las personas que la integran, ya que en definitiva de ellas dependen la buena y efectiva Administración.

³²⁸ GUTIERREZ COLANTUONO, Pablo A. ¿Es el control de convencionalidad aplicable a la actividad administrativa en sede de las propias Administraciones Públicas? Nuevas dimensiones del control. En: RODRÍGUEZ ARANA, J., DALPIAZZO, C., DA SILVA FILHO, J., VALIM, R y RODRÍGUEZ, M. (organizadores). Control Administrativo de la Actividad de la Administración, vol. 2, San Pablo, 2019, XVIII Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, pág. 275.

³²⁹ MARIENHOFF, Miguel S., op. cit, pág. 59.

3.1. El derecho administrativo convencionalizado.

La relación directa y estrecha que, a través de la función administrativa, mantiene la Administración Pública con las personas sujetas a su jurisdicción determina el necesario carácter local del régimen jurídico regulador de dicha función, es decir, el derecho administrativo. Al respecto Lisa sostiene:

“El Derecho Administrativo es un producto esencialmente cultural en tanto rige el ejercicio de la función administrativa; función esta que, como sabemos, se dirige a satisfacer las necesidades más básicas de la población, y que, por ello, absorbe lo más autóctono de los pueblos; y agrega, si son locales las necesidades será local el derecho que rige la función estatal destinada a satisfacerlas”³³⁰.

El carácter local del derecho administrativo consagrado constitucionalmente como consecuencia del régimen federal de gobierno³³¹, implica que el mismo sea un derecho esencialmente provincial, al conservar las Provincias todo el poder no delegado por la Constitución al Gobierno federal³³² y darse sus propias instituciones locales y regirse por ellas³³³ y, en consecuencia, representa la inevitable diversidad y dispersión en la producción de normativa administrativa y el funcionamiento de regímenes administrativos en distintos niveles (principalmente nacional y provincial). Si bien ello genera que el derecho administrativo se configure como una herramienta para la atención, preservación y desarrollo de las particularidades locales, indispensable ante la individualidad de cada jurisdicción, a su vez, debe instituir mecanismos eficaces para que desde la división territorial del poder se garantice la vigencia efectiva de los derechos humanos en condiciones de igualdad para todas las personas; la decisión soberana del Estado argentino de someter el ordenamiento jurídico interno, incluidos los diversos regímenes administrativos, al derecho internacional de los derechos humanos, sumada a la imposibilidad de alegar su estructura federal para dejar de cumplir una obligación internacional³³⁴, así lo determina.

³³⁰ LISA, Federico J. El Derecho Administrativo y el carácter local. En: JORNADAS CUESTIONES ESTRUCTURALES DE DERECHO ADMINISTRATIVO. Instituciones, buena administración y derechos individuales (2018, Buenos Aires, Argentina). Universidad Austral. Facultad de Derecho, ediciones RAP, págs. 63-74.

³³¹ Constitución de la Nación Argentina, art. 1.

³³² *Ibidem*, art. 121.

³³³ *Ibidem*, art. 122.

³³⁴ Corte IDH. Garrido y Baigorria vs. Argentina. Reparaciones y costas, 27/08/1998, pár. 46.

La cláusula federal del art. 28 de la CADH, en cuanto dispone:

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

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

Al respecto, la Corte IDH ha expresado:

“Para todos los Estados del continente americano que libremente la adoptaron, la Convención equivale a una Constitución supranacional referente a Derechos Humanos. Todos los poderes públicos y esferas nacionales, así como las respectivas legislaciones federales, estatales y municipales de todos los Estados adherentes están obligados a respetarla y a ella adecuarse”³³⁵.

En la misma dirección, también se ha expedido la CSJN³³⁶, quien enfatiza que el ordenamiento internacional impide al Estado Federal excusarse por delegación de una competencia a una provincia (arts. 1.1. y 28). No puede excusarse en las divisiones interiores, máxime cuando participan de un mismo sistema y lo que se halla en juego es un derecho humano, que debe ser tutelado por sobre todas las consideraciones por todos los departamentos del Estado. En la causa Verbitsky, en relación con las diferentes regulaciones procesales provinciales de la privación cautelar de libertad, sostuvo:

“Cualquiera sea el sistema procesal de una provincia y sin desmedro de reconocer su amplia autonomía legislativa en la materia, lo cierto es que si bien no puede llevarse la simetría legislativa hasta el extremo de exigir una completa igualdad para todos los procesados del país, la desigualdad tampoco puede extremar las situaciones hasta hacer que el principio federal cancele por completo el derecho a la igualdad ante la ley, pues un principio constitucional no puede borrar o eliminar otro de igual jerarquía (...); “(...) las provincias se hallan sometidas a un piso mínimo determinado por los estándares internacionales a los que se ajusta la legislación nacional.”; “(...) en esta materia la legislación procesal nacional, receptaría las distintas disposiciones establecidas en el derecho internacional de los derechos humanos que forma parte de nuestro bloque constitucional federal”³³⁷.

³³⁵ Corte IDH. Caso Gomes Lund y otros (Gerrilha Do Araguaia) vs Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 24/11/2010, voto razonado del Juez *ad hoc* Roberto De Figueiredo, pár. 5.

³³⁶ Ver Fallos 323:3229; 324:754; 324:3569; 323:1339; 326:4931; 324:3143; entre otros.

³³⁷ CSJN. Caso Verbitsky, Horacio s. Habeas Corpus recurso de hecho, 03/05/2005, Fallos 328:1146, pár. 57.

Merece atención que aquella decisión soberana impactó transversalmente en el derecho administrativo y consagró el deber de actualizar y condicionar su contenido con los estándares, normas, interpretaciones y valores derivados del *corpus iris* de los derechos humanos.

Pérez Hualde (2019) afirma:

“El compromiso constitucional con nuevas formas de plantear la relación entre Estado y economía, la moderna percepción de los derechos fundamentales, del rol de la Administración y de los grandes grupos de poder globalizados frente a ellos, la internacionalización del derecho y de los procedimientos de prevención y solución de conflictos provocada por el desplazamiento de los centros de decisión y de fuentes normativas fuera de las fronteras de los Estados, nos aportan un panorama que obliga a una redefinición del campo de acción del derecho administrativo en general, y esto es así porque tampoco ha subsistido su visión como catálogo de garantías del individuo frente a la Administración ni la del Estado como su gendarme³³⁸.

Un derecho administrativo centrado en la dignidad de la persona como condición previa a la existencia misma del Estado; persona que por tal motivo se relaciona con la Administración como sujeto activo, como titular de derechos y garantías, aunque también de deberes, pero no ya como sujeto pasivo o sometido a la decisión estatal.

La dignidad de la persona humana se constituye en el umbral mínimo a partir del cual deben diseñarse las diversas regulaciones para la adjudicación y/o distribución de bienes en una sociedad³³⁹.

Este atravesamiento humanizador del derecho administrativo determina su permeabilidad a nuevas maneras de pensar, aplicar e interpretar el derecho y al diálogo constante con instancias supranacionales que permiten el intercambio de normas y criterios de interpretación que responden a la ampliación de derechos y garantías de los ciudadanos y deberes ineludibles a cargo de la Administración.

Tal como afirma Huapaya Tapia (2022):

“Hoy en día entonces, la primera línea de defensa de los derechos fundamentales que obligan a los Estados se encuentra bajo la responsabilidad de las entidades de la Administración pública y, por ende, las herramientas metodológicas y de trabajo que debe emplear el derecho administrativo (entendido como el “derecho propio de la Administración pública”) deben ser las de la convencionalización, el principio pro persona y, sobre todo, la poderosa herramienta de la

³³⁸ PÉREZ HUALDE, Alejandro. La necesaria determinación de la desigualdad para el tratamiento equitativo de los derechos fundamentales, Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública, 41(486):7-18, marzo 2019.

³³⁹ GARZÓN VALDÉS, Ernesto. ¿Cuál es la relevancia moral del concepto de dignidad humana? Madrid, Ed. Trotta, 2011, pág. 100.

interpretación conforme de la CADH y a las sentencias de la Corte IDH en el orden jurídico latinoamericano³⁴⁰.

En este proceso, el control interno de convencionalidad se erige en la herramienta proporcionada y, a su vez, exigida por el sistema interamericano de derechos humanos para posibilitar a la Administración pública la aplicación armónica, ordenada y coherente del derecho administrativo vigente en el Estado, ante la diversidad de regímenes y la dispersión de la normativa administrativa. Para ello, la conformación del material jurídico controlante no sólo con los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes en el ordenamiento interno, sino también con la interpretación ordenadora, evolutiva y actualizada que de los mismos realiza la Corte IDH como intérprete auténtica y final, resulta determinante.

Así como el sistema interamericano exige a la Administración pública el respeto y garantía de los derechos humanos en cada una de sus actuaciones, también instituye y le facilita una herramienta eficaz y obligatoria como el control de convencionalidad para hacer posible el cumplimiento de dicho cometido.

De esta manera, la articulación del control de convencionalidad por parte del órgano ejecutivo representa y forma parte del ejercicio de la función administrativa del Estado y determina la concepción de una “Administración pública convencionalizada”, es decir, condicionada y enriquecida con los estándares, normas, principios, interpretaciones y valores que provienen del *corpus iuris* interamericano de derechos humanos, lo que significa una actividad administrativa al servicio de las personas y cuyo fin esencial es el aseguramiento de sus derechos.

4. Competencias del órgano ejecutivo en la realización del control primario e interno de convencionalidad.

Los estándares de la Corte IDH establecidos especialmente a partir del caso “Gelman vs Uruguay”, determinan que el control interno de convencionalidad debe ser

³⁴⁰ HUAPAYA TAPIA, Ramón. La influencia de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la delimitación de principios constitucionales comunes en materia de derecho administrativo sancionador para América Latina. [en línea] Querétaro, pág. 167 <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/15/7268/19.pdf>> [consulta: 24/10/2023]

ejercido por el Poder Ejecutivo “en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes”. Dicha fórmula permite reorientar las competencias públicas conforme al *corpus iuris* interamericano, como así también detectar y graduar en forma concreta las atribuciones del órgano ejecutivo vinculadas con el ejercicio del control de convencionalidad. Lo que la Corte IDH nos está queriendo decir es que debemos ver el ámbito de actuación que tiene un determinado órgano para descifrar cuál será su proyección en el ejercicio del control de convencionalidad³⁴¹.

El Poder Ejecutivo efectúa la distribución de funciones entre los distintos órganos administrativos y, simultáneamente, les otorga la respectiva competencia como un presupuesto para el ejercicio de las mismas.

En el ordenamiento jurídico administrativo, la competencia constituye un elemento esencial para la validez de la actuación del órgano y su obligatoria observancia una garantía en favor de las personas. Como afirma Marienhoff:

“La actividad de la Administración Pública se concreta en hechos y actos jurídicos y no jurídicos (actividad externa e interna, respectivamente), cuya validez depende de que la actividad correspondiente haya sido desplegada por el órgano actuante dentro del respectivo círculo de sus atribuciones legales. Este círculo de atribuciones legales determina la capacidad legal de la autoridad administrativa, capacidad que en derecho administrativo denominase “competencia”³⁴².

De ello deriva que la competencia debe estar otorgada en forma expresa o razonablemente implícita por una norma jurídica para que pueda reputársela legalmente existente³⁴³ y, asimismo, que sea improrrogable y pertenezca al órgano y no a la persona titular del mismo.

En relación a la determinación de la competencia del órgano ejecutivo, en primer término, debe estarse al texto de la norma y, en caso de que el ámbito de actuación de dicho órgano no surja determinado expresamente, debe apelarse a confrontar la normativa respectiva con el acto a ejecutar, a fin de establecer si la competencia para su realización se encuentra comprendida en los propios fines estatales y se corresponde con la naturaleza de la actividad principal del órgano.

³⁴¹ MORONI ROMERO, Lucas, op. cit., pág. 3.

³⁴² MARIENHOFF, MIGUEL S., op. cit., pág. 248.

³⁴³ SAYAGUÉS LASO, Enrique. Tratado de derecho administrativo, Montevideo, M.B. Altuna, 1953, t. I.

Como consecuencia de la determinación legal, la competencia del órgano ejecutivo es a su vez, en principio, improrrogable³⁴⁴, establecida en interés público y debe ser ejercida en forma obligatoria y de manera irrenunciable al pertenecer al órgano y no a la persona. Los funcionarios no pueden elegir a su antojo cuándo actuar o cuándo no, resulta necesario hacer efectivas las responsabilidades disciplinarias, por omisión o violación de principios y normas vinculadas a la competencia, de quien desconoce tal obligación³⁴⁵.

En esta dirección, la interpretación, aplicación y análisis de compatibilidad de las normas y prácticas internas con el *corpus iuris* interamericano son tareas que alcanzan al Poder Ejecutivo en su conjunto, comprendiendo tanto a las altas autoridades (Presidente, Gobernadores, Ministros, Secretarios, Directores, Intendentes, Presidentes Comunales, etcétera) como a los demás órganos que conforman la Administración pública, y que han de realizarse en el ámbito de actuación competencial de la propia Administración.

Asimismo, el control interno de convencionalidad debe materializarse en forma casuística en las diversas actuaciones que realiza el Poder Ejecutivo, observando sus propias competencias desde la perspectiva de los derechos humanos para prevenir activamente el incumplimiento de las obligaciones asumidas convencionalmente y la realización de los valores comprometidos. Como afirma Trucco, el control de convencionalidad no es algo automático o que pueda practicarse conforme a reglas preestablecidas o rígidas o fuera del contexto particular en el cual se aplica³⁴⁶.

Por su parte, Castilla Juárez³⁴⁷ (2016) refiere a dos operaciones jurídicas que el órgano ejecutivo debe desarrollar para el cumplimiento del control de convencionalidad interamericano (CCI), distinguiendo el cumplimiento de sentencias y el cumplimiento de obligaciones internacionales primarias. Respecto de las primeras, señala que no existe mayor problema, pues la operación jurídica o actividad concreta que deben desempeñar está establecida en la sentencia que se debe cumplir³⁴⁸. En cuanto a las segundas, refiere que en el CCI ejecutivo o administrativo, al igual que en el jurisdiccional, los tres elementos base (posición de la CADH en el sistema jurídico, competencia del órgano,

³⁴⁴ Las excepciones a la improrrogabilidad de la competencia del órgano ejecutivo están dadas por las figuras de la “avocación” y la “delegación” de competencia.

³⁴⁵ REJTMAN FARAH, M. Una revisión crítica a los principios de la organización administrativa. En AA.VV. Cuestiones de organización estatal, función pública y dominio público, Buenos Aires, Ediciones RAP, 2012, págs. 293-304.

³⁴⁶ TRUCCO, Marcelo F., op. cit., pág. 69.

³⁴⁷ CASTILLA JUÁREZ, Karlos A. Control de convencionalidad interamericano: Una propuesta de orden ante diez años de incertidumbre. Revista IIDH (64):87-125, jul/dic. 2016.

³⁴⁸ *Ibídem*, pág. 116.

presencia continua de la obligación internacional) son fundamentales para establecer las operaciones jurídicas concretas que debe llevar a cabo cada autoridad u órgano con funciones ejecutivas o administrativas. Por lo que, al igual que en el anterior, no hay una operación única para todas, sino que habrán de determinarse órgano por órgano³⁴⁹. En este sentido, el autor resalta la importancia del lugar que ocupen las normas de origen internacional en el sistema jurídico interno y la forma en la que se incorporan, pues de no necesitar de un acto legislativo nacional para convertirse en ejecutables, toda autoridad administrativa u órgano con funciones ejecutivas o administrativas, debería poder ejecutarlas y aplicarlas, en la misma medida que lo hace con otras normas que están en su ámbito competencial. Más si estas se refieren a la protección de un derecho humano o tiene estrecha relación con ello³⁵⁰.

4.1. Dimensiones del control ejecutivo de convencionalidad.

La doctrina de la Corte IDH dispone también que el control de convencionalidad debe operar “tanto en la emisión y aplicación de normas, en cuanto a su validez y compatibilidad con la Convención, como en la determinación, juzgamiento y resolución de situaciones particulares y casos concretos, teniendo en cuenta el propio tratado y, según corresponda, los precedentes o lineamientos jurisprudenciales de la Corte Interamericana”³⁵¹.

Es decir, el órgano ejecutivo debe hacer efectivo el control de convencionalidad en dos direcciones: en la emisión y en la aplicación de normas, con la premisa de que no basta con que el ordenamiento jurídico interno se adecúe al derecho internacional, sino que es menester que los órganos o funcionarios de cualquier poder estatal, sea ejecutivo, legislativo o judicial, ejerzan sus funciones y realicen o emitan sus actos, resoluciones y sentencias de manera efectivamente acorde con el derecho internacional aplicable³⁵².

En ambas dimensiones, el control ejecutivo de convencionalidad puede ser ejercido bajo la modalidad de un control constructivo y, según los casos, también represivo.

³⁴⁹ *Ibíd.*, pág. 117.

³⁵⁰ *Ibíd.*, pág. 118.

³⁵¹ Corte IDH. *Gelman II*, op. cit., pár. 69.

³⁵² Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC 18/03, 17/09/2003, pár. 171.

Por su parte, el control preventivo de convencionalidad opera siempre en forma conjunta y coadyuvante de las otras modalidades, en cuanto resulta presupuesto necesario para garantizar la tutela administrativa efectiva.

4.1.1. En la emisión de normas.

En esta dimensión del control de convencionalidad, los distintos órganos ejecutivos realizan actividad materialmente legislativa, definida como aquella que traduce el dictado de normas jurídicas que tienen como característica propia su alcance general y su obligatoriedad, constitutiva de una situación impersonal y objetiva para los administrados a quienes las normas van destinadas³⁵³.

Emiten normativa de diversa naturaleza para el cumplimiento de los fines propios de la función administrativa. Dictan decretos de diferente carácter (decretos leyes, de necesidad y urgencia, reglamentarios, autónomos, delegados), reglamentos, protocolos, resoluciones, disposiciones, comunicados y demás actos normativos a cargo de los órganos de la administración pública.

Cuando el Poder Ejecutivo emite normas no es posible sostener que está ejerciendo funciones que no le son propias; así como le corresponde ejecutar las leyes, también le corresponde establecer las reglas según las cuales ejercerá esa atribución, tal es el caso, por ejemplo, de los decretos reglamentarios.

Ante la inexistencia o insuficiencia de las normas vigentes, deben emitir normativa conforme con las disposiciones de la CADH y la interpretación realizada por la Corte IDH. Deben también modificar, adecuar y, en su caso, dejar sin efecto las normas vigentes que resulten contrarias a dichos parámetros de convencionalidad.

Asimismo, en aquellos supuestos en que la norma inicialmente conforme con el derecho convencional devenga posteriormente en inconvencional, ya sea porque el Estado adoptó un nuevo Tratado o porque la interpretación evolutiva de la Corte así lo determina, el órgano ejecutivo debe, en ejercicio del control de convencionalidad, arbitrar los medios necesarios e idóneos para la modificación o, en su caso, exclusión de dicha normativa.

³⁵³ CASSAGNE, Juan C., op. cit., pág. 84.

En este control, resulta fundamental que los órganos ejecutivos tengan presente la operatividad del art. 2 de la CADH, en cuanto los habilita a realizar las correcciones, adaptaciones y, de ser necesario, articular los mecanismos para las aboliciones normativas, con fundamento en la obligación de adoptar medidas legislativas o de otro carácter para hacer efectivos los derechos y libertades reconocidos en el Pacto.

El Estado debe adecuar su ordenamiento jurídico interno, lo cual implica la modificación de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a lograr la plena efectividad de los derechos reconocidos en la Convención, a efectos de compatibilizarlo con los parámetros internacionales³⁵⁴.

En el mismo sentido, los órganos ejecutivos tienen también la obligación de no emitir normas contrarias a la Convención y a la doctrina de la Corte y evitar que se supriman o modifiquen aquellas que las protegen y garantizan. Los Estados no sólo tienen la obligación positiva de adoptar las medidas legislativas necesarias para garantizar el ejercicio de los derechos consagrados en la Convención, sino que también deben evitar promulgar aquellas leyes que impidan el libre ejercicio de estos derechos, y evitar que se supriman o modifiquen las leyes que los protegen³⁵⁵.

En la emisión de normas, el Poder Ejecutivo debe practicar tanto control represivo como constructivo de convencionalidad y rigen las reglas propias del control legisferante de convencionalidad, al que Sagüés caracteriza como un control de tipo mixto, por un lado preventivo, en el sentido que debe realizarse antes de emitir la norma, redactándola conforme con la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana; y por otro, reparador, a fin de auto abolir las normas que el órgano materialmente legisferante ha pronunciado y después constata que son incompatibles con las referidas convención y doctrina judicial interamericanas³⁵⁶.

³⁵⁴ Corte IDH. Caso Fernández Prieto y Tumbeiro vs. Argentina. Fondo y reparaciones, 1/09/2020, pár. 122.

³⁵⁵ Corte IDH. Casos Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador. Fondo y Reparaciones, 27/06/2012, pár. 221; Furlan y Familiares vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 30/08/2012, pár. 300; Mendoza y otro vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones, 14/05/2013, pár. 323.

³⁵⁶ SAGÜÉS, Néstor P. Nuevas fronteras del control de convencionalidad: el reciclaje del derecho nacional y el control legisferante de convencionalidad. Revista de Investigações Constitucionais, Vol. 1 (2):23-32, mayo-agosto 2014.

4.1.2. En la aplicación de normas.

En esta variante, el control ejecutivo de convencionalidad debe desplegarse en diversas direcciones; en el marco de todo procedimiento administrativo, tanto en el trámite para la formación de la decisión, como en su ejecución e impugnación; en el ejercicio de la función administrativa del Estado y, en general, en todo ámbito de relaciones de la ciudadanía con la Administración, en cuanto implique la determinación de derechos y garantías de las personas.

En la aplicación de normas, el órgano ejecutivo puede resolver planteos presentados por los particulares y desplegar funciones materialmente jurisdiccionales, entendidas estas como la actividad estatal que decide controversias con fuerza de verdad legal³⁵⁷.

La Corte IDH tiene dicho:

“De conformidad con la separación de los poderes públicos que existe en el Estado de Derecho, si bien la función jurisdiccional compete eminentemente al Poder Judicial, otros órganos o autoridades públicas pueden ejercer funciones del mismo tipo. Es decir, que cuando la Convención se refiere al derecho de toda persona a ser oída por un “juez o tribunal competente” para la “determinación de sus derechos”, esta expresión se refiere a cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas. Por la razón mencionada, esta Corte considera que cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal en los términos del art. 8 de la Convención Americana”³⁵⁸.

Ahora bien, el ejercicio de dichas funciones por parte de la Administración pública tiene un régimen jurídico distinto a la función jurisdiccional propia del Poder Judicial, en la que debe imperar el carácter definitivo de las decisiones y la emisión de las mismas por un órgano imparcial e independiente.

El fundamento de dicho régimen se encuentra en la propia CN al impedir al Poder Ejecutivo ejercer funciones judiciales, arrogarse el conocimiento de causas pendientes o restablecer las fenecidas³⁵⁹, como así también al consagrar la inviolabilidad de la defensa

³⁵⁷ CASSAGNE, Juan C., op. cit., pág 84.

³⁵⁸ Corte IDH. Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas, 31/11/2001, pár. 71.

³⁵⁹ CN. Art. 109

en juicio de la persona y de los derechos³⁶⁰. Asimismo, la Convención Americana establece la garantía de acceso a la tutela judicial efectiva³⁶¹.

En la actividad jurisdiccional, la Administración pública debe observar límites precisos, descriptos con claridad por el profesor Cassagne:

“1) La atribución de funciones jurisdiccionales a órganos administrativos debe provenir de ley formal para no alterar a favor del Poder Ejecutivo el equilibrio en que reposa el sistema constitucional. 2) Tanto la idoneidad del órgano como la especialización de las causas que se atribuyen a la Administración tienen que hallarse suficientemente justificadas, para tornar razonable el apartamiento excepcional del principio general de juzgamiento de la actividad administrativa por el Poder Judicial (v.gr.: en materia fiscal). 3) Si se atribuyen a órganos administrativos funciones de substancia jurisdiccional en forma exclusiva, sus integrantes deben gozar de ciertas garantías para asegurar la independencia de su juicio frente a la Administración activa, tal como la relativa a la inamovilidad en sus cargos. 4) El contralor que el Poder Ejecutivo pueda realizar de los actos jurisdiccionales que emitan órganos administrativos ha de limitarse a la legalidad, y dentro de esta especie de control, a casos de excepción por cuanto existe una relación jerárquica atenuada a su mínima expresión. 5) Los tribunales que integran el Poder Judicial deben conservar la atribución final de revisar las decisiones de naturaleza jurisdiccional”³⁶².

De esta manera se determina que las funciones jurisdiccionales de la Administración se encuentran limitadas a tramitar y decidir cuestiones administrativas a través del respectivo procedimiento administrativo en el que debe operar el control de convencionalidad, y que el particular afectado tenga la posibilidad de recurrir a la vía judicial para la debida revisión, por medio de la tramitación del correspondiente proceso legal a cargo de jueces. Las decisiones de los órganos administrativos al resolver los conflictos deben estar condicionadas, siempre, a una revisión judicial suficiente³⁶³.

En esta dirección, la doctrina de la CSJN también sostiene que para mantener a salvo los principios constitucionales de los arts. 18 y 109, los organismos de la administración dotados de jurisdicción para resolver conflictos entre particulares deben ser creados por ley, su independencia e imparcialidad estar aseguradas, el objetivo económico y político tenido en cuenta por el legislador para crearlos (y restringir así la jurisdicción que la Constitución Nacional atribuye a la justicia ordinaria) haya sido razonable y, además, sus decisiones estén sujetas a control judicial amplio y suficiente³⁶⁴.

³⁶⁰ CN. Art. 18

³⁶¹ CADH. Arts. 8.1 y 25.

³⁶² CASSAGNE, Juan C., op. cit., págs. 90-91.

³⁶³ GELLI, María A. Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada, 4º ed., Buenos Aires, La Ley, 2008, t. I.

³⁶⁴ CSJN. Ángel Estrada y Cía. S. A. c/ resol. 71/96 – Sec. Ener. y Puertos (Expte. N.º 750-002119/96), 05/04/2005, Fallos 328:667.

Sentados dichos alcances, López Olvera³⁶⁵ identifica diversos derechos, principios y garantías aplicables a todos los procedimientos ante la administración pública, tales como el respeto a la dignidad humana, la aplicación del principio *pro persona*, el derecho a la verdad, la tutela administrativa efectiva, el debido proceso, el principio de eficiencia administrativa, el plazo razonable, el derecho de ofrecer y desahogar pruebas, el derecho de audiencia, el principio de contradicción, la oportunidad de alegar, la obligación de dictar una resolución o acto administrativo, la obligación de que los actos administrativos sean dictados por una autoridad competente y que estos se encuentren motivados y fundados.

Al respecto, son contundentes los pronunciamientos de la Corte IDH:

“El art. 8.1 de la Convención no se aplica solamente a jueces y tribunales judiciales. Las garantías que establece esta norma deben ser observadas en los distintos procedimientos en que los órganos estatales adoptan decisiones sobre la determinación de los derechos de las personas, ya que el Estado también otorga a autoridades administrativas, colegiadas o unipersonales, la función de adoptar decisiones que determinan derechos”³⁶⁶.

“Las garantías contempladas en el art. 8.1 de la Convención son también aplicables al supuesto en que alguna autoridad pública adopte decisiones que determinen tales derechos, tomando en cuenta que no le son exigibles aquellas propias de un órgano jurisdiccional, pero sí debe cumplir con aquellas garantías destinadas a asegurar que la decisión no sea arbitraria”³⁶⁷.

Por otra parte, el control judicial de las decisiones administrativas previas también tiene alcances determinados y concretos. La Corte IDH ha expresado:

“Este Tribunal coincide con la Corte Europea, en términos generales, en entender que existe una revisión judicial suficiente cuando el órgano judicial examina todos los alegatos y argumentos sometidos a su conocimiento sobre la decisión del órgano administrativo, sin declinar su competencia al resolverlos o al determinar los hechos. Por el contrario, esta Corte estima que no hay una revisión judicial si el órgano judicial está impedido de determinar el objeto principal de la controversia, como por ejemplo sucede en casos en que se considera limitado por las determinaciones fácticas o jurídicas realizadas por el órgano administrativo que hubieran sido decisivas en la resolución del caso”³⁶⁸.

Asimismo, el control ejecutivo de convencionalidad también debe operar en la aplicación de normas para la implementación de toda política pública. Como sostiene Trucco, en el compromiso de los entes ejecutivos está también la responsabilidad al

³⁶⁵ LÓPEZ OLVERA, M., op. cit., págs. 112-137.

³⁶⁶ Corte IDH. Caso Claude Reyes y otros vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas, 19/09/2006, pár. 118.

³⁶⁷ *Ibidem*, pár. 119.

³⁶⁸ Corte IDH. Caso Berbani Duarte y otros vs. Uruguay. Fondo, reparaciones y costas, 13/10/2011, pár. 204.

momento de definir y adoptar políticas públicas eficaces para la garantía de derechos. Estas son también las “otras medidas” que los Estados se obligan a adoptar para satisfacer los derechos de sus ciudadanos. Son estas medidas las que permiten concretar la aplicación de una norma convencional. Advertimos en lo cotidiano que en ciertas ocasiones son las políticas públicas las que deben corregirse o dejarse sin efecto, o bien adoptarse, si es que su carencia es precisamente la que está impidiendo una garantía más amplia de un derecho o libertad determinada”³⁶⁹.

En este sentido, el Tribunal interamericano también se ha expresado con determinación:

“A pesar de la existencia de legislación para la protección de la niñez, así como de determinadas políticas estatales, la Corte resalta que de la prueba aportada por el Estado no consta que, en el caso concreto, esas medidas se hayan traducido en medidas efectivas para iniciar una pronta búsqueda, activar todos los recursos para movilizar a las diferentes instituciones y desplegar mecanismos internos para obtener información que permitiera localizar a las niñas con rapidez y, una vez encontrados los cuerpos, realizar las investigaciones, procesar y sancionar a los responsables de forma eficaz y expedita. En definitiva, el Estado no demostró tener mecanismos de reacción o políticas públicas que dotaran a las instituciones involucradas de los mecanismos necesarios para garantizar los derechos de las niñas”³⁷⁰.

“El Estado deberá adoptar las medidas necesarias para asegurar que al momento en que una persona es diagnosticada con graves problemas o secuelas relacionadas con discapacidad, le sea entregada a la persona o su grupo familiar una carta de derechos que resuma en forma sintética, clara y accesible los beneficios que contemplan las mencionadas normas, los estándares sobre protección de las personas con discapacidad mental establecidos en esta Sentencia y las políticas públicas análogas, así como las instituciones que pueden prestar ayuda para exigir el cumplimiento de sus derechos”³⁷¹.

“Argentina deberá ajustar su marco legal a los estándares internacionales señalados anteriormente en materia de justicia penal juvenil (supra párrs. 139 a 167) y diseñar e implementar políticas públicas con metas claras y calendarizadas, así como la asignación de adecuados recursos presupuestales, para la prevención de la delincuencia juvenil a través de programas y servicios eficaces que favorezcan el desarrollo integral de los niños, niñas y adolescentes”³⁷².

Además, el Poder Ejecutivo también debe ejercer control de convencionalidad en el ejercicio de la función política o de gobierno de la cual resulta titular; es decir, aplicar las

³⁶⁹ TRUCCO, Marcelo F., op. cit, pág. 75.

³⁷⁰ Corte IDH. Caso González y otras –Campo algodón– vs. México. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, 16/11/2009, pág. 410.

³⁷¹ Corte IDH. Furlán y Familiares vs. Argentina. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 31/08/2012, pág. 295.

³⁷² Corte IDH. Caso Mendoza y otros vs. Argentina. Excepciones preliminares, fondo y reparaciones, 14/05/2013, pág. 325.

normas constitucionales y legales para la organización de los poderes constituidos, para la atención de las cuestiones de defensa y para el manejo de las relaciones exteriores del país de conformidad con el derecho convencional y la interpretación realizada por la Corte IDH.

Ahora bien, sin perjuicio de las direcciones en las que los órganos ejecutivos deben aplicar las normas, para el efectivo ejercicio del control de convencionalidad deben visualizar, comprender y aprehender el ámbito de las actuaciones administrativas como un todo y desde dicha integralidad efectuar el análisis de conformación con la Convención y la interpretación de la Corte IDH. Más allá que determinada fase del procedimiento administrativo resulte acorde con los estándares convencionales, la totalidad de la actividad administrativa debe conformarse con los mismos.

La convencionalidad impone que la Administración en su conjunto respete y garantice los derechos humanos, ya que la función del tribunal internacional es determinar si la integralidad de los procedimientos estuvo conforme con las disposiciones internacionales³⁷³.

Resulta también importante considerar que la convencionalidad debe ser analizada en el caso concreto, ya que puede suceder que la aplicación de una norma o práctica administrativa resulte inconvencional en un supuesto particular, pero no en general. Puede incluso, plantearse la inconvencionalidad de uno o varios arts. y no de la ley en su totalidad. Es decir, debe diferenciarse la inconvencionalidad de la norma de la inconvencionalidad de una norma al ser aplicada en el caso concreto. Puede ser convencional, por ejemplo, un procedimiento administrativo determinado, pero en el caso concreto haberse tramitado de manera inconvencional.

Lo mismo ocurriría con la atribución conferida al Presidente de la Nación en el art. 99 inc. 5° de la CN en cuanto puede indultar o conmutar las penas por delitos sujetos a la jurisdicción federal, previo informe del tribunal correspondiente, excepto en los casos de acusación por la Cámara de Diputados. La norma no resulta inconvencional en términos generales, aunque si el indulto se aplicara en el caso particular de personas condenadas por delitos de lesa humanidad se tornaría inconvencional en ese caso concreto.

La Corte IDH consideró "inadmisibles las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves

³⁷³ Corte IDH. Myrna Mack Chang vs. Guatemala. Fondo, reparaciones y costas, 25/11/2003, pár. 201.

de los derechos humanos tales como la tortura, las ejecuciones sumarias, extralegales o arbitrarias y las desapariciones forzadas, todas ellas prohibidas por contravenir derechos inderogables reconocidos por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos"³⁷⁴.

Por su parte, la CSJN también declaró la inconstitucionalidad de los indultos a ex militares por delitos de lesa humanidad cometidos durante la última dictadura cívico-militar, por considerar que estos no solo son contrarios a la CN sino también a los instrumentos internacionales de Derechos Humanos. El máximo Tribunal nacional, con cita del fallo “Almonacid Arellano” de la Corte IDH, apeló al control de convencionalidad y sostuvo la imposibilidad constitucional de indultar a autores y partícipes de esa clase de delitos, pues dicho acto de gobierno conlleva de modo inescindible la renuncia a la verdad, a la investigación, a la comprobación de los hechos, a la identificación de sus autores y a la desarticulación de los medios y recursos eficaces para evitar la impunidad³⁷⁵.

4.2. De un control represivo o negativo a un control constructivo o positivo de convencionalidad.

En el capítulo anterior se describió el surgimiento de la doctrina del control de convencionalidad como un control de tipo represivo o negativo que significa la inaplicación de las normas o prácticas internas contrarias a los parámetros convencionales. Se sostuvo también, que en sus orígenes la doctrina apuntó y reservó el ejercicio del control a los jueces del Poder Judicial.

Ante las consecuencias del carácter represivo del control, que implica una suerte de destrucción de la norma o práctica inconvencional con los efectos y costos que ello significa, la Corte IDH avanzó hacia el control constructivo o positivo de convencionalidad. En la misma dirección, y atendiendo a las necesidades del sistema, también extendió el control a sujetos distintos del Poder Judicial; entre ellos, especialmente, al Poder Ejecutivo.

³⁷⁴ Corte IDH. Caso Barrios Altos vs Perú. Fondo, 14/03/2001, pár. 41.

³⁷⁵ CSJN. Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ Recurso de Casación e Inconstitucionalidad, 13/07/2007, Fallos: 330:3248, consid. 29°.

La Corte IDH prefiere y exige en primer término el control constructivo o positivo de convencionalidad, el que a su vez resulte factible de practicar sin mayores dificultades por parte del órgano ejecutivo.

El control represivo o negativo queda reservado como última instancia ante la imposibilidad de compatibilizar la norma o práctica interna con el derecho convencional. A su vez, este control queda reducido y limitado, según los casos, al querer ser ejercido por el órgano ejecutivo, ya que este no siempre estará habilitado, como se verá, para inaplicar una norma o práctica por razones de inconvencionalidad.

4.2.1. Control ejecutivo negativo o represivo.

El control represivo o negativo de convencionalidad significa, la inaplicación de aquellas normas y prácticas internas que resulten contrarias al derecho internacional de los derechos humanos, y si bien no se encuentra excluido del ámbito administrativo por la doctrina de la Corte IDH, su articulación es expresamente condicionada al marco de las respectivas competencias del órgano que lo ejerce y de las regulaciones procesales correspondientes.

La inaplicación de las normas es la necesaria consecuencia del control represivo de convencionalidad y en sede administrativa debe realizarse también de manera excepcional y respetando el reparto de competencias que el derecho interno imponga. Ello determina que deban diferenciarse diversas situaciones respecto del control represivo de convencionalidad por parte del órgano ejecutivo.

En primer término, puede ser ejercido cuando se trata de inaplicar normas o prácticas emanadas del mismo órgano ejecutivo que las dictó. Este, puede incluso derogarlas o modificarlas, aunque sin efectos retroactivos a menos que con dicha operación se torne más beneficiosa la situación e implique una mayor protección para la persona. Por el contrario, si con este ejercicio del control represivo de convencionalidad se causara algún perjuicio a la persona, el mismo no podría ser legítimamente articulado por el órgano ejecutivo.

Ahora bien, en el supuesto de que la inconvencionalidad sea advertida por un órgano ejecutivo inferior o subordinado al órgano que emitió la norma o práctica cuestionada, no siempre estará habilitado para ejercer control represivo y, en dichos casos,

deberá acudir a los mecanismos administrativos correspondientes para plantear la situación ante el órgano ejecutivo con competencia para resolver la alegada inconveniencia. La autoridad administrativa en caso de no poder inaplicar por sí la norma por inconveniencia deberá dejar planteada la “duda” de inconveniencia ante el órgano competente para hacerlo³⁷⁶.

Por ejemplo, sería posible que el director de un ente administrativo advirtiera que un decreto emanado del Gobernador es, en principio, contrario a la CADH y a la jurisprudencia de la Corte IDH. En tal supuesto, no podría inaplicar directamente y por sí mismo el decreto en cuestión, sino que debería plantear la situación y articular los mecanismos pertinentes para que el órgano competente analice y resuelva sobre la conveniencia de la norma. En tal supuesto, en el ámbito provincial, el director podría canalizar el planteo de conveniencia a través de Fiscalía de Estado como órgano máximo de asesoramiento jurídico del Poder Ejecutivo y defensa legal³⁷⁷. Los dictámenes que emita la Fiscalía de Estado son la última instancia en el asesoramiento administrativo y obligatorio el criterio que contengan para los demás órganos jurídicos de la Administración pública y sus Entes³⁷⁸.

Asimismo, en el ámbito provincial, algunos supuestos de control represivo de conveniencia podrían ser válidamente encausados por el órgano ejecutivo competente, recurriendo para ello a uno de los principios básicos y esenciales de toda actuación administrativa consistente en la anulación de oficio. El art. 1 inc. 12 del Reglamento para el trámite de actuaciones administrativas³⁷⁹ dispone que las “las autoridades administrativas, en cualquier momento del trámite, previo dictamen del servicio de asesoramiento jurídico permanente y respetando el principio del debido proceso, podrán declarar de oficio la invalidez de las decisiones administrativas que hubieran sido adoptadas con anterioridad”.

La potestad anulatoria encuentra fundamento en la denominada autotutela de la Administración, la que consiste en la realización de los intereses públicos comprometidos en la vigencia de la juridicidad³⁸⁰.

³⁷⁶ TRUCCO, Marcelo F. op. cit., pág. 74.

³⁷⁷ Art. 1º ley provincial N.º 11.875.

³⁷⁸ Art. 2º ley provincial N.º 11.875.

³⁷⁹ Decreto Provincial N.º 4174 de fecha 19/11/2015.

³⁸⁰ COMADIRA, Julio R. La anulación de oficio del acto administrativo. La denominada cosa juzgada administrativa, Buenos Aires, Astrea, 1981, págs. 35–36.

Si estas decisiones fueron adoptadas contrariando el derecho internacional de los derechos humanos o si las mismas devienen en inconvenientes por una interpretación o nuevo estándar de la Corte IDH, la autoridad administrativa puede declarar su invalidez por la debida articulación del control ejecutivo de convencionalidad.

En segundo lugar, cuando se trata de leyes dictadas por el Congreso tanto nacional como provincial, incluso por consejos deliberantes locales, el órgano ejecutivo se encuentra, en principio, imposibilitado de ejercer control represivo de convencionalidad y, en consecuencia, proceder a su inaplicación por considerarlas contrarias a la Convención o a la jurisprudencia de la Corte. Tal imposibilidad se fundamenta en la proyección analógica del principio que impide al Poder Ejecutivo, como regla, la realización de control represivo de constitucionalidad. En un sistema judicialista como el argentino, ambos controles en su faz represiva son actividad preponderante del Poder Judicial.

La necesaria complementariedad entre el control de constitucionalidad y el de convencionalidad determina que el órgano ejecutivo que no se encuentra habilitado para ejercer control represivo de constitucionalidad, tampoco pueda realizar control represivo de convencionalidad, debiendo en tales supuestos remitir el caso al órgano judicial competente para la realización del respectivo control. Ello, sin perjuicio del deber de reparar a los particulares a que diera lugar la inaplicación de la ley por razones de inconveniencia.

Sobre el tema, la CSJN ha negado al Poder Ejecutivo la posibilidad de cuestionar la constitucionalidad de las normas desde 1967 hasta la actualidad³⁸¹, reservando al Poder Judicial dicha potestad con carácter exclusivo. Sin perjuicio de ello, recientemente la Corte adoptó un criterio diferente al declarar de oficio la inconstitucionalidad de una norma y expresar que el propósito de “afianzar la justicia” contenido en el Preámbulo de la Constitución “no sólo se refiere al Poder Judicial sino a la salvaguarda del valor justicia en los conflictos jurídicos concretos que se plantean en el seno de la comunidad”³⁸².

En esta dirección, Tawil (2012) ha sostenido:

“Afianzar la justicia exige impulsar su respeto y el acatamiento del orden jurídico en todos los ámbitos de la vida nacional sin distinción de tiempo o espacio (...) hoy afianzar la justicia significa

³⁸¹ CSJN. Ingenio y Refinería San Martín del Tabacal, SA c/ Provincia de Salta s/ contencioso administrativo, sentencia de 08/11/1967 y Fallos: 275:459 (1969); 284:218 (1972); 303:1039 (1981); 307:630 (1985), entre otros.

³⁸² CSJN. Doctrina de fallos: 307:326 y 328:566.

lograr que ese principio guíe la conducta de gobernantes y gobernados en la medida en que no existe unión, paz, libertad ni bienestar general posible sin ella”³⁸³.

Ahora bien, existen supuestos en que el órgano ejecutivo se encuentra habilitado para inaplicar una ley cuya inconstitucionalidad/inconvencionalidad sea patente.

En el orden local, aunque dicha potestad no se encuentre expresamente prevista, la misma ha sido reconocida por la Corte santafesina al expresar que la Administración está, salvo casos en extremo excepcionales, obligada a aplicar la ley”³⁸⁴. Asimismo, ha reconocido “excepcionalmente, la posibilidad de que la Administración decida ‘sobre la eventual o hipotética colisión de reglas de Derecho con las normas de grado constitucional’”³⁸⁵.

En la misma dirección, la Procuración del Tesoro de la Nación (PTN) ha sostenido reiteradamente que si bien la inconstitucionalidad de las normas emanadas del Poder Legislativo no es un juicio que corresponda a la Administración sino a los jueces, existen excepciones que habilitan a que la propia Administración se abstenga de aplicar una norma considerada inconstitucional. Dichas excepciones se configuran cuando: a) la inconstitucionalidad es manifiesta e indudable la violación por parte del Congreso de facultades constitucionales propias del Poder Ejecutivo³⁸⁶; b) existen declaraciones de inconstitucionalidad por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación³⁸⁷; c) instancias inferiores de justicia así se han pronunciado³⁸⁸; o d) la violación constitucional aparece de un modo indudable y manifiesto³⁸⁹.

No obstante, doctrinariamente se han sostenido diversas posturas sobre la facultad del órgano ejecutivo para inaplicar una ley emanada del legislativo por razones de inconstitucionalidad / inconvencionalidad.

³⁸³ TAWIL, Guido. Estudios de Derecho Administrativo, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2012, pág. 812.

³⁸⁴ CSJSF. Salvia, Francisco Víctor y Otros c/ Municipalidad de Rosario –Recurso contencioso administrativo de plena jurisdicción– s/ Incidente de suspensión de medida administrativa, 30/10/1989; Rosas, Rodolfo y Otro c/ Provincia de Santa Fe –Acción declarativa de inconstitucionalidad– s/ Avocación, 14/03/2001.

³⁸⁵ CSJSF, Tolosa, Rubén c/ Municipalidad de Rosario s/ Recurso contencioso administrativo de plena jurisdicción y sus acumulados Alvarez, Raúl Daniel c/ Municipalidad de Rosario s/ Recurso contencioso administrativo de plena jurisdicción y Salvia Francisco Víctor y otros c/ Municipalidad de Rosario s/ Recurso contencioso administrativo de plena jurisdicción, 14/10/1992.

³⁸⁶ PTN. Dictámenes 84:102 y 159: 83, entre otros.

³⁸⁷ Ibídem, Dictámenes 159:83, 168:28, 168:282, 192:144, 236:25, 251:339, entre otros.

³⁸⁸ Ibídem, Dictámenes 101:87, 192:144, 251:339 y 186:140.

³⁸⁹ Ibídem, Dictámenes 239:285, 250:52 y 251:224, 207:037, 239:285.

Entre los argumentos a favor se ha afirmado que la autoridad pública en el ejercicio de sus cometidos se encuentra vinculada al principio de juridicidad, lo que le impone la carga no sólo de respetar el marco legal vigente sino también el bloque constitucional integrado por la Ley Fundamental y los tratados internacionales incorporados a ella por vía del art. 75 inc. 22, tal como lo prescribe el art. 31 de la CN³⁹⁰.

Asimismo, se ha sujetado el ejercicio de dicho control por la administración pública a aquellos supuestos en que esta lleve adelante funciones jurisdiccionales siempre y cuando se trate de tribunales administrativos formalmente constituidos como tales y que tengan las mismas garantías que el Poder Judicial³⁹¹; además, que su constitución haya sido instrumentada por ley y que su decisión esté sometida a control judicial posterior³⁹².

Se ha entendido también que el Poder Ejecutivo puede prescindir de una ley que invada su competencia constitucional con la finalidad de ejercer sus funciones y en aquellos casos en que a partir de la aplicación de la ley puedan derivarse perjuicios graves e irreparables o se den circunstancias extraordinarias³⁹³.

Asimismo, se ha sostenido que la imposibilidad de que un tribunal administrativo se pronuncie acerca de la inconstitucionalidad de una ley cede en aquellos casos en que una ley así lo autorice, concesión del Congreso que debe ser reputada constitucional por no existir obstáculo para ello³⁹⁴.

Finalmente, puede considerarse que el Poder Ejecutivo deje de aplicar una norma cuando su inconstitucionalidad sea grosera y obvia³⁹⁵.

En cuanto a las opiniones en contra de la posibilidad de que la administración pública pueda declarar la inconstitucionalidad de una ley, fundamentan su posición en el principio de la división de poderes que atribuye la función del control de constitucionalidad al Poder Judicial, limitando el Poder Ejecutivo a su función de ejecutor

³⁹⁰ COMADIRA, Julio P. La posición de la administración pública ante la ley inconstitucional. Derecho Administrativo, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1996, pág. 410.

³⁹¹ BIANCHI, Alberto B. Control de Constitucionalidad, Buenos Aires, Ábaco, 2002. pág. 262.

³⁹² ALVAREZ ÁLVAREZ, Fernando D. La cuestión del control de constitucionalidad por la administración pública. En: COMADIRA, Julio P. e IVANEGA, Miriam M. Derecho Administrativo. Libro en homenaje al Profesor Doctor Julio Rodolfo Comadira. Buenos Aires, Ad Hoc, 2009, págs. 3-21.

³⁹³ BIDEGAIN, Carlos. El control de constitucionalidad y la Procuración del Tesoro. Revista El Derecho Constitucional, 2021(10):34, octubre de 2021.

³⁹⁴ BIDART CAMPOS, Germán J. Manual de la Constitución reformada. Buenos Aires, Editorial Ediar, 1996, t. I.

³⁹⁵ BIDART CAMPOS, Germán. Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino, Buenos Aires, Ediar, 1986, t. I.

de leyes del órgano legisferante³⁹⁶. A partir de ello, se ha sostenido que la administración pública debe aplicar la ley aún en el caso de que la misma fuera inconstitucional hasta tanto el Congreso la derogase³⁹⁷.

Se ha señalado además que el Poder Ejecutivo no puede apartarse de esa ley y ejecutar directamente la Constitución, sino que tiene que escoger entre las siguientes alternativas: a) Ejercer el derecho a veto; 2) plantear su inconstitucionalidad ante el Poder Judicial y, 3) promover su derogación ante el órgano legisferante³⁹⁸.

Por último, se efectúa una distinción entre la declaración de inconstitucionalidad de una ley por la administración –facultad que se encuentra vedada– y la abstención de aplicar una ley repugnante a la Carta Magna, lo cual sí estaría permitido a los fines de garantizar la supremacía constitucional³⁹⁹.

Más allá de las posturas señaladas, sería irrazonable que la Administración pública al momento de adoptar una decisión se viera obligada a aplicar una ley contraria al derecho convencional por encontrarse impedida de efectuar el control represivo de convencionalidad. De negarse esa posibilidad, se estaría obligando al Poder Ejecutivo a dictar actos o realizar prácticas administrativas ilegítimas por tener que aplicar la norma inconvencional. No se puede marginar al Poder Ejecutivo de su función de proveer a la protección de la vigencia suprema de los valores contenidos en la Constitución Nacional, cuando el plexo axiológico en ella recogido fuera afectado, ostensiblemente, por una disposición legal; y que, sobre dicha base, cuente con atribuciones para no aplicar, es decir, no ejecutar, las normas legales respecto de las cuales existieran razones suficientes como para considerar fundadamente cuestionada su constitucionalidad⁴⁰⁰.

Por otra parte, se afirma y también resulta atendible, que vedar esa atribución al órgano ejecutivo resulta de mayor resguardo a la seguridad jurídica, al impedir el incumplimiento de leyes so pretexto de inconvencionalidad cada vez que la misma es contraria a sus intereses, y garantiza, a su vez, la observancia del principio de división de

³⁹⁶ GIALDINO, Rolando E. El Poder judicial y los jueces en la república representativa, Buenos Aires, El Derecho, 2009, pág. 959.

³⁹⁷ SAGÜÉS, Néstor P., Derecho Procesal Constitucional, 5º ed., Buenos Aires, Astrea, 2007, pág. 231.

³⁹⁸ GORDILLO, Agustín. Tratado de Derecho Administrativo. 5º ed., Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2000, pág. 14.

³⁹⁹ MARIENHOFF, Miguel S., op. cit., pág. 430. De igual modo, lo ha entendido Roberto Dromi (1992). DROMI, ROBERTO. Derecho administrativo, Buenos Aires, Astrea, 1992. pág. 98.

⁴⁰⁰ COMADIRA, Julio R. La posición de la administración pública ante la ley inconstitucional. Revista de Derecho Administrativo 1(1):161, 1989.

funciones, al limitar la posibilidad del órgano ejecutivo de cuestionar la convencionalidad de las leyes dictadas por su par legisferante.

Se ha dicho asimismo que el Poder Ejecutivo no puede dejar de aplicar una ley vigente puesto que antes de promulgarla ha tenido la posibilidad de vetarla total o parcialmente, ejerciendo en dicho momento un control de constitucionalidad / convencionalidad preventivo. De la misma manera, se afirma que durante la vigencia de una ley el Poder Ejecutivo puede presentar un proyecto de ley tendiente a la derogación o modificación de la norma cuestionada, para asegurar su constitucionalidad, en especial teniendo en miras una inconstitucionalidad sobreviniente, que no haya podido advertirse al momento de su promulgación. Ahora también se agrega la posibilidad de que el Poder Ejecutivo solicite la suspensión de una ley en sede judicial⁴⁰¹.

Tomando en consideración las diferentes posturas reseñadas, resulta necesario a fin de resguardar los principios involucrados y garantizar la tutela administrativa efectiva, que el órgano ejecutivo se encuentre debidamente habilitado conforme al ámbito de sus competencias para inaplicar la ley inconvencional en aquellos supuestos en que ya se han pronunciado los máximos tribunales jurisdiccionales y las decisiones se encuentren firmes y consentidas o, en su defecto, a remitir la situación al órgano jurisdiccional competente para que resuelva sobre la convencionalidad de la ley y, en todos los casos, a dejar planteada su postura en cuanto a la convencionalidad de la norma en cuestión. Al respecto, merece atención lo afirmado por Sagüés:

“Lo que no es admisible es que el poder ejecutivo o el ente administrativo del caso tenga bloqueados todos los conductos de acceso para (i) decidir por sí mismo, o (ii) para plantear ante un órgano apto para resolver el control represivo de constitucionalidad, su reclamo de control represivo de convencionalidad, respecto, v. gr., de una ley”⁴⁰².

4.2.2. Control ejecutivo positivo o constructivo.

Como se anticipó en el capítulo anterior, el control constructivo o positivo de convencionalidad es un control de aplicación amplia, ya que debe ser ejercido por la totalidad de los órganos internos del Estado, comprendidos aquellos que carecen de

⁴⁰¹ Art. 13 de Ley nacional N.º 26.854 sobre el Nuevo Régimen de Medidas Cautelares contra el Estado.

⁴⁰² SAGÜÉS, Néstor P. Notas sobre el control ejecutivo de convencionalidad, Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, XXI:141-149, Bogotá, 2015.

competencia para ejercer el control represivo y efectuar la inaplicación de las normas. Es por ello un control en esencia difuso y el que permite principal y especialmente su ejercicio de manera preventiva. Por estas razones es la especie de control que mejor se adapta a su articulación por parte de los órganos ejecutivos y opera siempre respecto de las dos dimensiones del control ejecutivo de convencionalidad; es decir, tanto en la emisión como en la aplicación de normativa y prácticas administrativas.

Con basamento en la doctrina de la interpretación conforme⁴⁰³, el control constructivo tiene como finalidad compatibilizar la normativa y las prácticas internas con el derecho internacional de los derechos humanos y la jurisprudencia de la Corte IDH, con el objeto de que las mismas mantengan su vigencia y validez antes de que opere su inaplicación por contrariar dichos parámetros de convencionalidad.

En alusión a los fundamentos de la doctrina de la interpretación convencional conforme, Sagüés sostiene que guarda íntima conexión con la tesis de la interpretación constitucional conforme y afirma:

“Las razones que abonan esta propuesta son diversas. Entre ellas destacamos las siguientes: a) unidad del mundo jurídico: es necesario aplicar la norma inferior conjuntamente y sin desconocer la superior. Para ello, resulta provechoso adaptar la interpretación de la segunda a la primera; b) economía normativa: si una norma puede ser remodelada para hacerla coincidir con la predominante, debe procederse de este modo en lugar de anularla y obligar al legislador del caso a sancionar otra nueva; c) deferencia o respeto hacia el legislador: en el marco de lo razonable, es preferible mantener la disposición sancionada por el legislador subconstitucional o nacional (aún con ajustes) en vez de humillarlo con anulaciones por inconstitucionalidad o inconvencionalidad (principio de «máxima conservación»); d) evitación de vacíos normativos (*horror vacui*): toda declaración de inconvencionalidad o de inconstitucionalidad provoca una laguna normativa generada por la inaplicación o eliminación de la norma así descalificada. Esa suerte de «agujero negro» jurídico reclama operaciones algunas veces complejas para intentar cubrirlo”⁴⁰⁴.

Por su parte, Ferrer Mac-Gregor, en relación a la interpretación conforme, sostiene:

“En términos generales, podríamos sintetizarla como la técnica hermenéutica por medio de la cual los derechos y libertades constitucionales son armonizados con los valores, principios y normas contenidos en los tratados internacionales sobre derechos humanos signados por los Estados, así

⁴⁰³ Esta doctrina fue utilizada inicialmente por el Tribunal Constitucional Federal Alemán al sostener que una ley no debe ser declarada nula cuando pueda ser interpretada en consonancia con la Constitución. Es decir, la doctrina de la interpretación convencional conforme se relaciona directamente con la interpretación constitucional conforme. La Corte IDH recurre a ella a partir de los casos “Radilla Pacheco” y “Cabrera García y Montiel Flores vs México”.

⁴⁰⁴ SAGÜÉS, Néstor P. Guía Práctica de Control Latinoamericano de Convencionalidad, op. cit., págs. 63-64.

como por la jurisprudencia de los tribunales internacionales (y en ocasiones otras resoluciones y fuentes internacionales), para lograr su mayor eficacia y protección⁴⁰⁵. Y agrega que todos los órganos de la administración pública deberán ajustar su actuación conforme a la nueva pauta interpretativa de derechos humanos, especialmente cuando se trate de restricción de los mismos⁴⁰⁶.

En cuanto a la utilización de la jurisprudencia de la Corte IDH para efectivizar la interpretación conforme, merece atención el procedimiento constituido por:

“1. Identificar, en el catálogo contenido en los instrumentos americanos, el derecho o libertad que se pretende proteger o interpretar. 2. Identificar los casos (jurisprudencia) en los cuales la Corte Interamericana ya hizo una interpretación respecto al derecho o libertad que se pretende analizar, determinando la evolución o criterios que ha sostenido. 3. Comparar la semejanza fáctica entre los hechos del caso que se va a resolver con aquellos de los cuales deriva la jurisprudencia en que se ha hecho la interpretación del derecho o libertad que interesa. 4. Comprobar que comparten las mismas propiedades relevantes esenciales, lo cual permite aplicar la misma consecuencia jurídica al nuevo caso. 5. Verificar que la conclusión a la que se llega es compatible con el objeto y fin de la Convención Americana, y que el resultado de la interpretación es el que más protege o menos restringe los derechos humanos”⁴⁰⁷.

En relación al control constructivo de convencionalidad que deben llevar a cabo los órganos ejecutivos, es de especial importancia lo afirmado por Sagüés:

“En este terreno, todos los órganos de la administración deben hacer funcionar la normatividad que aplican, constitucional, legal y sublegal, en consonancia con el Pacto de San José de Costa Rica y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, según la doctrina de la “interpretación conforme”; tendrán que escoger de entre las interpretaciones posibles de la norma nacional que efectivizan, las que se concilien con los parámetros internacionalistas indicados; y de ser necesario, realizar “construcción de interpretaciones” por adición, sustracción o mixtas, para lograr el empalme de las reglas domésticas con el citado Pacto y jurisprudencia regional”⁴⁰⁸.

En primer término, todos los órganos ejecutivos deberán seleccionar la interpretación de la norma o la realización de la práctica administrativa que sea acorde con los estándares convencionales; en segunda instancia, deberán también crear o construir interpretaciones bajo alguna de las modalidades indicadas: sumando, restando o sumando y

⁴⁰⁵ FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano, *Estudios Constitucionales*, 9(2):549-622, 2011.

⁴⁰⁶ *Ibíd.*, pág. 555.

⁴⁰⁷ MIRANDA CAMARENA, Adrián y NAVARRO RODRÍGUEZ, Pedro. El principio de la interpretación conforme en el derecho constitucional mexicano. [en línea] Opinión Jurídica, Julio-Diciembre de 2014, Vol. 13, N.º 26

<<http://www.scielo.org.co/pdf/ojum/v13n26/v13n26a05.pdf>> [consulta: 11/09/2023]

⁴⁰⁸ SAGÜÉS, Néstor P. Notas sobre el control ejecutivo de convencionalidad, op. cit., pág. 146.

restando algún contenido para lograr la compatibilidad convencional de la norma o práctica local.

Siguiendo la tesis de Sagüés, podemos pensar algunos ejemplos de dichas operaciones:

a. Selección de interpretaciones: El art. 14 de la CN reconoce el derecho de todos los habitantes de la Nación de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa. Al menos dos interpretaciones de dicha norma resultan posibles. Una interpretación conservadora, regresiva e historicista entendería que el art. 14 ampara a las ideas, sin comprender a las expresiones artísticas como imágenes, dibujos, cómics, caricaturas, ni tampoco a las informaciones, y que el término prensa refiere a la prensa escrita de la Constitución histórica, sin tutelar a la prensa oral como la radio y la televisión. Una interpretación amplia y progresiva estimaría que el derecho a la libertad de expresión del art. 14 protege no solamente a las ideas, sino también expresiones e informaciones de cualquier tipo, y alcanza asimismo a cualquier medio o manera de transmisión que quiera utilizar quien desea expresarse, por lo tanto, la televisión y la radio estarían protegidas. Esta última interpretación es la que resulta compatible y se amalgama con el art. 13 de la CADH y la jurisprudencia de la Corte IDH⁴⁰⁹. Por lo tanto, el operador deberá escoger ésta última interpretación y desechar la primera.

En la misma dirección, el art. 11 de la Constitución Provincial dispone que todo individuo tiene derecho a expresar y difundir libremente su pensamiento mediante la palabra oral o escrita, o cualquier otro medio de divulgación. Dicha norma también podría ser interpretada de las maneras indicadas, aunque sólo respecto del término pensamiento, ya que el precepto constitucional provincial resulta más amplio y abarcativo que su par nacional al referir a la palabra oral, escrita o cualquier otro medio de divulgación en la tutela de la libertad de expresión.

b. Construcción de interpretaciones: Mutativas por adición: El art. 75 inc. 17 de la CN reconoce la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos y garantiza la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan.

⁴⁰⁹ Por ejemplo, Corte IDH. Caso Herrera Ulloa vs Costa Rica. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 2/07/2004.

También la CSJN en el caso Servini de Cubría, María Romilda s/ Amparo, 08/09/1992, adoptó una interpretación del art. 14 CN en parte amplia y progresiva al entender que la prohibición de censura cubría también los tapes televisivos cómicos, porque la comicidad era una forma de expresarse y que políticamente era una manera tradicional de crítica a un gobierno, y en parte regresiva al entender que la televisión no gozaba de tutela protectora de la misma manera que la prensa escrita.

El texto constitucional no colisiona con el derecho convencional, pero resulta insuficiente para satisfacer los estándares interamericanos de protección en cuanto disponen que los pueblos indígenas y tribales tienen derecho no sólo a la propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente poseen, sino también de aquellas otras de las que hubieran sido ilegítimamente sustraídas⁴¹⁰. Esta deberá ser la adición a realizar por el operador para compatibilizar convencionalmente el precepto constitucional.

Otro supuesto estaría dado por el art. 25 de nuestra Carta Magna que refiere que el Gobierno Federal fomentará la inmigración europea. Para amalgamar dicha disposición con el derecho y la jurisprudencia convencional, de modo tal que no resulte discriminatoria, correspondería agregar al momento de su interpretación, por ejemplo, que se promueve también la inmigración de personas de cualquier otro continente o país o bien que nuestro país fomenta la inmigración en términos generales sin limitarla a ningún tipo.

Lo mismo ocurriría con el supuesto del art. 20 de la CN en cuanto establece que los extranjeros gozan en el territorio de la Nación de todos los derechos civiles del ciudadano. Al interpretar la manda constitucional habría que considerar que los extranjeros gozan no solamente de los derechos civiles sino también, por ejemplo, de los derechos económicos, sociales y culturales. Este sentido ampliatorio es el que surge de la Constitución Provincial en su art. 6 al referir que “Los habitantes de la Provincia, nacionales y extranjeros, gozan en su territorio de todos los derechos y garantías que les reconocen la Constitución Nacional y la presente, inclusive de aquellos no previstos en ambas y que nacen de los principios que las inspiran”.

Mutativas por sustracción: el mencionado caso del art. 99 inc. 5º de la CN debe ser recortado con la excepción a la atribución de indultar o conmutar penas del Presidente de la Nación en los supuestos de personas condenadas por delitos de lesa humanidad. Lo mismo ocurriría con el art. 75 inc. 20 de la Constitución, en cuanto dispone que corresponde al Congreso establecer amnistías generales, debiendo reducir el contenido de la norma con igual excepción (delitos de lesa humanidad), aunque su texto expreso se mantenga intacto.

Por su parte, el art. 72 inc. 16 de la Constitución Provincial dispone que el Gobernador indulta o conmuta penas impuestas dentro de la jurisdicción provincial, con informe previo de la Corte Suprema de Justicia. No puede ejercer esta facultad cuando se

⁴¹⁰ Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas, 29/03/2006; Caso Comunidades Indígenas de la Asociación Lhaka Honhat (nuestra tierra) vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas, 06/02/2020, entre otros.

trate de delitos cometidos por funcionarios o empleados públicos en el ejercicio de sus funciones. Corresponde igualmente realizar una interpretación reductora del precepto constitucional, invalidando la facultad del Gobernador de indultar o conmutar penas en casos de delitos cometidos por funcionarios o empleados públicos.

Mutativas mixtas (por sustracción - adición): es la interpretación que puede resultar más compleja, osada y que mayores esfuerzos requiere. El art. 115 del texto constitucional establece que el fallo del jurado de enjuiciamiento será irrecurrible. Para que la norma se torne compatible con el derecho convencional, puntualmente con el art. 25 de la CADH y la jurisprudencia de la Corte IDH, habría que suprimir la irrecurribilidad de dichos fallos en el ámbito político y administrativo y habilitar una instancia de revisión judicial excepcional sólo tendiente a demostrar, por vía del recurso extraordinario federal, en forma nítida, inequívoca y concluyente, un grave menoscabo a las reglas del debido proceso que, asimismo, exhiba suficiente relevancia como para variar la suerte de la causa⁴¹¹.

Analizados supuestos concretos de aplicación práctica de la tesis descripta, merece atención lo afirmado por su autor:

“Naturalmente, todo este manejo de variables alerta que la tarea del intérprete-operador actual es mucho más trabajosa que años atrás, a la par que demanda en quien la haga cualidades especiales de olfato jurídico, perspicacia, imaginación y acierto. Es mucho más sencillo invalidar un precepto, antes que reciclarlo. Pero esta última operatoria es necesaria, antes de destruir o inaplicar reglas locales, máxime si ellas son constitucionales”⁴¹².

En este sentido, el control constructivo que hace posible mantener vigente la norma mediante interpretaciones convencionalizantes, es el que se ajusta al control que pueden realizar los órganos ejecutivos acorde al ámbito de sus competencias, atento la imposibilidad de dichos órganos de realizar, la mayoría de las veces, control represivo de convencionalidad.

No existe obstáculo alguno para que la administración pública interprete el alcance y sentido de las normas y prácticas que debe aplicar en consonancia con la CN, los Tratados de Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Corte IDH. Con base en el control de convencionalidad, es necesario que las interpretaciones judiciales y administrativas y las garantías judiciales se apliquen adecuándose a los principios establecidos en la

⁴¹¹ CSJN. Brusa, Víctor Hermes s/ pedido de enjuiciamiento (B.450. XXXVI), 11/12/2003.

⁴¹² SAGÜÉS, Néstor P., Notas sobre el control ejecutivo de convencionalidad, op. cit., pág. 144.

jurisprudencia del Tribunal interamericano⁴¹³. Se trata del ejercicio de una atribución totalmente legítima, que puede y debe ser llevada adelante por la Administración tanto en la emisión como en la aplicación de normas y prácticas administrativas, teniendo siempre como norte la salvaguarda de los derechos fundamentales de las personas.

La Corte nacional tiene dicho que el Poder Ejecutivo puede apartarse de la estructura literal de la ley y establecer condiciones, requisitos, limitaciones o distinciones que, aunque no contemplados en la ley expresamente, se ajusten a su espíritu o sirvan razonablemente a su finalidad, es decir "siempre que mantenga su acepción substancial"⁴¹⁴.

El control constructivo de convencionalidad es la herramienta necesaria y eficaz para el cumplimiento de tal cometido, adecuando el órgano ejecutivo el contenido expreso de la norma al derecho convencional y la jurisprudencia de la Corte IDH.

4.3. Control ejecutivo preventivo de convencionalidad.

Como se anticipó en el punto 4.1., el carácter preventivo del control de convencionalidad opera en forma conjunta y coadyuvante de la modalidad constructiva y represiva del control, como asimismo se extiende en ambas dimensiones del test de compatibilidad convencional, es decir, tanto en la emisión como en la aplicación de normas, prácticas y decisiones administrativas, en cuanto pueda significar la afectación de los derechos de las personas.

En el control constructivo de convencionalidad, la prevención apunta a la expedición de normas y al desarrollo de prácticas conducentes a prevenir la recurrencia de violaciones a los derechos humanos y, por eso, –el Estado– debe adoptar todas las medidas legales, administrativas y de otra índole que sean necesarias para evitar que hechos similares vuelvan a ocurrir en el futuro⁴¹⁵.

⁴¹³ Corte IDH. Casos Atala Riffo y niñas vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas, 24/02/2012, pár. 284; Furlán y familiares vs. Argentina, op. cit., pár. 305; López Mendoza vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas, 01/09/2011, pár. 228.

⁴¹⁴ CSJN. Baldomero Guaraz c/ Caja Nacional de Jubilaciones y Pensiones de empleados y obreros ferroviarios s/ Reconocimiento de pensión, 23/08/1944, Fallos 199:442.

⁴¹⁵ Corte IDH. Fontevecchia y D'Amico vs Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas, 29/11/ 2011, pár. 85.

En la modalidad represiva, la prevención implica la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención o que desconozcan los derechos allí reconocidos u obstaculicen su ejercicio⁴¹⁶.

Se trata de evitar que en el ámbito de la administración pública se emitan normas o se apliquen prácticas contrarias a la CADH o a la jurisprudencia de la Corte, como así también de expulsar del ámbito administrativo aquellas normas y prácticas contrarias a dichos parámetros de convencionalidad. El órgano ejecutivo previene así, inconventionalidades sobrevinientes.

De esta manera, el control preventivo de convencionalidad articulado por el órgano ejecutivo implica operativizar en el ámbito de la Administración Pública la obligación de garantía establecida en el art. 1.1. de la CADH.

Tal como se abordó en el Capítulo II 1.1.2., del análisis de la obligación de garantía efectuado por la Corte IDH deriva la obligación de prevención que impone al Estado el deber de adoptar todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito que, como tal, es susceptible de acarrear sanciones para quien las cometa, así como la obligación de indemnizar a las víctimas por sus consecuencias perjudiciales⁴¹⁷.

Es una obligación de medios y no de resultados, por lo que su incumplimiento no se demuestra por el solo hecho de que un derecho humano haya sido violado, sino que será necesario probar que la violación se podía prevenir por parte del Estado, y no lo hizo⁴¹⁸.

Así, el debido ejercicio del control ejecutivo preventivo de convencionalidad se constituye en ese medio eficaz para el logro del fin propuesto, consistente en demostrar que el Estado actuó dentro de los límites convencionales.

En esta dirección, Gutiérrez Colantuono sostiene:

“El control de convencionalidad interno se transforma en una herramienta de prevención, operativizando el deber de garantía en el ámbito propio de las Administraciones Públicas. Esa función de prevención tiene por centralidad la persona y su dignidad en la triple dimensión individual, social y de humanidad según así se desprende del mandato de deberes humanos del propio PSJCR. Aparece, así, el rol preventivo de las Administraciones Públicas”⁴¹⁹.

⁴¹⁶ *Ibíd.*, pág. 85.

⁴¹⁷ Corte IDH. Caso González y otras (Campo Algodonero) vs. México, op. cit., pág. 252.

⁴¹⁸ Corte IDH. Caso Godínez Cruz vs. Honduras. Fondo, 20/01/1989, pág. 185.

⁴¹⁹ GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo. Control de Convencionalidad en la Administración Pública, op. cit., pág. 123.

La importancia de la prevención en el control de convencionalidad llevado a cabo por los órganos ejecutivos radica en la posibilidad real de éstos de concretar dicha prevención para evitar el incumplimiento de los mandatos convencionales, garantizar la tutela administrativa efectiva y, en última instancia, mantener a salvo la responsabilidad internacional del Estado. Hay muchas situaciones de vulneración de derechos que podrían evitarse si la administración actuara de manera pronta y eficaz, aplicando las normativas y dictando resoluciones acordes a las obligaciones internacionales asumidas por el Estado⁴²⁰.

Según afirma Cançado Trindade, y tal como se abordará en el próximo capítulo, se identifica la base o fuente de la propia responsabilidad internacional del Estado en el elemento objetivo del riesgo (*absolute liability/responsabilité absolue*). Es esta la tesis que me parece capaz de fundamentar conceptualmente el deber de prevención o de debida diligencia por parte de los Estados, para evitar violaciones de los derechos humanos tanto por actos como por omisiones a ellos imputables⁴²¹.

La posibilidad real indicada se fundamenta en la posición de inmediatez y cercanía de la Administración pública respecto de las personas sujetas a su jurisdicción y en la dignidad de las mismas como centro y fin esencial de la actividad administrativa.

Resulta interesante lo expuesto por Gutiérrez Colantuono:

“Nuestras Administraciones Públicas adquieren así un nuevo rol, activo, presente y que hemos llamado el rol preventivo. Este nuevo rol de exigencia constitucional y convencional también es una nueva expresión de la ética pública expresada en las dimensiones sociales ciudadanas en contacto con la realización del bienestar general. Es esta función preventiva, la exteriorización del deber de garantía al haber asumido obligaciones al tiempo de firmar el PSJCR. Obligaciones generales contenidas en los arts. 1.1 y 2, pero también específicas contenidas en sus distintas previsiones convencionales según hemos explicado. El control de convencionalidad interno en el propio ámbito de las Administraciones Públicas es la herramienta que nos permite concretarlo”⁴²².

La articulación con ciertos alcances del control de convencionalidad es una obligación para la Administración, a la vez de configurar una garantía de las personas frente a esta, que se materializa, principalmente y tal como se abordará en el próximo capítulo, a través de la tutela administrativa efectiva.

⁴²⁰ TRUCCO, Marcelo F., op. cit., pág. 74.

⁴²¹ Corte IDH. Caso El Amparo vs. Venezuela. Reparaciones y Costas, 14/09/1996, voto disidente del Juez Cançado Trindade, Antônio A., pár. 16.

⁴²² GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo. Control de Convencionalidad en la Administración Pública, op. cit., pág. 132.

4.3.1. Algunos supuestos de esta especie de control.

Sin perjuicio del alcance general con que el órgano ejecutivo, conforme al ámbito de sus competencias y las regulaciones pertinentes, debe articular el control preventivo de convencionalidad, merecen atención algunos supuestos que resultan demostrativos de la operatividad y extensión de la prevención en la aplicación de dicho control.

a) Leyes que remiten a instrumentos internacionales de derechos humanos para completar y convencionalizar el ordenamiento interno. La Ley Nacional de Salud Mental N.º 26.657, sancionada en el año 2010, en su art. 2 dispone: Se consideran parte integrante de la presente ley los Principios de Naciones Unidas para la Protección de los Enfermos Mentales y para el Mejoramiento de la Atención de Salud Mental, adoptado por la Asamblea General en su resolución 46/119 del 17 de diciembre de 1991. Asimismo, la Declaración de Caracas de la Organización Panamericana de la Salud y de la Organización Mundial de la Salud, para la Reestructuración de la Atención Psiquiátrica dentro de los Sistemas Locales de Salud, del 14 de noviembre de 1990, y los Principios de Brasilia Rectores; para el Desarrollo de la Atención en Salud Mental en las Américas, del 9 de noviembre de 1990, se consideran instrumentos de orientación para la planificación de políticas públicas.

El art. 2 de la Ley nacional N.º 26.854 del año 2013 que regula las medidas cautelares contra el Estado, establece que la providencia cautelar dictada contra el Estado nacional y sus entes descentralizados por un juez o tribunal incompetente, sólo tendrá eficacia cuando se encuentre comprometida la vida digna conforme la Convención Americana de Derechos Humanos.

En el ámbito provincial, la Ley N.º 13.853 del año 2018 sobre derechos humanos y libertades fundamentales de las personas con discapacidad, en su art. 9 dispone: Los deberes del Estado provincial, sin perjuicio de otras obligaciones que oportunamente corresponda a este cumplir y no hayan sido incluidas en el siguiente precepto, son: b) adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean pertinentes para hacer efectivos los derechos reconocidos en la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad y demás normativa nacional aplicable.

En estos supuestos, el control ejecutivo preventivo de convencionalidad puede operar tanto en la modalidad constructiva, haciendo funcionar la normativa, decisiones,

prácticas y políticas públicas conforme a los parámetros de convencionalidad a los cuales remite, como en la modalidad represiva, al inaplicar o erradicar, de acuerdo a las competencias del órgano respectivo, las que se opongan o resulten contrarias a dichos parámetros.

b) Facultad de vetar leyes del Presidente y del Gobernador por razones de inconvencionalidad. En aquellos casos en que la iniciativa legislativa vulnere o desconozca alguna disposición del derecho internacional de los derechos humanos. En estos supuestos, el control de convencionalidad se articula generalmente en la modalidad represiva, aunque también puede operar constructivamente.

En el año 2012 el Gobernador de Santa Fe vetó parcialmente la Ley N.º 13.297 sobre la declaración de emergencia en materia de seguridad pública, por considerar que alguna de sus disposiciones infringían manifiestamente la doctrina emanada de la Corte IDH que declaró que las garantías de los arts. 8º y 25º de la Convención Americana de Derechos Humanos no son exclusivamente imperativas para los procesos penales y, por el contrario, son plenamente aplicables a cualquier procedimiento, incluido así el procedimiento administrativo sancionador, siendo su finalidad permitir el ejercicio pleno del derecho de defensa de las personas “...ante cualquier tipo de actos del Estado que pueda afectarlos”, ampliando así el marco de tutela individual al condicionar la juridicidad de las sanciones administrativas al respeto inexcusable del derecho de defensa y del debido proceso legal (CIDH, “Baena Ricardo y Otros” -270 Trabajadores vs. Panamá, con fecha 2 de febrero de 2001)⁴²³.

Asimismo, en 2020 el Gobernador de la Provincia vetó parcial y propositivamente la Ley de paridad de género N.º 14.002, invocando que se infringía la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer⁴²⁴ al excluir la paridad de género para la postulación de precandidatos y candidatos a cargos electivos unipersonales provinciales (Gobernador/a y Vicegobernador/a; y Senadores/as Provinciales). El proyecto vetado fijaba la paridad de género en la composición e integración de los Poderes Legislativo y Judicial, partidos políticos, entes públicos o con participación estatal y asociaciones, consejos y colegios profesionales. Tras la aceptación del veto, la paridad de género también deberá respetarse en la fórmula Gobernador/a y vice, Senador/a titular y suplente; es decir, un varón y una mujer en orden indistinto. En los Considerando, el titular del Poder Ejecutivo sostuvo:

⁴²³ Decreto Provincial N.º 3445 de fecha 21/11/2012, Consid. pár. 28.

⁴²⁴ Decreto Provincial N.º 1442 de fecha 20/11/2020, Consid. pár. 7.

“Que las razones de peso esgrimidas son el plafón normativo y conceptual en virtud del que este Poder Ejecutivo entiende que es necesario incorporar a todos los cargos ejecutivos en la fórmula de la paridad, entendiendo que no existen razones públicas que puedan justificar acabadamente la exclusión del principio de paridad de género en una única y exclusiva categoría electoral como lo es la fórmula de Gobernador/a y Vicegobernador/a.

Que, en efecto, la exclusión de la fórmula puede obedecer a distintos motivos ponderados por el legislador, dentro de los cuales el criterio de resolución no parece adecuado por las razones expuestas. Sin embargo, es de advertir que si la decisión legislativa obedece a criterios políticos de otra índole que escapan al conocimiento de este Poder Ejecutivo, asiste aún más razón para el veto parcial con enmiendas que aquí se realiza en tanto los derechos humanos de las mujeres y las políticas públicas institucionalizadas en pos de garantizarlos poseen un peso ponderado mucho mayor por lo que, de no subsanarse, la norma se deslegitima y se transforma en irrazonable y desproporcionada por omisión”⁴²⁵.

c) Control de convencionalidad ejercido preventivamente en abstracto para evitar la aplicación de normas o la realización de prácticas contrarias al derecho convencional y, en consecuencia, sortear la vulneración de derechos y garantías de las personas y mantener a salvo la responsabilidad del Estado.

En este punto merece atención la evolución de la Corte IDH, quien en una primera instancia sostuvo que era improcedente la revisión en abstracto si el precepto cuestionado no había sido aplicado. Así, en el caso “Genie Lacayo” expresó que la competencia contenciosa de la Corte no tiene por objeto la revisión de las legislaciones nacionales en abstracto, sino que es ejercida para resolver casos concretos en que se alegue que un acto del Estado, ejecutado contra personas determinadas, es contrario a la Convención⁴²⁶. En el mismo caso, en la sentencia sobre el fondo, el Tribunal concluyó que no tiene aptitud para activar ex officio "en abstracto" el contralor de convencionalidad⁴²⁷.

Tal tesis fue objetada por el Juez Cançado Trindade en su voto disidente, quien sostuvo:

“No me parece necesario esperar la ocurrencia de un daño (material o moral) para que una ley pueda ser impugnada; puede serlo sin que esto represente un examen o determinación in abstracto de su incompatibilidad con la Convención. Si fuera necesario aguardar la aplicación efectiva de una ley ocasionando un daño, no habría cómo sostener el deber de prevención. Una ley puede, por su propia existencia y en la ausencia de medidas de ejecución, afectar los derechos protegidos en la medida en que, por ejemplo, por su vigencia priva a las víctimas o a sus familiares de un recurso efectivo ante

⁴²⁵ Ibídem, pár. 11 y 12.

⁴²⁶ Corte IDH. Caso Genie Lacayo vs Nicaragua. Excepciones Preliminares, 27/01/1995, pár. 50.

⁴²⁷ Corte IDH. Caso Genie Lacayo vs Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas, 29/01/1997, pár. 91.

los jueces o tribunales nacionales competentes, independientes e imparciales, así como de las garantías judiciales plenas (en los términos de los arts. 25 y 8 de la Convención Americana)”⁴²⁸.

Y agregó:

“Fue necesario esperar muchos años para que se admitiera la posibilidad de plantear la cuestión de la incompatibilidad de medidas legislativas y prácticas administrativas con las obligaciones convencionales internacionales en materia de derechos humanos, en el contexto de casos concretos. La jurisprudencia internacional en el presente dominio, en los planos tanto regional como global, ha evolucionado a punto de admitir hoy día que un individuo puede, bajo determinadas condiciones, reivindicar ser víctima de una violación de derechos humanos perpetrada por la simple existencia de medidas permitidas por la legislación, sin que hayan sido a él aplicadas”⁴²⁹.

Con posterioridad, a partir de los casos “Suárez Rosero”⁴³⁰ y “Castillo Petruzzi”⁴³¹ entre otros, se produce un cambio en la jurisprudencia de la Corte, afirmando que puede haber infracción a la Convención aún cuando el dispositivo normativo doméstico no haya sido aplicado en un asunto concreto. Es decir, que una norma interna puede violar *per se* la CADH independientemente de haber sido efectivamente aplicada.

En definitiva, este supuesto de inspección de compatibilidad convencional puede ejercitarse preventivamente.

d) En el ámbito de la Provincia de Santa Fe, un supuesto reciente del ejercicio del control de convencionalidad por un órgano ejecutivo lo encontramos en la propuesta de reforma a la ley N.º 5.110, modificada por Ley N.º 14.177, realizada por la Dirección Provincial de Salud Mental dependiente del Ministerio de Salud⁴³². La Ley provincial N.º 5.110 reglamenta el funcionamiento de la Caja de Pensiones Sociales y la modificación introducida por la Ley N.º 14.177, si bien fue planteada como ampliatoria de derechos, en el art. 9 inc. b y 13 inc. d prevé supuestos contrarios a lo establecido en la CADH y la jurisprudencia de la Corte IDH. El primero de los arts. excluye del beneficio a la persona que se encuentre internada en establecimientos de salud mental, mientras que el segundo hace caducar los beneficios otorgados a quienes se encuentren en la misma situación,

⁴²⁸ Corte IDH. Caso Genie Lacayo vs Nicaragua. Solicitud de Revisión de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 13/09/1997, voto disidente del Juez Cançado Trindade, Antônio A., pár. 3.

⁴²⁹ *Ibíd.*, pár. 5.

⁴³⁰ Corte IDH. Caso Suárez Rosero vs Ecuador. Fondo, 12/11/1997, pár. 98.

⁴³¹ Corte IDH. Caso Castillo Petruzzi y otros vs Perú. Fondo, Reparaciones y Costas, 30/05/1999, pár. 205.

⁴³² Propuesta realizada en la Reunión del Consejo Directivo del Órgano de Revisión de Salud Mental de la Provincia de Santa Fe, realizada en la ciudad de Rosario el 25/01/2023. En virtud de la misma, la Defensoría del Pueblo de la Provincia de Santa Fe elevó la propuesta legislativa con el proyecto de ley tendiente a modificar la ley N.º 5.110.

planteando como excepción en ambos casos que el beneficio se destine en todo o en parte al mantenimiento de la asistencia recibida.

Las exclusiones dispuestas en la normativa indicada implican la vulneración, entre otros, del derecho a la salud, a la integridad personal y a la igualdad, dispensando un trato discriminatorio hacia los usuarios de los servicios de salud mental. En consecuencia, al no conformarse con el *corpus iuris* de derechos humanos y la jurisprudencia del Tribunal interamericano, corresponde su modificación por el debido ejercicio del control ejecutivo de convencionalidad. En el caso, puede advertirse la falencia del control legislativo de convencionalidad en la emisión de la norma que es corregido por un adecuado ejercicio del control de convencionalidad por parte de un órgano ejecutivo. Este advierte la inconvencionalidad de la norma y da la posibilidad al órgano legisferante para dejarla sin efecto por razones de inconvencionalidad. De esta manera, el órgano ejecutivo a través del control de convencionalidad garantiza los derechos humanos de las personas usuarias de salud mental y previene su vulneración al solicitar al órgano competente (legislativo) dejar sin efecto la normativa inconvencional.

CAPÍTULO V

LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA DESDE EL PARADIGMA CONVENCIONAL.

SUMARIO 1. La tutela administrativa efectiva como derecho de los administrados y obligación de la Administración. 2. Funcionalidad de la tutela administrativa efectiva. 3. La tutela administrativa efectiva en la Provincia de Santa Fe. Tratamiento en el Reglamento para el trámite de actuaciones administrativas (Decreto N.º 4174/2015).

1. La tutela administrativa efectiva como derecho de los administrados y obligación de la Administración.

1.1. Evolución y estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

El surgimiento, evolución, alcances y contenido de la tutela administrativa efectiva fueron definidos por la Corte IDH a partir del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado expresamente en la CADH. Para ello, la Corte IDH acudió a una interpretación evolutiva del art. 8 del Pacto y extendió la vigencia de las allí denominadas garantías judiciales al ámbito específico de la Administración Pública, por ser este un ámbito de actuación estatal donde se determinan derechos.

Como sostiene la Corte, “tal interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación de los tratados consagradas en la Convención de Viena de 1969. Tanto esta Corte [...] como la Corte Europea [...], han señalado que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales”⁴³³.

Se afirma que, de manera adicional a los métodos de interpretación señalados en la Convención de Viena, la jurisprudencia de los tribunales internacionales de derechos humanos ha establecido dos principios adicionales: el principio de efectividad y el principio de interpretación evolutiva. El primero tiene dos dimensiones, por un lado, desde el punto de vista del individuo debe brindar la más alta protección, y, por otro lado, debe ser efectivo desde el punto de vista del Estado, debe ser realista. El principio de interpretación evolutiva establece que las obligaciones internacionales establecidas en los instrumentos internacionales deben ser interpretadas conforme el paso del tiempo y adaptarse a los nuevos contextos sociales⁴³⁴.

En esta dirección, a través de la interpretación evolutiva, la Corte amplió progresivamente el ámbito material de aplicación del art. 8 de la CADH a la esfera administrativa, con las adaptaciones y moderaciones correspondientes para su debida

⁴³³ Corte IDH. Caso niños de la calle (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala. Fondo, 19/11/1999, pár. 193.

⁴³⁴ STEINER, Christian y URIBE, PATRICIA (coords). Convención Americana sobre Derechos Humanos: comentada. [en línea] México, Suprema Corte de Justicia de la Nación México, Fundación Konrad Adenauer, Programa Estado de Derecho para Latinoamérica <<https://www.corteidh.or.cr/tablas/30237.pdf>> [consulta: 03/01/2024]

articulación. Tal ampliación es consecuente con la razón de ser del sistema interamericano, en cuanto exige a los Estados el mayor nivel de protección posible hacia las personas sujetas a su jurisdicción y la observancia impostergable de las obligaciones convencionales, especialmente las de respeto y garantía consagradas en los arts. 1.1. y 2 de la Convención. El sentido de la interpretación evolutiva es brindar a la persona un plus de tutela, consistente en mecanismos de protección en el campo específico de la Administración para prevenir la violación del derecho, sin necesidad de recurrir al juez al que –como mínimo– tiene acceso⁴³⁵.

Al respecto, la Corte sostiene:

“El artículo 8.1 de la Convención debe interpretarse de manera amplia de modo que dicha interpretación se apoye tanto en el texto literal de esa norma como en su espíritu, y debe ser apreciado de acuerdo con el artículo 29, inciso c) de la Convención, según el cual ninguna disposición de la misma puede interpretarse con exclusión de otros derechos y garantías inherentes al ser humano o que se deriven de la forma democrática representativa de gobierno”⁴³⁶.

El posicionamiento de la Corte está marcado por diferentes precedentes que evolucionaron de manera progresiva optimizando los alcances del art. 8 de la CADH como sustento de la tutela administrativa efectiva.

El art. 8 se titula “Garantías Judiciales” y en el apartado 1 dispone:

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

Como primer antecedente, en la OC-9/87 y en relación al art. 8, el Tribunal sostuvo:

“Este artículo, cuya interpretación ha sido solicitada expresamente, es denominado por la Convención “Garantías Judiciales”, lo cual puede inducir a confusión porque en ella no se consagra un medio de esa naturaleza en sentido estricto. En efecto, el artículo 8 no contiene un recurso judicial propiamente dicho, sino el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales para que pueda hablarse de verdaderas y propias garantías judiciales según la Convención”⁴³⁷.

⁴³⁵ TROSSERO, Fabricio S. Derechos humanos y administración pública. Tutela administrativa efectiva. Garantía de los administrados. Deber de la Administración, op. cit., pág. 69.

⁴³⁶ Corte IDH. Caso Blake vs. Guatemala. Fondo, 24/01/1998, pár. 96.

⁴³⁷ Corte IDH. Garantías judiciales en casos de emergencia (artículos 27.2, 25 y 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87, 06/10/1987, pár. 27.

Si bien la posición es clara, en el sentido de que el art. 8 es aplicable a procedimientos de cualquier naturaleza y no solamente a los instruidos bajo la figura de un recurso ante una autoridad judicial, la Opinión no trataba sobre la aplicación de dicho artículo al ámbito administrativo, sino acerca del alcance de la prohibición de suspender las garantías judiciales indispensables para tutelar los derechos del art. 27.2 de la Convención.

Posteriormente, en el caso “Tribunal Constitucional vs. Perú”⁴³⁸, la Corte reafirmó el criterio de la OC-9/87 aunque avanzó al referir a cualquier tipo de acto emanado del Estado que pueda afectar los derechos de las personas, respecto de los cuales rigen las garantías procesales del art. 8. Merece atención que este caso tampoco versaba sobre un procedimiento administrativo, sino sobre el proceso político de destitución de magistrados a cargo del Congreso peruano.

El precedente que específicamente marcó la incorporación del procedimiento administrativo dentro del estándar del art. 8 de la Convención, y puntualmente del apartado 1 de dicha norma, es el caso “Baena Ricardo y otros vs Panamá”⁴³⁹. Allí la Corte extendió las garantías generales del art. 8 a toda acción u omisión de los órganos estatales (de cualquiera de los tres poderes del Estado) dentro de un proceso (como género comprensivo del procedimiento) administrativo sancionatorio o jurisdiccional. Expresamente sostuvo:

“Es evidente que la Ley 25 no se refiere a materia penal puesto que no tipifica un delito ni sanciona con una pena. Se ocupa, por el contrario, de un tema administrativo o laboral. Corresponde a esta Corte, por lo tanto, determinar el ámbito de incidencia del artículo 8 de la Convención y, en particular, si éste se aplica únicamente a procesos penales”⁴⁴⁰.

“Si bien el artículo 8 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. 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”⁴⁴¹.

Para el Tribunal, el despido de 270 de trabajadores del Congreso panameño es materia laboral o administrativa, aclarando incluso la correspondencia al derecho administrativo sancionador.

⁴³⁸ Corte IDH. Tribunal Constitucional vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas, 31/01/2001, pár. 69.

⁴³⁹ Corte IDH. Baena Ricardo y otros vs. Panamá. Fondo, Reparaciones y Costas, 02/02/2001.

⁴⁴⁰ *Ibídem*, pár. 123.

⁴⁴¹ *Ibídem*, pár. 124.

Al poco tiempo, la Corte reiteró su criterio en el caso “Ivcher Bronstein vs. Perú”⁴⁴², donde afirmó:

“Como se ha demostrado, la Dirección General de Migraciones y Naturalización, entidad de carácter administrativo, fue la autoridad que dictó la ‘resolución directoral’ que dejó sin efecto el título de nacionalidad del señor Ivcher Bronstein. Por esta razón el Tribunal estima pertinente considerar la aplicación del artículo 8 de la Convención Americana a los hechos del presente caso en el contexto del proceso administrativo”⁴⁴³.

“Si bien el artículo 8 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 efecto de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos”⁴⁴⁴.

En este caso, se trató de un procedimiento administrativo llevado a cabo por una autoridad administrativa para dejar sin efecto la nacionalidad de una persona. Al igual que en el precedente Baena, la Corte utiliza el término proceso administrativo como abarcativo del procedimiento y se refiere a la vigencia de las garantías en un procedimiento de carácter sancionador.

Fue en el caso “Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay”⁴⁴⁵ donde la Corte IDH extendió la vigencia de las garantías del art. 8 a procedimientos administrativos generales y no sólo a los de naturaleza sancionatoria. Ello reviste importancia, ya que los procedimientos administrativos sancionatorios comparten con los procesos penales la característica de ser manifestación del poder represivo del Estado, pudiendo exacerbar dicha circunstancia que las garantías convencionales defensivas sólo resultaran aplicables a los procesos de tal naturaleza (represiva).

El Tribunal expuso:

“Los recursos efectivos que los Estados deben ofrecer conforme al artículo 25 de la Convención Americana, deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal (artículo 8 de la Convención), todo ello dentro de la obligación general a cargo de los mismos Estados de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción. En este sentido, la Corte ha considerado que el debido proceso legal debe respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier otro procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas”⁴⁴⁶.

⁴⁴² Corte IDH. Ivcher Bronstein vs. Perú. Reparaciones y Costas, 06/02/2001.

⁴⁴³ *Ibidem*, pár. 101.

⁴⁴⁴ *Ibidem*, pár. 102.

⁴⁴⁵ Corte IDH. Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas, 17/06/2005.

⁴⁴⁶ *Ibidem*, pár. 62.

La trascendencia de esta decisión radica además en la referencia expresa al término procedimiento administrativo y a cualquier otro procedimiento cuya decisión derive en la afectación de los derechos de las personas. Todos ellos quedan alcanzados, es decir, deben observar, las garantías del art. 8 de la CADH.

Con posterioridad, continuó el proceso de ampliación que se consolidó con el caso “Claude Reyes y otros vs Chile”⁴⁴⁷, al consagrar la vigencia de las garantías del art. 8.1 a toda actuación estatal de determinación de derechos, más allá del procedimiento administrativo propiamente dicho. En el caso se trataba del procedimiento para la obtención de información pública en poder del Estado, iniciado a partir de la pretensión –rechazada– de un particular.

La Corte afirmó:

“De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 8.1 de la Convención, en la determinación de los derechos y obligaciones de las personas, de orden penal, civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter, se deben observar “las debidas garantías” que aseguren, según el procedimiento de que se trate, el derecho al debido proceso. El incumplimiento de una de esas garantías conlleva una violación de dicha disposición convencional”⁴⁴⁸.

“El artículo 8.1 de la Convención no se aplica solamente a jueces y tribunales judiciales. Las garantías que establece esta norma deben ser observadas en los distintos procedimientos en que los órganos estatales adoptan decisiones sobre la determinación de los derechos de las personas, ya que el Estado también otorga a autoridades administrativas, colegiadas o unipersonales, la función de adoptar decisiones que determinan derechos”⁴⁴⁹.

“De esta forma, las garantías contempladas en el artículo 8.1 de la Convención son también aplicables al supuesto en que alguna autoridad pública adopte decisiones que determinen tales derechos, tomando en cuenta que no le son exigibles aquellas propias de un órgano jurisdiccional, pero sí debe cumplir con aquellas garantías destinadas a asegurar que la decisión no sea arbitraria”⁴⁵⁰.

En este precedente, merece atención el voto disidente de dos de los Jueces de la Corte, quienes sostuvieron:

“Es presupuesto para la aplicación de este derecho que se haya producido un desconocimiento por parte del Estado de algún derecho o que éste no haya amparado el desconocimiento del mismo por un particular. Producida la negación de un derecho la Convención crea a través del artículo 8 el derecho para las personas de que un órgano con las características que dicha disposición señala

⁴⁴⁷ Corte IDH. Claude Reyes y otros vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas, 19/09/2006.

⁴⁴⁸ *Ibídem*, pár. 117.

⁴⁴⁹ *Ibídem*, pár. 118.

⁴⁵⁰ *Ibídem*, pár. 119.

resuelva la controversia, es decir, el derecho a que se inicie un proceso, donde las partes que discrepan puedan, *inter alia*, argumentar en su favor, presentar pruebas, objetar al contrario”⁴⁵¹.

“Es claro que el caso que se examina en esta sentencia no constituye un proceso. Una petición de acceso a información y la negativa a otorgarlo no son un fenómeno jurídico en que un órgano del Estado, habilitado para ello, determina la aplicación del derecho en una situación concreta en la cual la norma que consagra el derecho ha sido controvertida o violada. Por el contrario, el acto de denegar el acceso a la información, crea la controversia y de allí emerge el derecho para los afectados de poder recurrir a un órgano que la decida, que resuelva el conflicto en razón de su jurisdicción y competencia. Este órgano en el ordenamiento jurídico del Estado es la Corte de Apelaciones respectiva a través del proceso que se inicia con la interposición de un recurso de protección. Transformar la secuencia “petición-negativa” en un proceso, exigiendo la aplicación del artículo 8 para tramitar la petición, implicaría sostener que esta petición debe ser recibida y decidida por un órgano independiente e imparcial y con todas las garantías que esta disposición establece (*inter alia*, el respeto a los principios de igualdad y de contradicción), puesto que el artículo 8.1 debe aplicarse en su integridad y cualquier elemento que se infrinja de él constituirá una violación del mismo. Esto traería consecuencias que no son quizás las más favorables”⁴⁵².

Según la disidencia, las garantías del art. 8.1 no resultan aplicables a las actuaciones administrativas generadas a partir de una simple pretensión (habitual en la Administración pública), sino que sólo rigen a partir del procedimiento de impugnación del acto, hecho u omisión que deniega el derecho; es decir, a partir de la interposición de un reclamo o recurso administrativo.

El voto disidente advierte sobre la dificultad que puede significar admitir la aplicación de del art. 8.1 al procedimiento administrativo iniciado por una simple pretensión, ya que implicaría trasladar a dicho procedimiento la totalidad de las garantías generales allí previstas. Las características propias de la función administrativa dificultarían la traslación en bloque de las garantías. Exigir, por ejemplo, a la Administración pública que la resolución de todas las peticiones sea adoptada por una autoridad “independiente e imparcial” atentaría contra el principio de jerarquía que rige la organización administrativa.

En respuesta a la disidencia, el Juez García Ramírez emitió un voto razonado mediante el cual sostuvo:

“En el Caso Claude Reyes he sostenido que la decisión del órgano administrativo que dispuso la información a la que tendrían acceso los solicitantes y aquella otra que no podrían recibir, constituyó un acto de definición de derechos —en la especie, el derecho de buscar y recibir determinada

⁴⁵¹ Corte IDH. Claude Reyes y otros vs Chile, op. cit., voto disidente de los jueces Alirio Abreu Burelli y Cecilia Medina Quiroga, pár. 2.

⁴⁵² *Ibidem*, pár. 3.

información, en los términos del artículo 13 del Pacto de San José– en cuya emisión no se observaron ciertas garantías previstas en el artículo 8º de la misma Convención”⁴⁵³.

“Obviamente, en la etapa administrativa de sus gestiones, los solicitantes de información no se encontraban dentro de un proceso judicial seguido ante un juez o tribunal, sino intervenían en un procedimiento administrativo desarrollado ante una autoridad de esta naturaleza. Sin embargo, ésta se hallaba obligada –en mi concepto– a actuar dentro del mismo cauce previsto por el artículo 8º, en todo lo que resultase pertinente y aplicable, en la medida en que su decisión definiría el derecho de los solicitantes”⁴⁵⁴.

El análisis de la jurisprudencia de la Corte IDH permite afirmar, sin lugar a dudas, que las garantías del art. 8 de la Convención resultan aplicables no sólo al procedimiento administrativo de carácter sancionatorio o jurisdiccional, sino también al ejercicio de la función administrativa materialmente considerada y a toda actuación estatal que defina o afecte derechos de las personas; alcanza también al denominado procedimiento de formación del acto primigenio o procedimiento de primer grado⁴⁵⁵.

Ahora bien, dicha extensión debe ser observada por la autoridad administrativa conforme al ámbito de sus competencias y aplicada con la debida moderación, de manera tal que las garantías resulten compatibles con las características propias de la función administrativa. Debe definirse en cada caso el modo en que las garantías habrán de hacerse efectivas según las características de la actuación correspondiente.

En este sentido, el Juez García Ramírez en su voto razonado concluyó que “esa aplicabilidad tiene el alcance que en cada caso permiten las características del

⁴⁵³ Corte IDH. Caso Claude Reyes y otros vs Chile, op. cit., voto razonado del Juez Sergio García Ramírez, pár. 10.

⁴⁵⁴ *Ibidem*, pár. 11.

⁴⁵⁵ Fabián Canda, en relación al voto disidente de los jueces Abreu Burelli y Medina Quiroga en el caso “Claude Reyes y otros vs Chile”, refiere que según dicha disidencia -la que no comparte– el proceso o procedimiento alcanzado por las garantías del art. 8.1 de la CADH será aquel que nace con la impugnación del acto estatal denegatorio del derecho, y queda excluido de la garantía el procedimiento administrativo de formación del acto primigenio, también denominado procedimiento de primer grado. En CANDA, Fabián. Principios convencionales del procedimiento administrativo. El principio de “tutela administrativa efectiva”. Creación y evolución en la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Recepción en la jurisprudencia de la Corte Suprema nacional. [en línea] El Derecho, 7 de octubre, 2015

<https://www.researchgate.net/publication/301842886_Principios_convencionales_del_procedimiento_administrativo_El_principio_de_tutela_administrativa_efectiva_Creacion_y_evolucion_en_la_jurisprudencia_de_la_Corte_Interamericana_Recepcion_en_la_jurisprud> [consulta: 6/22/2023]

procedimiento correspondiente. Y precisó, por ello me refiero al deber de fundamentación y no a todos y cada uno de los deberes abarcados en el artículo 8º⁴⁵⁶.

Este mecanismo de aplicación de las garantías al acto estatal de determinación de derechos implica la convencionalización de la Administración pública y obliga a releer, flexibilizar y adaptar los principios e instituciones del derecho administrativo a la luz de lo dispuesto en la CADH y a la interpretación que de la misma realiza la Corte IDH como su intérprete auténtica y final.

1.2. Recepción del derecho en la jurisprudencia nacional.

El derecho a la tutela administrativa efectiva fue consagrado por la CSJN en el año 2004 a partir del fallo “Astorga Bracht”⁴⁵⁷. En el caso, a través de una acción de amparo, se cuestionaba la constitucionalidad del art. 3 de la Resolución 16/99 del Comité de Radiodifusión (Comfer) que aprobó el pliego de bases y condiciones de los llamados a concurso para la adjudicación de ciertas estaciones de radiodifusión de frecuencia modulada. La disposición establecía que los solicitantes debían acompañar en su presentación un escrito dirigido al ente administrativo mencionado, en el que se indicara expresamente que desistían, de manera total e incondicional, de todos los recursos administrativos y judiciales que se hubieran interpuesto contra las disposiciones legales y reglamentarias para el servicio en cuestión, como así también contra cualquier acto administrativo emitido por el propio COMFER o por la Comisión Nacional de Comunicaciones.

La Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal había declarado la inconstitucionalidad de dicha disposición. Ante el recurso extraordinario interpuesto por el Estado, la Corte confirmó la declaración de inconstitucionalidad de la norma.

El máximo Tribunal sostuvo:

“Que el art. 3º inc. a, de la resolución COMFER 16/99 resulta violatorio del art. 18 de la Constitución Nacional y de las convenciones internacionales de derechos humanos, que cuentan con jerarquía constitucional, en cuanto resguardan el derecho a la tutela administrativa y judicial efectiva (arts. XVIII y XXIV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 8º y 10

⁴⁵⁶ Corte IDH. Caso Claude Reyes y otros vs Chile, op. cit., voto razonado del Juez Sergio García Ramírez, pár. 14.

⁴⁵⁷ CSJN. Astorga Bracht, Sergio y otro c/ COMFER – Decreto N.º 310/98 s/ amparo Ley N.º 16.986, 14/10/2004, Fallos 327:4185.

de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 8º y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 2º inc. 3º aps. a y b, y 14 inc. 1º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos)»⁴⁵⁸.

Para la Corte, el artículo cuestionado vulnera el derecho a la tutela administrativa efectiva por lo que expresó:

“La citada disposición, en los términos generales que ha sido redactada, restringe en forma ilegítima y arbitraria la posibilidad de que los particulares que pretendan participar en concursos para la adjudicación de licencias de radiodifusión puedan impugnar cualquier resolución administrativa del COMFER y la CNC vinculada al servicio en cuestión, en contradicción de la garantía mencionada en el considerando anterior, que supone la posibilidad de ocurrir ante los tribunales de justicia –a lo que cabe agregar, ante las autoridades administrativas competentes– y obtener de ellos sentencia o decisión útil relativa a los derechos de los particulares o litigantes (...) y que requiere, por sobre todas las cosas, que no se prive a nadie arbitrariamente de la adecuada y oportuna tutela de los derechos que pudieren eventualmente asistirle sino por medio de un proceso –o procedimiento– conducido en legal forma y que concluya con el dictado de una sentencia –o decisión– fundada”⁴⁵⁹.

La importancia de este precedente radica en la mención expresa del derecho a la tutela administrativa efectiva y su fundamento en el art. 18 de la CN y otras normas convencionales, entre ellas el art. 8 de la CADH.

Asimismo, reviste especial interés que se consagra y aplica la tutela efectiva respecto de todo procedimiento administrativo de reconocimiento de derechos, aunque no revista carácter jurisdiccional ni sancionatorio, y que el máximo Tribunal nacional aplica dicho criterio aún con anterioridad al estándar sentado por la Corte IDH un año después en el caso “Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay”⁴⁶⁰.

Posteriormente, en el fallo “Losicer”⁴⁶¹ del año 2012, si bien la Corte no menciona expresamente el derecho a la tutela administrativa efectiva, reafirma su vigencia a partir de extender la tutela judicial efectiva y considerar aplicables al procedimiento administrativo las garantías del art. 8 de la CADH. El caso versaba sobre la legitimidad de una sanción impuesta por el Banco Central de la República Argentina a quienes se desempeñaron en el directorio de una entidad financiera. La tramitación del sumario administrativo para la

⁴⁵⁸ *Ibídem*, consid. 6º.

⁴⁵⁹ *Ibídem*, consid. 7º.

⁴⁶⁰ Corte IDH. Caso comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay, op. cit.

⁴⁶¹ CSJN. Losicer, Jorge Alberto y otros c/ BCRA - Resol. 169/05 (expte.105.666/86 SUM FIN 708) Fallos: 335:1126, 26-6-12. El criterio de dicho precedente fue reiterado en CSJN. Bonder Aaron (Emperador Compañía Financiera S.A.) y otros c/ BCRA s/ Resolución 178/1993, 19/11/2013; y CSJN. Antúñez, Norberto Amadeo y otros c/ BCRA s/ Resolución N.º 66/07 s/ Queja, 10/07/2014.

aplicación de la sanción se extendió hasta casi veinte años después de ocurridos los hechos supuestamente infraccionales, sin que se cumpliera el plazo de prescripción debido a las interrupciones previstas en la Ley de Entidades Financieras y su reglamentación.

Se trataba de determinar si como resultado del extenso trámite de las actuaciones administrativas se vulneró la garantía de defensa en juicio (art. 18 de la CN) y el derecho a obtener una decisión en el “plazo razonable” al que alude el inc. 1, del art. 8 de la CADH, pues los apelantes reclamaban que se declare extinguida la acción sancionatoria por prescripción como forma de consagrar efectivamente dichas garantías⁴⁶². El Tribunal Supremo así lo estableció, afirmando:

“Que, ello sentado, cabe descartar que el carácter administrativo del procedimiento sumarial pueda erigirse en un óbice para la aplicación de los principios reseñados, pues en el Estado de derecho la vigencia de las garantías enunciadas por el art. 8 de la citada Convención no se encuentra limitada al Poder Judicial –en el ejercicio eminente de tal función– sino que deben ser respetadas por todo órgano o autoridad pública al que le hubieran sido asignadas funciones materialmente jurisdiccionales. Ha sostenido al respecto la Corte Interamericana de Derechos Humanos que cuando la convención se refiere al derecho de toda persona a ser oída por un tribunal competente para la determinación de sus derechos, esta expresión se refiere a cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial que a través de sus resoluciones determine derechos u obligaciones de personas. Por la razón mencionada, esa Corte considera ‘que cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, tiene obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal en los términos del art. 8 de la Convención Americana’ (caso ‘Tribunal Constitucional vs. Perú’, sentencia del 31 de enero de 2001, párrafo 71)⁴⁶³.

Como se advierte, el caso refiere a la aplicación de las garantías del art. 8 de la CADH a un procedimiento administrativo de naturaleza sancionatoria en el que se ejerce una función materialmente jurisdiccional. Por tal razón, la Corte nacional menciona el fallo “Tribunal Constitucional vs. Perú” de su par interamericana, aunque también expresa que por un fallo posterior de dicho tribunal internacional esta doctrina fue ampliada de modo de alcanzar “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” (...). “Las garantías mínimas deben respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas (caso “Baena Ricardo y otros vs Panamá”, sentencia del 2 de febrero de 2001, párrafos 124 y 127)”⁴⁶⁴.

⁴⁶² *Ibídem*, consid. 5°.

⁴⁶³ *Ibídem* consid. 8°.

⁴⁶⁴ *Ibídem*, consid. 8°.

Tal posicionamiento de la CSJN, lejos de implicar un retroceso respecto del precedente “Astorga Bracht”, representa la reafirmación de la vigencia de las garantías del art. 8 de la CADH y, en consecuencia, la operatividad del derecho a la tutela administrativa efectiva en todo procedimiento administrativo definitorio de derechos, independientemente del carácter sancionatorio o jurisdiccional que el mismo pueda detentar.

1.3. Fundamentos normativos.

La trascendencia de la tutela administrativa efectiva responde a su fundamentación normativa en disposiciones del derecho internacional de los derechos humanos, como también en preceptos constitucionales y legales que imponen a la Administración pública la obligación de garantía y a las personas como titulares de un derecho irrenunciable en su relación con la Administración.

Como surge de la jurisprudencia reseñada, la construcción y los fundamentos parten de la noción de tutela judicial efectiva plasmada en el derecho al debido proceso legal y en la garantía de defensa en juicio del art. 18 de la CN, entendida esta como la “posibilidad de ocurrir ante los tribunales de justicia y obtener de ellos sentencia útil relativa a los derechos de las partes”⁴⁶⁵.

Proyectando el derecho al debido proceso legal y la consecuente garantía de defensa en juicio al ámbito administrativo se configura la nueva garantía de la tutela administrativa efectiva, siendo, por tanto, salvaguardado por el art. 18 de la CN y diversas normas supranacionales con jerarquía constitucional.

La DADDH, en su art. XVIII refiere que toda persona puede concurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo, debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia la ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente. Por su parte, el art. XXIV reconoce el derecho de toda persona de presentar peticiones respetuosas a cualquier autoridad competente, ya sea por motivo de interés general, ya de interés particular, y el de obtener pronta resolución.

⁴⁶⁵ CSJN. Dahlgren, Jorge Eric c/ Cáceres, Raúl Edgardo y/o A.T.E.CH. s/ querella, 10/12/1996, Fallos 319:2925; Manauta, Juan J. y otros c/ Embajada de la Federación Rusa, 22/12/1994, Fallos 317:1880; Arbonés, Mariano Francisco Juan c/ U.N.C. s/ Amparo, 03/03/1998, Fallos 311:208; Luis Podestá S.R.L. c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires s/ Recurso de hecho, 02/12/1976, Fallos 296:543; Rodríguez, Samuel y otros c/ Noel y Cia. Ltda, 06/07/1956, Fallos 235:325; entre otros.

El art. 8 de la DUDH garantiza el derecho de toda persona a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley. El art. 10 establece el derecho de toda persona, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial. Además, merece atención el Preámbulo de la Declaración en cuanto alude a la efectividad en la tutela de los derechos al consagrar que los Estados se comprometen a asegurar el respeto universal y efectivo a los derechos y libertades fundamentales.

La CADH, en su art. 8 regula las garantías generales que deben ser observadas en todo acto estatal de determinación de derechos y obligaciones de las personas, mientras que el art. 25 consagra la protección de las personas frente a un acto lesivo de sus derechos mediante la sustanciación de un recurso efectivo.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) en su art. 2º inc. 3º ap. a. consagra el derecho de toda persona cuyos derechos o libertades hayan sido violados a interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales. Y, según el ap. b. de la misma norma, la autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa, o cualquier otra autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso, y desarrollará las posibilidades de recurso judicial.

Igualmente, el art. 14 1. dispone que toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil.

Por su parte, el Preámbulo del Pacto también refiere a la efectividad de la tutela al reconocer la obligación de los Estados de promover el respeto universal y efectivo de los derechos y libertades humanos.

En el orden interno, la tutela administrativa efectiva encuentra sustento constitucional. El principio de afianzar la justicia receptado en el Preámbulo de la CN no refiere solamente al proceso desarrollado en sede judicial, en el cual rige la tutela judicial efectiva, sino que también comprende al ámbito administrativo, en el que opera la garantía de la tutela administrativa efectiva. Esta garantía también se integra al objeto constitucional de promover el bienestar general.

De vital importancia resulta el art. 18 de la CN que consagra el derecho al debido proceso legal y la garantía de defensa en juicio cuya extensión al ámbito administrativo configura la tutela administrativa efectiva. Además, el art. 14 que reconoce el derecho de peticionar ante las autoridades y el art. 43 que consagra el amparo de los derechos y garantías fundamentales cualquiera fuera el cauce instrumental o procedimental, también fundamentan la necesidad de la tutela efectiva en sede administrativa.

En el ámbito provincial, el art. 7 de la Constitución de Santa Fe reconoce a la persona humana su eminente dignidad y todos los órganos del poder público están obligados a respetarla y protegerla. Establece que la persona puede siempre defender sus derechos e intereses legítimos, de cualquier naturaleza, ante los poderes públicos, de acuerdo con las leyes respectivas y que los derechos fundamentales de libertad y sus garantías reconocidos por la Constitución son directamente operativos.

El Reglamento para el trámite de actuaciones administrativas consagra expresamente la tutela administrativa efectiva como uno de los principios básicos y esenciales a los que deberá sujetarse toda actuación administrativa provincial⁴⁶⁶.

Analizados los fundamentos normativos de la tutela administrativa efectiva, merece atención que la mayoría de las disposiciones constitucionales y los instrumentos internacionales de derechos humanos fueron pensados, al momento de su redacción y por las necesidades imperantes, para asegurar la tutela de los derechos a través del órgano jurisdiccional –Estado Juez–, por medio de recursos judiciales; sin embargo, la dignidad de la persona como centro del ordenamiento jurídico y la tutela efectiva de sus derechos resulta hoy aplicable y exigible en diversos planos del obrar estatal, para cumplir fielmente con los objetivos y fines de esa normativa, que no son otros que la protección más amplia de los derechos humanos para dar respuesta frente a circunstancias renovadas.

Es así que, no obstante la proyección de la tutela judicial efectiva respecto de la tutela administrativa, esta se configura con autonomía conceptual y funcional respecto de aquella. Como afirma Lisa (2015), la tutela administrativa efectiva se vincula con la tutela judicial efectiva, pero no se confunde con ella, por lo que las pautas y la elaborada doctrina jurisprudencial delineada en torno a ella pueden válidamente extrapolarse al procedimiento administrativo sólo en tanto ello implique una más efectiva tutela; pero no

⁴⁶⁶ Art. 1.1 Decreto provincial N.º 4174/2015.

podría trasladarse al procedimiento administrativo un criterio restrictivo pensado para el proceso judicial y, en todo caso, constitucionalmente válido sólo en ese ámbito⁴⁶⁷.

1.4. Determinación conceptual.

Si tal como se afirmó en el capítulo anterior, el control de convencionalidad exigido al órgano ejecutivo es el medio idóneo para garantizar el derecho a la tutela administrativa efectiva y dicho control opera no sólo en el marco de un procedimiento administrativo determinado, sino también en el ejercicio de la función administrativa misma del Estado en la medida en que esta pueda significar la afectación de derechos y obligaciones de las personas, la consagración del derecho a la tutela efectiva y la obligación de garantía que a su respecto asume el Estado es consecuencia directa de dicha operatividad.

Tal circunstancia, sumada a los fundamentos normativos derivados de los precedentes citados tanto de la Corte IDH como de la CSJN, determinan el despliegue de la tutela administrativa efectiva con una doble funcionalidad: como derecho de todas las personas en su vinculación con la Administración y, a su vez, como obligación de garantía asumida por el Estado y de estricta observancia en toda actuación estatal.

Afirma Perrino (2003) que con la expresión tutela administrativa efectiva se hace referencia a un amplio elenco de derechos que tienen todas las personas en el seno de los procedimientos administrativos y cuya finalidad es la eficaz defensa de sus derechos y participación en dicho ámbito⁴⁶⁸.

Por su parte, Canosa (2020) sostiene que la tutela administrativa efectiva debe ser considerada como una verdadera garantía⁴⁶⁹ que representa para el particular el respeto de una serie de derechos que pueden resumirse en que este, al tener vinculación –cualquiera fuere su origen– con la administración, tenga un debido procedimiento⁴⁷⁰.

⁴⁶⁷ LISA, Federico J. De la tutela administrativa efectiva y del debido procedimiento administrativo en el Nuevo reglamento para el trámite de actuaciones administrativas de la provincia de Santa Fe (Decreto Acuerdo N.º 4.174/2015), Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública, (462):101, marzo 2017.

⁴⁶⁸ PERRINO, Pablo E. El derecho a la tutela judicial efectiva y el acceso a la jurisdicción contencioso administrativa, Revista de Derecho Público, Proceso administrativo I, (1):297-294, 2003.

⁴⁶⁹ CANOSA, Armando N. La tutela administrativa efectiva en el procedimiento administrativo sancionador. [en línea] *Revista Derecho & Sociedad*, Vol I N.º 54 <<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/22418>> [consulta: 08/12/2023]

⁴⁷⁰ *Ibíd.*, pág. 249.

En el mismo sentido, y tal como se adelantó, la tutela administrativa efectiva se constituye y consolida a partir de la estrecha vinculación con el derecho a la tutela judicial efectiva manifestada a través del derecho al debido proceso y la garantía de defensa. Garantía en cuanto instituciones o procedimientos de seguridad creados a favor de las personas para que dispongan de los medios que hacen efectivo el goce de sus derechos subjetivos, dando origen estas garantías a pretensiones que el hombre puede hacer valer ante el Estado exclusivamente⁴⁷¹.

En esta dirección, Cassagne sostiene:

“(…) no obstante la similitud que guardan las garantías constitucionales clásicas con la tutela judicial efectiva, esta última como aconteció con la garantía constitucional innominada del debido proceso adjetivo, se caracteriza por su mayor amplitud no sólo en el plano garantístico sino también en cuanto a la protección del interés general en procurar una buena Administración proyectándose también al procedimiento administrativo”⁴⁷².

Asimismo, la tutela efectiva como obligación de garantía a cargo de la Administración pública, determina el deber de observar y respetar los derechos humanos, como así también de adoptar medidas para dar efectividad a los mismos, en todas y cada una de las actuaciones y prácticas administrativas que puedan afectar los derechos de las personas. Es decir, la obligación se extiende no sólo al ámbito del procedimiento administrativo, sino también a toda actuación administrativa definitiva de derechos y obligaciones de las personas, y se erige, por tanto, en principio sustancial del obrar estatal.

La Administración pública debe cumplir un papel tutelar en el marco de las obligaciones de los arts. 1.1. y 2 de la CADH, es decir, postular como principio estructurante y garantía –exigible naturalmente– la posibilidad de las personas de ocurrir ante la autoridad administrativa y obtener de ella resolución relativa a sus derechos, evitando diferir o postergar su protección a la instancia judicial⁴⁷³.

Gutiérrez Colantuono (2009)⁴⁷⁴ alude a la tutela administrativa efectiva como uno de los nuevos principios sustantivos que se siguen, junto con los principios *pro homine*, juridicidad, proporcionalidad, eficacia, confianza legítima, igualdad y máxima divulgación

⁴⁷¹ BIDART CAMPOS. German J. Tratado elemental de derecho constitucional argentino, Buenos Aires, Ediar, 2007, t. I.

⁴⁷² CASSAGNE, Juan Carlos y GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. La Justicia Administrativa en Iberoamérica, Buenos Aires, Ed. Lexis Nexis Abeledo Perrot, 2005, pág. 49.

⁴⁷³ TROSSERO, Fabricio S. Derechos humanos y Administración pública, op. cit., pág. 91.

⁴⁷⁴ GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo Á. Administración pública, juridicidad y derechos humanos, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009, pág. 81.

de la información en poder del Estado, de afirmar que el art. 8 de la CADH se aplica en forma directa al procedimiento administrativo. Sostiene el autor que:

“la tutela administrativa efectiva debe ser entendida como un principio sustancial del obrar estatal de acuerdo con el cual es deber (jurídicamente exigible) de la Administración pública asegurar en todas sus actuaciones la posibilidad real, concreta y sin excepciones de goce efectivo de los derechos fundamentales de la persona, en forma expedita”⁴⁷⁵.

Por su parte, Urrutigoity afirma que si miramos atentamente la funcionalidad de los principios clásicos del procedimiento administrativo, en cuanto “fundantes”, “inspiradores”, “orientadores”, “animadores”, “supletorios”, “vivificantes” y “estructurantes” de las normas que regulan –concreta y positivamente– el procedimiento administrativo en orden a que este no pierda nunca de vista su norte, que sirva sin desviaciones ni malversaciones a su finalidad garantista o protectora –de la juridicidad y del mérito del accionar administrativo–, en tal caso sostengo: bien le cabe el calificativo de principio del procedimiento al de la tutela administrativa efectiva. Y agrega, la tutela administrativa efectiva, valuada como un verdadero principio propio del procedimiento administrativo, cumple una funcionalidad “informadora” y “estructurante” de todo el conjunto de normas y actos que configuran todo procedimiento administrativo en un estado “formal” y “sustancial” de derecho, sirviendo de directriz insoslayable en su interpretación y aplicación a los casos concretos⁴⁷⁶.

En la misma dirección, Villao Briones (2017) expresa que el principio de tutela administrativa efectiva surge del procedimiento administrativo como una herramienta útil para tutelar los derechos de los administrados desde el inicio de la relación persona - Estado, con la vigilancia de una serie de garantías que en sede administrativa procuran la efectiva observancia de los derechos fundamentales de las personas en la actuación de los poderes públicos. Es así que la función administrativa a cargo de la Administración debe estar impregnada de características serviciales por ser, precisamente, el tipo de oficio encomendado de imprescindible misión tutelar hacia las necesidades de los administrados. De ahí que el principio en estudio busca garantizar un comportamiento esperado de la Administración, por lo que tanto este principio como el de la tutela judicial efectiva son

⁴⁷⁵ Ibídem, pág. 103.

⁴⁷⁶ URRUTIGOITY, Javier. El principio de la tutela administrativa efectiva, Jurisprudencia Argentina, (IV):2, 2005.

para el administrado herramientas jurídicas que el ordenamiento jurídico nacional ha previsto para afirmar y asegurar la vigencia de sus derechos⁴⁷⁷.

Saltzer Chávez (2023) afirma que el procedimiento administrativo debe evidenciar el respeto a la debida tutela administrativa, lo cual implica, a grandes rasgos, que cualquier procedimiento administrativo debe garantizar al administrado, como mínimo, la posibilidad de utilizar el mismo para prevenir daños, el acceso (derecho a ser oído), la participación (ofrecer, producir y alegar sobre la prueba), la obtención de una decisión “útil fundada en derecho” y la posibilidad de impugnar la misma. Todos estos derechos –que son operativos– imponen el deber del Estado de eliminar todas las barreras que los particulares pudieran encontrar para garantizar su derecho al acceso a la tutela administrativa⁴⁷⁸.

Finalmente, merece atención lo sostenido por Cassagne en relación a la tutela administrativa efectiva y los principios fundamentales del procedimiento administrativo, en tanto estos cumplen funciones relacionadas con trascendentes valores que anidan en el Estado de Derecho. Hacen, en primer lugar, a la tutela administrativa efectiva en cuanto a la debida defensa de los derechos del particular antes y durante el trámite de procedimiento. De otra parte, aseguran la sumisión de la Administración a la ley y al derecho y contribuyen, decisivamente, a la eficacia de la Administración Pública, al afianzar la unidad del procedimiento administrativo, evitando formulaciones dispersas⁴⁷⁹.

De conformidad con lo expuesto, se define a la tutela administrativa efectiva como el derecho de todas las personas de presentarse ante la Administración pública y obtener de ella respuesta expedita y eficaz en el resguardo y goce de sus derechos humanos y, en consecuencia, como la obligación de garantía a cargo de la Administración en virtud de la cual asume el deber de observar y respetar los derechos humanos y adoptar medidas para dar efectividad a los mismos, en todas y cada una de las actuaciones y prácticas que puedan afectar los derechos de las personas. Esta obligación en cabeza de la

⁴⁷⁷ VILLAO BRIONES, Freddy. De la inactividad formal de la Administración y la necesidad de su reforma normativa en Argentina, Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública (461):32-33, febrero de 2017.

⁴⁷⁸ SALTZER CHÁVEZ, Anderson. Tutela administrativa efectiva aplicada a grupos vulnerados. [en línea] Revista de la Escuela del Cuerpo de Abogados y Abogadas del Estado, Mayo 2023, Año 7 N.º 9
<<https://revistaecae.ptn.gob.ar/index.php/revistaecae/article/view/224>> [consulta: 03/01/2024]

⁴⁷⁹ CASSAGNE, Juan C. Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, Comentada y Anotada, Buenos Aires, Ed. La Ley, 2009, pág 84.

Administración determina que la tutela administrativa efectiva se consagre además como principio sustancial del obrar estatal.

La tutela administrativa efectiva es, a su vez, consecuencia directa del debido ejercicio del control de convencionalidad exigido a la Administración pública.

2. Funcionalidad de la tutela administrativa efectiva.

2.1. Efectividad en el despliegue de la tutela.

La efectividad en el reconocimiento y protección de los derechos humanos hace a la esencia misma de la tutela administrativa, en tanto esta debe ser efectiva porque de lo contrario dejaría de ser tutela.

Implica que los derechos de las personas al relacionarse con la Administración pública sean materializados en el plano real y accesible, además de reconocer la importancia de la exigibilidad y ejecutividad de los mismos, sin lo cual quedarían en el plano de la retórica jurídica o de las meras expectativas.

La Corte IDH ha sostenido reiteradamente la trascendencia de la efectividad en la tutela de los derechos al referir que la Convención Americana establece la obligación general de cada Estado parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de dicha Convención, para garantizar los derechos en ella consagrados. Este deber general del Estado parte implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (principio del *effet utile*). Esto significa que el Estado ha de adoptar todas las medidas para que lo establecido en la Convención sea efectivamente cumplido en su ordenamiento jurídico interno, tal como lo requiere el artículo 2 de la Convención⁴⁸⁰. En igual sentido, ha expresado que la efectividad significa que el Estado debe adoptar todas las medidas necesarias para que lo establecido en la Convención sea realmente cumplido⁴⁸¹.

Así, la efectividad determina que la Administración pública deba observar y concretar en la práctica diaria de sus actuaciones el derecho a la tutela administrativa,

⁴⁸⁰ Corte IDH. Caso Lori Berenson Mejía vs Perú. Fondo, Reparaciones y Costas, 25/11/2004, pár. 220. En igual sentido, Corte IDH. Caso Zambrano Vélez y otros vs Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas, 04/07/ 2007, pár. 56.

⁴⁸¹ Corte IDH. Caso Bulacio vs Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas, 18/09/2003, pár. 142.

desarrollando para ello acciones y respuestas idóneas y humanamente tutelares para el logro de tal fin.

Exige priorizar los fines protectorios del ordenamiento jurídico y la eficacia práctica del derecho convencional de los derechos humanos ante cuestiones formales. El exceso ritual manifiesto por parte de la Administración pública atenta contra la efectividad y, por tanto, vulnera el principio de la tutela administrativa efectiva.

Al referirse a la efectividad de los recursos, la Corte IDH ha afirmado que no basta con la existencia formal de los mismos, sino que estos deben ser efectivos, es decir, deben ser capaces de producir resultados o respuestas a las violaciones de derechos contemplados en la Convención. La existencia de esta garantía constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática, en el sentido de la Convención⁴⁸². Para el Tribunal, la efectividad implica dar resultados o respuestas a las violaciones de derechos reconocidos, ya sea en la Convención, en la Constitución o en la ley y que el análisis por la autoridad competente no se reduzca a una mera formalidad, sino que examine las razones invocadas por el demandante y se manifieste expresamente sobre ellas⁴⁸³.

En este sentido, Gutiérrez Colantuono sostiene que la efectividad de la tutela tiende a reafirmar y enfatizar el carácter instrumental de las formas frente a los fines del ordenamiento. La idea básica de sacrificar los fines del ordenamiento por sus formas contraría el sentido mismo del sistema jurídico, que posee la función de coordinar derechos y que –por lo tanto– resigna sus propios objetivos cuando tal coordinación se frustra por anteponer las formas instrumentales –prerrogativas, organización y procedimiento estatales de adopción de decisiones– a los fines perseguidos⁴⁸⁴.

Alianak (2015) refiere que la obligación de cada Estado, y por ende de cada uno de sus órganos, de analizar en sus normas procedimentales, si los remedios administrativos plasmados en dicha normativa no son ilusorios (siguiendo los estándares de la CIDH), y conforme a criterio sustentado por dicho Tribunal, lo serán en caso de su inutilidad en la práctica; o porque no exista aplicación idónea de las decisiones administrativas,

⁴⁸² Corte IDH. Caso Ximenes Lopes vs. Brasil, 04/07/2006, pár. 192.

⁴⁸³ Corte IDH. Caso San Miguel Sosa y otras vs Venezuela. Fondo, reparaciones y costas, 8/02/2018, pár. 188.

⁴⁸⁴ GUTIÉRREZ COLANTUONO, op. cit., pág. 99.

impidiendo en definitiva que se materialice la protección del derecho reconocido en dicho acto⁴⁸⁵.

De esta manera, la tutela administrativa efectiva se vincula íntimamente con el principio de informalismo en favor del administrado, como uno de los principios fundamentales del procedimiento administrativo. Principio adjetivo en cuanto configura uno de los medios necesarios para la realización del fin propuesto, que no es otro que el logro de la tutela efectiva de los derechos fundamentales, en tanto obligación indeclinable del obrar estatal.

Se trata de neutralizar las formas estrictas y fórmulas sacramentales que obstaculicen o impidan la participación de las personas en el procedimiento administrativo, flexibilizando los requisitos para hacer efectivo el reconocimiento de sus derechos. Esta falta de rigidez en las formas se aplica únicamente para el administrado, y no debe aplicarse este principio para la actuación de la administración pública, la cual es reglada y debe ser desarrollada dando pleno cumplimiento a lo establecido en la ley⁴⁸⁶.

Sobre el principio de informalismo, Gordillo afirma que el procedimiento es informal sólo para el administrado: es decir, es únicamente el administrado quien puede invocar para sí la elasticidad de las normas de procedimiento, en tanto y en cuanto ellas le benefician; ese informalismo no puede ser empleado por la administración para dejar de cumplir con las prescripciones que el orden jurídico establece respecto a su modo de actuación, ni para eludir el cumplimiento de las reglas elementales del debido proceso⁴⁸⁷.

Por su parte, Gutiérrez Colantuono al referir al informalismo sostiene que no es posible seguir considerando a este rasgo característico del procedimiento como la mera “excusación del incumplimiento de exigencias formales no esenciales”, por cuanto tal excusación no involucra principio alguno, sino la ausencia de arbitrariedad configurada por un exceso ritual manifiesto. Siempre deben excusarse las formas no esenciales, sea en la instancia judicial o en la administrativa⁴⁸⁸. Y concluye, en suma, el informalismo adquiere una connotación mucho más marcada que la simple dispensa de formalismos, en tanto se ve reconducido a las pautas del principio de juridicidad –que impide a la Administración

⁴⁸⁵ ALIANAK, Raquel. El renovado derecho administrativo, a la luz del control de convencionalidad, op. cit., págs. 43-44.

⁴⁸⁶ FARRANDO, Ismael (h) y MARTÍNEZ, Patricia R. Manual de derecho administrativo, Buenos Aires, Depalma, 2000, pág. 597.

⁴⁸⁷ GORDILLO, Agustín. Tratado de derecho administrativo y obras selectas. [en línea] Primeros manuales, t. 9, Buenos Aires, FDA <<https://www.gordillo.com/tomo9.php>> [consulta: 09/01/2024]

⁴⁸⁸ GUTIÉRREZ COLANTUONO, op. cit., pág. 149.

decidir contra el derecho so pretexto de límites formales– y a la igualdad de armas –que obliga a resolver las desigualdades reales–⁴⁸⁹.

Ivanega (2005) afirma que el informalismo, en tanto principio fundamental del procedimiento administrativo, tiene por finalidad proteger a los particulares a fin de que no se vean perjudicados sus derechos por cuestiones meramente procesales, razón por la cual exige la relativización o flexibilización de todas las exigencias formales. Cualquier duda que se plantee en el curso del procedimiento referida a las exigencias formales debe interpretarse siempre en favor del administrado permitiendo la viabilidad del acto procesal pertinente (*in dubio pro accione*)⁴⁹⁰

Escola (1967), al referirse a los principios del procedimiento administrativos, entre los cuales se encuentran la tutela administrativa efectiva y el informalismo en favor del administrado, apunta que todos estos principios no son excluyentes unos de otros, sino que, por el contrario, deben aunarse en una aplicación conjunta y armónica, cuyo resultado será la existencia de un procedimiento administrativo activo, simple, eficaz y al mismo tiempo respetuoso de los derechos e intereses de los administrados⁴⁹¹.

La PTN se ha ocupado del informalismo al exponer que tiende a que el administrado pueda lograr, superados los inconvenientes formales que se presenten, el dictado de un acto que decida las cuestiones planteadas ante la Administración⁴⁹².

En el ámbito provincial, el art. 1 inc. 7 del Reglamento para el trámite de actuaciones administrativas consagra como uno de los principios básicos y esenciales a los que debe sujetarse toda actuación administrativa el de informalismo a favor del administrado. La norma expresa que será excusable la inobservancia por los administrados de exigencias formales no esenciales y que pudieran ser cumplidas posteriormente. La errónea calificación del derecho ejercido o peticionado no determinará el rechazo de lo solicitado. Este principio rige únicamente a favor de los administrados y no exime a las Administraciones el cumplimiento de los recaudos procedimentales instituidos como garantía de aquellos y de la regularidad del procedimiento.

⁴⁸⁹ *Ibidem*, pág. 150.

⁴⁹⁰ IVANEGA, Miriam. Principios del procedimiento administrativo: informalismo, instrucción de oficio y verdad material. *En*: CASSAGNE, Juan Carlos (director). *Procedimiento y proceso administrativo*, Buenos Aires, LexisNexis – Abeledo Perrot, 2005, págs. 66/70.

⁴⁹¹ ESCOLA, Héctor J. *Tratado teórico práctico de los recursos administrativos*, Buenos Aires, Depalma, 1967, pág.149.

⁴⁹² PTN. Dictámenes 126:3, 74, 133:240 y 427.

Al comentar la norma, Thomas sostiene que el informalismo en favor del administrado consiste en la dispensa a los administrados de cumplir con las formas no esenciales, es decir, aquellas que no están exigidas por el orden público administrativo. Su aplicación impide que el particular pierda un derecho por el incumplimiento de un deber formal, con lo que obliga a la administración a optar por la solución más favorable para aquel. Su aplicación se enciende sólo en favor de la parte más débil, el administrado, no de la administración, para quien se mantienen incólumes los principios de legalidad, debido proceso, impulsión e instrucción de oficio y verdad material⁴⁹³.

De esta manera, al igual que la tutela administrativa efectiva, el informalismo en favor del administrado resulta operar como un derecho en favor de todas las personas y de obligatoria observancia para la Administración pública provincial. No obstante, el informalismo tiene limitaciones en cuanto a la esencialidad de ciertos recaudos no excusables, siendo uno de ellos el plazo legal para la interposición de los recursos administrativos. Al respecto, en el ámbito provincial y en resguardo del principio de tutela administrativa efectiva, la Ley N.º 12.071⁴⁹⁴ consagra la obligación de la Administración de hacer saber al administrado, al momento de la notificación del acto, el derecho a interponer recursos y el plazo legal para hacerlo. Ello como resguardo y reaseguro del derecho de recurrir ante la autoridad pública ante cualquier decisión estatal que pueda afectar los derechos de las personas.

2.2. Alcances de su contenido. Plena vigencia y aplicación del artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

La tutela administrativa efectiva tiene un amplio alcance debido a su vigencia y operatividad en el ejercicio de toda actuación administrativa definitiva de derechos y obligaciones de las personas y en el ámbito del procedimiento administrativo desplegado para tal fin.

⁴⁹³ THOMAS, Gustavo J. Procedimiento Administrativo en Santa Fe, Rosario, Nova Tesis Editorial Jurídica, 2017, págs. 43- 44.

⁴⁹⁴ El art. 1º de la Ley provincial N.º 12.07 dispone: en las notificaciones de decretos y resoluciones dictados en los expedientes o actuaciones administrativas, o en general, de cualquier decisión dictada por autoridad administrativa que niegue un derecho, imponga obligaciones o no haga lugar a un recurso de revocatoria interpuesto, se hará saber el derecho a interponer recursos y el plazo para hacerlo, conforme la normativa vigente.

Al referirse al alcance o contenido de la tutela administrativa efectiva, Lisa sostiene que es tan amplio que, del mismo modo que originariamente fue concebido el principio de legalidad, puede considerarse un principio de principios, de tal suerte que muchos otros principios resultan meras derivaciones o aplicaciones o subprincipios de la tutela administrativa efectiva: tal el caso del mismísimo debido procedimiento administrativo; la atenuación del rigor formal o informalismo; el *in dubio pro actione*; la búsqueda de la verdad material; la imparcialidad; la celeridad (para que la decisión sea útil y oportuna); economía; etc.⁴⁹⁵

Comprende el ejercicio por parte de la Administración pública de la función administrativa en su concepción material u objetiva, conforme fuera definida en el capítulo IV del presente trabajo.

Rige además en el procedimiento llevado a cabo para el dictado de actos administrativos, como elemento esencial de los mismos, comprendiendo al procedimiento administrativo de formación del acto primigenio, también denominado procedimiento de primer grado. Al respecto, Gutiérrez Colantuono afirma que es la magnitud del poder contenido en la noción de acto administrativo lo que necesariamente atrae la protección de las garantías convencionales. Por ello, intentar postular que ellas no rigen al momento de formación de tal decisión y que alcanza con asegurar su control judicial implicaría incurrir en el mismo vicio del que ha sido partícipe el derecho administrativo, esto es, la formación de parcelas de inmunidad del obrar estatal al ordenamiento vigente⁴⁹⁶.

Se presenta también en la etapa de impugnación de la decisión administrativa que deniega o afecta un derecho fundamental, cuando las personas interponen reclamos o recursos administrativos como instancia previa al proceso judicial donde opera, claro está, la garantía de la tutela judicial efectiva.

En relación al alcance de la tutela administrativa efectiva, Canosa afirma que se debe partir de la premisa de que en el plano de las relaciones entre la Administración y los particulares que se vinculan con ella resulta imprescindible la aplicación de la normativa y principios propios del procedimiento administrativo, el cual no debe entenderse como una herramienta meramente instrumental, sino como el continente de garantías que asisten a esos particulares y como verdadero cauce formal de toda la actividad administrativa. Así, esta tutela administrativa efectiva se presenta en la etapa de formación de la decisión administrativa, en la etapa impugnatoria y también en la etapa preprocesal de necesario

⁴⁹⁵ LISA, Federico J., op. cit., pág. 97.

⁴⁹⁶ GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo A., op. cit., pág. 68.

tránsito para producir el agotamiento de la vía administrativa previa a la instancia judicial⁴⁹⁷.

El amplio alcance de la tutela administrativa efectiva implica considerar la extensión del obrar de la Administración en toda su magnitud, atento la multiplicidad y complejidad de situaciones que debe abordar y que inciden directamente en la esfera de intereses de las personas. La actividad administrativa no se resuelve ni se agota en un proceso decisorio. La Administración decide, sí, pero también estudia, evalúa, recaba, procesa e intercambia información, decide, sí, pero realiza prestaciones y servicios, por sí o a través de múltiples fórmulas⁴⁹⁸.

Asimismo, el alcance de la garantía determina adoptar una concepción también ampliada, revalorizada y convencionalizada del procedimiento administrativo, cuya principal y última misión es el resguardo de los derechos humanos de todas las personas en su vinculación con la Administración pública. No se condice con la garantía de la tutela administrativa efectiva la concepción tradicional del procedimiento administrativo que lo perfila como un mero cauce formalizado y rígido, al modo del proceso judicial, en tanto lo entiende como el conjunto de actos de autoridad encadenados, cuyo único objeto es tomar una decisión formal y donde lo relevante simplemente es ese producto final: el acto administrativo⁴⁹⁹.

En este sentido, el procedimiento administrativo debe ser algo más amplio en el sentido que no solo tenga como fin último la emisión de un acto administrativo, sino que el mismo deberá involucrar otras cuestiones, como son por ejemplo la elaboración de planes, y también el diseño y emisión de normas administrativas de alcance general. En este plano, el procedimiento administrativo deberá contemplar necesariamente la posibilidad de que se articulen situaciones dentro de la esfera administrativa en las que se entrecruzan múltiples intereses⁵⁰⁰.

El procedimiento administrativo concebido como una serie de actos orientados a la realización del control de legitimidad y de oportunidad, mérito o conveniencia y que

⁴⁹⁷ CANOSA, Armando. Alcances de la denominada tutela administrativa efectiva, Revista Argentina de Administración Pública, (323):77-68, agosto 2005.

⁴⁹⁸ BARNES, Javier. Tres generaciones de procedimiento administrativo. En: ABERASTURY, Pedro y BLANKE, Hermann-Josef. Tendencias actuales del procedimiento administrativo en Latinoamérica y Europa, Buenos Aires, Eudeba, 2012, págs. 119-146.

⁴⁹⁹ PERRINO, Pablo E. El derecho a la tutela administrativa efectiva. En: AAVV. El derecho administrativo, hoy, 16 años después, Buenos Aires, RAP, 2013, pág. 76.

⁵⁰⁰ CANOSA, Armando, op. cit., pág. 264.

sirven, al propio tiempo, de garantía de los administrados⁵⁰¹, o bien como la parte del derecho administrativo que estudia las reglas y principios que rigen la intervención de los interesados en la preparación e impugnación de la voluntad administrativa⁵⁰², se amplía como una herramienta imprescindible para ordenar jurídica y racionalmente el ejercicio de la función administrativa, facilitar la transparencia del obrar administrativo, permitir la participación ciudadana y ser un cauce adecuado para el equilibrio y la conciliación de intereses contrapuestos, el procedimiento tiene, entre sus funciones primordiales, resguardar, en forma real y concreta, los derechos de las personas⁵⁰³.

Finalmente, merece atención que el amplio alcance de la tutela administrativa efectiva se corresponde con la necesidad de valorar el obrar estatal de manera integral y no fragmentada, con el objetivo central de que el resultado final de la acción administrativa sea el de tutelar efectivamente los derechos fundamentales de la persona.

La Corte IDH ha sostenido que se deben considerar los procedimientos internos como un todo y que la función del tribunal internacional es determinar si la integralidad de los mismos se ajustó a la Convención⁵⁰⁴.

Por su parte, la CIDH también ha referido al análisis global del procedimiento en decisiones relativas a derechos de carácter civil o administrativo⁵⁰⁵.

Así, tal como se abordará en el capítulo siguiente, el alcance de la tutela administrativa efectiva y la integralidad de la actuación administrativa obedecen además a la vigencia del principio de unidad del Estado en virtud del cual en el plano internacional

⁵⁰¹ CASSAGNE, Juan Carlos. Derecho administrativo, séptima ed. actualizada, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2002, tomo II.

⁵⁰² GORDILLO, Agustín. Tratado de derecho administrativo y obras selectas. [en línea] t. 9, Primeros manuales, Buenos Aires, FDA
<https://www.gordillo.com/pdf_tomo2/capitulo9.pdf> [consulta: 17/01/2024]

⁵⁰³ PERRINO, Pablo E., op. cit., pág. 77.

⁵⁰⁴ El Tribunal ha establecido que “[e]l esclarecimiento de si el Estado ha violado o no sus obligaciones internacionales por virtud de las actuaciones de sus órganos judiciales, puede conducir a que la Corte deba ocuparse de examinar los respectivos procesos internos”, para establecer su compatibilidad con la Convención Americana. A la luz de lo anterior, se deben considerar los procedimientos internos como un todo, incluyendo las decisiones de los tribunales de apelación. La función del tribunal internacional es determinar si la integralidad del procedimiento, inclusive la incorporación de prueba, se ajustó a la Convención. Corte IDH, Lori Berenson Mejía vs Perú. Fondo, reparaciones y costas, 25/11/2004, pár. 133. En el mismo sentido caso Juan Humberto Sánchez vs Honduras. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, 7/06/2003, pár. 120.

⁵⁰⁵ CIDH. Informe N.º 03/01, Caso 11.670 Amílcar Menendez, Juan Manuel Caride y otros (sistema previsional) Argentina, 19/01/2001, pár. 46. [en línea]
<<https://cidh.oas.org/annualrep/2000sp/CapituloIII/Admisible/Argentina11.670.htm>> [consulta: 17/01/2024]

se lo reconoce como un sujeto único e indivisible. Los actos u omisiones de sus órganos son reconocidos como actos u omisiones del Estado en su totalidad.

Es así que el contenido de la tutela administrativa efectiva se constituye a partir de operativizar la aplicación directa del art. 8 de la CADH a las actuaciones administrativas definitorias de derechos y obligaciones de las personas, según el amplio alcance descripto precedentemente, el alcance que en cada caso permiten las características del procedimiento correspondiente⁵⁰⁶ y los estándares consagrados por el Tribunal Interamericano.

Conforme se anticipó, el contenido de la tutela administrativa efectiva es determinado a partir de la tutela judicial efectiva y su apoyatura en el derecho al debido proceso y la garantía de defensa en juicio. Ello es posible por la interpretación evolutiva del art. 8 de la CADH realizada por la Corte IDH y receptado en el orden interno por el máximo Tribunal nacional.

La Convención no regula expresamente la tutela administrativa efectiva y las garantías que deben regir en el procedimiento administrativo, sino que se limitó, en el momento de su redacción, a proclamar la tutela judicial y las garantías exigibles en el proceso judicial (el título del art. 8 es “garantías judiciales”), como piso mínimo de protección.

No obstante que inicialmente la aplicación del art. 8 se extendió al ejercicio de facultades materialmente jurisdiccionales,⁵⁰⁷ la Corte IDH continuó su labor evolutiva hasta llegar al momento actual en el que la aplicación de la norma opera ante el ejercicio de funciones materialmente administrativas⁵⁰⁸.

Fue producto de un importante trabajo de interpretación jurisprudencial y labor doctrinaria lo que permitió extender las garantías judiciales al ámbito administrativo.

La Corte IDH ha sostenido:

“Si bien el artículo 8 de la Convención Americana se titula “Garantías Judiciales”, su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, “sino el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales” a efecto de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos⁵⁰⁹.

⁵⁰⁶ Corte IDH. Caso Claude Reyes y otros vs. Chile, op. cit., voto razonado del juez Sergio García Ramírez, pár. 14.

⁵⁰⁷ Corte IDH. Caso Tribunal Constitucional vs Perú, op. cit.

⁵⁰⁸ Corte IDH. Caso Claude Reyes y Otros vs. Chile, op. cit.

⁵⁰⁹ Corte IDH. OC-9/87, op. cit., pár. 27; Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú, op. cit., pár. 69.

El voto concurrente del Juez de la Corte IDH García-Sayán en el caso “Barbani Duarte y otros vs. Uruguay” resulta de vital importancia y claridad en relación al sentido de la plena vigencia del art. 8 de la CADH en el ámbito administrativo. En aquella oportunidad el Magistrado afirmó:

"El aspecto esencial de lo que contiene el art. 8°, por ello, no reside, pues, en la naturaleza de la autoridad dentro del ordenamiento constitucional del país, sino en lo que el procedimiento busca determinar y resolver en cuanto a garantías a favor de la persona. Si el sentido de la norma es el de ofrecer ciertas garantías básicas en la determinación de derechos u obligaciones de la persona, parece claro que el aspecto medular y trascendente es este, y no el de la naturaleza de la autoridad. Este parece ser, pues, el criterio central para establecer que es obligatorio atenerse a las exigencias del art. 8° en lo que sea pertinente a espacios extrajudiciales. En otras palabras, es claro que la Convención tiene establecido que deben garantizarse los derechos de la persona tanto en las esferas no judiciales como en las judiciales teniendo en cuenta lo que sea aplicable a un procedimiento no judicial"⁵¹⁰.

De esta manera, corresponde analizar la mencionada disposición para comprender acabadamente su funcionalidad tutelar en el ámbito de las actuaciones administrativas.

El apartado primero del art. 8 dispone:

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

El texto expreso de la norma, al referir a la determinación de derechos y obligaciones de cualquier otro carácter, sumado a la interpretación realizada por la Corte IDH en el sentido de que el artículo 8.1 de la Convención debe interpretarse de manera amplia, de modo que dicha interpretación se apoye tanto en el texto literal de esa norma como en su espíritu, y debe ser apreciado de acuerdo con el art. 29, inc. c), de la Convención, según el cual ninguna disposición de ella puede interpretarse con exclusión de otros derechos y garantías inherentes al ser humano o que se deriven de la forma democrática representativa de gobierno⁵¹¹, habilitan claramente la plena vigencia de las garantías en el marco de las actuaciones administrativas.

La interpretación evolutiva y amplia determina que la disposición establezca las denominadas garantías generales con las que debe contar toda persona para mantener a salvo la tutela efectiva de sus derechos humanos. La operatividad del derecho a ser oído

⁵¹⁰ Corte IDH. Caso Barabani Duarte y otros vs Uruguay. Fondo, Reparaciones y Costas, 13/10/2011, voto concurrente del Juez Diego Garcia-Sayán, pár. 15.

⁵¹¹ Corte IDH. Caso Blake vs. Guatemala. Fondo, 24/01/1998, pár. 96.

con las debidas garantías, es decir con las garantías que resulten necesarias e idóneas para la protección del derecho en juego.

Gutiérrez Colantuono sostiene:

“Ese derecho a ser oído debe ponerse en práctica “con las debidas garantías”, cláusula abierta que permite incorporar al ámbito de aplicación de esta primera sección del art. 8º a todas aquellas garantías que se estimen como debidas o necesarias. Ese extremo queda, en definitiva, deferido al intérprete y atrae la aplicación de las garantías de los apartados siguientes”⁵¹².

De esta manera, el apartado segundo a quinto del art. 8⁵¹³ que refiere expresamente a las garantías mínimas de las personas frente a acusaciones penales, también resulta aplicable al ámbito administrativo en la medida en que tales garantías contribuyan a asegurar la tutela efectiva de los administrados.

El art. 8.2 de la CADH establece, adicionalmente, las garantías mínimas que deben ser aseguradas por los Estados en función del debido proceso legal. Es un derecho humano el obtener todas las garantías que permitan alcanzar decisiones justas. Las garantías mínimas deben respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier otro procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas⁵¹⁴.

⁵¹² GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo A., Administración Pública, Juridicidad y Derechos Humanos, op. cit., pág. 56.

⁵¹³ CADH. Art. 8.2: Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a) Derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal; b) Comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada; c) Concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa; d) Derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor; e) Derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley; f) Derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos; g) Derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y h) Derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior. (3) La confesión del inculcado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza. (4) El inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos. (5) El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.

⁵¹⁴ Corte IDH. Caso López y otro vs Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 25/11/2019, pár. 200.

El citado autor agrega:

“Si bien las garantías específicas de los arts. 2º a 5º encuentran su ámbito natural de aplicación en los procesos sancionatorios no debe considerárselas excluidas de otro tipo de procesos en los cuales puedan resultar necesarias para garantizar un trámite con las “debidas garantías””⁵¹⁵.

Tal posicionamiento, el que comparto, es el que además responde a la jurisprudencia de la Corte IDH, al determinar:

“En materias que conciernen con la determinación de [los] derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter el artículo 8 no especifica garantías mínimas, como lo hace en el numeral 2 al referirse a materias penales. Sin embargo, el concepto de debidas garantías se aplica también a esos órdenes y, por ende, en ese tipo de materias el individuo tiene derecho también al debido proceso que se aplica en materia penal. Cabe señalar aquí que las circunstancias de un procedimiento particular, su significación, su carácter y su contexto en un sistema legal particular, son factores que fundamentan la determinación de si la representación legal es o no necesaria para el debido proceso”⁵¹⁶.

En el mismo sentido, el Tribunal expresó:

“La Corte observa que el elenco de garantías mínimas establecido en el numeral 2 del artículo 8 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”⁵¹⁷.

La intención inicial del texto convencional fue asegurar garantías en favor de las personas frente al despliegue del poder punitivo del Estado. Sin embargo, la razón de ser del derecho convencional, es decir, el reconocimiento y protección de la dignidad humana, hace que esas garantías tengan vigencia en todos los órdenes en que se manifiesta el poder estatal, comprendido, claro está, el orden administrativo, y no como garantías derivadas del derecho penal, sino con vigencia propia y autónoma en la totalidad del ordenamiento jurídico.

En esta dirección, el posicionamiento de la Corte ha sido concluyente:

“El respeto a los derechos humanos constituye un límite a la actividad estatal, lo cual vale para todo órgano o funcionario que se encuentre en una situación de poder, en razón de su carácter oficial, respecto de las demás personas. Es, así, ilícita, toda forma de ejercicio del poder público que viole

⁵¹⁵ *Ibidem*, pág. 57.

⁵¹⁶ Corte IDH. Excepciones al Agotamiento de los Recursos Internos (arts. 46.1, 46.2.a y 46.2.b, Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-11/90, 10/08/1990.

⁵¹⁷ Corte IDH. Caso Baena Ricardo y otros vs Panamá, op. cit., pár. 125.

los derechos reconocidos por la Convención. Esto es aún más importante cuando el Estado ejerce su poder sancionatorio, pues este no sólo presupone la actuación de las autoridades con un total apego al orden jurídico, sino implica además la concesión de las garantías mínimas del debido proceso a todas las personas que se encuentran sujetas a su jurisdicción, bajo las exigencias establecidas en la Convención⁵¹⁸.

Sin embargo, merece atención el reciente posicionamiento de la Corte en el caso “Spoltore vs Argentina”⁵¹⁹, donde sostuvo que las garantías del art. 8.2 solamente eran aplicables a juicios penales o a procedimientos administrativos de carácter sancionatorio. Puntualmente, el Tribunal expresó:

“El proceso iniciado por el señor Spoltore tenía la finalidad de solicitar una indemnización. No era un proceso penal en contra de la presunta víctima, ni un proceso administrativo que pudiera implicar una privación de libertad. Tampoco era un proceso administrativo de naturaleza sancionatorio, en el cual pueden ser aplicables las garantías incluidas del artículo 8.2 de la Convención según su naturaleza y alcance. Por lo tanto, este Tribunal considera que el derecho contenido en el artículo 8.2.h) no es aplicable al proceso de indemnización por enfermedad profesional. En consecuencia, el Estado no violó el artículo 8.2.h) de la Convención Americana en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma”⁵²⁰.

No obstante la literalidad de lo afirmado, que parece dejar de lado el estándar del “acto estatal de determinación de derechos y obligaciones” como dispositivo que atrae la plena vigencia y aplicación de las garantías del debido proceso del art. 8, la propia Corte invoca como fundamento en el mismo fallo Spoltore el precedente Maldonado Ordoñez, donde reafirmó su consolidada postura:

“La Corte no ha limitado la aplicación del artículo 8.2 de la Convención Americana a procesos penales, sino la ha extendido, en lo pertinente, a procesos administrativos ante autoridades estatales y a procesos judiciales de carácter no penal en el ámbito constitucional, administrativo y laboral; así mismo ha indicado que tanto en estas como en otro tipo de materias “el individuo tiene también derecho, en general, al debido proceso que se aplica en materia penal”⁵²¹.

Sin profundizar sobre las posibles consecuencias –desventajosas– y el desconocimiento de normativa protectoria de derechos humanos que podría significar el sostenimiento del criterio restrictivo del caso Spoltore, sólo se afirmará que, entender las

⁵¹⁸ Corte IDH. Caso Tribunal Constitucional vs Perú, op. cit., pár. 68 y Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs Ecuador. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 28/08/2013, pár. 166.

⁵¹⁹ Corte IDH. Caso Spoltore vs Argentina. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 09/06/2020.

⁵²⁰ *Ibídem*, pár. 145.

⁵²¹ Corte IDH. Caso Maldonado Ordoñez vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 03/05/2016, pár. 74.

garantías del art. 8 de la CADH como pisos mínimos que el Estado debe respetar cuando define derechos y obligaciones de las personas, implica aprehender el sentido y valor del SIDH que no es otro que el reconocimiento y la protección más amplia posible de la dignidad de las personas.

2.2.1. El artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el debido proceso adjetivo.

La garantía del art. 8.1 constituida por el derecho de toda persona a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por una autoridad competente, independiente e imparcial, establecida con anterioridad por la ley, para la determinación de sus derechos y obligaciones en el ámbito administrativo, integra el derecho al debido proceso adjetivo, el que comprende además el derecho de las personas a ofrecer y producir pruebas y a obtener de la Administración Pública una decisión fundada. Las garantías del debido proceso resultan aplicables, en lo que corresponda, a procedimientos de carácter administrativo⁵²².

Así, estos derechos pueden ser convencionalmente ampliados y robustecidos según las circunstancias y características del procedimiento en trámite, consolidados además por la vigencia del principio *pro persona* como principio rector de la tutela administrativa. Según lo afirmado por la Corte, los principios y actos del debido proceso legal constituyen un conjunto irreductible y estricto que puede ampliarse a la luz de nuevos avances en el Derecho de los derechos humanos⁵²³.

De esta manera, el debido proceso adjetivo se erige en uno de los principios –adjetivo– en cuanto medio o mecanismo esencial para la sustanciación de las actuaciones administrativas y la consecuente obtención de la tutela efectiva. No obstante, la tutela administrativa no limita su contenido a la garantía del debido proceso, aunque esta constituya su parte principal.

En este sentido, Perrino sostiene:

⁵²² Corte IDH. Caso Familia Pacheco Tineo vs Bolivia. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 25/11/2013, pár. 157.

⁵²³ Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28/08/2002, pár. 115.

“La tutela administrativa efectiva comprende pero no se agota en el tradicional derecho al debido proceso adjetivo (expresamente reglado en el orden nacional en el artículo 1º, inc. f) del Decreto Ley N.º 19.549/1972, en adelante LNPA), el cual exige cumplimentar ciertos recaudos formales y de trámite atinentes a la defensa y necesarios para adoptar una decisión válida y justa, ya que exige de parte del Estado un plus más: como es la eliminación de todas las trabas normativas, económicas o sociales, que puedan impedir u obstaculizar irrazonablemente el ejercicio de la defensa”⁵²⁴.

Resulta interesante abordar las garantías mínimas y esenciales que conforman el debido proceso adjetivo en las actuaciones administrativas, a fin de comprender su funcionamiento aunque el desarrollo profundizado del tema exceda el objeto de la presente investigación.

Las mismas no se limitan a las enumeradas en el art.8 de la CADH, sino que, a partir de las particularidades de cada caso concreto, los órganos estatales competentes deberán contemplar incluso garantías no previstas expresamente, a los fines de asegurar en forma cierta y eficaz el cumplimiento de la finalidad del debido proceso legal.

a. Derecho de las personas a ser oídas con las debidas garantías:

En las actuaciones administrativas el derecho a ser oído implica la posibilidad cierta de que el administrado, ante la emisión de un acto de alcance particular o de carácter general que pueda afectar sus derechos o intereses, pueda recurrir ante el órgano estatal competente a fin de hacer valer sus pretensiones y explicar sus razones.

Según la jurisprudencia de la Corte IDH, este derecho exige que toda persona pueda tener acceso al tribunal u órgano estatal encargado de determinar sus derechos y obligaciones⁵²⁵ y comprende dos ámbitos: por un lado, un ámbito formal y procesal de asegurar el acceso al órgano competente para que determine el derecho que se reclama en apego a las debidas garantías procesales (tales como la presentación de alegatos, hacer planteamientos, aportación de prueba y, en síntesis, hacer valer sus derechos). Por otra parte, ese derecho abarca un ámbito de protección material que implica que el Estado

⁵²⁴ PERRINO, Pablo. El derecho a la tutela administrativa efectiva, op. cit., pág. 75.

⁵²⁵ Corte IDH., Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 05/08/2008, pár. 72; Caso Barbani Duarte y otros vs. Uruguay, op. cit., pár. 120 y Caso Furlan y Familiares vs. Argentina. Excepciones preliminares. Fondo, Reparaciones y Costas, 31/08/2012, pár. 228.

garantice que la decisión se produzca a través de un procedimiento que satisfaga el fin para el cual fue concebido⁵²⁶.

Por su parte, la CIDH sostuvo que “[e]l principio de oír al interesado antes de decidir algo que lo va a afectar, no solamente es un principio de Justicia, es también un principio de eficacia, porque indudablemente asegura un mejor conocimiento de los hechos y por lo tanto lo ayuda a una mejor administración, además de una más justa decisión”⁵²⁷.

En la misma dirección, la CSJN ha expresado que la audiencia del interesado supone la leal información del mismo de la existencia de la cuestión que le incumbe⁵²⁸, porque lo que la garantía constitucional tutela no es la mera formalidad de la citación de los litigantes sino la posibilidad de su efectiva participación útil en el litigio⁵²⁹.

Gordillo, al referirse al derecho a ser oído como uno de los elementos de la garantía de defensa, sostiene que a su vez presupone: a) Un leal conocimiento de las actuaciones administrativas; b) oportunidad de expresar sus razones antes de la emisión del acto administrativo, y desde luego también después; c) consideración expresa de sus argumentos y de las cuestiones propuestas, en cuanto sean conducentes a la solución del caso; d) obligación de decidir expresamente las peticiones y como corolario de c): e) obligación de fundar las decisiones, analizando los puntos propuestos por las partes; f) derecho a hacerse patrocinar por letrado, teniendo su asistencia e intervención en todo momento⁵³⁰.

Para Alianak, el derecho a ser oído no sólo implica el derecho a ser escuchado antes de que se adopte una decisión administrativa que pueda incidir en la esfera jurídica subjetiva de esa persona, sino que esa persona pueda contar efectivamente con otra oportunidad procedimental de realizar comentarios sobre la contestación efectuada por la/s contraparte/s⁵³¹.

⁵²⁶ Corte IDH, Caso Roche Azaña y otros vs. Nicaragua. Fondo y Reparaciones, 03/06/2020, pár. 85. En el mismo sentido, Caso Barbani Durate y otros vs. Uruguay, op. cit., pár. 122.

⁵²⁷ CIDH. Informe N.º 49/99, Caso 11.610, Loren Laroye Riebe Star, Jorge Barón Guttlein y Rodolfo Izal Elorz, México, 13/04/1999, pár. 69.
<https://cidh.oas.org/annualrep/98span/Fondo/Mexico%2011.610.htm>

⁵²⁸ CSJN. Prudencio Ayuelas y otros s/ Recurso extraordinario, 31/08/1942, Fallos 193:405.

⁵²⁹ CSJN. Fallos, 215: 362. En igual sentido Dictámenes de la PTN 39: 271 y 276 a 278.

⁵³⁰ GORDILLO, Agustín, Tratado de derecho administrativo y obras selectas, op. ci. [en línea] [en línea] <https://www.gordillo.com/pdf_tomo9/libroi/capitulo12.pdf> [consulta: 5/02/2024]

⁵³¹ ALIANAK, Raquel, op. cit., pág. 44.

El rasgo determinante del derecho a ser oído es la amplitud con que el mismo debe ser reconocido. La Corte ha sostenido que las víctimas deben contar con amplias posibilidades de ser oídas y actuar en los procesos respectivos, de manera que puedan formular sus pretensiones y presentar elementos probatorios y que Estos sean analizados de forma completa y seria por las autoridades antes de que se resuelva sobre hechos, responsabilidades, penas y reparaciones⁵³².

Las particularidades de la función administrativa, especialmente la inmediatez respecto de las personas que se vinculan con la Administración, determina que todo procedimiento administrativo sea el ámbito propicio para el reconocimiento del derecho de los administrados a ser oídos con la amplitud exigida convencionalmente.

En este sentido, el art. 1 inc. 10 a) del Reglamento para el trámite de actuaciones administrativas consagra el principio del debido proceso adjetivo y reconoce el derecho de los administrados a ser oídos por la Administración al asegurar la garantía de exponer las razones de sus pretensiones y defensas antes de la emisión de actos que se refieran a sus intereses y hacerse patrocinar y representar profesionalmente⁵³³.

La amplitud del derecho a ser oído implica además que el derecho en cuestión alcance a los familiares de las víctimas quienes, según la Corte, deben contar con amplias posibilidades de ser oídos y actuar en los respectivos procesos, tanto en la procuración del esclarecimiento de los hechos y del castigo de los responsables, como en la búsqueda de una debida reparación⁵³⁴.

En cuanto a las debidas garantías con las que debe operativizarse el derecho a ser oído, la Corte ha expresado que la oralidad es una de ellas y que el Estado debe ofrecer a

⁵³² Corte IDH. Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 28/08/2013, pár. 181. Caso Extrabajadores del Organismo Judicial Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones, 17/11/2021, pár. 70.

⁵³³ Decreto N.º 4174/2015 Art. 1: Toda actuación administrativa deberá sujetarse a los principios básicos y esenciales que, con carácter meramente enunciativo, a continuación se indican: 10º) Principio del debido proceso: se observarán las reglas del debido proceso adjetivo, respetándose las pertinentes garantías constitucionales, en especial: a) De exponer las razones de sus pretensiones y defensas antes de la emisión de actos que se refieran a sus intereses y hacerse patrocinar y representar profesionalmente. En los casos en que se planteen o debatan cuestiones jurídicas, la Administración Pública Provincial advertirá al administrado sobre la conveniencia de contar con asesoramiento jurídico para la mejor defensa de su derecho.

⁵³⁴ Corte IDH. Caso de los Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala. Fondo, 19/11/1999, pár. 227. En igual sentido, Caso Nadege Dorzema y otros vs República Dominicana. Fondo, Reparaciones y Costas, 24/10/2012, pár. 199.

los justiciables en cierto tipo de procesos, aunque del artículo 8.1 de la Convención no se desprende que el derecho a ser oído deba necesariamente ejercerse de manera oral en todo procedimiento⁵³⁵.

b. Garantía del plazo razonable en la tramitación de las actuaciones y en la obtención de la decisión administrativa:

La CSJN ha afirmado que el plazo razonable de duración del proceso al que se alude en el inciso 1, del art. 8º de la CADH, constituye una garantía exigible en toda clase de proceso, difiriéndose a los jueces la casuística determinación de si se ha configurado un retardo injustificado de la decisión⁵³⁶.

Si bien el plazo razonable constituye uno de los aspectos más relevantes a la hora de concretizar la tutela administrativa efectiva, su determinación resulta compleja ya que depende de numerosas contingencias que, la mayoría de las veces, deberán ser prudentemente analizadas en el caso concreto.

La razonabilidad se extiende tanto a plazos máximos, a fin de evitar atrasos o demoras injustificadas, como a plazos mínimos, que den a los administrados la posibilidad real de ejercer eficazmente sus derechos. Que el plazo deba ser razonable significa que no puede ser demasiado largo, pero tampoco demasiado corto⁵³⁷.

La Corte IDH ha considerado que el plazo razonable no es un concepto de sencilla definición⁵³⁸ y que una demora prolongada puede llegar a constituir por sí misma, en ciertos casos, una violación de las garantías judiciales⁵³⁹.

Asimismo, la basta jurisprudencia del Tribunal Interamericano en el análisis y determinación del plazo razonable, fundamentada en la de su par Europeo por la analogía

⁵³⁵ Corte IDH. Caso Apitz Barbera y otros (Corte Primera de lo Contencioso Administrativo) vs. Venezuela, op. cit., pár. 75, y Caso Barbani Duarte y Otros vs. Uruguay, op. cit., pár. 120.

⁵³⁶ CSJN. Caso Losicer, Jorge Alberto y otros, op. cit., consid. 10º, con cita de los criterios sentados por la Corte IDH en el caso Genie Lacayo.

⁵³⁷ Corte IDH. Caso López Álvarez vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas, 01/02/2006, voto disidente de la jueza Cecilia Medina Quiroga, pár. 3.

⁵³⁸ Corte IDH. Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua, op. cit., pár. 77.

⁵³⁹ Corte IDH. Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago. Fondo, Reparaciones y Costas, 21/06/2002, pár. 145. En igual sentido, Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia. Excepciones preliminares, Fondo y Reparaciones, 30/11/2012, pár. 164.

entre los arts. 8 de la CADH y 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), ha considerado, en primer término, la necesidad de determinar la razonabilidad del plazo en el conjunto del trámite lo que llama “análisis global del procedimiento”⁵⁴⁰.

En este sentido, y en especial referencia al procedimiento administrativo, la Corte sostuvo que para estudiar la alegada violación de la garantía del plazo razonable se debe examinar la duración del procedimiento administrativo y del proceso judicial de forma conjunta, pues el trámite de la reclamación administrativa era un presupuesto necesario para acudir a la vía jurisdiccional⁵⁴¹, para concluir que la duración del procedimiento administrativo y proceso judicial en su conjunto excedió el plazo razonable de manera injustificada, en contravención del artículo 8.1 de la Convención Americana⁵⁴².

En segundo término, merece atención que para determinar la razonabilidad del plazo se deben considerar conjunta y complementariamente cuatro elementos: i) la complejidad del asunto; ii) la actividad procesal del interesado; iii) la conducta de las autoridades judiciales, y iv) la afectación generada por la duración del procedimiento en la situación jurídica de la persona involucrada en el mismo⁵⁴³.

En cuanto a la complejidad del asunto, la Corte ha indicado diversos criterios para su valoración, tales como la extensión de las investigaciones y la amplitud de las pruebas, el número importante de incidentes e instancias⁵⁴⁴, la pluralidad de sujetos procesales⁵⁴⁵ y presuntas víctimas⁵⁴⁶, el tiempo transcurrido desde la violación⁵⁴⁷, las características del

⁵⁴⁰ Corte IDH. Caso Lacayo, op. cit., pár. 81; Suárez Rosario vs Ecuador. Fondo, 12/11/1997, pár. 73.

⁵⁴¹ Corte IDH. Caso Perrone y Preckel vs Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 08/10/2019, pár. 143.

⁵⁴² *Ibídem*, pár. 151. La duración del proceso en su conjunto se extendió por diez años y once meses en el caso del señor Preckel y más de once años en el caso de la señora Perrone.

⁵⁴³ *Ibídem*, pár. 142. En el mismo sentido, Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas, 27/11/2008, pár. 155 y Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia, op. cit., pár. 164.

⁵⁴⁴ Corte IDH. Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua, op. cit., pár. 78. Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia, op. cit., pár. 165.

⁵⁴⁵ Corte IDH. Caso Acosta Calderón vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas, 24/06/2005, pár. 106; Caso López Álvarez vs. Honduras. op. cit., pár. 133 y Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia, op. cit., pár. 165.

⁵⁴⁶ Corte IDH. Caso Baldeón García vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas, 06/04/2006; Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas, 15/09/2000, pár. 221, y Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia, op. cit. pár. 165; Corte IDH. Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia, op. cit., pár. 156.

⁵⁴⁷ Corte IDH. Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 12/08/2008, pár. 150; Caso Radilla Pacheco vs. México, op. cit., pár. 245 y Caso Furlan y Familiares vs. Argentina, op. cit., pár. 158.

recurso consagradas en la legislación interna⁵⁴⁸, el contexto en el que ocurrió la violación⁵⁴⁹, si el asunto comprende debates técnicos⁵⁵⁰, si se trata de asuntos de gran relevancia y/o que requieran de un cuidado especial o que suponen procesos usuales para los Estados⁵⁵¹.

Merece atención que la complejidad del asunto como causa de justificación de la dilación del trámite debe ser acreditada por el Estado, quien debe probar además que actuó diligentemente para evitar tal extensión.

La falta de razonabilidad debe ser desvirtuada por el Estado, exponiendo y probando que la demora tiene directa relación con la complejidad del asunto o con la conducta de las partes en el caso⁵⁵².

En relación a la actividad procesal del interesado, la Corte ha expresado que se debe examinar detenidamente el desarrollo del proceso para evaluar los comportamientos que por acción u omisión incidieron en la prolongación de la actuación judicial interna. Si la conducta procesal del propio interesado en obtener justicia ha contribuido en algún grado a prolongar indebidamente la duración del proceso, difícilmente se configura en cabeza del Estado una violación de la norma sobre plazo razonable⁵⁵³.

En este punto, debe estarse a la intencionalidad del interesado en la dilación injustificada del procedimiento, ya que sólo en dicho supuesto el Estado puede hacer valer tal comportamiento como justificación de la falta de plazo razonable. El Estado debe probar la intencionalidad del administrado, y no limitarse a invocar que aquel no le exigió mayor rapidez en la tramitación o la resolución a tiempo.

⁵⁴⁸ Corte IDH. Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador. Excepción Preliminar y Fondo, 06/05/2008, pár. 83 y Caso Furlan y Familiares vs. Argentina, op. cit., pár. 158.

⁵⁴⁹ Corte IDH. Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia, 31/01/2006, pár. 184; Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 01/07/2006, pár. 293, y Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia, op. cit., pár. 156.

⁵⁵⁰ Corte IDH. Caso López Mendoza vs. Venezuela. Fondo Reparaciones y Costas, 01/09/2011, pár. 163 y 176, y Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia, op. cit., pár. 165.

⁵⁵¹ Corte IDH. Caso Forneron e hija vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas, 27/04/2012, pár. 67.

⁵⁵² Corte IDH. Caso Hermanas Serrano Cruz vs El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas, 01/03/2005, pár. 69; Ricardo Canese vs Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas, 31/08/2004, pár. 142.

⁵⁵³ Corte IDH. Caso Cantos vs Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas, 28/11/2002, pár. 57.

Respecto de la conducta de las autoridades administrativas, la Corte ha sostenido que las acciones u omisiones que vulneren derechos fundamentales pueden ser cometidas por cualquier autoridad pública, sea esta del Poder Ejecutivo, Legislativo o Judicial, y que deben ponderarse todos aquellos procesos o procedimientos que de alguna manera inciden en la causa y que dejen entrever el comportamiento de las autoridades públicas⁵⁵⁴.

Queda también a cargo del Estado la prueba de que ha desplegado una conducta diligente a fin de evitar por todos los medios posibles la irrazonabilidad en la extensión del plazo del procedimiento respectivo.

Finalmente, el elemento consistente en la afectación generada por la duración del procedimiento en la situación jurídica de la persona involucrada en el mismo fue incorporado por el Tribunal Interamericano a partir del año 2008 en el caso “Valle Jaramillo vs. Colombia”⁵⁵⁵.

Sin embargo, en el año 2006, el Juez de la Corte IDH García Ramírez, en oportunidad del voto razonado a la sentencia del caso “López Álvarez vs Honduras”, había anticipado:

“Me referí, como posible cuarto elemento a considerar para la estimación del plazo razonable, a lo que denominé “afectación actual que el procedimiento implica para los derechos y deberes –es decir, la situación jurídica– del individuo”. Es posible que aquel incida de manera poco relevante sobre esa situación; si no es así, es decir, si la incidencia crece, hasta ser intensa, resultará necesario, en bien de la justicia y la seguridad seriamente comprometidas, que el procedimiento corra con más diligencia a fin de que en breve tiempo –“plazo razonable”– se resuelva la situación del sujeto, que ha comenzado a gravitar severamente sobre la vida de éste. La afectación debe ser actual, no meramente posible o probable, eventual o remota”⁵⁵⁶.

Así, para el análisis de razonabilidad de este elemento debe considerarse, entre otros elementos, la materia objeto de controversia y si el paso del tiempo incide de manera relevante en la situación jurídica del individuo, resultará necesario que el procedimiento corra con más diligencia a fin de que el caso se resuelva en un tiempo breve⁵⁵⁷.

⁵⁵⁴ Corte IDH. Caso Juan Humberto Sánchez vs Honduras. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 07/06/2003, pár. 131.

⁵⁵⁵ Corte IDH. Caso Valle Jaramillo vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas, 27/11/2008.

⁵⁵⁶ Corte IDH. Caso López Álvarez vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas, 01/02/2006, voto razonado del Juez Sergio García Ramírez, pár. 36 y Corte IDH, Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas, 29/03/2006, voto razonado del Juez García Ramírez, pár. 7.

⁵⁵⁷ Corte IDH. Caso Valle Jaramillo vs. Colombia, op. cit., pár. 155.

Según la Corte, deben tenerse en cuenta los derechos e intereses en juego y las afectaciones significativas, irreversibles e irremediables a los derechos de las personas involucradas⁵⁵⁸.

Asimismo, ha sostenido que, en casos de personas vulnerables, como lo es una persona con discapacidad, es imperante tomar las medidas pertinentes, como por ejemplo la priorización en la atención y resolución del procedimiento por parte de las autoridades a su cargo, con el fin de evitar retrasos en la tramitación de los procesos, de manera que se garantice la pronta resolución y ejecución de los mismos⁵⁵⁹ y se eviten efectos negativos de carácter irreversible⁵⁶⁰.

En el régimen provincial, el Reglamento para el trámite de actuaciones administrativas al consagrar en el art. 1 inc. 9 el “principio de pronunciamiento expreso” refiere a la razonabilidad del plazo para la finalización del procedimiento administrativo en atención a la naturaleza y complejidad de la cuestión objeto de debate⁵⁶¹, mereciendo atención que cuando el interés involucrado lo exige, la autoridad administrativa no debe aguardar el vencimiento de los plazos legalmente establecidos, sino que debe articular las respuestas oportunas en el plazo razonable, es decir, en el tiempo efectivo para la tutela efectiva de los derechos en juego.

c. Garantía de la autoridad administrativa competente, independiente e imparcial:

La jurisprudencia de la Corte IDH ha consagrado que toda persona sujeta a juicio de cualquier naturaleza ante un órgano del Estado deberá contar con la garantía de que

⁵⁵⁸ Corte IDH. Caso Forneron vs. Argentina, op. cit., pár. 76.

⁵⁵⁹ Corte IDH. Caso Furlan y Familiares vs. Argentina, op. cit., pár. 196.

⁵⁶⁰ *Ibídem*, pár. 203.

⁵⁶¹ Art. 1 Decreto N.º 4174/2015: Toda actuación administrativa deberá sujetarse a los principios básicos y esenciales que, con carácter meramente enunciativo, a continuación se indican: 9º) Principio de pronunciamiento expreso: Las autoridades administrativas tienen el deber de sustanciar y concluir toda presentación que haya dado lugar a un expediente administrativo y que, por imperio del presente reglamento, deba ser resuelto en forma expresa y fundada. Asimismo, deberán determinar para cada tipo de procedimiento, en cuanto no esté expresamente previsto por las leyes o reglamentos, el plazo en el cual este deba finalizarse. Dicho plazo se contará desde el inicio de las actuaciones. En aquellos supuestos en que las autoridades administrativas no hayan fijado plazo para la finalización del procedimiento administrativo, el mismo no podrá exceder aquel que resulte razonable en atención a la naturaleza y complejidad de la cuestión objeto de debate. El responsable del procedimiento podrá, de manera fundada, prorrogar el plazo que hubiere fijado. En los casos previstos en el primer párrafo del presente, las autoridades administrativas no podrán abstenerse de resolver bajo pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de los preceptos aplicables al caso.

dicho órgano sea competente, independiente e imparcial y actúe en los términos del procedimiento legalmente previsto para el conocimiento y la resolución del caso que se le somete⁵⁶².

Asimismo, en la OC 17/02 sostuvo la observancia de los principios y normas del debido proceso legal en los procedimientos judiciales o administrativos, lo que abarca las reglas correspondientes a juez natural –competente, independiente e imparcial–, doble instancia, presunción de inocencia, contradicción y audiencia y defensa⁵⁶³.

En relación a la competencia, se remite al capítulo IV punto 4 donde se abordó la competencia del órgano ejecutivo para la realización del control primario e interno de convencionalidad.

En cuanto a las garantías de independencia e imparcialidad, si bien ambas refieren especialmente al órgano judicial, siendo este el ámbito natural de plena e irrestricta operatividad, la extensión a las autoridades administrativas resulta también aplicable en virtud de la vigencia de las garantías del art. 8 de la CADH en el ámbito administrativo.

Respecto de la garantía de independencia la Corte ha dicho:

“Uno de los objetivos principales que tiene la separación de los poderes públicos es la garantía de la independencia de los jueces. Dicho ejercicio autónomo debe ser garantizado por el Estado tanto en su faceta institucional, esto es, en relación con el Poder Judicial como sistema, así como también en conexión con su vertiente individual, es decir, con relación a la persona del juez específico. El objetivo de la protección radica en evitar que el sistema judicial en general y sus integrantes en particular se vean sometidos a posibles restricciones indebidas en el ejercicio de su función por parte de órganos ajenos al Poder Judicial o incluso por parte de aquellos magistrados que ejercen funciones de revisión o apelación”⁵⁶⁴.

En cuanto a la imparcialidad, el Tribunal afirmó:

“Exige que el juez que interviene en una contienda particular se aproxime a los hechos de la causa careciendo, de manera subjetiva, de todo prejuicio y, asimismo, ofreciendo garantías suficientes de índole objetiva que permitan desterrar toda duda que el justiciable o la comunidad puedan albergar respecto de la ausencia de imparcialidad. La Corte Europea de Derechos Humanos ha explicado que la imparcialidad personal o subjetiva se presume a menos que exista prueba en contrario. Por su parte, la denominada prueba objetiva consiste en determinar si el juez cuestionado brindó elementos

⁵⁶² Corte IDH. Caso del Tribunal Constitucional, op. cit., pár. 77. Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, op. cit., pár. 169.

⁵⁶³ Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos Humanos de Niños. Opinión Consultiva OC-17/2002, 28/08/2002, punto resolutivo 10.

⁵⁶⁴ Corte IDH. Caso Apitz Barbera y otros (Corte Primera de lo Contencioso Administrativo) vs Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 05/08/2008, pár. 55.

convincentes que permitan eliminar temores legítimos o fundadas sospechas de parcialidad sobre su persona. Ello puesto que el juez debe aparecer como actuando sin estar sujeto a influencia, aliciente, presión, amenaza o intromisión, directa o indirecta, sino única y exclusivamente conforme a –y movido por– el Derecho”⁵⁶⁵.

Merece atención que para proclamar la vigencia de las garantías de independencia e imparcialidad como integrantes del derecho al debido proceso en el ámbito administrativo debemos partir de reafirmar, una vez más, el principio de juridicidad del obrar estatal.

La juridicidad, en cuanto conformación de la actividad administrativa con la Constitución, la normativa infraconstitucional y, fundamentalmente, con los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes en el Estado, resulta asegurada por las garantías de independencia e imparcialidad a fin de que el órgano administrativo encargado de definir derechos y obligaciones de las personas lo haga efectivo mediante la aplicación objetiva de dicha normativa y no motivado por razones de otra índole ajenas al ordenamiento jurídico.

En virtud de la independencia, la autoridad administrativa debe poder actuar sin condicionamientos por parte de otro órgano estatal y decidir en todos los casos conforme a derecho. La independencia administrativa en términos de ausencia de condicionamientos de otros órganos estatales puede resultar cuestionable en tanto rigen en la Administración pública principios como la jerarquía, la potestad disciplinaria, la falta de estabilidad en los funcionarios políticos de mayor rango para la toma de decisiones. Si bien la convencionalidad exige flexibilizar dichos criterios y anteponer la protección de la dignidad de la persona como eje central en toda decisión estatal, los cuestionamientos en base a la independencia invitan a profundizar la reflexión.

En razón de la imparcialidad, el órgano administrativo debe deparar un trato igualitario a los administrados, no debe tener un interés directo, una posición tomada, una preferencia por alguna de las partes ni encontrarse involucrado en la controversia⁵⁶⁶ y debe resolverlas, también en todos los casos, conforme a derecho.

Al respecto, se comparte la opinión de Gutiérrez Colantuono quien afirma que la noción de imparcialidad es predicable de la Administración pública y considera incorrecto enfocarla como “juez y parte” en un conflicto con la persona; expresa el autor:

“Tal configuración sólo es posible en una organización que se ha desviado de su papel de aplicador del derecho para convertirse en un aparato que persigue fines propios diferentes de los que le impone ese

⁵⁶⁵ *Ibidem*, pár. 56.

⁵⁶⁶ Corte IDH. Caso Palamara Iribarne vs Chile, Fondo, Reparaciones y Costas, 22/11/2005, pár. 146.

derecho. La Administración no puede tener finalidades diversas al pleno cumplimiento del ordenamiento jurídico, con lo cual el resultado de la controversia que pueda tener con el ciudadano no puede afectar sus fines. Esa “irrelevancia del resultado” es, en definitiva, el estándar básico que se pretende garantizar mediante la aplicación de la garantía de la imparcialidad como resguardo de la juridicidad”⁵⁶⁷.

En la provincia de Santa Fe, el Reglamento para el trámite de actuaciones administrativas en el art. 1 inc. 4 consagra el principio de imparcialidad del órgano administrativo estableciendo que debe dirigir el procedimiento y tomar las decisiones dentro de los límites que le atribuyen las normas constitucionales, legales y reglamentarias. El funcionario del órgano competente debe comprobar los hechos y las circunstancias en forma imparcial y aplicar las normas al caso concreto sobre la base de los hechos y las circunstancias comprobadas⁵⁶⁸. Este principio básico y esencial al que debe sujetarse toda actuación administrativa no se limita a decir que los funcionarios deben cumplir con su deber, sino que les dice claramente cuál es ese deber concreto al intervenir en un procedimiento administrativo⁵⁶⁹, estando obligados siempre al resguardo de la juridicidad como límite infranqueable del obrar estatal.

d. Derecho a ofrecer y producir pruebas:

Como parte del debido proceso adjetivo en el ámbito administrativo, este derecho implica el reconocimiento en favor del administrado de acreditar los hechos en que sustenta fácticamente su pretensión y, al mismo tiempo, la obligación para la Administración Pública de producir la prueba necesaria para determinar la verdad jurídica objetiva.

El contenido esencial de este derecho abarca el ofrecimiento y la producción de pruebas, así como el exhaustivo control de esa producción con anterioridad al dictado del acto administrativo. La Administración tiene el deber de admitir y producir la prueba, salvo que la misma sea impertinente, improcedente o meramente dilatoria.

Implica además la facultad del administrado de presentar alegatos a fin de clarificar los hechos cuestionados para la conformación de la convicción del órgano administrativo.

⁵⁶⁷ GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo A. Administración Pública, Juridicidad y Derechos Humanos, op. cit., pág. 118.

⁵⁶⁸ Art. 1 inc. 4 Dec. 4174/2015.

⁵⁶⁹ CARELLO, Luis A. y ECHEN, Diego E. El nuevo procedimiento administrativo santafesino: comentarios al decreto-acuerdo 4174/2015, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni Editores, 2019, pág. 23.

Al analizar el derecho de ofrecer y producir prueba de descargo, Gordillo afirma que el mismo comprende:

“Derecho a que toda prueba razonablemente propuesta sea producida, aunque deba producirla la propia administración. (Informes, etc.); que la producción de la prueba sea efectuada antes de que se adopte decisión alguna sobre el fondo de la cuestión; Derecho a controlar la producción de la prueba hecha por la administración, sea ella pericial o testimonial, como otra manifestación del principio de la publicidad”⁵⁷⁰.

Asimismo, merece atención lo expresado por la PTN, quien ha afirmado que la necesidad de aclarar suficientemente ciertos aspectos del caso, se vincula no sólo con el derecho del recurrente a que se produzca la prueba pertinente ofrecida por él, sino con los principios de instrucción e impulsión de oficio, verdad material y legalidad objetiva que rigen en el procedimiento administrativo⁵⁷¹.

En el ámbito santafesino, el art. 1 inc. 10 b) del Reglamento asegura como garantía del debido proceso adjetivo el derecho de ofrecer prueba y que ella se produzca, si fuere pertinente, dentro del plazo que fije la Administración pública provincial en cada caso, atendiendo a la complejidad del asunto y a la índole de la que deba producirse, debiendo ésta requerir y producir los informes y dictámenes necesarios para el esclarecimiento de los hechos y de la verdad jurídica objetiva, todo con el contralor de los administrados y sus profesionales, quienes podrán presentar alegatos una vez concluido el período probatorio.

Sobre el particular y aludiendo a que al órgano administrativo le corresponde la instrucción e impulsión del procedimiento, Thomas sostiene que este principio de la impulsión importa que la obtención de pruebas no corresponde exclusivamente al particular, sino que también debe ser efectuada de oficio en Santa Fe. No existe el límite que enfrenta un juez en un proceso judicial que debe ceñirse a juzgar según pruebas aportadas por las partes (verdad formal) sino que el órgano administrativo debe prescindir de las alegaciones o pruebas del particular, fundadamente, si materialmente la realidad es otra (verdad material)⁵⁷².

Asimismo, el art. 1 inc. 3 del Reglamento consagra como principio básico y esencial al que debe sujetarse toda actuación administrativa el de la valoración de la prueba según la libre convicción. La norma dispone que el órgano o funcionario competente para resolver decidirá según su propia convicción qué actos, hechos o circunstancias deben

⁵⁷⁰ GORDILLO, Agustín, op. cit. [en línea]

<https://www.gordillo.com/pdf_tomo8/capitulo13.pdf> [consulta: 6/02/2024]

⁵⁷¹ PTN. Dictámen 236:91 [en línea] <<https://api.ptn.gob.ar/files/236-091.PDF>>

⁵⁷² THOMAS, Gustavo J., op. cit., pág. 57.

considerarse probados, en base a una profunda y cuidadosa valoración de cada prueba y del conjunto de todas ellas, como también el resultado de todo el procedimiento.

Afirma Carello que la “libre convicción” no implica la posibilidad de una decisión arbitraria, e incluso tampoco totalmente discrecional, ya que existe control jurisdiccional; y agrega, debe explicarse cómo se llega a esa convicción, de modo tal que al ejercerse eventualmente el derecho al contralor jurisdiccional, los jueces puedan evaluar si esa convicción libre a la cual ha llegado el funcionario es el fruto de un análisis objetivo, correcto y razonable de los hechos y las pruebas⁵⁷³.

e. Derecho a obtener una decisión fundada.

La Corte IDH ha señalado que las decisiones que adopten los órganos internos que puedan afectar derechos humanos deben estar debidamente fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias⁵⁷⁴.

Puntualmente, en referencia al ámbito administrativo expresó:

“En el presente caso la autoridad estatal administrativa encargada de resolver la solicitud de información no adoptó una decisión escrita debidamente fundamentada, que pudiera permitir conocer cuáles fueron los motivos y normas en que se basó para no entregar parte de la información en el caso concreto y determinar si tal restricción era compatible con los parámetros dispuestos en la Convención, con lo cual dicha decisión fue arbitraria y no cumplió con la garantía de encontrarse debidamente fundamentada protegida en el artículo 8.1 de la Convención”⁵⁷⁵.

Asimismo, el Tribunal ha establecido que la motivación “es la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión”⁵⁷⁶ y que “protege el derecho de los ciudadanos a ser juzgados por las razones que el Derecho suministra, y otorga credibilidad a las decisiones jurídicas en el marco de una sociedad democrática”⁵⁷⁷.

En la faz administrativa, y como consecuencia de todo procedimiento llevado a cabo en forma legal, el administrado tiene derecho a contar con una decisión estatal que

⁵⁷³ CARELLO, Luis A. y ECHEN, Diego E., op. cit., pág. 22.

⁵⁷⁴ Corte IDH. Caso Yatama vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 23/06/2005, párs. 152 y 153 y Caso López Mendoza vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas, 01/09/2011, pág. 141.

⁵⁷⁵ Corte IDH. Caso Claude Reyes y otros vs Chile, op. cit., pág. 122.

⁵⁷⁶ Corte IDH. Caso Apitz Barbera y otros vs Venezuela, op. cit., pág. 77. Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 21/11/2007, pág. 107; Caso López Mendoza vs. Venezuela, op. cit., pág. 141.

⁵⁷⁷ Corte IDH. Caso Apitz Barbera y otros (Corte Primera de lo Contencioso Administrativo) vs. Venezuela, op. cit., pág. 77; Caso López Mendoza vs. Venezuela, op. cit., pág. 141.

contemple sus alegaciones y peticiones y que la misma sea debidamente fundada. Ello no significa, tal como señala la Corte, que el deber de motivar exija una respuesta detallada a todos y cada uno de los argumentos de las partes, sino que puede variar según la naturaleza de la decisión; corresponde analizar en cada caso si dicha garantía ha sido satisfecha⁵⁷⁸.

La contracara de este derecho del administrado es la obligación de resolver motivadamente a cargo de la Administración como una de las “debidas garantías” incluidas en el artículo 8.1 para salvaguardar el derecho a un debido proceso⁵⁷⁹.

Esta obligación, la mayoría de las veces, se encuentra plasmada en la emisión del acto administrativo cuya motivación es condicionante de su validez. La Administración tiene el deber de expresar las razones de hecho y de derecho que determinan la emisión del acto, a fin de posibilitar que el particular conozca acabadamente los fundamentos de la voluntad administrativa que incide en la esfera de sus derechos. Como es sabido, tan importante es la garantía en cuestión que la falta de debida motivación del acto administrativo es causa directa de su invalidez.

En este sentido, la Corte ha expresado que la motivación debe mostrar que han sido debidamente tomados en cuenta los alegatos de las partes y que el conjunto de pruebas ha sido analizado. Además, la motivación demuestra a las partes que estas han sido oídas y, en aquellos casos en que las decisiones son recurribles, les proporciona la posibilidad de criticar la resolución y lograr un nuevo examen de la cuestión ante las instancias superiores⁵⁸⁰.

En el Reglamento para el trámite de actuaciones administrativas, el derecho de los administrados a obtener una decisión fundada se encuentra contemplado en el art. 1 inc. 9 al consagrar el principio de pronunciamiento expreso y en el inc. 10 d) como integrante del principio del debido proceso.

El inc. 9, al disponer que las autoridades administrativas tienen el deber de sustanciar y concluir toda presentación que haya dado lugar a un expediente administrativo, el que debe ser resuelto en forma expresa y fundada, robustece el derecho constitucional y convencional de peticionar frente a las autoridades y la consecuente obligación de responder fundadamente a cargo de la Administración.

⁵⁷⁸ Corte IDH. Caso Apitz Barbera y otros (Corte Primera de lo Contencioso Administrativo) vs. Venezuela, op. cit., pár. 90 y Caso López Mendoza vs. Venezuela, op. cit., pár. 146

⁵⁷⁹ Corte IDH. Caso López Mendoza vs. Venezuela, op. cit., pár. 141.

⁵⁸⁰ Corte IDH. Caso Apitz Barbera y otros (Corte Primera de lo Contencioso Administrativo) vs. Venezuela, op. cit., pár. 78.

Por su parte, el inc. 10 d), al referir a las garantías del debido proceso adjetivo, establece que el acto decisorio debe hacer expresa y fundada consideración de los principales argumentos de hecho y derecho y de las cuestiones propuestas, en tanto hubieren sido conducentes a la solución del caso.

Que el administrado tenga cabal conocimiento de los hechos y el derecho que tomó en consideración la Administración pública para emitir su voluntad –decisión– hace también, sin lugar a dudas, a operativizar el derecho a la tutela administrativa efectiva.

2.3. La prevención administrativa como rasgo determinante de la tutela efectiva.

La máxima virtualidad protectora de la tutela administrativa efectiva estará dada en la medida en que la misma pueda desplegarse de manera preventiva. El medio eficaz para lograr ese despliegue es el ejercicio del control de convencionalidad a cargo del órgano ejecutivo conforme al ámbito de sus propias competencias.

Al estudiar el control preventivo de convencionalidad en el capítulo anterior, se sostuvo que al ser articulado por el órgano ejecutivo implica operativizar en el ámbito de la Administración Pública la obligación general de garantía establecida en los arts. 1.1 y 2 de la CADH.

De dicha operatividad, y según el análisis efectuado por la Corte IDH, la obligación de prevención deriva de la obligación general de garantía e impone al Estado el deber de adoptar todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito que, como tal, es susceptible de acarrear sanciones para quien las cometa, así como la obligación de indemnizar a las víctimas por sus consecuencias perjudiciales⁵⁸¹.

En consecuencia, la tutela será realmente efectiva si puede garantizarse de manera preventiva. Para ello, la prevención administrativa debe proyectarse de manera particular en el ejercicio de la función administrativa.

Gutiérrez Colantuono sostiene la necesidad de una nueva mirada de las funciones administrativas incorporando la función preventiva que ilumina todo el Derecho Administrativo nucleadas en el nuevo rol de las Administraciones públicas: el rol preventivo⁵⁸².

⁵⁸¹ Corte IDH. Caso González y otras (Campo Algodonero) vs. México, op. cit., pár. 252.

⁵⁸² GUTIÉRREZ COLANTUONO. Control de convencionalidad en la Administración pública. op. cit., pág. 128.

La función preventiva es, en este sentido, complementaria de las demás funciones que cumplen las Administraciones Públicas⁵⁸³.

Al encontrarse la Administración pública directamente obligada por el derecho convencional, el despliegue de la función preventiva debe implicar el reconocimiento operativo de los derechos de las personas y el resguardo de la dignidad humana como centro y fin del ordenamiento y piso mínimo en el diseño e implementación de las políticas públicas. La función administrativa debe representar la adopción espontánea de medidas y prácticas para dar efectividad a los derechos humanos, como así también para remover cualquier obstáculo al disfrute de los mismos.

De esta manera, la función preventiva de la tutela administrativa exige que la Administración actúe de oficio para dar efectividad al cumplimiento de las obligaciones convencionales.

Al respecto, el autor citado afirma que las Administraciones públicas pasan a ser todo menos abstencionistas, ya que deben comportarse activamente para incorporar espontáneamente los deberes éticos universales de los derechos humanos asumidos. En otras palabras, emerge una actitud activa antes que pasiva en la protección y promoción de los compromisos internacionales. Se debe tomar la iniciativa para remover cualquier valla a la efectividad de los derechos⁵⁸⁴.

Asimismo, la actuación oficiosa de la Administración también evita que las personas deban acudir a la instancia judicial para el resguardo de sus derechos, ya que los mismos son garantizados en la esfera administrativa.

La tutela administrativa efectiva se ubica en un estadio previo al nacimiento de la controversia que se somete al juez y busca prevenir el planteamiento del conflicto en sede judicial el que, de generarse, activa la plena virtualidad de la tutela judicial efectiva.

De igual manera que la tutela administrativa efectiva previene el surgimiento del conflicto judicial, también previene la eventual responsabilidad internacional del Estado por haber desconocido en dicha sede la vigencia de los derechos humanos y los compromisos internacionales asumidos. En esta dirección, y a fin de comprender acabadamente la obligación de prevención, merece atención lo afirmado por la Corte IDH:

“El carácter *erga omnes* de las obligaciones convencionales de garantía a cargo de los Estados no implica una responsabilidad ilimitada de los Estados frente a cualquier acto o hecho de particulares, pues sus deberes de adoptar medidas de prevención y protección de los particulares en sus relaciones

⁵⁸³ *Ibidem*, pág. 129.

⁵⁸⁴ *Ibidem*, pág. 132.

entre sí se encuentran condicionados al conocimiento de una situación de riesgo real e inmediato para un individuo o grupo de individuos determinado y a las posibilidades razonables de prevenir o evitar ese riesgo. Es decir, aunque un acto, omisión o hecho de un particular tenga como consecuencia jurídica la violación de determinados derechos humanos de otro particular, aquel no es automáticamente atribuible al Estado, pues debe atenderse a las circunstancias particulares del caso y a la concreción de dichas obligaciones de garantía”⁵⁸⁵.

De esta forma, la prevención administrativa como rasgo determinante de la tutela efectiva implica concebir una Administración pública convencionalizada, es decir, al servicio de las personas y cuyo fin esencial es el aseguramiento de sus derechos; convencionalización que no deriva del carácter de la autoridad dentro de la estructura del Estado, sino de la naturaleza de la función que esta ejerce en el caso concreto y de la trascendencia que dicho ejercicio puede tener en relación con los derechos y los deberes del ciudadano que comparece ante ella, esgrimiendo el derecho que considera tener y aguardando la decisión fundada que debe recaer a la pretensión que manifiesta⁵⁸⁶.

2.4. El principio pro persona como principio rector de la tutela administrativa efectiva.

El principio *pro persona* es, junto con el de tutela administrativa efectiva, uno de los principios sustanciales del obrar estatal por derivar en forma directa y operativa del derecho convencional y tener por objeto y fin el resguardo de los derechos humanos de las personas frente al ejercicio del poder público. Como lo ha expresado la Corte IDH, en la protección a los derechos humanos está necesariamente comprendida la noción de la restricción al ejercicio del poder estatal⁵⁸⁷.

Si bien ambos principios comparten la esencialidad de ser sustanciales en el trámite de las actuaciones a cargo de la Administración pública, el *pro persona* se erige en rector del de tutela administrativa efectiva por la amplitud de su finalidad y la inescindible y necesaria complementariedad en el refuerzo de la tutela.

El fundamento esencial del principio se encuentra al reconocer que la protección de los derechos humanos parte de afirmar la existencia de ciertos atributos inviolables de la persona humana que no pueden ser legítimamente menoscabados por el ejercicio del poder

⁵⁸⁵ Corte IDH. Caso Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia, op. cit., pár. 123

⁵⁸⁶ Corte IDH. Claude Reyes y otros vs. Chile, op. cit., voto razonado del Juez García Ramírez, pár. 12.

⁵⁸⁷ Corte IDH. OC- 6/86, pár. 21.

público⁵⁸⁸ y la consecuente consagración de los mismos en instrumentos internacionales vigentes en el ordenamiento jurídico, dirigidos a reconocer derechos y libertades a las personas y no a facultar a los Estados para hacerlo”⁵⁸⁹.

Además de ser un principio sustancial, constituye un método interpretativo de obligatoria observancia para todas las autoridades administrativas que determinan derechos y obligaciones de las personas, en el ámbito de sus respectivas competencias. La obligatoriedad parte de reconocer la especialidad del sistema de protección de los derechos humanos, en el que sus normas establecen pisos mínimos de protección y máximos de restricción.

En este sentido, la Administración pública constituye el ámbito propicio no sólo para asegurar los mínimos de protección sino para garantizar el mayor nivel posible de goce de los derechos fundamentales, en el entendimiento de que la actividad administrativa se encuentra al servicio de las personas y su fin esencial es el aseguramiento de los derechos humanos. Como afirma Cassagne, el principio *pro homine*, sustentado en la dignidad de la persona, refuerza la visión instrumental de las instituciones al servicio de los derechos fundamentales⁵⁹⁰.

En el plano normativo, el numeral 31.I. de la CVDT al establecer como regla general que los tratados deben ser interpretados teniendo en cuenta su objeto y fin, y según el fin de los tratados sobre derechos humanos que no es otro que la protección más amplia de los derechos de las personas, se determina que la interpretación de los mismos no puede ni debe apartarse de tal objetivo. Opera así el principio *pro persona*.

En referencia a dicha disposición, y por ejemplo en relación al derecho a un debido proceso, la Corte ha sostenido que debe ser analizado de acuerdo al objeto y fin de la Convención Americana, cual es la eficaz protección de la persona humana, es decir, debe hacerse una interpretación *pro persona*⁵⁹¹.

Por su parte, los arts. 29 y 30 de la CADH, relativos a las normas de interpretación y al alcance de las restricciones permitidas al goce y ejercicio de los derechos y libertades

⁵⁸⁸ *Ibidem*.

⁵⁸⁹ Corte IDH. OC 7/86, pár. 24.

⁵⁹⁰ CASSAGNE, Juan C. Los grandes principios del Derecho Público Constitucional y Administrativo, Buenos Aires, La Ley, 2015, pág. 49.

⁵⁹¹ Corte IDH. Caso 19 comerciantes Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas, 05/07/2004, pár. 173.

respectivamente, también fundamentan el principio *pro persona*, además de diversos instrumentos internacionales del ámbito universal suscriptos por nuestro país⁵⁹².

Conceptualmente, el principio *pro persona* ha sido definido como un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o interpretación más extensiva, cuando se trate de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria. Este principio coincide con el rasgo fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es, estar siempre a favor del hombre⁵⁹³.

Se ha afirmado también, que el principio *pro persona* indica que el intérprete ha de seleccionar y aplicar la norma jurídica que en cada caso resulte más favorable para la persona humana, para su libertad y sus derechos, cualquiera sea la fuente que la suministre, ya sea interna o internacional⁵⁹⁴.

En la misma dirección, la CSJN ha sostenido que el *pro homine* es un principio hermenéutico que impone al operador jurídico “privilegiar la interpretación legal que más derechos acuerde al ser humano frente al poder estatal”⁵⁹⁵. Además, ha precisado que el principio *pro persona* informa todo el derecho de los derechos humanos, es connatural con el derecho internacional de los derechos humanos e impone escoger el resultado que proteja en mayor medida al ser humano, dentro de lo que las normas aplicables posibiliten⁵⁹⁶.

⁵⁹² A modo de ejemplo, pueden mencionarse los arts. 29.2 y 30 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el art. 5 del PIDCP, el art. 5 del PIDESC, el art. 41 de la Convención sobre los Derechos del Niño; el art. 23 Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.

⁵⁹³ PINTO, Mónica. El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos. En: ABREGÚ, M. y COURTIS, C. (comps.). La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales, Buenos Aires, Editores del Puerto-CELS, 1997, pág. 163.

⁵⁹⁴ BIDART CAMPOS, G. Tratado elemental de derecho constitucional argentino, Buenos Aires, Ediar, 2000, t. I-A; en igual sentido BIDART CAMPOS, G. Las fuentes del derecho constitucional y el principio *pro homine*. En: GIL DOMÍNGUEZ, A. y BIDART CAMPOS, G. (coords.) El derecho constitucional del siglo XXI: diagnóstico y perspectivas, Buenos Aires, Ediar, 2001, pág. 13.

⁵⁹⁵ CSJN. Acosta, Alejandro Esteban s/ Infracción art. 14, 1º párrafo Ley N.º 23.737 - causa N.º 28/05C, 23/04/2008, consid. 6.

⁵⁹⁶ CSJN. Asociación de Trabajadores del Estado s/ Acción de Inconstitucionalidad, 18/06/2013.

La doctrina señala que pueden diferenciarse dos directrices o reglas principales, una de preferencia de normas y otra de preferencia interpretativa⁵⁹⁷.

La primera, a su vez, puede manifestarse como la preferencia de la norma más protectora, en virtud de la cual ante una situación a la que es posible aplicar más de una norma vigente corresponde la aplicación de la norma más favorable a la persona, con independencia de su nivel jurídico⁵⁹⁸.

Lo que importa es la aplicación de la norma que mejor de vigencia a los derechos humanos sin importar la posición que ocupe en el entramado jurídico⁵⁹⁹.

En este supuesto, la Corte IDH, invocando el art. 29 b) de la CADH, ha sostenido con claridad:

“Si a una misma situación son aplicables la Convención Americana y otro tratado internacional, debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana. Si la propia Convención establece que sus regulaciones no tienen efecto restrictivo sobre otros instrumentos internacionales, menos aún podrán traerse restricciones presentes en esos otros instrumentos, pero no en la Convención, para limitar el ejercicio de los derechos y libertades que esta reconoce”⁶⁰⁰.

Asimismo, esta directriz puede manifestarse también como la conservación de la norma más favorable, atendiendo a que las normas sobre derechos humanos contenidas en tratados internacionales no derogan disposiciones nacionales que establezcan protecciones más favorables a la persona humana⁶⁰¹. El principio supondría añadir un elemento de temporalidad, ya que se trataría de casos en que existiría un diverso nivel de protección entre la norma “nueva” y “antigua”, sosteniéndose la necesidad de mantener la norma más protectora⁶⁰².

⁵⁹⁷ SAGÜÉS, Néstor P. La Interpretación de los Derechos Humanos en las Jurisdicciones Nacional e Internacional, Buenos Aires, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, 1998, pág. A-6; CASTILLA, Karlos. El principio *pro persona* en la administración de justicia. [en línea] Cuestiones constitucionales, enero-junio 2009, N.º 20 <<https://www.scielo.org.mx/pdf/cconst/n20/n20a2.pdf>> [consulta: 3/02/2024]; PINTO, Mónica. El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos, op. cit.; NÚÑEZ, Constanza. Una aproximación conceptual al principio *pro persona* desde la interpretación y argumentación jurídica. [en línea] Materiales de Filosofía del Derecho, 2017, N.º02, <<https://www.corteidh.or.cr/tablas/r37509.pdf>> [consulta: 4/02/2024]

⁵⁹⁸ SAGÜÉS, Néstor P., op. cit., pág. 37.

⁵⁹⁹ CASTILLA, Karlos, op. cit., pág. 72.

⁶⁰⁰ Corte IDH. OC-5/85, op. cit., pár. 52.

⁶⁰¹ De conformidad con los arts. 29 de la CADH y 5 del PIDCP.

⁶⁰² NÚÑEZ, Constanza, op. cit., pág. 13.

Al tratarse de derechos fundamentales, lo que se busca es la vigencia de estos por encima de reglas de jerarquía y temporalidad, a fin de lograr la conservación de las normas más favorables para el ejercicio de los derechos humanos⁶⁰³.

Por su parte, la segunda directriz, de preferencia interpretativa, implica elegir entre varias interpretaciones posibles de una sola norma aquella que en mayor medida o de manera más efectiva proteja el derecho humano contenido en la misma (preferencia interpretativa extensiva) y, a su vez, optar por la interpretación que menos limite el derecho cuando se trata de una norma que establece restricciones o suspensiones extraordinarias a los derechos humanos (preferencia interpretativa restringida).

En este sentido, en el ámbito de la Corte IDH se ha referido al principio *pro persona* como un “principio de interpretación extensiva de los derechos humanos y restrictiva de sus limitaciones”⁶⁰⁴. Se afirmó que “la naturaleza misma de los derechos humanos obliga a interpretar extensivamente las normas que los consagran o amplían y restrictivamente las que los limitan o restringen. Ese criterio fundamental –principio pro homine del Derecho de los Derechos Humanos–, conduce a la conclusión de que su exigibilidad inmediata e incondicional es la regla, y su condicionamiento la excepción”⁶⁰⁵.

En aplicación de la interpretación extensiva, la Corte ha expresado:

“El sistema de protección internacional debe ser entendido como una integralidad, principio recogido en el artículo 29 de la Convención Americana, el cual impone un marco de protección que siempre da preferencia a la interpretación o a la norma que más favorezca los derechos de la persona humana, objetivo angular de protección de todo el Sistema Interamericano. En este sentido, la adopción de una interpretación restrictiva en cuanto al alcance de la competencia de este Tribunal no sólo iría contra el objeto y fin de la Convención, sino que además afectaría el efecto útil del tratado mismo y de la garantía de protección que establece, con consecuencias negativas para la presunta víctima en el ejercicio de su derecho de acceso a la justicia”⁶⁰⁶.

En otro precedente y también en aplicación extensiva del principio *pro persona* el Tribunal afirmó:

“A la luz del desarrollo ocurrido en el derecho internacional en las últimas décadas, la expresión ‘trata de esclavos y de mujeres’ del artículo 6.1 de la Convención Americana debe ser interpretada

⁶⁰³ CASTILLA, Karlos, op. cit., pág. 75.

⁶⁰⁴ Corte IDH. OC-5/85, op. cit., opinión separada del Juez Rodolfo E. Piza Escalante, pár. 12.

⁶⁰⁵ Corte IDH. OC-7/86, op. cit., opinión separada del Juez Rodolfo E. Piza Escalante, pár. 36.

⁶⁰⁶ Corte IDH. Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 23/11/2010, pár. 34 y 35. En el mismo sentido, Corte IDH. Caso González y otras (Campo Algodonero) vs. México, op. cit.

de manera amplia para referirse a la ‘trata de personas’. De la misma forma que la trata de esclavos y de mujeres tienen como fin la explotación del ser humano, la Corte no podría limitar la protección conferida por ese artículo únicamente a las mujeres o a los dichos ‘esclavos’, bajo la óptica de la interpretación más favorable al ser humano y el principio *pro persona*. Lo anterior es importante para dar efecto útil a la prohibición prevista en la Convención Americana de conformidad con la evolución del fenómeno de la trata de seres humanos en nuestras sociedades”⁶⁰⁷.

Finalmente, en cuanto a la preferencia interpretativa restringida, el Tribunal ha explicado el alcance del principio *pro homine* en relación con las restricciones de los derechos humanos, expresando que “entre varias opciones para alcanzar ese objetivo debe escogerse aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido. Es decir, la restricción debe ser proporcional al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro legítimo del objetivo”⁶⁰⁸.

3. La tutela administrativa efectiva en la Provincia de Santa Fe. Tratamiento en el Reglamento para el trámite de actuaciones administrativas (Decreto N.º 4174/2015).

La tutela administrativa efectiva en la Provincia de Santa Fe tiene expreso reconocimiento a partir del año 2015 con la emisión del Decreto N.º 4174 que aprobó el Reglamento para el trámite de actuaciones administrativas, cuya entrada en vigencia operó el 1º de abril de 2016.

La aprobación del Reglamento significó el cumplimiento formal por parte del Poder Ejecutivo provincial de las obligaciones convencionales, especialmente del art. 2 de la CADH, en cuanto ordena al Estado adoptar aquellas medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades reconocidos en la Convención. Cumplimiento formal, en cuanto se trata de la emisión de un decreto autónomo dictado por el Poder Ejecutivo en ejercicio de las atribuciones conferidas por el art. 72 inc. 4 de la Constitución Provincial⁶⁰⁹ para consagrar expresa y positivamente en el ámbito administrativo provincial el derecho convencional, saldando así una deuda hasta

⁶⁰⁷ Corte IDH. Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 20/10/2016, pár. 289.

⁶⁰⁸ Corte IDH, OC-5/85, op. cit., pár. 46.

⁶⁰⁹ La regulación del procedimiento administrativo por decreto, y no por ley, fue declarado en su momento constitucional por la Corte Suprema de Justicia provincial en el fallo “Oitana”. No obstante, nada impide que el Poder Ejecutivo presentara, de considerarlo conveniente, un proyecto de ley sobre el particular.

entonces existente con el derecho internacional de los derechos humanos. Si bien con anterioridad a la sanción del Reglamento la operatividad de este derecho era plenamente exigible⁶¹⁰, el nuevo régimen implicó no sólo la derogación de la reglamentación anterior, vigente desde el año 1958 por Decreto N.º 10.204, y su reemplazo por una norma acorde a los estándares convencionales, sino que además contribuyó a consolidar el proceso de reforma y modernización del Estado en el que se inscribe a la Administración pública provincial como una Administración convencionalizada al servicio de las personas y cuyo fin esencial es el aseguramiento de sus derechos.

Se propició un nuevo plexo procedimental ágil, moderno, de cara al ciudadano, que plasmara los principios propios de un Estado social y democrático de Derecho; dicha tarea demanda la consagración en la normativa procedimental de lo establecido tanto en los instrumentos internacionales que se han incorporado a nuestra Carta Magna (artículo 75º, inciso 22º), como en todos aquellos que ha suscripto la República Argentina como parte⁶¹¹.

En este contexto, la tutela administrativa efectiva ocupa un lugar central en la Administración Pública santafesina, operando con plena virtualidad las garantías del art. 8 de la CADH y colocando, en consecuencia, a la persona y su dignidad como centro y fin del ordenamiento jurídico provincial.

El art. 1 del Reglamento dispone que toda actuación administrativa deberá sujetarse a los principios básicos y esenciales que, con carácter meramente enunciativo, a continuación se indican. Y desarrolla trece incisos, abordando en primer lugar el principio de la tutela administrativa efectiva.

En forma preliminar, merece atención que el Reglamento, al referir a toda actuación administrativa, resulta aplicable en el ámbito de la Administración pública provincial⁶¹²,

⁶¹⁰ Los instrumentos internacionales de derechos humanos son exigibles desde el momento de su adopción por el Estado argentino. Con la reforma constitucional de 1994, los mencionados en el art. 75 inc. 22 y los que en el futuro se incorporen según el procedimiento allí establecido tienen jerarquía constitucional en las condiciones de su vigencia. Si bien ciertas normas y pronunciamientos de protección de derechos humanos (CADH, art. 75 inc. 22 CN, obligatoriedad de la jurisprudencia de la Corte IDH) no integraban nuestro ordenamiento jurídico al momento de la adopción del Decreto N.º 10.204/58, sí lo integraron con posterioridad aunque antes de la sanción del Decreto N.º 4.174/15.

⁶¹¹ Decreto provincial N.º 4174/2015, considerandos pár. 4 y 5.

⁶¹² El art. 98 del Decreto N.º 4174/15 establece: “Este reglamento será de aplicación en toda gestión, expediente o actuación administrativa, cuyo diligenciamiento o procedimiento de trámite no esté expresamente establecido por una ley especial o su decreto reglamentario”. Y el art. 99 dispone: “También será de aplicación, subsidiariamente, aún cuando el trámite esté regido por una ley especial o su decreto

tanto centralizada como descentralizada, identificada con el Poder Ejecutivo, atento que las cuestiones administrativas del Poder Legislativo y Judicial se rigen por sus leyes particulares.

Por su parte, el carácter enunciativo de los principios permite incorporar al procedimiento administrativo otros principios siempre que los mismos tiendan a brindar una mayor protección de los derechos del particular y una optimización de los cometidos de la Administración pública provincial.

La enunciación y no taxatividad de los principios se corresponde con el estándar convencional de que los contenidos de los instrumentos internacionales de derechos humanos establecen pisos mínimos de protección –y no máximos–, debiendo los Estados pensar, diseñar e implementar normas, prácticas y políticas públicas siempre que las mismas resulten más protectoras de los derechos y garantías de las personas. Como ha afirmado la Corte IDH, el *corpus iuris* del derecho internacional de los derechos humanos se compone de una serie de reglas expresamente establecidas en tratados internacionales o recogidas en el derecho internacional consuetudinario como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho, así como de los principios generales de derecho y de un conjunto de normas de carácter general o de *soft law*, que sirven como guía de interpretación de las primeras, pues dotan de mayor precisión a los contenidos mínimos fijados convencionalmente⁶¹³.

En consecuencia, y según el art. 1 del Reglamento, podrán invocarse y aplicarse en las actuaciones tramitadas ante la Administración pública santafesina no sólo los principios indicados en sus trece incisos, sino también otros principios jurídicos en tanto los mismos revistan el carácter tuitivo mencionado. De ahí que la norma refiera a los principios explicitados en los trece incisos como básicos y esenciales.

En este sentido, Thomas sostiene que los principios planteados en el artículo 1º (a los cuales se llamará “concentrados”) deben integrarse con los estipulados en el resto del decreto, a los que se denominará “desconcentrados”⁶¹⁴. En relación a estos, el autor expresa que no han sido incluidos en los primeros trece incisos de este decreto, pero que son de

reglamentario, si esta o este no contemplan, en forma expresa, el procedimiento a seguir en una diligencia o cuestión en particular”.

⁶¹³ Corte IDH. Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance de los arts. 4.1 y 5.1, en relación con los arts. 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-23/17, 15/11/2017, pár. 45.

⁶¹⁴ THOMAS, Gustavo J., op. cit., pág. 21.

aplicación al régimen santafesino por reconocimiento, en los considerandos del decreto, de los pactos internacionales citados expresamente⁶¹⁵.

Asimismo, resulta interesante que el art. 1 del Reglamento, al mencionar cada uno de los principios a los que debe sujetarse toda actuación administrativa, no se limita a su sola mención, sino que describe el contenido fundamental que deben contener para su debida operatividad.

En relación al contenido del art. 1, Lisa sostiene que en él conviven disposiciones que –por su alto nivel de precisión y detalle– resultan ser más reglas que principios⁶¹⁶. Y en función de ello agrega:

“Y naturalmente, la distinción entre los verdaderos principios y lo que al parecer serían reglas tiene –entre otras– una importancia práctica fundamental: los principios ya regían con anterioridad a la sanción del Reglamento; las reglas, en cambio, rigen desde el 1.4.2016.

De ese modo, podría válidamente postularse la ilegitimidad de un acto administrativo dictado con anterioridad a la vigencia del Reglamento por ser contrario a un principio del procedimiento administrativo; pero no predicarse dicha ilegitimidad con base en que debió cumplimentarse una exigencia que –si bien aportaría a la optimización del principio– no estaba prevista expresamente en el ordenamiento jurídico.

En suma, con mucha anterioridad al Reglamento se han anulado actos administrativos con fundamento en la violación de los principios –entre otros– de la tutela administrativa efectiva y del debido procedimiento administrativo”⁶¹⁷.

Al describir el contenido del principio de tutela administrativa efectiva, el inc. 1 del art. 1 del Reglamento establece: “El procedimiento administrativo debe tramitarse en legal forma y garantizar la posibilidad de ocurrir y recurrir, en los términos y con los alcances que determine la ley o el reglamento, ante las autoridades públicas competentes y a obtener de ellas una decisión fundada, útil y oportuna”.

El tratamiento de la tutela administrativa efectiva a nivel provincial resulta acorde con los estándares convencionales, jurisprudenciales y doctrinarios desarrollados en los puntos precedentes del presente capítulo.

Incluso los términos utilizados en el inc. 1 son coincidentes con la definición de tutela administrativa efectiva dada por la CSJN en el precedente “Astorga Bracht”⁶¹⁸. Es decir, este instituto se relaciona al derecho de defensa y el debido proceso adjetivo, donde

⁶¹⁵ *Ibídem*, pág. 76.

⁶¹⁶ LISA, Federico, op. cit., pág. 96.

⁶¹⁷ *Ibídem*, pág. 97.

⁶¹⁸ CSJN. Astorga Bracht, op. cit., consid. 7.

Santa Fe toma para sí el estándar de protección en la faz administrativa que el Estado se encuentra obligado a cumplir y que es el de la tutela judicial efectiva⁶¹⁹.

No obstante, merece atención la amplitud con que el Reglamento aborda el principio atento a que consagra la garantía de ocurrir, y agrega también la de recurrir ante la autoridad administrativa para obtener una respuesta, a diferencia del precedente “Astorga Bracht” que sólo refiere a la posibilidad de ocurrir.

El particular ocurre cuando, a través de un reclamo, denuncia o presentación, solicita a la Administración Pública la emisión de una decisión. Es el particular el que pretende de la Administración la expresión de la voluntad administrativa. En cambio, recurre cuando la voluntad administrativa ya ha sido expresada por el dictado de un acto administrativo que afecta sus derechos, correspondiendo articular, en tal caso, los respectivos recursos.

Es decir, la tutela administrativa efectiva debe regir en ambos supuestos; en el procedimiento administrativo de formación del acto primigenio y en el procedimiento impugnativo articulado por el particular contra un acto administrativo que considera lesivo.

En relación a la etapa recursiva, resulta destacar que la vigencia de la tutela administrativa efectiva permite admitir dentro de su ámbito la exigencia del agotamiento de la vía administrativa. Al respecto, Lisa ha sostenido:

“Es evidente que el propio bloque de juridicidad supranacional (ese mismo que consagra el derecho a la tutela judicial efectiva), al garantizar también el derecho a la tutela administrativa efectiva, admite la posibilidad de que, en tanto sean efectivos, existan recursos susceptibles de ser resueltos por autoridades administrativas, las que, además, deberán desarrollar las posibilidades del recurso judicial. De este modo, puede afirmarse que el ordenamiento supranacional está convalidando la existencia de un verdadero sistema de justicia administrativa, integrado no sólo por recursos y acciones judiciales, sino también por mecanismos de tutela administrativos”⁶²⁰.

Ahora bien, tanto la ocurrencia como la recurrencia ante la autoridad pública competente tienen por finalidad hacer efectivo el derecho del particular de peticionar ante las autoridades y obtener de estas una decisión fundada, útil y oportuna, lo que a su vez constituye una obligación indeclinable a cargo de la Administración.

Dicha finalidad pone de manifiesto la doble funcionalidad con que opera el principio en análisis; como derecho de todas personas en su vinculación con la

⁶¹⁹ THOMAS, Gustavo J., op. cit., pág. 22.

⁶²⁰ LISA, Federico J. Agotamiento de la instancia administrativa y silencio administrativo frente al derecho del administrado a obtener una resolución expresa, Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública (336):165-206, Buenos Aires, 2006.

Administración y, al mismo tiempo, como obligación estatal de estricta observancia en toda actuación pública.

La obligación a cargo de la Administración de emitir una decisión fundada, útil y oportuna hace a la esencia de la efectividad de la tutela e implica la imposibilidad de admitir en el ámbito provincial el silencio administrativo o asignarle efectos a la denegación tácita frente a los planteos de los administrados⁶²¹.

Afirma Carello que cuando el particular ocurre o recurre ante la autoridad pública competente tiene derecho a obtener una decisión fundada (por la exigencia de la motivación suficiente), que sea útil y oportuna. Era incomprensible que la Administración hiciera oídos sordos a los pedidos de los particulares, limitándose a permanecer callada. Ahora no cabe duda de que debe existir una decisión expresa ante el pedido o recurrimiento. Nada ya de denegatoria tácita o de mutismo administrativo. El incumplimiento constituye una falta del funcionario competente⁶²².

Por su parte, Thomas sostiene que el administrado tiene derecho a saber el porqué del rechazo, radicando en estas razones las pruebas (usualmente) de la ineficiencia o de la irrazonabilidad de la decisión administrativa. Por ello, de la mano del derecho a una respuesta –y en tiempo útil–, está el derecho a una decisión fundada⁶²³.

La decisión fundada, derivada del mandato constitucional de motivación suficiente y que hace al principio de tutela administrativa efectiva, se complementa con la disposición del inciso 9 del mismo art. 1 que refiere al principio de pronunciamiento expreso y establece que las autoridades administrativas tienen el deber de sustanciar y concluir toda presentación que haya dado lugar a un expediente administrativo y que, por imperio del reglamento, deba ser resuelto en forma expresa y fundada. Agrega además, que las autoridades administrativas no podrán abstenerse de resolver bajo pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de los preceptos aplicables al caso.

Si bien la norma alude a la resolución expresa y fundada por imperio del Reglamento, merece atención que de acuerdo a los estándares convencionales toda presentación ante la Administración pública requiere de una respuesta expresa y fundada en reconocimiento de los derechos y garantías de los administrados y no sólo por la imposición de un Decreto provincial.

⁶²¹ No obstante, el silencio de la Administración puede ser entendido como denegación tácita en favor del administrado para evitar que la inacción administrativa le impida continuar con la impugnación del acto en dicho ámbito o, según el caso, en sede judicial.

⁶²² CARELLO, Luis A. y ECHEN, Diego E., op. cit., pág. 21.

⁶²³ THOMAS, Gustavo J., op. cit., pág. 25.

Del mismo modo, el inc. 10 d) del art. 1 del Reglamento refuerza la exigencia de la decisión expresa y fundada como obligación a cargo de la Administración dentro de las reglas del debido proceso, complementando también el principio de tutela administrativa efectiva.

Tal como se sostuvo en el presente capítulo, si bien la tutela administrativa efectiva no limita su contenido al principio del debido proceso adjetivo, el mismo, en cuanto medio o mecanismo esencial para la sustanciación de las actuaciones administrativas y la consecuente obtención de la tutela, constituye su parte principal.

En este sentido, y como especial complemento del principio de tutela administrativa efectiva, el inc. 10 consagra el principio del debido proceso disponiendo:

“Se observarán las reglas del debido proceso adjetivo, respetándose las pertinentes garantías constitucionales, en especial:

- (a) De exponer las razones de sus pretensiones y defensas antes de la emisión de actos que se refieran a sus intereses y hacerse patrocinar y representar profesionalmente. En los casos en que se planteen o debatan cuestiones jurídicas, la Administración Pública Provincial advertirá al administrado sobre la conveniencia de contar con asesoramiento jurídico para la mejor defensa de su derecho;
- (b) De ofrecer prueba y que ella se produzca, si fuere pertinente, dentro del plazo que fije la Administración Pública Provincial en cada caso, atendiendo a la complejidad del asunto y a la índole de la que deba producirse, debiendo esta requerir y producir los informes y dictámenes necesarios para el esclarecimiento de los hechos y de la verdad jurídica objetiva, todo con el contralor de los administrados y sus profesionales, quienes podrán presentar alegatos una vez concluido el período probatorio;
- (c) De acceder por sí o a través de apoderado o letrado patrocinante a las actuaciones administrativas durante todo su trámite, salvo lo dispuesto en leyes especiales, reglamentos basados en ellas y en los supuestos contemplados en la normativa referida al acceso de los particulares a la información pública;
- (d) Que el acto decisorio haga expresa y fundada consideración de los principales argumentos de hecho y derecho y de las cuestiones propuestas, en tanto hubieren sido conducentes a la solución del caso”.

En la misma tesitura de reconocimiento de la tutela efectiva del administrado, el art. 96 del Reglamento establece la responsabilidad directa de las autoridades administrativas y agentes públicos en la remoción de los obstáculos que impidan, dificulten o retrasen el ejercicio pleno de los derechos de los peticionantes, disponiendo lo necesario

para evitar y eliminar toda anormalidad o atraso irrazonable en la tramitación de procedimientos⁶²⁴.

En mérito de lo expuesto, en la provincia de Santa Fe, el Reglamento para el trámite de actuaciones administrativas aborda la tutela administrativa efectiva como uno de los principios básicos y esenciales a los que debe sujetarse toda actuación administrativa. Abordaje que realiza junto a otros principios mencionados en el propio art. 1, aunque también diseminados por el resto del articulado e incluso en los considerandos del mismo Decreto provincial. Todos ellos deben funcionar de manera armónica y complementaria e implementarse cada uno con mayor o menor intensidad según el trámite administrativo de que se trate atento las múltiples funciones que cumple la Administración Pública santafesina.

Como se ha sostenido a lo largo del presente capítulo, el tratamiento de la tutela administrativa efectiva como principio permite dimensionar eficazmente su despliegue con una doble funcionalidad: como derecho irrenunciable de todas personas en su vinculación con la Administración y, a su vez, como obligación de garantía asumida por el Estado y de estricta observancia en toda actuación administrativa.

3.1. Principales efectos de la tutela administrativa efectiva en la Provincia de Santa Fe y desafíos de la Administración pública provincial.

La consagración expresa del principio de la tutela administrativa efectiva en el Reglamento produjo importantes efectos no sólo en el trámite de las actuaciones administrativas, sino también en el proceso de humanización del derecho administrativo en general y de la Administración Pública santafesina en particular. Implicó además, constantes y evolucionados desafíos en el quehacer administrativo.

⁶²⁴ Art. 96 Decreto provincial N.º 4174/15: Las autoridades administrativas y los agentes públicos que tuviesen a su cargo la resolución o el despacho de los asuntos, serán responsables directos de su tramitación y adoptarán las medidas oportunas para remover los obstáculos que impidan, dificulten o retrasen el ejercicio pleno de los derechos de los peticionantes, disponiendo lo necesario para evitar y eliminar toda anormalidad o atraso irrazonable en la tramitación de procedimientos.

En cuanto a los principales efectos pueden mencionarse:

a. La transversalización del derecho convencional, especialmente de los estándares vigentes en el SIDH, para ser asumido y efectivizado en la práctica concreta por las distintas áreas que conforman la Administración pública provincial. Ello determina una Administración pública convencionalizada, es decir, condicionada y enriquecida con dichos estándares y con las normas, principios, interpretaciones y valores provenientes del corpus iuris interamericano de derechos humanos.

b. La positivización provincial del derecho convencional y constitucional de todas las personas de presentarse ante las autoridades públicas competentes para expresar sus pretensiones y exponer sus argumentos en toda actuación administrativa que pueda incidir en la esfera de sus derechos, como también el derecho a obtener de dichas autoridades una respuesta fundada, útil y oportuna.

La positivización de este derecho determina la aplicación directa en el ámbito de la Administración pública provincial de las garantías mínimas previstas en el art. 8 de la CADH⁶²⁵ y los estándares establecidos por la Corte IDH.

c. Como contrapartida, la positivización provincial de la obligación convencional y constitucional a cargo de la Administración pública de tramitar en legal forma y resolver –dar respuesta– expresa (además de fundada, útil y oportuna) a las presentaciones del particular. El incumplimiento de esta obligación constituye por sí mismo una falta pasible de sanción que genera la responsabilidad del agente estatal que expresa u omite expresar la voluntad administrativa y, eventualmente, la responsabilidad internacional del Estado (se desarrollará este punto en el capítulo siguiente).

d. La operatividad del control preventivo de convencionalidad ejercido por la Administración pública provincial, en el ámbito de sus respectivas competencias, como herramienta fundamental para garantizar la tutela administrativa efectiva y, en consecuencia, dar respuestas y aplicar las normas, prácticas y decisiones administrativas compatibles con las convenciones y estándares internacionales de derechos humanos.

e. El aseguramiento de la tutela administrativa efectiva a través del control preventivo de convencionalidad implica asumir un cambio cultural y conceptual de la acción administrativa. El Estado, como principal obligado en materia de derechos

⁶²⁵ Tal como se abordó en el punto 1.1. del presente capítulo, el estado actual de evolución de la jurisprudencia de la Corte IDH indica la aplicación directa del art. 8 de la CADH ante el ejercicio de funciones materialmente administrativas, según criterio del caso Claude Reyes y otros vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas, op. cit.

humanos, debe propender a que sus órganos se familiaricen y empleen en su actividad cotidiana los principios y las normas comprometidas con la faz operativa y dinámica de los mismos, pues su aplicación práctica y enseñanza apunta a lograr una formación y/o consolidación de una cultura de derechos humanos en la Administración pública, a fin de que redunde en una mejor posibilidad para la consagración práctica de estos.

Las posibilidades de satisfacer lo que exigen las normas de derechos humanos estarán atadas frecuentemente a la destreza para elaborar soluciones creativas, que se favorecerá cuando la aproximación al derecho pueda despojarse de la rigidez excesiva que habitualmente la acompaña, sobre todo en el ámbito de la Administración pública provincial.

En este aspecto, Echen sostiene que para lograr un Estado de cara al ciudadano, abierto al mismo, cercano a éste, que brinde soluciones concretas y en plazos razonables, se requiere inexorablemente un cambio cultural dentro de la propia Administración, debiendo para ello informarse a los agentes públicos la razón de ser de las modificaciones que se propician, los medios que se adoptarán para el logro de las mismas y el desarrollo de una intensa política de interacción con el personal de carrera administrativa⁶²⁶.

f. La revalorización del procedimiento administrativo como instrumento para la toma de decisiones estatales. Si durante el procedimiento de formación y emisión de la decisión administrativa se asegura la tutela efectiva de los derechos de los administrados –goce real y efectivo–, la Administración estará cumpliendo con la función de prevenir violaciones a los mismos –por acción u omisión–, evitando que el particular deba llegar a la instancia judicial para lograr la tutela de sus derechos.

El Estado Administración debe procurar, por medio de la internalización espontánea de las normas y criterios de protección de los derechos humanos, su goce real y efectivo como punto de partida y no como obligado por el Estado Juez.

Ello determina la necesidad de instrumentar procedimientos internos ágiles, seguros y eficientes a fin de garantizar efectivamente la vigencia de los estándares convencionales. La política de reforma y modernización del Estado provincial persigue mejorar los procedimientos de gestión internos, tendiendo al logro de los más altos estándares de transparencia y eficacia en la gestión pública provincial, a la simplificación de los trámites inherentes a esta última y a la optimización de los tiempos de respuesta en la resolución de las gestiones administrativas⁶²⁷. Este nuevo régimen pregona el acercamiento de los

⁶²⁶ CARELLO, Luis A. y ECHEN, Diego E., op. cit., pág. 298.

⁶²⁷ Decreto provincial N.º 4174/15, considerando pár. 2.

principios y normas del procedimiento administrativo al surgimiento de un "derecho a una buena administración" para optimizar la calidad de las decisiones y garantizar la participación de los ciudadanos, procurando una estructura dialogal que permita el afianzamiento de los institutos que persiguen ese fin⁶²⁸.

g. El carácter preventivo de la tutela administrativa efectiva determina que el procedimiento administrativo deba ser más eficaz y amplio en la protección de los derechos del administrado que el propio recurso judicial, en tanto configura un plus sobre el piso mínimo de la tutela judicial efectiva. No obstante, debe asegurarse al administrado la posibilidad de acceder al juez sin restricciones, en el entendimiento de que las actuaciones administrativas son una verdadera garantía en favor de las personas y no una formalidad o un privilegio para la Administración. Tal como sostiene la jurisprudencia de la CSJSF, el sentido que tiene la exigencia legal de la previa reclamación administrativa no es, obviamente, impedir el acceso a la vía judicial⁶²⁹, permitiendo en ciertos supuestos obviar la etapa de agotamiento de la vía administrativa⁶³⁰.

h. La decisión fundada, útil y oportuna a cargo de la Administración, constitutiva de la tutela efectiva, permite extrapolar dichas exigencias como requisitos necesarios del acto administrativo, al no existir en el ámbito provincial una regulación general sobre los mismos⁶³¹.

i. La obligación a cargo de la Administración de adoptar medidas positivas para asegurar la tutela efectiva. La Administración santafesina debe garantizar la igualdad real de oportunidades y de trato, lo que implica no sólo el deber de no generar desigualdades sustanciales entre las partes, sino también el deber de resolver las diferencias existentes como consecuencia de factores económicos, sociales o de cualquier otra naturaleza.

La acción positiva propia de la Administración será aquella que introduzca factores de compensación o corrección que favorezcan la igualación de quienes son desiguales por otros motivos. De no existir esos medios de equilibrio, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de una verdadera tutela

⁶²⁸ Ibídem, pár. 8.

⁶²⁹ CSJSF. Malvicino S.A. c/ Provincia de Santa Fe s/ Recurso Contencioso Administrativo de Plena Jurisdicción, 08/08/2007.

⁶³⁰ CSJSF. Ecobus S.A. c/ Municipalidad de Rosario s/ Competencia, 02/07/2003.

⁶³¹ Existen regulaciones especiales como por ejemplo la referida al “acto administrativo tributario” establecida en el art. 13 de la Ley N.º 13.260, modificatoria del Código Fiscal de la Provincia de Santa Fe (Ley N.º 3456).

administrativa efectiva y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas⁶³².

j. La atenuación de la rígida y tajante división entre interés público e interés privado, y la contribución conjunta a la realización del bienestar general. La acción administrativa caracterizada históricamente por la posición dominante de las potestades estatales y el régimen exorbitante que tenían por objeto la persecución del interés público, en cuyo ámbito la acción de los particulares se veía impedida de incidir, debiendo sólo perseguir un interés privado, se torna inadmisibile desde el punto de vista convencional.

La tutela administrativa efectiva exige que los administrados sean admitidos y considerados en la gestión de los intereses que hacen al logro del bienestar general, actuando en forma conjunta con la Administración y asumiendo cada sector (público y privado) las responsabilidades que en sus respectivos ámbitos, a cada uno de ellos les compete. En este aspecto, el Reglamento consagra como una de las funciones propias del procedimiento administrativo la de actuar el principio de participación democrática mediante el cual se logra implicar a los ciudadanos en el ejercicio de la actividad administrativa, abriendo de ese modo un ámbito de composición de los intereses públicos⁶³³.

Asimismo, los efectos generados por la plena vigencia en el ordenamiento santafesino de la tutela administrativa efectiva determinan, a su vez, importantes desafíos para la Administración Pública Provincial, mereciendo atención:

a. Asumir, internalizar y fortalecer el cambio de paradigma que significa la convencionalización de la Administración pública provincial y concebir la actividad administrativa como una actividad al servicio de las personas, cuyo fin esencial es el reconocimiento de su inminente dignidad y el aseguramiento de sus derechos. Para ello, adoptar nuevos elementos para la formación de la voluntad administrativa teniendo como centralidad los estándares convencionales de protección del administrado, especialmente la tutela efectiva.

b. Entender a la Administración pública como el ámbito estratégico para la aplicación del control de convencionalidad que permite concretizar la tutela efectiva y

⁶³² Corte IDH. El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal, Opinión Consultiva OC-16/99, 01/10/1999, pár. 117-119.

⁶³³ *Ibíd.*, pár. 11.

compatibilizar prácticas y normas administrativas con los estándares emanados del SIDH. En consecuencia, ejercer el control de convencionalidad en el ámbito de las respectivas competencias y prevenir eventuales violaciones a los mandatos convencionales.

c. Formar a los agentes estatales para la correcta aplicación del Reglamento y, especialmente, para la debida observancia de la tutela administrativa efectiva. Tener en cuenta que lo más importante no es la norma, sino su aplicación. De nada serviría contar con una reglamentación moderna si quienes deben aplicarla continúan aferrados a criterios claramente superados. Se requiere un cambio de mentalidad, así como una disciplina consciente en la aplicación de las nuevas normas⁶³⁴.

En este aspecto, proporcionar actualización permanente en los estándares internacionales vigentes de promoción y protección de derechos humanos, de modo de optimizar la relevancia de sus funciones como instrumentos en la ejecución y cumplimiento de las obligaciones internacionales asumidas por el Estado. Ello contribuirá a que los órganos del Poder Ejecutivo provincial apliquen operativa y eficazmente las normas y principios que reconocen derechos humanos y escojan los que resulten más favorables a la tutela del administrado, permitiéndoles elaborar soluciones creativas compatibles con los estándares convencionales.

d. Instituir en el ámbito de la Administración pública provincial órganos de consulta especializados en derecho internacional de los derechos humanos, con facultades para emitir opiniones fundadas sobre situaciones complejas en el ejercicio del control de convencionalidad a fin de prevenir la eventual responsabilidad del Estado por incumplimiento de las obligaciones internacionales asumidas

⁶³⁴ CARELLO, Luis A. y ECHEN, Diego E., op. cit., pág. 15.

CAPÍTULO VI

LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN LA VIGENCIA EFECTIVA DE LA CONVENCIONALIDAD. LA GARANTÍA DE LA TUTELA ADMINISTRATIVA EFECTIVA

SUMARIO. 1. La responsabilidad internacional del Estado. 2. La responsabilidad
de los agentes públicos provinciales como representantes de la voluntad del Estado.

1. La responsabilidad internacional del Estado.

Para abordar este último capítulo sobre la responsabilidad internacional del Estado en materia de derechos humanos, se debe partir de afirmar que todo Estado que asume un compromiso internacional tiene la obligación indeclinable de implementar el respectivo tratado en sede nacional y convertirlo en derecho interno y operativo, estableciendo mecanismos eficaces para que los derechos consagrados se cumplan de modo efectivo y concreto.

Asimismo, es necesario retomar la idea inicial del capítulo I y que impregna el recorrido y sentido de la presente investigación, afirmando la concepción y plena vigencia de un Estado antropocéntrico que implica el reconocimiento de la subjetividad internacional de la persona humana y su dignidad, colocándola en el centro del ordenamiento jurídico internacional y como principal destinataria de sus normas jurídicas. Tal como se afirmara, el surgimiento de este renovado ordenamiento jurídico, que comenzó a consolidarse a partir de la segunda mitad del siglo XX y que conformó el derecho internacional de los derechos humanos, implicó que la responsabilidad del Estado por violación a los derechos humanos adquiriera una nueva y distinta concepción respecto de la responsabilidad del Estado tal como era concebida en el clásico derecho internacional público. No se trata ya de la determinación de la responsabilidad a partir de la relación entre los Estados, sino de una relación entre el Estado, como sujeto obligado internacionalmente por las normas de derechos humanos, y las personas sujetas a su jurisdicción, como titulares de esos derechos y con la plena potestad para exigir su cumplimiento.

En este sentido, el Juez de la Corte IDH Cançado Trindade en su voto razonado del Caso Blake⁶³⁵, expresó:

“La tensión entre los preceptos del Derecho Internacional Público y los del Derecho Internacional de los Derechos Humanos no es de difícil explicación: mientras los conceptos y categorías jurídicos del primero se han formado y cristalizado sobre todo en el plano de las relaciones interestatales (bajo el dogma de que sólo los Estados, y más tarde las organizaciones internacionales, son sujetos de aquel ordenamiento jurídico), los conceptos y categorías jurídicos del segundo se han formado y cristalizado en el plano de las relaciones intraestatales, es decir, en las relaciones entre los Estados y

⁶³⁵ Corte IDH. Caso Blake vs Guatemala. Reparaciones y Costas, 22/01/1999, voto razonado del Juez A. A. Cançado Trindade, pár. 5.

los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones (erigidos estos últimos en sujetos de aquel ordenamiento jurídico)”.

La responsabilidad del Estado por la violación de derechos humanos asumidos internacionalmente se fundamenta en la protección de la persona y su dignidad frente al poder de su propio Estado y de los demás Estados en tanto miembros de la comunidad internacional. No existen ya intereses recíprocos entre los Estados, sino valores superiores comunes que demandan la protección del ser humano como centro del orden jurídico internacional. El Tribunal interamericano ha sido claro al sostener:

“La Corte debe enfatizar, sin embargo, que los tratados modernos sobre derechos humanos, en general, y, en particular, la Convención Americana, no son tratados multilaterales de tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción”⁶³⁶.

En la misma dirección, la Corte IDH afirmó:

“Desde sus primeros casos, la Corte ha basado su jurisprudencia en el carácter especial de la Convención Americana en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Dicha Convención, así como los demás tratados de derechos humanos, se inspiran en valores comunes superiores (centrados en la protección del ser humano), están dotados de mecanismos específicos de supervisión, se aplican de conformidad con la noción de garantía colectiva, consagran obligaciones de carácter esencialmente objetivo, y tienen una naturaleza especial, que los diferencian de los demás tratados, los cuales reglamentan intereses recíprocos entre los Estados Partes”⁶³⁷.

Tal fundamento de la responsabilidad del Estado, implica asimismo que el objetivo de la jurisdicción internacional sea analizar la actuación estatal y no juzgar la responsabilidad penal de los individuos por violaciones a los derechos humanos, ya que los Estados no comparecen ante la Corte como sujetos de acción penal. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos no tiene por objeto imponer penas a las personas culpables de sus violaciones, sino amparar a las víctimas y disponer la reparación de los daños que les hayan sido causados por los Estados responsables de tales acciones⁶³⁸.

⁶³⁶ Corte IDH. El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (arts. 74 y 75), Opinión Consultiva OC-2/82, 24/09/1982, pár. 29.

⁶³⁷ Corte IDH. Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia, 15/09/2005, pár. 104.

⁶³⁸ Corte IDH. Velásquez Rodríguez vs. Honduras. Fondo, 29/07/1988, pár. 134. Suárez Rosero vs. Ecuador. Fondo, 12/11/1997, par. 37. Yvon Neptune vs. Haití. Fondo, Reparaciones y Costas, 06/05/2008, pár. 37.

Del mismo modo fue afirmado por la Corte IDH en la OC-14/94 al establecer que en lo que concierne a los derechos humanos protegidos por la Convención, la competencia de los órganos establecidos por ella se refiere exclusivamente a la responsabilidad internacional del Estado y no a la de los individuos⁶³⁹. En cambio, la responsabilidad individual puede ser atribuida solamente por violaciones consideradas como delitos internacionales en instrumentos que tengan ese mismo carácter, tales como los crímenes contra la paz, los crímenes de guerra y los crímenes contra la humanidad o el genocidio que, naturalmente, afectan también derechos humanos específicos⁶⁴⁰, siendo alcanzados por el derecho internacional humanitario y el derecho penal internacional.

Reconocida la especial naturaleza de la responsabilidad estatal por violación a los derechos humanos, merece atención que las normas que regulan su funcionamiento corresponden al derecho internacional⁶⁴¹ y no al derecho interno de los Estados⁶⁴².

Según el derecho internacional, para la determinación de la responsabilidad internacional del Estado es necesaria la existencia de un hecho internacionalmente ilícito del Estado configurado a partir de la acción u omisión atribuible al Estado según el derecho internacional y que constituya la violación de una obligación internacional del Estado⁶⁴³.

De esta manera, el régimen especial de responsabilidad en el ámbito de la CADH y demás Tratados vigentes en el sistema interamericano, requiere, en primer lugar, el incumplimiento de una obligación internacional consagrada en dichos instrumentos. Para entender acabadamente las dimensiones que adquiere la responsabilidad internacional del Estado, la Corte IDH ha establecido que las obligaciones contenidas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención constituyen en definitiva la base para la determinación de responsabilidad internacional a un Estado por violaciones a la misma. De tal manera, dicho

⁶³⁹ Corte IDH. Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención, Opinión Consultiva OC-14/94, 09/12/1994, pár. 56.

⁶⁴⁰ *Ibídem*, pár. 53.

⁶⁴¹ Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, adoptado por la Comisión de Derecho Internacional en su 53º período de sesiones (A/56/10) y anexoado por la Asamblea General en su Resolución 56/83, de 12 de diciembre de 2001.

⁶⁴² *Ibídem*, Art. 3: La calificación del hecho del Estado como internacionalmente ilícito se rige por el derecho internacional. Tal calificación no es afectada por la calificación del mismo hecho como lícito por el derecho interno.

⁶⁴³ *Ibídem*, Art. 2: Elementos del hecho internacionalmente ilícito del Estado. Hay hecho internacionalmente ilícito del Estado cuando un comportamiento consistente en una acción u omisión: a) Es atribuible al Estado según el derecho internacional; y b) Constituye una violación de una obligación internacional del Estado.

instrumento constituye en efecto *lex specialis* en materia de responsabilidad estatal, en razón de su especial naturaleza de tratado internacional de derechos humanos *vis-à-vis* el Derecho Internacional general⁶⁴⁴.

Si bien en el capítulo II, al abordar las obligaciones asumidas por el Estado para la tutela efectiva de los derechos humanos, se analizó en detalle el contenido, los alcances y consecuencias de los arts. 1.1 y 2 de la CADH, merece especial atención la trascendencia de dichas disposiciones, directamente operativas, para la determinación de la responsabilidad internacional del Estado.

El art. 1.1 consagra las obligaciones de respeto y garantía de los derechos humanos consagrados en la Convención y la Corte IDH, desde su primera intervención en un caso contencioso se refirió a la responsabilidad estatal por incumplimiento de dichas obligaciones afirmando:

“Este artículo contiene la obligación contraída por los Estados Partes en relación con cada uno de los derechos protegidos, de tal manera que toda pretensión de que se ha lesionado alguno de esos derechos, implica necesariamente la de que se ha infringido también el artículo 1.1 de la Convención”⁶⁴⁵.

“El artículo 1.1 es fundamental para determinar si una violación de los derechos humanos reconocidos por la Convención puede ser atribuida a un Estado Parte. En efecto, dicho artículo pone a cargo de los Estados Partes los deberes fundamentales de respeto y de garantía, de tal modo que todo menoscabo a los derechos humanos reconocidos en la Convención que pueda ser atribuido, según las reglas del Derecho internacional, a la acción u omisión de cualquier autoridad pública, constituye un hecho imputable al Estado que compromete su responsabilidad en los términos previstos por la misma Convención”⁶⁴⁶.

Ambas obligaciones determinan la efectividad y eficacia con que el Estado debe observar y cumplir a nivel interno los compromisos internacionales. La obligación de respeto como una obligación de no hacer que se traduce en la existencia de limitaciones al ejercicio del poder estatal. El ejercicio de la función pública –ha dicho la Corte– tiene unos límites que derivan de que los derechos humanos son atributos inherentes a la dignidad humana y, en consecuencia, superiores al poder del Estado⁶⁴⁷.

Y la obligación de garantía como una obligación de hacer expresada en el deber del Estado 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

⁶⁴⁴ Corte IDH. Caso Masacre de Mapiripán vs. Colombia, op. cit., pár. 107.

⁶⁴⁵ Corte IDH. Caso Velázquez Rodríguez vs Honduras. Fondo, op. cit., pár. 162.

⁶⁴⁶ *Ibidem*, pár. 164.

⁶⁴⁷ *Ibidem*, pár. 165.

capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos⁶⁴⁸. La obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comparta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos⁶⁴⁹.

Por su parte, el art. 2 de la CADH establece la obligación del Estado de adoptar disposiciones de derecho interno, legislativas o de otro carácter, para hacer realmente efectivos los derechos y libertades consagrados convencionalmente. La norma es manifestación del principio del efecto útil (*effet utile*) de los tratados de derechos humanos y exige, a fin de evitar que el Estado incurra en responsabilidad internacional, la adopción de medidas en dos vertientes: la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención y la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías⁶⁵⁰. Asimismo, dichas medidas han de ser efectivas, es decir, realmente cumplidas en el orden jurídico interno. Son efectivas cuando la comunidad, en general, adapta su conducta a la normativa de la Convención y, en el caso de que así no sea, cuando se aplican efectivamente las sanciones previstas en ella⁶⁵¹.

La importancia de este artículo radica en la amplitud de su alcance, ya que la referencia a las medidas de “otro carácter” impone al Estado la obligación de adoptar acciones en diversos sentidos, teniendo el Poder Ejecutivo un rol preponderante en dicho terreno. Es en el ámbito administrativo donde podrán implementarse acciones, planes y políticas públicas para el resguardo efectivo de los derechos humanos y la prevención de la responsabilidad internacional del Estado.

En este sentido, merece atención lo afirmado por García Ramírez, quien sostiene que la gran dificultad del Derecho Internacional es que descansa su eficacia en la voluntad de los Estados, de allí que resulta trascendente esta segunda obligación pues es la que, de cumplirse, permitirá al Estado atender el respeto de los derechos a través de sus órganos e instituciones domésticas y no tener que enfrentar responsabilidad, en caso de violación

⁶⁴⁸ Ibídem, pár. 166

⁶⁴⁹ Ibídem, pár. 167.

⁶⁵⁰ Corte IDH. Caso De la Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 24/11/2009, pár. 122.

⁶⁵¹ Corte IDH. Garrido y Baigorria vs. Argentina. Reparaciones y Costas, 27/08/1998, pár. 69.

ante instancias internacionales. Es, a su vez, la expresión del carácter subsidiario y complementario que tiene el Derecho Internacional de los Derechos Humanos respecto a los ordenamientos nacionales⁶⁵².

Así, la responsabilidad internacional del Estado opera de manera subsidiaria, es decir, en ausencia o defecto de la actuación directa del Estado ante el incumplimiento de las obligaciones que le impone la Convención y luego de haberse agotado los recursos previstos en el Derecho interno del Estado presuntamente responsable⁶⁵³, salvo en aquellos casos previstos como excepciones a dicha regla⁶⁵⁴.

La Corte IDH ha sostenido que la responsabilidad estatal bajo la Convención Americana sólo puede ser exigida a nivel internacional después de que el Estado haya tenido la oportunidad de repararlo por sus propios medios, y la atribución de la misma a un Estado por actos de agentes estatales o de particulares deberá determinarse atendiendo a las particularidades y circunstancias de cada caso⁶⁵⁵.

En segundo término, ocurrido el incumplimiento de una obligación convencional, la responsabilidad internacional del Estado requiere para su configuración que dicho incumplimiento sea causado por una acción u omisión atribuible al Estado según el derecho internacional. De acuerdo con este derecho, se considera hecho del Estado al comportamiento de todo órgano del Estado, ya sea que ejerza funciones legislativas, ejecutivas, judiciales o de otra índole, cualquiera que sea su posición en la organización del Estado y tanto si pertenece al gobierno central como a una división territorial del Estado. Asimismo, se entiende que órgano incluye a toda persona o entidad que tenga esa condición según el derecho interno del Estado⁶⁵⁶.

En este sentido, la Corte IDH sostuvo que la responsabilidad internacional del Estado puede generarse por actos u omisiones de cualquier poder u órgano de este, independientemente de su jerarquía, que violen la Convención Americana. Es decir, todo acto u omisión, imputable al Estado, en violación de las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, compromete la responsabilidad internacional del Estado⁶⁵⁷.

⁶⁵² GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. El control judicial interno de convencionalidad, op. cit., pág. 147.

⁶⁵³ CADH. Art. 46 1. a) y CIDH. Art. 31 1. del Reglamento.

⁶⁵⁴ CADH. Art. 46.2 y CIDH. Art. 31 2. del Reglamento.

⁶⁵⁵ Corte IDH. Caso de la Masacre de Mapiripán vs Colombia, op. cit., pág. 113.

⁶⁵⁶ CDI. Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, op. cit., art. 4.

⁶⁵⁷ Corte IDH. La última tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas, 05/02/2001, pág. 72.

El hecho ilícito del Estado le debe ser imputable en su calidad de persona jurídica, y la responsabilidad se determina por la relación de causalidad entre la acción u omisión del órgano o agente estatal y la violación de la obligación convencional, siendo, en consecuencia, una responsabilidad de naturaleza objetiva.

Este ha sido el posicionamiento de la Corte desde su primer fallo al sostener:

“Las infracciones a la Convención no pueden ser juzgadas aplicando reglas que tengan en cuenta elementos de naturaleza psicológica, orientados a calificar la culpabilidad individual de sus autores. A los efectos del análisis, es irrelevante la intención o motivación del agente que materialmente haya violado los derechos reconocidos por la Convención, hasta el punto que la infracción a la misma puede establecerse incluso si dicho agente no está individualmente identificado”⁶⁵⁸.

Sin embargo, merece atención lo afirmado por García Ramírez en referencia a la relación de causalidad:

“La aplicación estricta de la teoría de la *conditio sine qua non* nos llevaría a conclusiones excesivas: cada resultado se vincularía a un dato anterior en una cadena infinita de causalidad. Mejor sería, quizás, hablar de una causa eficiente y suficiente: el acto o la situación que por sí mismos vulneran el derecho o la libertad y determinan o concurren eficazmente a determinar, en consecuencia, el daño que aquellos implican y que es preciso reparar”⁶⁵⁹.

Esta especie de responsabilidad internacional del Estado, generada por la acción u omisión de los agentes estatales, ha sido denominada responsabilidad directa, expresando la Corte:

“Conforme al artículo 1.1 es ilícita toda forma de ejercicio del poder público que viole los derechos reconocidos por la Convención. En tal sentido, en toda circunstancia en la cual un órgano o funcionario del Estado o de una institución de carácter público lesione indebidamente uno de tales derechos, se está ante un supuesto de inobservancia del deber de respeto consagrado en ese artículo”⁶⁶⁰.

La responsabilidad directa del Estado es aquella en la que hace incurrir el Poder Ejecutivo a través de todos sus agentes, independientemente de la jerarquía, por acciones u omisiones que sean incompatibles con las obligaciones internacionales. Es un principio de derecho internacional que el Estado responde por los actos y omisiones de sus agentes

⁶⁵⁸ Corte IDH. Velázquez Rodríguez vs Honduras. Fondo, op. cit., pár. 173.

⁶⁵⁹ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. Las reparaciones en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. En: MEMORIA DEL SEMINARIO El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el umbral del siglo XX (23 y 24 de noviembre de 1999, San José, Costa Rica) San José de Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos, t. I.

⁶⁶⁰ *Ibidem*, pár. 169.

realizados al amparo de su carácter oficial, aún si actúan fuera de los límites de su competencia⁶⁶¹.

En este ámbito resulta de vital importancia que el Poder Ejecutivo cumpla debidamente con la obligación a su cargo de ejercer control de convencionalidad como medio efectivo para garantizar la plena vigencia de los derechos humanos en el ámbito administrativo y, especialmente, la tutela administrativa efectiva. De esta manera, con la actuación oficiosa del Estado, se previene que el mismo vulnere derechos y libertades de las personas y comprometa la responsabilidad internacional del Estado por omitir realizar el examen de compatibilidad exigido convencionalmente a toda autoridad estatal.

Asimismo, el Estado también puede incurrir en responsabilidad indirecta ante la falta de actuación por actos de particulares violatorios de los derechos y libertades consagrados en la Convención. El carácter *erga omnes* de las obligaciones de garantía y protección de los derechos humanos proyectan sus efectos más allá de la relación entre los agentes estatales y los particulares, extendiéndola a las relaciones entre particulares.

Al respecto la Corte ha manifestado:

“Un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte imputable directamente a un Estado, por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la trasgresión, puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención”⁶⁶².

Admitida la responsabilidad indirecta del Estado, merece atención, no obstante, que el Tribunal interamericano ha precisado:

“Un Estado no puede ser responsable por cualquier violación de derechos humanos cometida entre particulares dentro de su jurisdicción, pues el carácter *erga omnes* de las obligaciones convencionales de garantía a cargo de los Estados no implica una responsabilidad ilimitada de los Estados frente a cualquier acto o hecho de particulares, pues sus deberes de adoptar medidas de prevención y protección de los particulares en sus relaciones entre sí se encuentran condicionados al conocimiento de una situación de riesgo real e inmediato para un individuo o grupo de individuos determinado y a las posibilidades razonables de prevenir o evitar ese riesgo”⁶⁶³.

⁶⁶¹ Corte IDH. Caso de la Masacre de Pueblo Bello, op. cit., pár. 111; Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia, op. cit., pár. 111, OC-18/03, op. cit., pár. 140.

⁶⁶² Ibídem, pár. 172. En el mismo sentido Corte IDH. OC-18/03, op. cit., pár. 140, donde se alude a la teoría del *Drittwirkung*, según la cual los derechos fundamentales deben ser respetados tanto por los poderes públicos como por los particulares en relación con otros particulares.

⁶⁶³ Corte IDH. Masacre de Pueblo Bello, op. cit., pár. 123.

Según el Tribunal, se configurará la responsabilidad internacional del Estado por la tolerancia o complicidad con los particulares que atentan contra los derechos humanos⁶⁶⁴ o bien por falta de diligencia para prevenir actos de particulares violatorios de los derechos humanos consagrados en la Convención Americana y demás instrumentos aplicables⁶⁶⁵.

Igualmente, la Corte sostuvo:

“Es suficiente la demostración de que ha habido apoyo o tolerancia del poder público en la infracción de los derechos reconocidos en la Convención. Además, también se compromete la responsabilidad internacional del Estado cuando este no realice las actividades necesarias, de acuerdo con su derecho interno, para identificar y, en su caso, sancionar a los autores de las propias violaciones”⁶⁶⁶.

1.2. La obligación de reparar.

Ambos supuestos de responsabilidad internacional, tanto directa como indirecta, generan el surgimiento de una nueva obligación a cargo del Estado –la obligación de reparar– quien, de conformidad con lo establecido en el art. 63.1 de la CADH⁶⁶⁷, deberá garantizar al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados y reparar las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización de la parte lesionada.

⁶⁶⁴ Corte IDH. Velásquez Rodríguez vs. Honduras, op. cit., pár. 173; Godínez Cruz vs. Honduras. Fondo, 20/01/1989, pár. 183 y 187; Fairén Garbí y Solís Corrales vs. Honduras. Fondo, 15/03/1989, pár. 152 y 161; Blake vs. Guatemala, op. cit., pár. 75 a 78; Masacre de Mapiripán vs. Colombia, op. cit., pár. 120 a 122; Masacre de la Rochela vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas, 11/05/2007, pár. 102.

⁶⁶⁵ Corte IDH. Velásquez Rodríguez vs. Honduras, op. cit., pár. 172; Godínez Cruz vs. Honduras, op. cit., pár. 182; Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia, op. cit., pár. 140 (falta de diligencia del Estado para prevenir un acto de un particular previo conocimiento de una situación de riesgo cierta, inmediata y determinada); Ximenes Lopes vs. Brasil, op. cit., pár. 85 y 87 (falta de diligencia del Estado para prevenir un acto de una entidad privada a la que se le ha delegado la prestación de servicios públicos).

⁶⁶⁶ Corte IDH. Caso de la “Panel Blanca” (Paniagua Morales y otros) vs. Guatemala. Fondo, 08/03/1998, pár. 91.

⁶⁶⁷ CADH. Art. 63.1: Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización de la parte lesionada. El régimen normativo de reparaciones ordenadas por la Corte IDH se completa con los arts. 65 y 66 de su Reglamento.

Al respecto, la Corte IDH ha expresado reiteradamente:

“El artículo 63.1 de la Convención Americana recoge una norma consuetudinaria que constituye uno de los principios fundamentales del derecho internacional contemporáneo sobre la responsabilidad de los Estados. Al producirse un hecho ilícito imputable a un Estado, surge de inmediato la responsabilidad internacional de éste por la violación de una norma internacional, con el consecuente deber de reparación y de hacer cesar las consecuencias de la violación”⁶⁶⁸.

Asimismo, desde sus inicios el Tribunal ha sostenido que toda violación de una obligación internacional que haya producido daño comporta el deber de repararlo adecuadamente⁶⁶⁹, sin perjuicio de que la responsabilidad nace del hecho ilícito imputable al Estado con prescindencia del daño provocado⁶⁷⁰.

Al analizar las reparaciones en el SIDH, García Ramírez sostiene:

“La lectura del inciso 1 del artículo 63 ha llevado a establecer una doble perspectiva en la operación de sus normas. La primera parte ("Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados") miraría hacia el futuro y garantizaría, en ese plano del tiempo, protección de la libertad o el derecho; se trataría, en consecuencia, de una disposición con objeto y efectos a un tiempo "preventivos" y "resarcitorios". La segunda parte ("Dispondrá –la Corte– asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada") miraría hacia el pasado, donde se consumó –formal o materialmente– la violación y se actualizó, por ello, una obligación”⁶⁷¹.

La obligación de reparar constituye la consecuencia necesaria de la declaración de responsabilidad internacional del Estado por violación de las obligaciones asumidas en dicho ámbito y abraza globalmente medidas de diversa naturaleza que no se agotan en el pago de una indemnización económica.

⁶⁶⁸ Corte IDH. Castillo Páez vs. Perú, 27/11/1998. Reparaciones y Costas, pár. 50; Molina Theissen vs. Guatemala. Reparaciones y Costas, 03/07/2004, pár. 40; Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri vs Perú. Fondo, Reparaciones y Costas, 08/07/2004, pár. 188, entre otros.

⁶⁶⁹ Corte IDH. Velásquez Rodríguez vs. Honduras, op. cit., pár. 25; Caso Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú, op. cit., pár. 187; Caso 19 Comerciantes vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas, 05/07/2004, pár. 219; Caso Molina Theissen vs. Guatemala, op. cit., pár. 39; Caso Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 02/09/2004, pár. 257; Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas, 24/02/2012, pár. 239, entre otros.

⁶⁷⁰ Corte IDH. Caso La última tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas, 05/02/2001.

⁶⁷¹ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. Las reparaciones en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, op. cit., págs. 130-131.

De conformidad con la jurisprudencia de la Corte, la reparación es el término genérico que comprende las diferentes formas como un Estado puede hacer frente a la responsabilidad internacional en que ha incurrido y comprende diversos modos específicos de reparar que varían según la lesión producida⁶⁷². En esta dirección, la reparación consiste en la plena restitución (*restitutio in integrum*), lo que incluye el restablecimiento de la situación anterior (a la violación de la Convención) y la reparación de las consecuencias que la infracción produjo y el pago de una indemnización como compensación por los daños patrimoniales y extrapatrimoniales incluyendo el daño moral⁶⁷³.

Si bien la reparación integral es señalada como la forma más adecuada para atender las consecuencias de la vulneración de los derechos convencionales, la Corte ha aclarado que la regla de la *in integrum restitutio* se refiere a un modo como puede ser reparado el efecto de un acto ilícito internacional, pero no es la única forma como debe ser reparado, porque puede haber casos en que aquella no sea posible, suficiente o adecuada⁶⁷⁴.

Al respecto, García Ramírez señala:

“Hay diversas clasificaciones de la reparación, tomando en cuenta el contenido que esta tiene en cada caso y que el ideal es la *restitutio in integrum*. Por ende, se procurará que las reparaciones dispuestas por la Corte o acordadas por las partes se aproximen en la mayor medida posible a una restitución integral: garantía de los derechos y libertades conculcados, reposición de las cosas al estado en el que se encontraban, alivio o restauración de los bienes jurídicos injustamente afectados (tomando en cuenta las características de éstos), reducción de las consecuencias lesivas o peligrosas, compensación por los efectos que sea imposible cancelar o excluir de otra manera y evitación de reiteraciones”⁶⁷⁵.

Por su parte, Faúndez Ledesma refiere que las reparaciones incluyen los siguientes elementos:

“a) de ser posible, la restitución de la situación jurídica infringida, garantizando a la persona afectada el goce de sus derechos o libertades conculcadas, b) la indemnización pecuniaria que sea procedente, c) las medidas reparadoras de carácter no pecuniario, d) la investigación de los hechos y la correspondiente sanción de los responsables, e) las garantías de no repetición de los hechos que

⁶⁷² Corte IDH. Caso Loayza Tamayo vs. Perú. Reparaciones y Costas, 27/11/1998, pár. 85; Caso Castillo Páez vs. Perú. Reparaciones y Costas, 27/11/1998, pár. 48; Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina. Reparaciones y Costas, op. cit., pár. 41.

⁶⁷³ Corte IDH. Caso Velázquez Rodríguez vs. Honduras. Reparaciones y Costas, 21/07/1989, pár. 26.

⁶⁷⁴ Corte IDH. Caso Aloeboetoe vs. Surinam. Reparaciones y Costas, 10/09/1993, pár. 49.

⁶⁷⁵ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, op. cit., págs. 142-143.

dieron origen a la demanda, y f) la adecuación de la normativa interna del Estado a lo dispuesto por la Convención”⁶⁷⁶.

La obligación de reparar consagrada en el art. 63.1 de la CADH y la virtualidad otorgada por la jurisprudencia de la Corte IDH resultan ser lo suficientemente amplias para asegurar la integralidad y las finalidades del sistema de protección: remediar la situación de las víctimas de un caso particular, así como ser una herramienta de utilidad para resolver los problemas estructurales o sistemáticos que permitieron las violaciones denunciadas e impidieron la tutela oportuna de los derechos⁶⁷⁷.

El Juez Cançado Trindade en su voto razonado del Caso Bulacio afirmó:

“La *reparatio* no pone fin a lo ocurrido, a la violación de los derechos humanos. El mal ya se cometió; mediante la *reparatio* se evita que se agraven sus consecuencias (por la indiferencia del medio social, por la impunidad, por el olvido). Bajo este prisma, la *reparatio* se reviste de doble significado: provee satisfacción (como forma de reparación) a las víctimas, o sus familiares, cuyos derechos han sido violados, al mismo tiempo en que restablece el orden jurídico quebrantado por dichas violaciones, –un orden jurídico erigido sobre el pleno respeto de los derechos inherentes a la persona humana–. El orden jurídico, así restablecido, requiere la garantía de la no-repetición de los hechos lesivos”⁶⁷⁸.

1.2.1. La obligación de reparar y el principio de unidad del Estado.

Una vez determinada la responsabilidad internacional del Estado y la consecuente obligación de reparar, es el Poder Ejecutivo como representante del Estado nacional y responsable de las relaciones exteriores del país quien debe asumir, en primer término, el deber de adoptar las medidas efectivas y eficaces para dar cumplimiento a lo ordenado, materializar la reparación a las víctimas y dar cuenta al Tribunal interamericano. Ello se corresponde con el principio de unidad del Estado, en virtud del cual en el ámbito internacional se reconoce al Estado como un sujeto único e indivisible y los actos u

⁶⁷⁶ FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor. El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Aspectos institucionales y procesales, 3º ed, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2004, pág. 811.

⁶⁷⁷ CEJIL. Las reparaciones en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. [en línea] Gaceta Publicación del Centro por la Justicia y el Derecho Internacional, N.º 22, 2004

<https://cejil.org/wp-content/uploads/pdfs/Gaceta_22_sp_0.pdf> [consulta: 02/02/2024]

⁶⁷⁸ Corte IDH. Caso Bulacio vs. Argentina, op. cit., voto razonado del Juez Cançado Trindade, pár. 37.

omisiones de sus órganos deben ser reconocidos como actos u omisiones de ese Estado en su totalidad. El sujeto responsable de las violaciones a los derechos humanos asumidos internacionalmente es el Estado en su conjunto y no alguno de sus órganos.

Según Gutiérrez Colantuono:

“Los órganos encargados de controlar el respeto de las obligaciones convencionales tienen un solo obligado, el Estado federal, que no puede invocar el federalismo para justificar el incumplimiento de una directiva de los Pactos. De igual modo, un poder constituido no puede invocar la acción o la omisión de otro según el reparto interno para excusar un incumplimiento del tratado. En fin, ese sistema imperativo considera irrelevante la distribución interna del poder en plano territorial y orgánico a efectos de determinar el acatamiento de los Pactos”⁶⁷⁹.

En este sentido, el Estado incurre en responsabilidad por cualquier comportamiento que sea incompatible con sus obligaciones internacionales, independientemente del nivel de administración o gobierno en que se produzca⁶⁸⁰.

En el voto concurrente razonado a la sentencia del Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala, el Juez García Ramírez ilustrativamente señaló:

“Para los efectos de la Convención Americana y del ejercicio de la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana, el Estado viene a cuentas en forma integral, como un todo. En este orden, la responsabilidad es global, atañe al Estado en su conjunto y no puede quedar sujeta a la división de atribuciones que señale el Derecho interno. No es posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar ante la Corte sólo a uno o algunos de sus órganos, entregar a éstos la representación del Estado en el juicio –sin que esa representación repercuta sobre el Estado en su conjunto– y sustraer a otros de este régimen convencional de responsabilidad, dejando sus actuaciones fuera del “control de convencionalidad” que trae consigo la jurisdicción de la Corte internacional”⁶⁸¹.

En este sentido, merece especial consideración que en la ejecución a nivel interno de las reparaciones ordenadas por la Corte IDH, el Estado debe tener presente que el régimen regulador de dicha ejecución es de derecho internacional y no pueden incidir los impedimentos o dificultades que pudieran existir en el ordenamiento local. La Corte ha sido contundente al sostener que la obligación de reparar, que se regula en todos los aspectos (alcance, naturaleza, modalidades y determinación de los beneficiarios) por el

⁶⁷⁹ GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo Á. Administración Pública, Juridicidad y Derechos Humanos, op. cit., págs. 109-110.

⁶⁸⁰ Informe de la Comisión de Derecho Internacional de la ONU sobre la labor realizada en su 53.º período de sesiones (23 de abril a 1º de junio y 2 de julio a 10 de agosto de 2001), Documento A/56/10, artículos sobre la responsabilidad del Estado por actos internacionalmente ilícitos con comentarios, art. 4, comentario 5, pág. 40.

⁶⁸¹ Corte IDH. Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala, op. cit., voto concurrente razonado del Juez Sergio García Ramírez, pár. 27.

derecho internacional, no puede ser modificada o incumplida por el Estado obligado invocando disposiciones de su derecho interno⁶⁸².

Ahora bien, teniendo en cuenta la organización federal del Estado argentino y que el mismo no puede alegar su estructura federal para dejar de cumplir una obligación internacional⁶⁸³, a nivel doméstico son las provincias responsables de los hechos violatorios de la Convención quienes deben asumir internamente la responsabilidad declarada, cumplir e implementar las reparaciones dispuestas. En el orden interno, dicha obligación de reparación recae inicialmente en el Poder Ejecutivo provincial en su carácter de órgano de representación de la provincia en cuyo ámbito se produjo la acción u omisión generadora de responsabilidad. Ello, sin perjuicio de que el Ejecutivo disponga los medios necesarios para implementar las reparaciones en los otros poderes del Estado cuando las violaciones a los derechos humanos se concretaron en dichas órbitas.

En consecuencia, el Poder Ejecutivo provincial es el principal protagonista a la hora de implementar efectivamente las reparaciones ordenadas, ya que debe dar cuenta del cumplimiento al Poder Ejecutivo nacional para que este informe, en nombre del Estado de Argentina, al organismo internacional interviniente.

En esta dinámica cobra especial relevancia el control de convencionalidad interno, ya que como consecuencia de la eficacia jurídica de la Convención Americana en todos los Estados parte en la misma, un control dinámico y complementario de convencionalidad también posee un rol importante en el cumplimiento o implementación de una determinada Sentencia de la Corte Interamericana⁶⁸⁴, especialmente cuando dicho acatamiento queda a cargo de los jueces nacionales.

Asimismo, surge también contundente el interés e importancia que para el Poder Ejecutivo provincial reviste el ejercicio del control preventivo de convencionalidad como herramienta fundamental para conformar el actuar estatal al derecho convencional, evitar la vulneración de los derechos humanos, la consecuente declaración de responsabilidad internacional y el obligatorio cumplimiento de las reparaciones dispuestas.

El órgano ejecutivo a través del ejercicio de la función administrativa es el primer garante de los derechos de las personas, y es en esta sede, a la cual el administrado puede

⁶⁸² Corte IDH. Cantos vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas, 28/11/2002, pár. 68; Caso Aloeboetoe y otros vs. Surinam. Reparaciones y Costas, op. cit., pár. 44.

⁶⁸³ Corte IDH. Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina. Reparaciones y Costas, op. cit., pár. 46.

⁶⁸⁴ Corte IDH. Caso De las Masacres de Ituango vs. Colombia. Supervisión de cumplimiento de sentencia, 21/05/2013, pár. 30.

acceder sin restricciones, donde encontrará el aseguramiento real y efectivo de sus derechos. Es por ello tan relevante que la Administración cumpla con su rol fundamental y competencia inherente de prevenir ilícitos convencionales generadores de responsabilidad.

En un fallo reciente de la Corte IDH en contra del Estado argentino por hechos ocurridos en la Provincia de Santa Fe⁶⁸⁵, de haber operado el control preventivo de convencionalidad se hubiera evitado la declaración de responsabilidad internacional del Estado. En este caso, las reparaciones ordenadas, entre ellas el pago de indemnizaciones compensatorias, fueron asumidas por el Poder Ejecutivo. Ahora bien, al no haber sido el ejecutivo provincial quien provocó los hechos que originaron la responsabilidad del Estado, pero si quien debe afrontar en primera instancia las reparaciones, deberá reclamar al Poder responsable –judicial, legislativo, Estado municipal o comunal– la asunción de las reparaciones, especialmente la repetición de lo abonado, sin perjuicio de las responsabilidades individuales de los agentes públicos que expresaron la voluntad del Estado en el caso concreto.

2. La responsabilidad de los agentes públicos provinciales como representantes de la voluntad del Estado.

Determinada la responsabilidad internacional del Estado, la provincia en cuyo ámbito se originaron las circunstancias determinantes de tal responsabilidad debe asumir las consecuencias de los incumplimientos convencionales. Como se anticipara, en este aspecto el Poder Ejecutivo provincial tiene un protagonismo principal e indeclinable por ser quien debe asumir directamente las medidas de reparación ordenadas. La intervención directa del Ejecutivo se fundamenta en la posibilidad real de poder cumplir en tiempo y forma con la sentencia del organismo internacional y, a su vez, dar respuesta lo más inmediatamente posible a las víctimas de las violaciones declaradas.

Ahora bien, no obstante que las obligaciones de respetar y garantizar los derechos humanos son asumidas por el Estado en su conjunto –en virtud del principio de unidad–, hacia el interior del Estado, y particularmente del ordenamiento jurídico provincial, en el

⁶⁸⁵ Corte IDH. Caso María y otros vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas, 22/08/2023.

obrar estatal cotidiano el cumplimiento concreto de dichas obligaciones es efectivizado y expresado por los agentes públicos⁶⁸⁶.

La vasta responsabilidad que asumen los agentes públicos al expresar la voluntad del estado debe ser atendida mediante el ejercicio del control de convencionalidad, especialmente preventivo y conforme al ámbito de sus competencias, como el medio eficiente para aplicar operativamente las normas y principios que reconocen derechos humanos y adoptar las medidas que resulten más favorables a la tutela de los administrados.

Como se afirmó en el capítulo IV al estudiar el control primario e interno de convencionalidad a cargo del Poder Ejecutivo, la Administración pública, titular del ejercicio de la función administrativa como función principal y específica de dicho Poder, es, de los órganos del Estado, quien se encuentra en mejores condiciones de conocer las necesidades de las personas y garantizar sus derechos y libertades. Ello resulta posible por los caracteres de permanencia, concreción y practicidad de la función administrativa y por la inmediatez y cercanía que la Administración debe guardar respecto de las personas sujetas a su jurisdicción. De esta manera, al conformar el ejercicio de la función administrativa con las normas convencionales y la jurisprudencia del Tribunal interamericano, los agentes públicos previenen la vulneración de los derechos humanos de los administrados, la necesidad de que los mismos deban acudir a la instancia judicial para el resguardo de sus derechos y, eventualmente, la responsabilidad internacional del Estado. Es decir, de constatare la falta de control de convencionalidad en el ejercicio de la función administrativa se declarará la responsabilidad internacional del Estado y quedará comprometida asimismo la responsabilidad del agente público que expresó su voluntad.

En la Provincia de Santa Fe, cuando un agente público compromete la responsabilidad del Estado por haber realizado actos –acciones u omisiones– contrarios a las obligaciones convencionales contraídas, deberá asumir las consecuencias de dichos actos; es decir, será responsable de su accionar violatorio de los derechos de los administrados.

⁶⁸⁶ Tal como se sostuvo en el tercer punto del capítulo IV, quedan comprendidos tanto funcionarios como empleados públicos, en el entendimiento de que ambos son órganos administrativos que actúan en representación del Estado y comparten el régimen de responsabilidad por sus actos u omisiones. El derecho positivo argentino y supranacional no hace diferenciación entre “funcionarios” y “empleados”. Particularmente en materia de responsabilidad, tanto el Código Civil y Comercial de la Nación, como la Ley Nacional N.º 26.944 y el Decreto Provincial N.º 4174/2015, utilizan indistintamente la terminología de autoridad administrativa, funcionario, agente o empleado público.

El Reglamento para el trámite de actuaciones administrativas en su art. 96 dispone:

“Las autoridades administrativas y los agentes públicos que tuviesen a su cargo la resolución o el despacho de los asuntos, serán responsables directos de su tramitación y adoptarán las medidas oportunas para remover los obstáculos que impidan, dificulten o retrasen el ejercicio pleno de los derechos de los peticionantes, disponiendo lo necesario para evitar y eliminar toda anormalidad o atraso irrazonable en la tramitación de procedimientos”.

De conformidad con la norma, el comportamiento irregular de los agentes públicos puede originar distintos tipos de responsabilidad, únicas o concurrentes, y fundarse tanto en la culpa como en el dolo.

Al respecto, Marienhoff sostiene:

“El problema de la responsabilidad de los funcionarios o empleados públicos se suscita en todos los ámbitos en que el "hombre" —en este caso el agente público— puede manifestar o expresar su comportamiento o conducta. De ahí que, atendiendo a esos distintos modos posibles de manifestarse, la actividad del agente, su responsabilidad puede ser "política", "penal", "civil" y "administrativa"⁶⁸⁷.

Y agrega:

“Dado que cada uno de los tipos de responsabilidad de que es susceptible el agente público, tiende a proteger o tutelar un distinto y específico bien o valor jurídico, va de suyo que un mismo hecho o comportamiento del funcionario puede dar lugar, simultáneamente, a varias de las mencionadas especies de responsabilidad, sin que esto importe violar los principios *non bis in idem* o *non ter in idem*⁶⁸⁸.

Asimismo, la responsabilidad de los agentes públicos santafesinos se genera en relación con el propio Estado y también con los particulares afectados, quienes podrán demandar directamente al agente por su comportamiento irregular, o bien al Estado, o a ambos, sin perjuicio de la ulterior acción de repetición que el Estado promueva contra el agente responsable.

Sobre la normativa aplicable a la responsabilidad del Estado y de los agentes públicos, el art. 18 de la Constitución Provincial establece:

“En la esfera del derecho público la Provincia responde hacia terceros de los daños causados por actos ilícitos de sus funcionarios y empleados en el ejercicio de las actividades que les competen, sin

⁶⁸⁷ MARIENHOFF, Miguel S. Tratado de derecho administrativo. Contratos de la Administración Pública. Teorías general y de los contratos en particular, 4º ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998, t. III B.

⁶⁸⁸ Ibídem, con cita de VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín. Derecho Administrativo, pág. 527.

perjuicio de la obligación de reembolso de estos. Tal responsabilidad se rige por las normas del derecho común, en cuanto fueren aplicables”.

Según el posicionamiento de Fiscalía de Estado de la Provincia de Santa Fe⁶⁸⁹, no resultan aplicables las normas del Código Civil y Comercial de la Nación por expresa previsión de los arts. 1764⁶⁹⁰, 1765⁶⁹¹ y 1766⁶⁹² ya que, respecto de la responsabilidad del Estado y del funcionario y empleado público, establecen que se rigen por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local, según corresponda.

Al respecto, Fiscalía sostiene la aplicación de lo dispuesto por la Constitución Provincial en su art. 18 y, en cuanto a la operatividad, afirma:

“(…) La aplicación del art. 18 de la Constitución Provincial determina la limitación de la responsabilidad del Estado por el obrar de sus agentes a la que deriva de la actuación de los mismos en ejercicio de sus funciones y dentro de los límites de su competencia, descartándose la responsabilidad estatal en aquellos supuestos en que la función fue simplemente la ocasión para la producción del presunto daño o cuando el agente obró abiertamente fuera de su competencia. En ese contexto, es dable afirmar que el Estado Provincial no responde por los daños derivados de actos realizados por los agentes o funcionarios con ocasión de la función”⁶⁹³.

La norma constitucional dispone además la obligación de los agentes públicos de reembolsar al Estado provincial lo que este debió asumir para reparar los daños causados por el actuar ilícito de aquellos en el ejercicio de sus actividades.

La declaración de responsabilidad internacional del Estado necesariamente impacta en su presupuesto, por ello resulta determinante la obligación de reembolso de los agentes públicos y la respectiva acción de repetición a cargo del Estado. La reparación configura un gasto presupuestario que podría haberse evitado si el agente hubiera obrado diligentemente según el mandato convencional.

De esta manera, la obligación de reembolso refleja la importancia de la responsabilidad de los agentes públicos que expresan la voluntad del Estado, quienes

⁶⁸⁹ Fiscalía de Estado de la Provincia de Santa Fe. Dictámenes 232/19, 178/20, 38/21, entre otros. Disponibles en <<https://www.santafe.gob.ar/fsca-dictamensf/consulta>> [consulta: 14/06/2024]

⁶⁹⁰ CCC. Art. 1764: Inaplicabilidad normas. Las disposiciones del capítulo I de este Título no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria.

⁶⁹¹ CCC. Art. 1765: Responsabilidad del Estado. La responsabilidad del Estado se rige por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda.

⁶⁹² CCC. Art. 1766: Responsabilidad del funcionario y del empleado público. Los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas se rigen por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda.

⁶⁹³ Fiscalía de Estado de la Provincia de Santa Fe. Dictamen 232/19.

deben asumir las consecuencias de la inobservancia de los compromisos convencionales, entre ellas las patrimoniales.

Al ser declarada la responsabilidad internacional del Estado por violación a los derechos humanos, la Corte IDH toma muy especialmente en cuenta la responsabilidad de los funcionarios públicos que expresaron la voluntad del Estado infractor y por ello ordena medidas de reparación que son determinantes en tal sentido.

En el caso *María y otro vs. Argentina*, relacionado con la responsabilidad del Estado por la violación de diversos derechos en el marco del proceso administrativo y judicial de guarda y adopción del niño Mariano, en contra del propio niño, de su madre María –quien tenía 13 años al momento del nacimiento de Mariano– y de la madre de María, la Corte IDH declaró la responsabilidad internacional del Estado por el accionar de agentes públicos de la Provincia de Santa Fe, estableció la obligación de investigar sus actos y ordenó al Estado:

“(…) En un plazo razonable y con la debida diligencia, promover, continuar y concluir las investigaciones que sean necesarias para determinar si existe responsabilidad penal por parte de los funcionarios que llevaron a cabo el procedimiento que determinó la entrega de Mariano al matrimonio López y el inicio de oficio de las medidas cautelares que se transformaron en un proceso sobre declaración de adoptabilidad. Para el efecto, el Estado deberá garantizar el pleno acceso y capacidad de actuar de las víctimas en todas las etapas de las investigaciones, de acuerdo con la ley interna y las normas de la Convención Americana”⁶⁹⁴.

“Asimismo, el Tribunal dispone que, de acuerdo con la normativa disciplinaria y administrativa pertinente, el Estado debe verificar, a partir de la notificación de la presente Sentencia y dentro de un plazo razonable, la conformidad a derecho de la conducta de los servidores públicos que intervinieron tanto en el abordaje del embarazo y parto de María en la Maternidad como en la judicialización de las medidas cautelares solicitadas por la Defensora Provincial y debe establecer las responsabilidades que correspondan conforme a derecho”⁶⁹⁵.

Asimismo, en el marco de las reparaciones la Corte dispuso medidas de rehabilitación⁶⁹⁶, de satisfacción⁶⁹⁷ e indemnizaciones compensatorias⁶⁹⁸ que implican el pago de sumas de dinero en favor de la parte lesionada, además de las costas⁶⁹⁹ y el reintegro de gastos⁷⁰⁰.

⁶⁹⁴ Corte IDH. Caso *María y otro*, op. cit., pár. 183.

⁶⁹⁵ *Ibidem*, pár. 184.

⁶⁹⁶ *Ibidem*, pár. 177, 178 y 179.

⁶⁹⁷ *Ibidem*, pár. 192.

⁶⁹⁸ *Ibidem*, pár. 206.

⁶⁹⁹ *Ibidem*, pár. 212.

⁷⁰⁰ *Ibidem*, pár. 216.

Como se advierte, la declaración de responsabilidad internacional del Estado incide sobre su patrimonio, debiendo la provincia prever en su presupuesto las respectivas erogaciones para dar cumplimiento a la sentencia del Tribunal interamericano. No obstante, como la sentencia dispone también investigar internamente la conducta de los agentes públicos involucrados en los hechos, en caso de determinarse su responsabilidad individual por el actuar inconveniente que determinó la declaración de responsabilidad del Estado, este deberá ejercer contra los responsables declarados la acción de repetición de lo efectivamente pagado. De esta manera se reafirma la transparencia activa del Estado en la gestión del interés general y la importancia de que el funcionario asuma también las consecuencias pecuniarias de su hecho dañoso es decisiva, pues esto, constituye un elemento fundamental para fijar límites concretos a la negligencia y arbitrariedad eventuales de las autoridades públicas⁷⁰¹.

Igualmente, los agentes públicos en el ámbito de su responsabilidad serán pasibles de otras medidas encuadradas dentro de las reparaciones ordenadas por el Tribunal internacional, tendientes a la no repetición de los actos lesivos de los derechos y garantías convencionales.

En el caso referenciado, la Corte constató que las violaciones a los derechos ocurrieron fundamentalmente por la actuación de funcionarios que forman parte del sistema de protección de la niñez y del Poder Judicial provincial y en consecuencia dispuso que el Estado debe implementar un programa o curso obligatorio dirigido a operadores judiciales, incluyendo jueces, defensores, fiscales, asesores y demás funcionarios vinculados a la administración de justicia respecto de niños, niñas y adolescentes y a su protección de la provincia en donde se desarrollaron los hechos⁷⁰².

En el mismo sentido, el Tribunal ordenó al Estado crear un programa de capacitación a nivel provincial en donde se desarrollaron los hechos del caso para los funcionarios que trabajan en los servicios de maternidad con el fin de que se capaciten sobre el tema del parto respetado, el consentimiento libre e informado y los mecanismos internos y convencionales sobre la adopción y guarda de niños y niñas. Se deberá asimismo implementar un protocolo para las maternidades públicas de la provincia en donde se desarrollaron los hechos del caso, con el fin de abordar los embarazos de niñas y adolescentes, desde la perspectiva de género⁷⁰³.

⁷⁰¹ GORDILLO, Agustín. Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2013, t. 8.

⁷⁰² Corte IDH. Caso María y otro, op. cit., pár. 199.

⁷⁰³ *Ibíd*em, pár. 200.

Si bien resulta necesario reforzar la articulación de la acción de repetición del Estado respecto del agente, ya que en la práctica muchas veces la misma aparece debilitada, es también importante robustecer las consecuencias no patrimoniales que se originan para el agente a partir de la declaración de responsabilidad internacional del Estado. Ello resultará determinante para la no repetición de los actos y prácticas contrarias al derecho convencional al momento de expresar la voluntad estatal.

En este sentido, Marienhoff afirma:

“El acrecentamiento de la responsabilidad del agente público dará como resultado la disminución de casos determinantes de la responsabilidad del Estado, ya que los funcionarios y empleados tendrán interés en no realizar actos que simultáneamente puedan determinar su propia responsabilidad y la del Estado. El reconocimiento efectivo de la responsabilidad del agente público actuará como un freno a las pasiones y a la incultura de quienes, válidos de la dosis de poder que invisten, se aparten de los buenos procederes en el cumplimiento de sus funciones”⁷⁰⁴.

Ahora bien, para poder exigir y hacer efectiva la responsabilidad de los agentes públicos en la observancia de las obligaciones convencionales es fundamental dotarlos de las herramientas necesarias y efectivas para obrar regularmente en tal sentido. Es necesario proporcionar a los funcionarios los medios necesarios para que puedan obrar en forma diligente. Es decir, el Estado debe proporcionar los mecanismos para convencionalizar el ejercicio cotidiano de la función administrativa y en tal sentido la articulación del control preventivo de convencionalidad se torna indispensable y una obligación de impostergable cumplimiento si se pretende una Administración pública convencionalizada al servicio de las personas y cuyo fin esencial sea el aseguramiento de sus derechos.

El Estado debe crear las condiciones necesarias para posibilitar el ejercicio diligente del control de convencionalidad, siendo en tal sentido la formación de los agentes públicos un aspecto esencial para la aprehensión y aplicación del test de convencionalidad exigido a la Administración Pública en el ejercicio de la función administrativa y según el ámbito de sus competencias. De ahí la necesidad de que los agentes de la Administración reciban formación en derechos humanos y actualización permanente en los estándares internacionales de promoción y protección de derechos humanos, de modo de optimizar la relevancia de sus funciones como instrumentos en la ejecución y cumplimiento de las obligaciones internacionales asumidas por el Estado.

Se trata de convencionalizar el obrar estatal como forma de prevenir la vulneración de derechos humanos y la eventual responsabilidad del Estado. En esta dinámica, es

⁷⁰⁴ MARIENHOFF, Miguel S. Tratado de derecho administrativo, op. cit., pág. 163.

posible que el agente público que debe ejercer control de convencionalidad se encuentre con dificultades para compatibilizar e integrar las normas en cuestión y escoger la interpretación acorde con el derecho convencional. Ello puede deberse a la multiplicidad de instrumentos internacionales de protección vigentes en el sistema, a la diversidad de normativa administrativa, a las particularidades de los casos concretos y a los diferentes intereses en juego en el ámbito de la función pública. En estos casos, sin perjuicio de la plena vigencia del principio *pro persona* que exige escoger siempre la interpretación más favorable al administrado, se propone que el agente público tenga la posibilidad de plantear a un órgano de consulta especializado en control de convencionalidad, a crearse en el ámbito de la Administración pública provincial, la duda de convencionalidad como mecanismo para limitar su responsabilidad, aunque fundamentalmente para lograr decisiones administrativas acordes con el derecho convencional. Sin dudas, estas decisiones redundarán en una mayor protección de los derechos de la persona y en el reconocimiento de su dignidad inherente como centro y fin del ordenamiento administrativo santafesino.

CONCLUSIONES

Retomando las propuestas y objetivos formulados en la introducción del estudio, a continuación se sintetizarán las conclusiones principales que arrojó la investigación.

En primer lugar, se pudieron validar las hipótesis propuestas. Se concluye que la única posibilidad de concebir a la Administración pública es en clave de derechos humanos. Es decir, atravesada, condicionada y fortalecida por el derecho internacional de los derechos humanos, especialmente por la CADH y la jurisprudencia de la Corte IDH, en su carácter de intérprete auténtica y final del derecho convencional.

La validez de esta concepción se logra a partir de considerar el bien común regional como un valor superior al bien común nacional afirmado en la razón de ser del sistema interamericano, es decir, la promoción y protección de los derechos humanos en el continente y el reconocimiento de la dignidad inherente de todas las personas como valor fundamental sobre el que reposa su reconocimiento. La consagración expresa de la protección internacional de los derechos humanos a través de diversos instrumentos tanto universales como regionales, implicó que los Estados asumieran, al decir de Sagüés, que “en la vigencia de estos derechos se encuentra comprometido, además del bien común nacional, el bien común internacional”⁷⁰⁵. En este sentido, Medina Quiroga afirma que los tratados de derechos humanos no sólo establecen derechos para las personas y obligaciones

⁷⁰⁵ SAGÜÉS, Néstor P. Mecanismos de incorporación de los tratados internacionales sobre derechos humanos al derecho interno, op. cit., pág. 412.

para los Estados partes, sino que, en realidad, consagran un sistema para proteger la dignidad humana que constituye un verdadero orden público internacional, cuyo mantenimiento debe ser de interés de todos los Estados que participan en el sistema⁷⁰⁶.

Oportunamente, el Estado federal argentino en ejercicio deliberado de su soberanía decidió someterse y ser parte del sistema interamericano, asumiendo así las obligaciones de cumplir fiel y efectivamente los instrumentos que lo conforman y las decisiones de sus órganos propios de aplicación. La reforma constitucional del año 1994 reconoció a los tratados de derechos humanos jerarquía constitucional y las provincias, en cuanto componentes del Estado federal, se encuentran directamente alcanzadas por las obligaciones allí establecidas.

En este sentido, el Poder Ejecutivo a través del ejercicio de la función administrativa asumida por la Administración pública provincial cumple un rol protagónico en la observancia del derecho convencional. A través del estudio se logró demostrar que dicho cometido se logra con la articulación del control primario de convencionalidad realizado por el órgano ejecutivo conforme al ámbito de sus competencias y a las regulaciones procesales correspondientes, y no sólo en el marco de un procedimiento administrativo determinado, sino también en el ejercicio de la función administrativa misma del Estado en la medida en que pueda significar la afectación de los derechos de las personas.

Ello resulta posible e imperativo por exigencia expresa de la Corte IDH a partir del caso “Almonacid Arellano”⁷⁰⁷ y, especialmente, a partir de los casos “Gelman I”⁷⁰⁸ y “II”⁷⁰⁹, además por la plena vigencia a nivel interno del principio de juridicidad y por los rasgos propios de la función administrativa, entre los que merece especial atención la inmediatez con las personas en cuanto determina que sean los órganos administrativos el primer contacto para la garantía de sus derechos.

De esta manera, la Administración pública se convierte en un ámbito estratégico para la aplicación del control primario de convencionalidad, debiendo asumir el impacto transversal que ello genera. Una Administración condicionada y enriquecida con los estándares, normas, principios, interpretaciones y valores que provienen del *corpus iuris*

⁷⁰⁶ MEDINA QUIROGA, Cecilia. Las obligaciones de los Estados bajo la Convención Americana sobre Derechos Humanos, op. cit., pág. 210.

⁷⁰⁷ Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 26/09/2006.

⁷⁰⁸ Corte IDH. Gelman vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones, 24/02/2011.

⁷⁰⁹ Corte IDH. Gelman vs. Uruguay. Supervisión de cumplimiento de sentencia, 20/03/2013.

interamericano de derechos humanos, lo que significa una actividad administrativa al servicio de las personas y cuyo fin esencial es la consecución directa del bien común, entendido este como la protección de los derechos esenciales del hombre y la creación de circunstancias que le permitan progresar espiritual y materialmente y alcanzar la felicidad⁷¹⁰.

El impacto se extiende naturalmente al régimen jurídico regulador de la Administración, es decir, al derecho administrativo, operando también su convencionalización. Un derecho administrativo centrado en la dignidad de la persona como condición previa a la existencia misma del Estado, persona que por tal motivo se relaciona con la Administración como sujeto activo, como titular de derechos y garantías, aunque también de deberes, pero no ya como sujeto pasivo o sometido a la decisión estatal. Este atravesamiento humanizador del derecho administrativo determina su permeabilidad a nuevas maneras de pensar, aplicar e interpretar el derecho, a su permanente actualización y al diálogo constante con instancias supranacionales que permiten el intercambio de normas y criterios de interpretación que responden a la ampliación de derechos y garantías de los ciudadanos y deberes ineludibles a cargo de la Administración. En esta dirección, se confirma que el control de convencionalidad se erige además en la herramienta proporcionada y, a su vez, exigida por el SIDH para posibilitar la aplicación armónica, ordenada y coherente del derecho administrativo vigente en el Estado, ante la diversidad de regímenes –por su carácter local– y la dispersión de la normativa administrativa. Así como el sistema interamericano exige a la Administración pública el respeto y garantía de los derechos humanos en cada una de sus actuaciones, también instituye y le facilita una herramienta eficaz y obligatoria como el control de convencionalidad para hacer posible el cumplimiento de dicho cometido.

Resulta importante considerar que el control de convencionalidad debe ser ejercido por los órganos ejecutivos “en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes”. Dicha fórmula es la que permite reorientar las competencias públicas conforme al *corpus iuris* interamericano, como así también detectar y graduar en forma concreta las atribuciones del órgano respectivo vinculadas con el ejercicio del control. Como afirma Trucco, el control de convencionalidad no es algo automático o que pueda practicarse conforme a reglas preestablecidas o rígidas o fuera del

⁷¹⁰ Corte IDH. La expresión ‘leyes’ en el artículo 30 de la CADH, Opinión Consultiva OC-6/86, 09/05/1986, pár. 29.

contexto particular en el cual se aplica⁷¹¹. De allí, que no todos los órganos tengan iguales posibilidades de ejercer el control de convencionalidad con el mismo alcance y modalidad. En este contexto, se determina la trascendencia de ejercer un control positivo o constructivo de convencionalidad, por ser el que resulta más factible de ser practicado por el órgano ejecutivo y el que mejor se adapta a su articulación. Al ser un control en esencia difuso opera tanto en la emisión como en la aplicación de normas y prácticas administrativas y permite principal y especialmente su ejercicio de manera preventiva.

En relación al control represivo o negativo de convencionalidad, se sostiene que el mismo queda reservado como última instancia ante la imposibilidad de compatibilizar la norma o práctica interna con el derecho convencional y, a su vez, reducido y limitado, según los casos, al querer ser articulado por el órgano ejecutivo, ya que este no siempre estará habilitado, para inaplicar una norma o práctica por razones de inconvencionalidad. Debe observarse el reparto de competencias que el derecho interno impone y en aquellos supuestos en que no se encuentre habilitado para ejercer un control represivo, por ejemplo por ser un órgano ejecutivo inferior o subordinado al órgano que emitió la norma o práctica cuestionada, siempre debe reconocerse la posibilidad de dejar planteada la duda de convencionalidad y acudir a los mecanismos administrativos correspondientes para plantear la situación ante el órgano ejecutivo con competencia para resolver la alegada inconvencionalidad.

Se afirma el valor del control ejecutivo preventivo de convencionalidad como denominador común que opera en forma conjunta y coadyuvante de la modalidad constructiva y represiva del control y se extiende tanto en la emisión como en la aplicación de normas, prácticas y decisiones administrativas, en cuanto puedan significar la afectación de los derechos de las personas. La importancia de la prevención radica en evitar que en el ámbito de la administración pública se emitan normas o se apliquen prácticas contrarias a la CADH o a la jurisprudencia de la Corte, como así también en expulsar de la esfera administrativa aquellas que resulten contrarias a dichos parámetros de convencionalidad.

Confirmada la inevitable obligatoriedad para el órgano ejecutivo de ejercer control de convencionalidad, mencionados incluso supuestos concretos de aplicabilidad en el ámbito provincial, y el impacto que ello genera tanto hacia la Administración como respecto de su régimen jurídico regulador, el estudio demostró además que su cumplimiento permite concretar la plena vigencia de la tutela administrativa efectiva. Para

⁷¹¹ TRUCCO, Marcelo F., Control de Convencionalidad (En pocas palabras), op. cit., pág. 69.

ello, luego de analizar la evolución y estándares de la Corte IDH y la recepción en la jurisprudencia nacional y provincial, se la define como el derecho de todas las personas de presentarse ante la Administración pública y obtener de ella respuesta expedita y eficaz en el resguardo y goce de sus derechos humanos y, en consecuencia, como la obligación de garantía a cargo de la Administración en virtud de la cual asume el deber de observar y respetar los derechos humanos y adoptar medidas para dar efectividad a los mismos, en todas y cada una de las actuaciones y prácticas que puedan afectar los derechos de las personas. Esta obligación en cabeza de la Administración determina que la tutela administrativa efectiva se consagre además como principio sustancial del obrar estatal.

No quedan dudas que para asegurar la tutela efectiva deben regir en toda actuación administrativa definitoria de derechos y obligaciones de las personas y en el ámbito del procedimiento administrativo desplegado para tal fin las garantías previstas en el art. 8 de la CADH, especialmente las del apartado 1 de dicha norma, y la interpretación realizada por el Tribunal interamericano. En sintonía con ello, el Reglamento para el trámite de actuaciones administrativas de la Provincia de Santa Fe no sólo consagró la tutela administrativa efectiva como uno de los principios básicos y esenciales a los que debe sujetarse toda actuación, sino que además incluyó explícitamente otros principios derivados directamente del derecho convencional (principio del debido proceso, de pronunciamiento expreso, de actuación e impulsión de oficio, de interpretación favorable al peticionante en caso de duda y de informalismo a favor del administrado, de asistencia a la parte no instruida, de imparcialidad del órgano administrativo y de la valoración de la prueba según la libre convicción).

Es por ello que entiendo que en el ámbito provincial se encuentran dadas las condiciones esenciales para que la Administración pública asegure plenamente la tutela efectiva de los administrados articulando a tal fin el control de convencionalidad, especialmente de manera preventiva. La tutela del administrado será realmente efectiva si puede garantizarse de manera preventiva en el ejercicio de la función administrativa, representando la adopción espontánea de medidas y prácticas para dar efectividad a los derechos humanos, como así también para remover cualquier obstáculo al disfrute de los mismos. Se trata de que la Administración cumpla de oficio la obligación de garantía respecto de las personas sujetas a su jurisdicción. Garantizar preventivamente la tutela administrativa efectiva evita además que las personas deban acudir a la instancia jurisdiccional para lograr el reconocimiento de sus derechos, como asimismo la eventual

responsabilidad internacional del Estado por haber desconocido en dicha sede la vigencia de los derechos humanos y los compromisos internacionales asumidos.

De esta manera resulta claro que los órganos ejecutivos de la Provincia están llamados a dar respuestas concretas y efectivas, garantizando los derechos consagrados convencionalmente, sin tener que dilatar su reconocimiento a respuestas judiciales que pueden evitarse con un actuar oportuno de la Administración. Este proceder es el que mantiene a salvo la responsabilidad de los agentes públicos como representantes de la voluntad estatal. A lo largo de la investigación quedó evidenciado que el incumplimiento de la obligación de ejercer control de convencionalidad y, en consecuencia, de garantizar la tutela administrativa efectiva compromete la responsabilidad del agente público que expresó u omitió expresar la voluntad estatal y, eventualmente, la responsabilidad internacional del Estado.

Finalmente, a modo de reflexión, se dejan planteadas algunas propuestas y desafíos para la progresiva consolidación de la Administración pública en clave de derechos humanos:

1. Asumir, internalizar y fortalecer el cambio cultural y estructural que genera la convencionalización de la Administración pública y del derecho administrativo, haciendo una relectura de clásicos postulados como la figura del administrado, del régimen exorbitante, de la rígida y tajante división entre interés público e interés privado, de la jerarquía normativa, entre otros.

Implica posicionar al administrado como sujeto activo, titular de derechos y garantías, y el reconocimiento de su dignidad inherente como centro del ordenamiento jurídico administrativo, y no ya como sujeto pasivo sometido a la decisión estatal. La acción administrativa caracterizada históricamente por la posición dominante de las potestades estatales y el régimen exorbitante que tenían por objeto la persecución del interés público, se flexibiliza para dar paso a una exorbitancia en el reconocimiento y protección de los derechos humanos de las personas en su vinculación con la Administración.

Consecuentemente, es necesario reconocer que el principio de jerarquía normativa funciona de manera particular y admitir la operatividad del principio *pro persona* al momento de su aplicación al caso concreto, a fin de lograr la respuesta que en mayor medida reconozca los derechos del administrado. Conlleva además poner en diálogo las distintas fuentes jurídicas, sin pensar en términos de tensión la relación entre las normas de carácter interno y las del derecho convencional.

2. Establecer la formación obligatoria en derechos humanos y actualización permanente en los estándares internacionales de promoción y protección para todos los agentes públicos, de modo de optimizar la relevancia de sus funciones como instrumentos de ejecución y cumplimiento de las obligaciones internacionales asumidas por el Estado. Este deber se agudiza respecto de los integrantes de los departamentos legales de cada repartición administrativa, considerando la especial importancia de su actuación en el ejercicio del control interno de convencionalidad. Resulta innegable la complejidad y el esfuerzo que puede significar para los agentes públicos la observancia y aplicación del derecho convencional, recayendo en la Administración la obligación de brindar las herramientas necesarias para el logro de tal cometido.

3. Instituir en el ámbito de la Administración Pública Provincial órganos de consulta especializados en derecho internacional de los derechos humanos, con facultades para emitir opiniones fundadas sobre situaciones complejas en el ejercicio del control de convencionalidad a fin de prevenir la eventual responsabilidad del Estado por incumplimiento de las obligaciones internacionales asumidas.

4. Promover un diálogo convencional entre los tres poderes del Estado provincial, teniendo en consideración el rol que le toca asumir al Poder Ejecutivo ante el cuestionamiento de la responsabilidad internacional del Estado por hechos ocurridos en el ámbito de la Provincia de Santa Fe. En estos supuestos, es el Ejecutivo quien debe asumir directamente las medidas de reparación ordenadas por la Corte IDH, en caso de una sentencia condenatoria, o, en su defecto, proponer procesos de solución amistosa en el marco de la CADH para intentar evitar la declaración de responsabilidad internacional del Estado. Muchos de los casos que llegan a instancias internacionales se deben a incumplimientos de obligaciones convencionales por parte de los otros Poderes del Estado.

Sin embargo, es el Poder Ejecutivo quien debe asumir primeramente las consecuencias de tal incumplimiento para que el Estado, en virtud del principio de unidad, pueda dar respuesta al organismo internacional. El diálogo propuesto tiende a establecer mecanismos efectivos y eficaces para que el Poder del Estado en cuyo ámbito se generaron las violaciones a los derechos humanos y que comprometieron la responsabilidad internacional, asuman directamente las consecuencias de tal situación. Este mecanismo, debe asegurar que el Poder Ejecutivo pueda repetir del poder responsable lo que efectivamente debió erogar en virtud del cuestionamiento de responsabilidad.

Asimismo, el diálogo debe funcionar, principalmente, de manera preventiva a fin de evitar que el Estado provincial en su conjunto actúe por fuera de los límites de la

convencionalidad. Esto sin dudas reflejará un Estado provincial comprometido con el respeto y garantía de los derechos humanos de todas las personas.

Estos lineamientos permitirán orientar, a mi criterio, el camino deseable para iluminar la correcta aplicación de la normativa y los procedimientos administrativos que den cuenta de un Estado provincial eficiente y sobre todo comprometido con el respeto y garantía de los derechos humanos de todas las personas. Nuevos desafíos y necesidades seguramente marcarán en el futuro renovadas discusiones sobre la temática abordada. Espero que algunas de las conclusiones trabajadas en la presente investigación sirvan de aporte para continuar el debate.

BIBLIOGRAFÍA

a) General

ANDRADA, Alejandro D. Nuevas problemáticas sobre la responsabilidad del Estado. La Ley, 2010-E (744), agosto 2010.

BIDEGAIN, Carlos. El control de constitucionalidad y la Procuración del Tesoro. Revista El Derecho Constitucional, 2021(10), octubre de 2021.

BIDART CAMPOS, German. Principios de derechos humanos y garantías, Buenos Aires, Ediar, 1991.

BIDART CAMPOS, German. Las fuentes del derecho constitucional y el principio *pro homine*. En: GIL DOMÍNGUEZ, A. Y BIDART CAMPOS, G. (coords.) El derecho constitucional del siglo XXI: diagnóstico y perspectivas, Buenos Aires, Ediar, 2001.

BIDART CAMPOS. German J. Tratado elemental de derecho constitucional argentino, Buenos Aires, Ediar, 2007, t. I.

BIELSA, Rafael. La función pública, Buenos Aires, Depalma, 1960, t. III.

CANÇADO TRINDADE, Antônio. El nuevo Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2000) y su proyección hacia el futuro: La emancipación del ser humano como sujeto de derecho internacional. [en línea] México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2453/4.pdf>> [consulta: 06/08/2024].

CÁRDENAS GARCÍA, Jaime. Remover los dogmas. Cuestiones Constitucionales: Revista Mexicana de Derechos Constitucional, (6), enero-junio de 2002.

CASSAGNE, Juan Carlos. El Acto Administrativo, Buenos Aires, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1974, t. I.

- CASSAGNE, Juan C. Derecho administrativo, sexta edición actualizada, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998, t. I.
- CASSAGNE, Juan Carlos. Derecho administrativo, séptima edición actualizada, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2002, t. II.
- CASSAGNE, Juan C. Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, Comentada y Anotada, Buenos Aires, Ed. La Ley, 2009.
- CASSAGNE, Juan C. Los grandes principios del Derecho Público Constitucional y Administrativo, Buenos Aires, La Ley, 2015.
- CASSAGNE, Juan C. El nuevo constitucionalismo y derecho administrativo, Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública (462), marzo 2017.
- CASSIN, René. Génesis de la Carta de los Derechos Humanos. [en línea] El Correo de la UNESCO: una ventana abierta sobre el mundo. XXI, 1968. <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000078234_spa/PDF/078234spao.pdf.multi> [consulta 06/08/2024]
- CASTILLA JUÁREZ, Karlos A. El principio pro persona en la administración de justicia. [en línea] Cuestiones constitucionales, enero-junio 2009, N.º 20 <<https://www.scielo.org.mx/pdf/cconst/n20/n20a2.pdf>> [consulta: 3/02/2024]
- CEJIL Gaceta. Publicación del Centro por la Justicia y el Derecho Internacional. Las reparaciones en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. CEJIL (22), 2004.
- DIEZ, Manuel M.. El acto administrativo, Buenos Aires, Tea, 1956.
- DROMI, ROBERTO. Derecho administrativo, Buenos Aires, Astrea, 1992.
- ESCOLA, Héctor J. Tratado teórico práctico de los recursos administrativos, Buenos Aires, Depalma, 1967.
- FARRANDO, Ismael (h) y MARTÍNEZ, Patricia R. Manual de derecho administrativo, Buenos Aires, Depalma, 2000.
- FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor. El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Aspectos institucionales y procesales, 3º ed, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2004

- FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge y LÓPEZ OLVERA, Miguel. Derecho administrativo del estado de Hidalgo, México, UNAM/Porrúa, 2009.
- FERRERO, Fabriciano. Ante el cincuentenario de los Derechos Humanos. Moralía, Revista de Ciencias Morales y Sociales 21(78-79), 1998.
- GARCÍA MUÑOZ, Soledad. La capacidad jurídico-procesal del/la demandante individual en la protección internacional de los derechos humanos, Revista de Relaciones Internacionales, 9(17), jun.-nov. 1999.
- GARRIDO FALA, Fernando. Tratado de Derecho Administrativo, 11ª edición, Madrid, Tecnos, 2002, volumen I parte general.
- GARZÓN VALDÉS, Ernesto. ¿Cuál es la relevancia moral del concepto de dignidad humana? Madrid, Ed. Trotta, 2011.
- GELLI, María A. Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada, 4ª edición, Buenos Aires, La Ley, 2008, t. I.
- GIALDINO, Rolando E. El Poder judicial y los jueces en la república representativa, Buenos Aires, El Derecho, 2009.
- GONZÁLEZ, Joaquín V. Manual de la Constitución Argentina, Buenos Aires, Ángel Estrada, 1951.
- GONZÁLEZ DOMÍNGUEZ, Pablo. La doctrina del control de convencionalidad a la luz del principio de subsidiariedad. [en línea] Estudios Constitucionales, 2017, Vol. 15, N.º 1 <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82052274003>> [consulta: 09/01/2021]
- GORDILLO, Agustín. Tratado de Derecho Administrativo. 5ª edición, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2000.
- GORDILLO, Agustín. Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2013, t. 8.
- GORDILLO, Agustín. Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2017, t. I.
- GORDILLO, Agustín. Tratado de derecho administrativo y obras selectas. [en línea] t. 9, Primeros manuales, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo

<https://www.gordillo.com/pdf_tomo2/capitulo9.pdf>
[consulta: 17/01/2024]

GORDILLO, Agustín. FLAX, Gregorio. Derechos humanos, 6ta. Edición, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2007.

GROS ESPIELL, Héctor. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Raíces conceptuales en la historia y el derecho americano. En su: Estudios sobre Derechos Humanos II. Madrid, Editorial Civitas, 1988.

GROS ESPIELL, Héctor. La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos. Análisis comparativo. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1991.

GROS ESPIELL, Héctor. La Dignidad Humana en los Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos. [en línea] Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época. 2003. Vol. 4. <<https://revistas.ucm.es/index.php/ANDH/article/view/ANDH0303110193A>> [consulta:23/11/20]

HERRERA, Daniel A. El derecho internacional de los derechos humanos y el control de convencionalidad, Buenos Aires, EDUCA, 2018.

HITTERS, Juan Carlos. Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación. [en línea] Estudios constitucionales, 2009, año 7, N.º 2 <https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002009000200005> [consulta: 22/01/ 2021]

HUAPAYA TAPIA, Ramón. La influencia de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la delimitación de principios constitucionales comunes en materia de derecho administrativo sancionador para América Latina. [en línea] Querétaro. <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/15/7268/19.pdf>> [consulta: 24/10/2023]

LEONTINA SOSA, Guillermina (coord.). La Declaración Universal de Derechos Humanos: una visión de conjunto. En: Tratado de los tratados internacionales comentado, Buenos Aires, Editorial La Ley, 2011, t. II.

- MARIENHOFF, Miguel S. Tratado de derecho administrativo. Contratos de la Administración Pública. Teoría general y de los contratos en particular, 4º ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998, t. III B.
- MEDINA QUIROGA, Cecilia y MERA, Jorge (eds.). Sistema Jurídico y Derechos Humanos. El Derecho Nacional y las obligaciones internacionales de Chile en materia de Derechos Humanos. Santiago, Sociedad de Ediciones Universidad Diego Portales, 1996.
- MEDINA QUIROGA, Cecilia. Las obligaciones de los Estados bajo la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En: La Corte Interamericana de Derechos Humanos Un cuarto de Siglo: 1979 – 2004, Corte IDH, San José, Costa Rica, 2005.
- MIDÓN, Mario A. Control de convencionalidad. Buenos Aires, Astrea, 2016.
- MUÑOZ MACHADO, Santiago. Constitución, Madrid, Iustel, 2004.
- NASH ROJAS, Claudio. La protección internacional de los Derechos Humanos. En: SEMINARIO INTERNACIONAL El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y su repercusión en los órdenes jurídicos nacionales: 1 y 2 de febrero de 2006. México D.F, Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Suprema Corte de Justicia de México. [en línea] <<https://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/142636/La-Protccion-Internacional-de-los-Derechos-Humanos.pdf?sequence=1&isAllowed=y>> [consulta: 21/10/2020]
- NIKKEN, Pedro. Los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos: la perspectiva del acceso a la justicia y la pobreza. En: CURSO INTERDISCIPLINARIO EN DERECHOS HUMANOS (27º, 2008, San José, Costa Rica). Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Vol. 48, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2008.
- NÚÑEZ, Constanza. Una aproximación conceptual al principio *pro persona* desde la interpretación y argumentación jurídica. [en línea] Materiales de Filosofía del Derecho, 2017, N.º02, <<https://www.corteidh.or.cr/tablas/r37509.pdf>> [consulta: 4/02/2024]
- PÉREZ LUÑO, Antonio E. Derechos humanos, estado de derecho y Constitución. En: SAGÜÉS, Néstor, Dignidad de la Persona e ideología constitucional, Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político, 12, (72): 679-690, abril- mayo 1996.

PINTO, Mónica. Temas de Derechos Humanos, Buenos Aires, Ed. Del Puerto, 1997.

PINTO, Mónica. El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos. En: ABREGÚ, M. y COURTIS, C. (comps.). La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales, Buenos Aires, Editores del Puerto-CELS, 1997

PUCEIRO RIPOLL, Roberto. Las normas de *jus cogens* ¿fenómeno exclusivamente universal o también eventualmente regional? [en línea]
<http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/publicaciones_digital_XXVII_curso_derecho_internacional_2000_Roberto_Puceiro_Ripoll.pdf>
[consulta: 18/102020]

QUEL LÓPEZ, F. La protección internacional de los derechos humanos. Aspectos generales. En: FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANI, Carlos (coord.). Derecho Internacional de los Derechos Humanos, 3º edición, España, Editorial Dilex, 2007.

SAGÜÉS, María Sofía. Constitución de la República Argentina. Valencia, Tirant Lo Blanch, 2023.

SAGÜÉS, Néstor P. Derecho procesal constitucional de la provincia de Santa Fe, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 1998.

SAGÜÉS, Néstor P. La interpretación de los derechos humanos en las jurisdicciones nacional e internacional, Buenos Aires, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, 1998.

SAGÜÉS, Néstor P. Mecanismos de incorporación de los tratados internacionales sobre derechos humanos, al derecho interno. En: INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. Presente y futuro de los derechos humanos. Ensayos en honor a Fernando Volio Jiménez, San José, IIDH, 1998.

SAGÜÉS, Néstor P. La interpretación judicial de la Constitución, 2º edición. Buenos Aires, Lexis Nexis, 2006.

SAGÜÉS, Néstor P., Derecho Procesal Constitucional, 5º edición, Buenos Aires, Astrea, 2007.

SAYAGUÉS LASO, Enrique. Tratado de derecho administrativo, Montevideo, M.B. Altuna, 1953, t. I.

SALMÓN GÁRATE, Elizabeth. Curso de derecho internacional público, Lima, Fondo Editorial PUCP, 2014.

SALVIOLI, Fabián O. El aporte de la Declaración Americana de 1948, para la protección internacional de los Derechos Humanos. [en línea] En: SEMINARIO EL SISTEMA INTERAMERICANO de Protección de los Derechos Humanos en el umbral del siglo XXI (2003, San José, Costa Rica). Corte IDH. <<https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/seminario1.pdf>> [consulta: 08/01/2021]

SANTIAGO, Alfonso. La igual e inviolable dignidad de la persona humana como fundamento del orden jurídico nacional e internacional [en línea]. Prudentia Iuris, Vol. 83, 2017. <<https://repositorio.uca.edu.ar/bitstream/123456789/2810/1/igual-i-nviolable-dignidad-persona-humana.pdf>> [consulta: 16/10/2020]

SARRÍA, Félix. Los funcionarios públicos. [en línea] Revista de la Universidad Nacional de Córdoba, Julio-Agosto 1933, año 20 N.º 5-6 <<https://revistas.unc.edu.ar/index.php/REUNC/issue/view/564>> [consulta 22/04/2023]

TRUCCO, Marcelo y ARREDONDO, Ricardo. Las relaciones entre el DIP y el DI. En: ARREDONDO, Ricardo. Curso de Derecho Internacional Público. Buenos Aires, Editorial Ad Hoc, 2020.

TRUCCO, Marcelo. Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica). Comentada y anotada. Con mención de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Rosario, Juris, 2021.

TURYN, Alejandro. Enumeración de Deberes. En: ALONSO REGUEIRA, Enrique M (director). Convención Americana sobre Derechos Humanos y su proyección en el Derecho Argentino”, 1ª edición, Argentina, Buenos Aires, La Ley Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho, 2013.

VIGO, Rodolfo L. Iusnaturalismo y neoconstitucionalismo: coincidencias y diferencias. Ed. EDUCA, Buenos Aires, 2015.

b) Especial

ABERASTURY, Pedro y BLANKE. Tendencias actuales del procedimiento administrativo en Latinoamérica y Europa, Buenos Aires, Eudeba, 2012.

ALBANESE, Susana. Garantías judiciales: algunos requisitos del debido proceso legal en el derecho internacional de los derechos humanos, Buenos Aires, Ediar, 2000.

ALIANAK, Raquel. El renovado derecho administrativo, a la luz del control de convencionalidad, A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional, 15(59), ene./mar. 2015.

ALONSO REGUEIRA, Enrique M. El control de convencionalidad de la actividad administrativa, Buenos Aires, Lajouane, 2017.

ALONSO TELLO MENDOZA, Juan. La doctrina del control de convencionalidad: dificultades inherentes y criterios razonables para su aplicabilidad; [en línea], Prudentia Iuris, 2015, N.º 80, <<https://www.corteidh.or.cr/tablas/r35042.pdf>> [consulta: 18/02/2020]

ALVAREZ ÁLVAREZ, Fernando D. La cuestión del control de constitucionalidad por la administración pública. En: COMADIRA, Julio P. e IVANEGA, Miriam M. Derecho Administrativo. Libro en homenaje al Profesor Doctor Julio Rodolfo Comadira. Buenos Aires, Ad Hoc, 2009.

ANDRADA, Alejandro D. Ley 26.944: responsabilidad del Estado y los funcionarios. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, La Ley, 2017.

AYALA CORAO, Carlos M. La ejecución de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Estudios Constitucionales, 5(1), 2007.

BAZÁN, Víctor. Control de convencionalidad, aperturas dialógicas e influencias jurisdiccionales recíprocas. Revista Europea de Derechos Fundamentales, (18), 2º semestre 2011.

BAZÁN, Víctor. El control de convencionalidad como instrumento para proteger derechos esenciales y prevenir la responsabilidad internacional del Estado [en línea] Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, 2015, Nro. 19, <<file:///C:/Users/Usuario/Downloads/42043-Texto%20del%20art%C3%ADculo-129623-1-10-20151207.pdf>> [consulta: 15/04/2020]

BARNES, Javier. Tres generaciones de procedimiento administrativo. En: ABERASTURY, Pedro y BLANKE, Hermann-Josef. Tendencias actuales del procedimiento administrativo en Latinoamérica y Europa, 1º ed., Buenos Aires, Eudeba, 2012.

CANÇADO TRINDADE, Antônio A. Hacia el nuevo Derecho Internacional para la persona humana: manifestaciones de la humanización del Derecho Internacional, Revista da Faculdade de Direito da UFMG (50), ene. - jul., 2007.

CANÇADO TRINDADE, Antônio A. La persona humana como sujeto del derecho internacional: avances de su capacidad jurídica internacional en la primera década del siglo XXI. [en línea] Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, julio - diciembre 2007, vol. 46. <<https://dspace.iidh-jurisprudencia.ac.cr/server/api/core/bitstreams/2bf7bb16-124f-4984-876d-7cba2e9b9e4d/content>> [consulta: 22/09/2020]

CANDA, Fabián. Principios convencionales del procedimiento administrativo. El principio de “tutela administrativa efectiva”. Creación y evolución en la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Recepción en la jurisprudencia de la Corte Suprema nacional. [en línea] El Derecho, 7 de octubre, 2015, Buenos Aires, (13.828), 2015. <https://www.researchgate.net/publication/301842886_Principios_convencionales_del_procedimiento_administrativo_El_principio_de_tutela_administrativa_efectiva_Creacion_y_evolucion_en_la_jurisprudencia_de_la_Corte_Interamericana_Recepcion_en_la_jurisprud> [consulta: 02/10/2020]

CANOSA, Armando N. La tutela administrativa efectiva en el procedimiento administrativo sancionador. [en línea] Revista Derecho & Sociedad, Vol I N.º 54 <<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/22418>> [consulta: 08/12/2023]

CANOSA, Armando. Alcances de la denominada tutela administrativa efectiva, Revista Argentina de Administración Pública, (323), agosto 2005.

CARELLO, Luis A. y ECHEN, Diego E. El nuevo procedimiento administrativo santafesino: comentarios al decreto-acuerdo 4174/2015, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni Editores, 2019.

CASSAGNE, Juan Carlos y GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. La Justicia Administrativa en Iberoamérica, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2005.

CASTILLA JUÁREZ, Karlos A. Control de convencionalidad interamericano: Una propuesta de orden ante diez años de incertidumbre. Revista IIDH (64), jul/dic. 2016.

COMADIRA, Julio R. La posición de la administración pública ante la ley inconstitucional. Revista de Derecho Administrativo 1(1):161, 1989.

FERRER MAC GREGOR, Eduardo. El control difuso de convencionalidad en el Estado constitucional. [en línea] En: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2873/9.pdf>> [consulta: 16/01/2021]

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. Las reparaciones en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. En: MEMORIA DEL SEMINARIO El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el umbral del siglo XX (23 y 24 de noviembre de 1999, San José, Costa Rica) San José de Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos, t. I.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. El control judicial interno de convencionalidad. [en línea] Revista del Instituto de Ciencias de Puebla, julio-diciembre 2011, año V, N.º 28, <<https://www.revistaius.com/index.php/ius/article/view/68/63>> [consulta 1/11/2020]

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. El control judicial interno de convencionalidad. Estado constitucional, derecho internacional y derechos humanos. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, México 5(28):213, 2011.

GATTI, Franco. La doctrina del “margen de apreciación nacional” y la Administración Pública: horizontes y limitaciones del control de convencionalidad [en línea]. Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo, enero-junio 2016, Vol. 3, (Nro. 1), <<https://bibliotecavirtual.unl.edu.ar/publicaciones/index.php/Redoe/article/view/7112/11300>> [consulta: 04/04/2020]

GELLI, María A. Las reparaciones simbólicas por la violación estatal de los derechos humanos. La Ley, suplemento de derecho constitucional, 2007.

GIL DOMÍNGUEZ, Andrés. Un avance en el control de convencionalidad. El efecto erga omnes de las sentencias de la Corte Interamericana, La Ley, 2013-C (998), 2013.

GLASER, Stefan. Les droits de l'homme à la lumière du droit international positif, Mélanges offerts à Henri Rolin - Problèmes de droit des gens, Paris, Pédone, 1964, p. 117, En: CANÇADO TRINDADE, Antonio A. Las cláusulas pétreas de la protección internacional internacional del ser humano: El acceso directo de los individuos a la justicia a nivel internacional y la intangibilidad de la jurisdicción obligatoria de los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos. [en línea] Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2454/4.pdf>>, [consulta: 06/08/2024]

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. La dignidad de la persona y el Derecho Administrativo. A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional. 3(11), ene-mar 2003, Belo Horizonte: Fórum.

GUIDA, Mariana. La tutela judicial efectiva en la jurisprudencia de la Corte santafesina (con particular referencia al proceso contencioso administrativo). Revista del Colegio de magistrados y funcionarios del Poder Judicial de la provincia de Santa Fe, (8), :390-413, septiembre 2018.

GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo Á. Administración pública, juridicidad y derechos humanos, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009.

GUTIERREZ COLANTUONO, Pablo A. ¿Es el control de convencionalidad aplicable a la actividad administrativa en sede de las propias Administraciones Públicas? Nuevas dimensiones del control. En: RODRÍGUEZ ARANA, J., DALPIAZZO, C., DA SILVA FILHO, J., VALIM, R y RODRÍGUEZ, M. (organizadores). Control Administrativo de la Actividad de la Administración, volumen 2, San Pablo, 2019, XVIII Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo.

GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo Á. Control de convencionalidad en la Administración pública. Aplicación de los tratados internacionales a la actuación administrativa, Buenos Aires, Astrea, 2022.

HITTERS, Juan Carlos. Control de convencionalidad (adelantos y retrocesos). [en línea] Estudios constitucionales, 2015, Vol. 13, N.º 1 <<http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002015000100005>> [consulta: 11/01/2021]

IVANEGA, Miriam. Principios del procedimiento administrativo: informalismo, instrucción de oficio y verdad material. En:

CASSAGNE, Juan Carlos (director). Procedimiento y proceso administrativo, Buenos Aires, LexisNexis – Abeledo Perrot, 2005.

JINESTA LOBO, Ernesto. La construcción de un Derecho Administrativo común interamericano: Reformulación de las fuentes del Derecho Administrativo con la constitucionalización del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo, (11), 2011.

LISA, Federico J. Agotamiento de la instancia administrativa y silencio administrativo frente al derecho del administrado a obtener una resolución expresa, Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública (336), Buenos Aires, 2006.

LISA, Federico J. De la tutela administrativa efectiva y del debido procedimiento administrativo en el Nuevo reglamento para el trámite de actuaciones administrativas de la provincia de Santa Fe (Decreto Acuerdo N.º 4.174/2015), Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública, (462), Buenos Aires, 2017.

LISA, Federico J. El Derecho Administrativo y el carácter local. En: JORNADAS CUESTIONES ESTRUCTURALES DE DERECHO ADMINISTRATIVO. Instituciones, buena administración y derechos individuales (2018, Buenos Aires, Argentina). Universidad Austral. Facultad de Derecho, ediciones RAP.

LÓPEZ OLVERA, Miguel. El control de convencionalidad de la administración pública, Ciudad de México, Ed. Novum, 2014.

MORONI ROMERO, Lucas. El control administrativo de convencionalidad, Jurisprudencia Argentina (1), octubre-diciembre 2013.

NASH ROJAS, Claudio. El Sistema Interamericano de Derechos Humanos en acción. Aciertos y desafíos. México, Ed. Porrúa, 2009.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. Los desafíos del control de convencionalidad del corpus iuris interamericano para las jurisdicciones nacionales [en línea] Boletín mexicano de derecho comparado, sep./dic. 2012, vol. 45 N.º 135 <https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332012000300008> [consulta 14/06/2022]

PÉREZ HUALDE, Alejandro. La necesaria determinación de la desigualdad para el tratamiento equitativo de los derechos fundamentales, *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, 41(486), marzo 2019.

PERRINO, Pablo E. El derecho a la tutela judicial efectiva y el acceso a la jurisdicción contencioso administrativa, Revista de Derecho Público, Proceso administrativo I, (1), 2003.

PERRINO, Pablo E. El derecho a la tutela administrativa efectiva. En: AAVV. El derecho administrativo, hoy, 16 años después, Buenos Aires, RAP, 2013.

REJTMAN FARAH, M. Una revisión crítica a los principios de la organización administrativa. En AA.VV. Cuestiones de organización estatal, función pública y dominio público, Buenos Aires, Ediciones RAP, 2012.

SAGÜÉS, María Sofía. Diálogo jurisprudencial y control de convencionalidad a la luz de la experiencia en el caso argentino. En: HENRÍQUEZ VIÑAS, Miriam y MORALES ANTONIAZZI, Mariela. El control de convencionalidad: Un balance comparado a 10 años de Almonacid Arellano vs. Chile, Chile, Ediciones DER, 2017.

SAGÜÉS, Néstor P. Dificultades operativas del “control de convencionalidad” en el sistema interamericano. La Ley (2010-D-1245), 11/08/2010.

SAGÜÉS, Néstor P. Obligaciones internacionales y control de convencionalidad. En: Opus Magna Constitucional. Guatemala, Corte de Constitucionalidad de Guatemala, 2011, t. IV.

SAGÜÉS, Néstor P. Nuevas fronteras del control de convencionalidad: el reciclaje del derecho nacional y el control legisferante de convencionalidad. Revista de Investigações Constitucionais, Vol. 1 (2), mayo-agosto 2014.

SAGÜÉS, Néstor P. Notas sobre el control ejecutivo de convencionalidad, Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, XXI, Bogotá, 2015.

SAGÜÉS, Néstor P. La Constitución bajo tensión. México, Instituto de Estudios Constitucionales, 2016.

SAGÜÉS, Néstor P. El control de convencionalidad y la problemática de sus topes. En: CONGRESO IBEROAMERICANO de Derecho Constitucional: La Democracia Constitucional en América Latina: A 45 Años del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional y a 40 Años de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional (21, 22 y 23 de mayo de 2019, Buenos Aires, Argentina). Programa de investigaciones de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario, de la Universidad Católica Argentina.

SAGÜÉS, Néstor P. Guía práctica de control latinoamericano de convencionalidad (para operadores judiciales, legislativos y de la Administración pública). Bogotá, Konrad Adenauer Stiftung, 2020.

SAGÜÉS, Néstor P. Empalmes entre el control de constitucionalidad y el de convencionalidad. La Constitución convencionalizada. En: Programa de investigaciones de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario de la Universidad Católica Argentina.

SALTZER CHÁVEZ, Anderson. Tutela administrativa efectiva aplicada a grupos vulnerados. [en línea] Revista de la Escuela del Cuerpo de Abogados y Abogadas del Estado, Mayo 2023, Año 7 N.º 9
<<https://revistaecae.ptn.gob.ar/index.php/revistaecae/article/view/224>> [consulta: 03/01/ 2024]

THOMAS, Gustavo J. Procedimiento Administrativo en Santa Fe, Rosario, Nova Tesis Editorial Jurídica, 2017.

TROSSERO, Fabricio S. Derechos humanos y administración pública. Tutela administrativa efectiva. Garantía de los administrados. Deber de la Administración, Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública, Año XXXVV(419), agosto 2013.

TRUCCO, Marcelo. La obligatoriedad de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La Ley, (2012-A, 60), 28/12/2011.

TRUCCO, Marcelo. La responsabilidad internacional de los Estados en el escenario actual del sistema interamericano de Derechos Humanos. En: ANDRES, Gabriel y PAVÓN PISCITELLO, Daniel. La responsabilidad internacional de los Estados, desarrollo actual, desafíos y perspectivas, Córdoba, Ed. Universidad Católica de Córdoba, 2012.

TRUCCO, Marcelo. Control de convencionalidad (En pocas palabras). Herramientas para su aplicación en el derecho interno de los Estados, Buenos Aires, Ed. Dunken, 2021.

URRUTIGOITY, Javier. El principio de la tutela administrativa efectiva, Jurisprudencia Argentina, vol. IV, 2005.

VILLAO BRIONES, Freddy. De la inactividad formal de la Administración y la necesidad de su reforma normativa en Argentina, Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública (461), febrero de 2017.

WEDER, E. y LISA, Federico J. El Proceso Contencioso Administrativo en la Provincia de Santa Fe. En: GARCÍA PULLES, Fernando. El contencioso administrativo en Argentina (Análisis del sistema federal, de las veintitrés provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires), Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2012.

JURISPRUDENCIA

1. Corte Interamericana de Derechos Humanos

Corte IDH, Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, Fondo, 29/07/1988.
Sentencia del 29/07/1988, Serie C N.º 4.
<https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf>

Corte IDH, Caso Godínez Cruz vs. Honduras, Fondo, 20/01/1989, Serie C N.º 5.
<https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_05_esp.pdf>

Corte IDH, Caso Genie Lacayo vs Nicaragua, Excepciones Preliminares, 27/01/1995, Serie C N.º 21.
<https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_21_esp.pdf>

Corte IDH, Caso Fairén Garbí y Solís Corrales vs. Honduras, 15/03/1989, Fondo, Serie C N.º 6.
<https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_06_esp.pdf>

Corte IDH, Caso Velázquez Rodríguez vs. Honduras, Reparaciones y Costas, 21/07/1989, Serie C N.º 07.
<https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_07_esp.pdf>

Corte IDH, Caso Aloeboetoe vs. Surinam, Reparaciones y Costas, 10/09/1993, Serie C N.º 15.
<https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_15_esp.pdf>

Corte IDH, caso Genie Lacayo vs Nicaragua, Fondo, Reparaciones y Costas, 29/01/1997, Serie C N.º 30.
<https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_30_esp.pdf>

Corte IDH, Caso El Amparo vs. Venezuela, Interpretación de la Sentencia de Reparaciones y Costas, 16/04/1997, Serie C N.º 46.
<https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_46_esp.pdf>

Corte IDH, Genie Lacayo vs Nicaragua, Solicitud de Revisión de la

Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 13/09/1997, Serie C N.º 45.

<https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_45_esp.pdf>

Corte IDH, Caso Suárez Rosero vs. Ecuador, Fondo, 12/11/1997, Serie C N.º 35.

<https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_35_esp.pdf>

Corte IDH, Caso Blake vs. Guatemala, Fondo, 24/01/1998, Serie C N.º 36.

<https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_36_esp.pdf>

Corte IDH, Caso de la “Panel Blanca” (Paniagua Morales y otros) vs. Guatemala, Fondo, 08/03/1998, Serie C N.º 37.

<https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_37_esp.pdf>

Corte IDH, Caso Garrido y Baigorria vs. Argentina, Reparaciones y Costas, 27/08/1998, Serie C N.º 39.

<https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_39_esp.pdf>

Corte IDH, Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú, Excepciones Preliminares, 04/09/1998, Serie C N.º 41.

<https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_41_esp.pdf>

Corte IDH, Caso Loayza Tamayo vs. Perú, Reparaciones y Costas, 27/11/1998, Serie C N.º 42.

<https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_42_esp.pdf>

Corte IDH, Castillo Páez vs. Perú, Reparaciones y Costas, 27/11/1998, Serie C N.º 43.

<https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_43_esp.pdf>

Corte IDH, Caso Blake vs Guatemala, Reparaciones y Costas, 22/01/1999, Serie C N.º 48

<https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_48_esp.pdf>

Corte IDH, caso Castillo Petruzzi y otros vs Perú, Fondo, Reparaciones Costas, 30/05/1999, Serie C N.º 52.

<https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_52_esp.pdf>

Corte IDH, Caso Ivcher Bronstein vs. Perú, Competencia, 24/09/1999, Competencia, Serie C N.º 54.

<https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_54_esp.pdf>

Corte IDH, Caso del Tribunal Constitucional, Competencia, 24/09/1999, Serie C N.º 55.

<https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_55_esp.pdf>

Corte IDH, Caso Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala, Fondo, 19/11/1999, Serie C N.º 63.

<https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_63_esp.pdf>

Corte IDH, Bámaca Velásquez vs. Guatemala, Fondo, 25/11/2000, Serie C N.º 70.

<https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_70_esp.pdf>

Corte IDH, Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú, Fondo, Reparaciones y Costas, 31/01/2001, Serie C N.º 71.

<https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_71_esp.pdf>

Corte IDH. Caso Baena, Ricardo y otros vs. Panamá, Fondo, Reparaciones y Costas, 02/02/2001, Serie C N.º 72.

<https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_72_esp.pdf>

Corte IDH, Caso La última tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile, Fondo, Reparaciones y Costas, 05/02/2001, Serie C N.º 73.

<https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_73_esp.pdf>

Corte IDH, Ivcher Bronstein vs. Perú, Reparaciones y Costas, 06/02/2001, Serie C N.º 74.

<https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_74_esp.pdf>

Corte IDH, Caso Barrios Altos vs. Perú, Fondo, 14/03/2001, Serie C N.º 75.

<https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_75_esp.pdf>

Corte IDH, Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago, Fondo, Reparaciones y Costas, 21/06/2002, Serie C N.º 94.

<https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_94_esp.pdf>

Corte IDH, Caso Cantos vs. Argentina, Fondo, Reparaciones y Costas, 28/11/2002, Serie C N.º 97.

<https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_97_esp.pdf>

Corte IDH, Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 07/06/2003, Serie C N.º 99.

<https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_99_esp.pdf>

Corte IDH, Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala, Fondo, Reparaciones y Costas, 25/11/2003, Serie C N.º 101.

<https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_101_esp.pdf>

Corte IDH, Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 02/07/2004, Serie C N.º 107.

<https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_107_esp.pdf>

Corte IDH, Caso Molina Theissen vs. Guatemala, Reparaciones y Costas, 03/07/2004, Serie C N.º 108.

<https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_108_esp.pdf>

Corte IDH, Caso 19 Comerciantes vs. Colombia, Fondo, Reparaciones y Costas, 05/07/2004, Serie C N.º 109.

<https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_109_esp.pdf>

Corte IDH, Caso Gómez Paquiyauri vs Perú, Fondo, Reparaciones y Costas, 08/07/2004, Serie C N.º 110.

<https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_110_esp.pdf>

Corte IDH, Caso Ricardo Canese vs Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas, 31/08/2004, Serie C N.º 111.

<https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_111_esp.pdf>

Corte IDH, Caso Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 02/09/2004, Serie C N.º 112.

<https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_112_esp.pdf>

Corte IDH, Caso Tibi vs. Ecuador, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 07/09/2004, Serie C N.º 114.

<https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_esp.pdf>

Corte IDH, caso Lori Berenson Mejía vs Perú, Fondo, Reparaciones y Costas, 25/11/ 2004, Serie C N.º 119.

<https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_119_esp.pdf>

Corte IDH, Caso Hermanas Serrano Cruz vs El Salvador, Fondo, Reparaciones y Costas, 01/03/2005, Serie C N.º 120.

<https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_120_esp.pdf>

Corte IDH, Caso Caesar vs. Trinidad y Tobago, Fondo, Reparaciones y Costas, 11/03/2005, Serie C N.º 123.

<https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_123_esp.pdf>

Corte IDH, Casi Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas, 17/06/2005, Serie C N.º 125.

<https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_125_esp.pdf>

Corte IDH, Caso Yatama vs. Nicaragua, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 23/06/2005, Serie C N.º 127.

<https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_127_esp.pdf>

Corte IDH, Caso Acosta Calderón vs. Ecuador, Fondo, Reparaciones y Costas, 24/06/2005, Serie C N.º 129.

<https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_129_esp1.pdf>

Corte IDH, Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia, 15/09/2005, Serie C N.º 134.

<https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_134_esp.pdf>

Corte IDH, Caso Palamara Iribarne vs. Chile, Fondo, Reparaciones y Costas, 22/11/2005, Serie C N.º 135.

<https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_135_esp.pdf>

Corte IDH, Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia,
31/01/2006, Serie C N.º 140.

[<https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_140_esp.pdf>](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_140_esp.pdf)

Corte IDH, Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs Paraguay,
Fondo, Reparaciones y Costas, 29/03/2006, Serie C N.º 146.

[<https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_146_esp2.pdf>](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_146_esp2.pdf)

Corte IDH, Caso López Álvarez vs. Honduras, Fondo, Reparaciones y
Costas, 01/02/2006, Serie C N.º 141.

[<https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_141_esp.pdf>](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_141_esp.pdf)

Corte IDH, Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs Paraguay,
Fondo, Reparaciones y Costas, 29/03/2006, Serie C N.º 146.

[<https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_146_esp2.pdf>](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_146_esp2.pdf)

Corte IDH, Caso Baldeón García vs. Perú, Fondo, Reparaciones y
Costas, 06/04/2006, Serie C No. 147.

[<https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_147_esp1.pdf>](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_147_esp1.pdf)

Corte IDH, Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia, Excepciones
Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 01/07/2006, Serie C
N.º 148.

[<https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_148_esp.pdf>](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_148_esp.pdf)

Corte IDH, Caso Ximenes Lopes vs. Brasil, 04/07/2006, Serie C N.º 149.

[<https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_149_esp.pdf>](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_149_esp.pdf)

Corte IDH, Caso Claude Reyes y Ot. vs. Chile, Fondo, Reparaciones y
Costas, 19/09/2006, Serie C N.º 151.

[<https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_151_esp.pdf>](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_151_esp.pdf)

Corte IDH, Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, Excepciones
Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 26/09/2006, Serie C
N.º 154.

[<https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf>](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf)

Corte IDH, Caso trabajadores cesados del Congreso (Aguado Alfaro y
otros) vs. Perú, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y
Costas, 24/11/2006, Serie C N.º 158.

[<https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_esp.pdf>](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_esp.pdf)

Corte IDH, Caso La Cantuta vs. Perú, Fondo, Reparaciones y Costas,
29/11/2006, Serie C N.º 162.

[<https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_162_esp.pdf>](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_162_esp.pdf)

Corte IDH, Caso Masacre de la Rochela vs. Colombia, , Fondo,
Reparaciones y Costas, 11/05/2007, Serie C N.º 163.

[<https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_163_esp.pdf>](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_163_esp.pdf)

Corte IDH, Caso Zambrano Vélez y otros vs Ecuador, Fondo,
Reparaciones y Costas, 04/07/2007, Serie C N.º 166.

[<https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_166_esp1.pdf>](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_166_esp1.pdf)

Corte IDH, Caso Boyce y otros vs. Barbados, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 20/11/2007, Serie C N.º 169.
<https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_169_esp.pdf>

Corte IDH, Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 21/11/2007, Serie C N.º 170.
<https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_170_esp.pdf>

Corte IDH, Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador, Excepción Preliminar y Fondo, 06/05/2008, Serie C N.º 179.
<https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_179_esp.pdf>

Corte IDH, Caso Yvon Neptune vs. Haití, Fondo, Reparaciones y Costas, 06/05/2008, Serie C N.º 180.
<https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_180_esp1.pdf>

Corte IDH, Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 05/08/2008, Serie C N.º 182.
<https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_182_esp.pdf>

Corte IDH, Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 06/08/2008, Serie C N.º 184.
<https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_184_esp.pdf>

Corte IDH. Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 12/08/2008, Serie C N.º 186.
<https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_186_esp.pdf>

Corte IDH, Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas, 27/11/2008, Serie C N.º 192.
<https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_192_esp.pdf>

Corte IDH. Caso Bayarri vs. Argentina, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 30/10/2008, Serie C N.º 187.
<https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_187_esp.pdf>

Corte IDH, Caso González y otras (“Campo algodónero”) vs. México, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 16/11/2009, Serie C N.º 205.
<https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf>

Corte IDH, Caso Radilla Pacheco vs. México, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 23/11/2009, Serie C N.º 209.
<https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_209_esp.pdf>

Corte IDH, Caso De la Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala,

Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 24/11/2009, Serie C N.º 211.

[<https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_211_esp.pdf>](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_211_esp.pdf)

Corte IDH, Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 26/05/2010, Serie C N.º 213.

[<https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_213_esp.pdf>](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_213_esp.pdf)

Corte IDH, Caso Rosendo Cantú y otra vs. México, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 31/08/2010, Serie C N.º 216.

[<https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_216_esp.pdf>](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_216_esp.pdf)

Corte IDH, Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia, Fondo, Reparaciones y Costas, 01/09/2010, Serie C N.º 217.

[<https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_217_esp1.pdf>](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_217_esp1.pdf)

Corte IDH, Caso Vélez Looor Vs. Panamá, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 23/11/2010, Serie C N.º 218.

[<https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_218_esp2.pdf>](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_218_esp2.pdf)

Corte IDH, Caso Gomes Lund vs. Brasil, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 24/11/2010, Serie C N.º 219.

[<https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_esp.pdf>](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_esp.pdf)

Corte IDH, Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 26/11/2010, Serie C N.º 220.

[<https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_220_esp.pdf>](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_220_esp.pdf)

Corte IDH, Caso Gelman vs. Uruguay, Fondo y Reparaciones, 24/02/2011, Serie C N.º 221 239.

[<https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf>](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf)

Corte IDH, Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 01/07/2011, Serie C N.º 227,

[<https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_227_esp.pdf>](https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_227_esp.pdf)

Corte IDH, Caso López Mendoza vs. Venezuela, Fondo, Reparaciones y Costas, 01/09/2011, Serie C N.º 233.

[<https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_233_esp.pdf>](https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_233_esp.pdf)

Corte IDH, caso Berbani Duarte y otros vs. Uruguay, Fondo, Reparaciones y Costas, 13/10/2011, Serie C N.º 234.

[<https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_234_esp.pdf>](https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_234_esp.pdf)

Corte IDH, Caso Fontevecchia y D'Amico vs Argentina, Fondo, Reparaciones y Costas, 29/11/2011, Serie C N.º 238.

[<https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_238_esp.pdf>](https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_238_esp.pdf)

Corte IDH, caso Atala Riffo y niñas vs. Chile, Fondo, Reparaciones y Costas, 24/02/2012, Serie C N.º 239.

[<https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf>](https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf)

Corte IDH, Caso Forneron e hija vs. Argentina, Fondo, Reparaciones y Costas, 27/04/2012, Serie C N.º 242.

[<https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_242_esp.pdf>](https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_242_esp.pdf)

Corte IDH, Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, Fondo y Reparaciones, 27/06/2012, Serie C N.º 245.

[<https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_esp.pdf>](https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_esp.pdf)

Corte IDH, Caso Furlan y Familiares vs. Argentina, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 31/08/2012, Serie C N.º 246.

[<https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_246_esp.pdf>](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_246_esp.pdf)

Corte IDH, Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana, Fondo, Reparaciones y Costas, 24/10/2012, Serie C N.º 251.

[<https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_251_esp.pdf>](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_251_esp.pdf)

Corte IDH, Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador, Fondo, Reparaciones y Costas”, 25/10/2012, Serie C N.º 252.

[<https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_252_esp.pdf>](https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_252_esp.pdf)

Corte IDH, Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia, Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones, 30/11/2012, Serie C N.º 259.

[<https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_259_esp.pdf>](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_259_esp.pdf)

Corte IDH, Caso Gelman vs. Uruguay, Supervisión de cumplimiento de sentencia, 20/03/2013.

[<https://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/gelman_20_03_13.pdf>](https://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/gelman_20_03_13.pdf)

Corte IDH, Caso Mendoza y otro vs. Argentina, Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones, 14/05/2013, Serie C N.º 260.

[<https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_260_esp.pdf>](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_260_esp.pdf)

Corte IDH, Caso De las Masacres de Ituango vs. Colombia, Supervisión de cumplimiento de sentencia, 21/05/2013.

[<https://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/masacres_21_05_13.pdf>](https://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/masacres_21_05_13.pdf)

Corte IDH, Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 28/08/2013, Serie C N.º 268.

[<https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_268_esp.pdf>](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_268_esp.pdf)

Corte IDH, Caso Familia Pacheco Tineo vs Bolivia, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 25/11/2013, Serie C N.º 272.

[<https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_272_esp.pdf>](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_272_esp.pdf)

Corte IDH, Caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 30/01/2014, Serie C N.º 276.

[<https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_276_esp.pdf>](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_276_esp.pdf)

Corte IDH, Caso de Personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 28/08/2014, Serie C No. 282.
[<https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_282_esp.pdf>](https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_282_esp.pdf)

Corte IDH, Caso Rochac Hernández y otros vs. El Salvador, Fondo, Reparaciones y Costas, 14/10/2014, Serie C N.º 285.
[<https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_285_esp.pdf>](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_285_esp.pdf)

Corte IDH, Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 17/11/2015, Serie C N.º 306.
[<https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_306_esp.pdf>](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_306_esp.pdf)

Corte IDH, Caso Maldonado Ordoñez vs. Guatemala, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 03/05/2016, Serie C N.º 331.
[<https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_311_esp.pdf>](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_311_esp.pdf)

Corte IDH, Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 20/10/2016, Serie C N. 318.
[<https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_318_esp.pdf>](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_318_esp.pdf)

Corte IDH, Caso Andrade Salmón vs. Bolivia, Fondo, Reparaciones y Costas, 01/12/2016, Serie C N.º 330.
[<https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_330_esp.pdf>](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_330_esp.pdf)

Corte IDH, Caso Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina, Supervisión de cumplimiento de sentencia, 18/10/2017.
[<https://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/fontevecchia_18_10_17.pdf>](https://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/fontevecchia_18_10_17.pdf)

Corte IDH, Caso San Miguel Sosa y otras vs. Venezuela, Fondo, Reparaciones y Costas, 08/02/2018, Serie C N.º 348.
[<https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_348_esp.pdf>](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_348_esp.pdf)

Corte IDH, Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 05/08/2008, Serie C N.º 182.
[<https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_182_esp.pdf>](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_182_esp.pdf)

Corte IDH, Caso Colindres Schonenberg vs. El Salvador, Fondo, Reparaciones y Costas, 04/02/2019, Serie C N.º 373.
[<https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_373_esp.pdf>](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_373_esp.pdf)

Corte IDH, Caso Gorigoitia vs. Argentina, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 02/09/2019, Serie C N.º 382.
[<https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_382_esp.pdf>](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_382_esp.pdf)

Corte IDH, Caso Perrone y Preckel vs Argentina, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 08/10/2019, Serie C

N.º 385.

<https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_385_esp.pdf>

Corte IDH, Caso Asociación Nacional de Cesantes y Jubilados de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (ANCEJUB-SUNAT) vs. Perú, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 21/11/2019, Serie C N.º 394.

<https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_394_esp.pdf>

Corte IDH, Caso López y otro vs. Argentina, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 25/11/2019, Serie C N.º 396.

<https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_396_esp.pdf>

Corte IDH, Caso Comunidades Indígenas de la Asociación Lhaka Honhat (nuestra tierra) vs. Argentina, Fondo, Reparaciones y Costas, 06/02/2020, Serie C N.º 400.

<https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_400_esp.pdf>

Corte IDH, Caso Roche Azaña y otros vs. Nicaragua, Fondo y Reparaciones, 03/06/2020, Serie C No. 403.

<https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_403_esp.pdf>

Corte IDH, Caso Spoltore vs Argentina, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 09/06/2020, Serie C N.º 404.

<https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_404_esp.pdf>

Corte IDH, Caso Fernández Prieto y Tumbeiro vs. Argentina, Fondo y Reparaciones, 01/09/2020, Serie C N.º 411.

<https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_411_esp.pdf>

Corte IDH, Caso Extrabajadores del Organismo Judicial vs. Guatemala, Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones, 17/11/2021, Serie C N.º 445.

< https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_445_esp.pdf >

Corte IDH, Caso María y otros vs. Argentina, Fondo, Reparaciones y Costas, 22/08/2023, Serie C N.º 494.

<https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_494_esp.pdf>

1.1.Opiniones Consultivas

Corte IDH. El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-2/82, 24/09/1982, Serie A N.º 2.

<https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_02_esp.pdf>

Corte IDH, Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa

Rica relacionada con la naturalización, Opinión Consultiva OC-4/84, 19/01/1984, Serie A N.º 4.

<https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_04_esp.pdf>

Corte IDH, La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 CADH), Opinión Consultiva OC-5/85, 13/11/1985, Serie A N.º 5.

<<https://www.corteidh.or.cr/tablas/a12040.pdf>>

Corte IDH, La expresión leyes en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-6/86, 09/05/1986, Serie A N.º 6.

<https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_06_esp.pdf>

Corte IDH, Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta, Opinión Consultiva OC-7/86, 29/08/1986, Serie A N.º 7.

<https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_07_esp.pdf>

Corte IDH, Garantías judiciales en casos de emergencia (artículos 27.2, 25 y 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-9/87, 06/10/1987, Serie A N.º 9

<https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_09_esp.pdf>

Corte IDH, Interpretación de la Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-10/89, 14/07/1989, Serie A N.º 10.

<https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_10_esp1.pdf>

Corte IDH, Excepciones al agotamiento de los recursos internos (arts. 46.1, 46.2.a y 46.2.b, Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión consultiva OC-11/90, 10/08/1990, Serie A N.º 11.

<https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_11_esp.pdf>

Corte IDH, Ciertas atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (artículos 41, 42, 46, 47, 50 y 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva, OC-13/93, 16/07/1993, Serie A N.º 13.

<https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_13_esp.pdf>

Corte IDH, Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención, Opinión Consultiva OC-14/94, 09/12/1994, Serie A N.º 14.

<https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_14_esp.pdf>

Corte IDH, El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal, Opinión Consultiva OC-16/99, 01/10/1999, Serie A N.º 16.

<https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_16_esp.pdf>

Corte IDH. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17.

<https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf>

Corte IDH, Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, Opinión Consultiva OC-18/03, 17/09/2003, Serie A N.º 18.

<https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_esp.pdf>

Corte IDH, Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional, Opinión Consultiva OC-21/14, 19/08/2014, Serie A N.º 21.

<https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_21_esp.pdf>

Corte IDH, Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el sistema interamericano de derechos humanos (interpretación y alcance del artículo 1.2, en relación con los artículos 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46, y 62.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como del artículo 8.1 A y B del Protocolo de San Salvador), Opinión Consultiva OC-22/16, 26/02/2016, Serie A N.º 22.

<https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_22_esp.pdf>

Corte IDH, Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance de los arts. 4.1 y 5.1, en relación con los arts. 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-23/17, 15/11/2017, Serie A N.º 23. <https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_23_esp.pdf>

2. Tribunales internos

CSJN. Prudencio Ayuelas y otros s/ Recurso extraordinario, 31/08/1942, Fallos 193:405.

<<https://sjservicios.csjn.gov.ar/sj/verTomoPagina?tomoId=193#page=405>>

CSJN. Baldomero Guaraz c/ Caja Nacional de Jubilaciones y Pensiones de empleados y obreros ferroviarios s/ Reconocimiento de pensión, 23/08/1944, Fallos 199:442.

<<https://sjservicios.csjn.gov.ar/sj/verTomoPagina?tomoId=200#page=442>>

CSJN. Rodríguez, Samuel y otros c/ Noel y Cia. Ltda, 06/07/1956, Fallos 235:325.

<file:///C:/Users/Usuario/Downloads/LibroVol235-1956.pdf>

CSJN, Ingenio y Refinería San Martín del Tabacal, SA c/ Gobierno de la

Provincia de Salta s/ contencioso administrativo”, 08/11/1967, Fallos 269:245.

<file:///C:/Users/Usuario/Downloads/LibroVol269-1967.pdf>

CSJN, S.A. Petrolera Argentina ESSO c/ Nación Argentina s/ Repetición, 05/06/1968, Fallos 271:7.

<file:///C:/Users/Usuario/Downloads/LibroVol271-1968%20(1).pdf>

CSJN. Luis Podestá S.R.L. c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires s/ Recurso de hecho, 02/12/1976, Fallos 296:543.

<file:///C:/Users/Usuario/Downloads/LibroVol296-1976.pdf>

CSJN. Ekmekdjian, Miguel Angel c/ Sofovich, Gerardo y otros s/ Recurso de hecho, 07/07/1992, Fallos 315:1492.

<file:///C:/Users/Usuario/Downloads/LibroVol315.2%20(1).pdf>

CSJN. Servini de Cubría, María Romilda s/ Amparo, 08/09/1992.

ED-XXXVI-576 <<https://www.el derecho.com.ar/>>

CSJN, Manauta, Juan J. y otros c/ Embajada de la Federación Rusa, 22/12/1994, Fallos 317:1880.

ED-LII-249 <<https://www.el derecho.com.ar/>>

CSJN, Girolidi, Horacio David y otro s/ recurso de casación, causa N.º 32/93, 07/04/1995, Fallos 318:514.

<file:///C:/Users/Usuario/Downloads/LibroVol318.1.pdf>

CSJN, Dahlgren, Jorge Eric c/ Cáceres, Raúl Edgardo y/o A.T.E.CH. s/ querella, 10/12/1996, Fallos 319:2925.

<file:///C:/Users/Usuario/Downloads/LibroVol319.3%20(1).pdf>

CSJN. Analía M. Monges c/ Universidad de Buenos Aires, 26/12/1996, Fallos 319:3148.

<file:///C:/Users/Usuario/Downloads/LibroVol319.3.pdf>

CSJN. Arbonés, Mariano Francisco Juan c/ U.N.C. s/ Amparo, 03/03/1998, Fallos 311:208.

<file:///C:/Users/Usuario/Downloads/LibroVol311.1.pdf>

CSJN. Domagoj Antonio Petric c/ Diario Página 12, 16/04/1998, Fallos 321:885,

<file:///C:/Users/Usuario/Downloads/LibroVol321.1%20(1).pdf>

CSJN. Asociación Benghalensis y otros c/ Ministerio de Salud y Acción Social – Estado Nacional, 01/06/2000, Fallos 323:1339.

<file:///C:/Users/Usuario/Downloads/LibroVol323.2.pdf>

CSJN. Ana Carina Campodónico de Beviacqua c/ Ministerio de Salud y Acción Social – Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas”, 24/10/2000, Fallos 323:3229.

<file:///C:/Users/Usuario/Downloads/LibroVol323.3.pdf>

CSJN. Hospital Británico de Buenos Aires c/ Ministerio de Salud y Acción

Social, 13/03/2001, Fallos 324:754.

<file:///C:/Users/Usuario/Downloads/LibroVol323.3.pdf>

CSJN. Alianza 'Frente para la Unidad' (elecciones provinciales gobernador y vicegobernador, diputados y senadores provinciales), 27/09/2001, Fallos 324:3143.

<file:///C:/Users/Usuario/Downloads/LibroVol324.2.pdf>

CSJN. Marcelino Monteserin c/ Ministerio de Salud y Acción Social – Comisión Nacional Asesora para la Integración de Personas Discapacitadas – Servicio Nacional de Rehabilitación y Promoción de la Persona con Discapacidad, 16/10/2001, Fallos 324:3569.

<file:///C:/Users/Usuario/Downloads/LibroVol324.3.pdf>

CSJN Brusa, Víctor Hermes s/ pedido de enjuiciamiento (B.450. XXXVI),

11/12/2003.ED-DCCLXXXVII-520

<<https://www.elderecho.com.ar/>>

CSJN. Asociación de Esclerosis Múltiple de Salta c/ Ministerio de Salud de la Nación, 18/12/2003, Fallos 326:4931.

<file:///C:/Users/Usuario/Downloads/LibroVol326.3.pdf>

CSJN, Astorga Bracht, Sergio y otro c/ COMFER – Decreto N.º 310/98 s/ amparo Ley N.º 16.986, 14/10/2004, Fallos 327:4185.

<file:///C:/Users/Usuario/Downloads/LibroVol327.3.pdf>

CSJN. Espósito Miguel Ángel s/ Incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa, 23/12/2004, Fallos 327:5678.

<file:///C:/Users/Usuario/Downloads/LibroVol327.4.pdf>

CSJN. Ángel Estrada y Cía. S. A. c/ Resol. 71/96 – Sec. Ener. y Puertos (Expte. N.º 750- 002119/96), 05/04/2005, Fallos 328:667.

<file:///C:/Users/Usuario/Downloads/LibroVol328.1%20(1).pdf>

CSJN, Verbitsky, Horacio s/ Habeas Corpus recurso de hecho, 03/05/2005, Fallos 328:1146.

<file:///C:/Users/Usuario/Downloads/LibroVol328.2.pdf>

CSJN Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ Recurso de Casación e Inconstitucionalidad, 13/07/2007, Fallos 330:3248.

<file:///C:/Users/Usuario/Downloads/LibroVol330.3.pdf>

CSJN, Acosta, Alejandro Esteban s/ Infracción art. 14, 1º párrafo Ley N.º 23.737 -causa N.º 28/05C, 23/04/2008.

ED-XLIII-894 <<https://www.el derecho.com.ar/>>

CSJN. Videla, Jorge Rafael y Massera, Emilio Eduardo, 31/08/2010, Fallos 333:1657.

<file:///C:/Users/Usuario/Downloads/LibroVol333.2.pdf>

CSJN. Acosta, Jorge Eduardo s/ Recurso de Casación, 08/05/2012, Fallos 335:533.

<file:///C:/Users/Usuario/Downloads/LibroVol335.1.pdf>

CSJN. Losicer, Jorge Alberto y otros c/ BCRA - Resol. 169/05 (expte.105.666/86 SUM FIN 708), 26/06/2012, Fallos 335:1126.

<file:///C:/Users/Usuario/Downloads/LibroVol335.1%20(1).pdf>

CSJN. Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c/ Ejército Argentino s/ Daños y Perjuicios, 27/11/2012, Fallos 335:2333.

< file:///C:/Users/Usuario/Downloads/LibroVol335.2.pdf>

CSJN, Asociación de Trabajadores del Estado s/ Acción de Inconstitucionalidad, 18/06/2013.

ED-LXVIII-794 <<https://www.el derecho.com.ar/>>

CSJN. Bonder Aaron (Emperador Compañía Financiera S.A.) y otros c/ BCRA s/ Resolución 178/1993, 19/11/2013.

ED-LXX-113 <<https://www.el derecho.com.ar/>>

CSJN. Antúnez, Norberto Amadeo y otros c/ BCRA s/ Resolución N.º 66/07 s/ Queja, 10/07/2014.

ED-LXXII-439 <<https://www.el derecho.com.ar/>>

CSJN. Arrillaga, Alfredo Manuel s/ Causa N.º 14.102, 30/12/2014.

ED-V-DCCCXXXIV-65 <<https://www.el derecho.com.ar/>>

CSJN. Menem, Carlos Saúl c/ Editorial Perfil y otros (Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ Informes), 14/02/2017, Fallos 340:47.

<file:///C:/Users/Usuario/Downloads/LibroVol340.1.pdf>CII

ED-CCLXIII-50-50

CSJSF. Salvia, Francisco Víctor y Otros c/ Municipalidad de Rosario -Recurso contencioso administrativo de plena jurisdicción- s/ Incidente de suspensión de medida administrativa, 30/10/1989.

<<https://bdj.justiciasantafe.gov.ar/index.php?pg=bus&m=busqueda&c=busqueda&a=get&id=2698>>

CSJSF. Tolosa, Rubén Aníbal c/ Municipalidad de Rosario s/ Recurso contencioso administrativo de plena jurisdicción y sus acumulados Alvarez, Raúl Daniel c/ Municipalidad de Rosario s/ Recurso contencioso administrativo de plena jurisdicción y Salvia Francisco Víctor y otros c/ Municipalidad de Rosario s/ Recurso contencioso administrativo de plena jurisdicción, 14/10/1992.

<[tps://bdj.justiciasantafe.gov.ar/index.php?pg=bus&m=busqueda&c=busqueda&a=get&id=4183](https://bdj.justiciasantafe.gov.ar/index.php?pg=bus&m=busqueda&c=busqueda&a=get&id=4183)>

CSJSF. Rosas, Rodolfo y Otro c/ Provincia de Santa Fe -Acción

declarativa de inconstitucionalidad- s/ Avocación (artículo 2 ley 11330), 14/03/2001.

<<https://bdj.justiciasantafe.gov.ar/index.php?pg=bus&m=busqueda&c=busqueda&a=get&id=12165>>

CSJSF. Ecobus S.A. c/ Municipalidad de Rosario s/ Competencia, 02/07/2003.

<<https://bdj.justiciasantafe.gov.ar/index.php?pg=dfa&m=busqueda&c=busqueda&a=pdf&id=15334>>

CSJSF, Malvicino S.A. c/ Provincia de Santa Fe s/ Recurso Contencioso Administrativo de Plena Jurisdicción, 08/08/2007.

<<https://bdj.justiciasantafe.gov.ar/index.php?pg=dfa&m=busqueda&c=busqueda&a=pdf&id=26891>>