

TUTELA Y PREVENCIÓN ADMINISTRATIVAS

PABLO A. GUTIÉRREZ COLANTUONO*

1. TUTELA ADMINISTRATIVA EFECTIVA

1.1. Deslinde conceptual

La tutela administrativa efectiva se perfila como un principio sustancial de enorme gravitación tanto en el procedimiento administrativo como en la actividad general de la Administración. Su inserción en la actividad administrativa debe ser adecuadamente ponderada con el fin de distinguirla de aquella noción más conocida, denominada *tutela judicial efectiva*.

En efecto, la idea de efectividad en el resguardo de los derechos ha sido inicialmente desarrollada –y aún hoy encuentra su mayor auge– en torno de la sistemática de su protección judicial, condensada en la garantía de defensa en juicio como sinónimo de la *posibilidad de ocurrir ante los tribunales de justicia y obtener de ellos sentencia útil relativa a los derechos de las partes*¹.

* Abogado (Universidad de Belgrano, 1991). Especialista en Derecho Administrativo y Administración Pública (Universidad de Buenos Aires, 1994). Diplomado en Estudios Avanzados en el marco del programa de Doctorado en Derecho Público dictado en la Universidad San Pablo CEU (Madrid). Director de la Especialización en Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional del Comahue. Dictó numerosos cursos y seminarios e intervino en congresos y jornadas en el país y en el exterior. Coordinador de la obra colectiva *El Control Judicial de la Actividad Administrativa en Neuquén* (Publifadecs, General Roca, 2005); compilador del libro *Ordenamientos Internacionales y Ordenamientos Administrativos Nacionales. Jerarquía, impacto y derechos humanos* (Buenos Aires, Ad-Hoc, 2006); coautor del libro *Principios para una justicia administrativa en el actual Estado de Derecho. A propósito del nuevo fuero administrativo en Neuquén* (Publifadecs, General Roca, 2007). Integrante del Comité Ejecutivo de la Asociación Argentina de Derecho Administrativo. Ejerce la profesión liberal en la ciudad de Neuquén.

¹ CSJN, "Dahlgren", 1996, *Fallos*: 319:2925; "Manauta", 1994, *Fallos*: 317:1880; "Arbones", 1988, *Fallos*: 311:208; "Luis Podestá S.R.L.", 1976, *Fallos*: 296:543; "Rodríguez, Samuel", 1956, *Fallos*: 235:325, entre muchos otros.

En esa tónica, el abordaje habitual de la garantía del Artículo 18 de la Constitución Argentina ha sido concebido desde dos módulos fundamentales: la perspectiva de *acceso al juez* y la correlativa posibilidad de obtener una *resolución útil*, esto es, dotada de eficacia práctica, por medio de la cual ese juez brinde protección al derecho postulado. En otros términos, el propósito inicial del constitucionalismo consistió en asegurar el papel protagónico del juez como vehículo de la tutela de los derechos y uno de los objetivos centrales en ese aseguramiento –del cual deriva la idea de tutela efectiva– consistió en la necesidad de evitar que por la sacralización de las formas esa protección perdiera vigor o se viera lisa y llanamente anulada en la práctica. De ahí el calificativo de “efectiva”, que, sin esa aclaración de rechazo del ritualismo formal excesivo, nos resultaría redundante. La noción apuntada tiende a reafirmar, enfatizar, el carácter instrumental de las formas frente a los fines del ordenamiento.

Por ende, tanto desde el *acceso* al proceso judicial como desde su *resultado*, la efectividad de la intervención del juez en la protección del derecho ha sido la directiva central para la articulación práctica de la garantía de defensa en juicio. Ello, por cierto, no es casual, sino que responde a la histórica búsqueda encaminada a asegurar la funcionalidad de las formas jurídicas –entre ellas, las del proceso judicial– en la protección de los derechos individuales y el consiguiente desplazamiento de los criterios de sacralización de esas formas, de suerte que esa protección no fuera ilusoria y pudiera cumplirse en sus propios términos. La *utilidad de la sentencia que resuelve una controversia* es, de esta manera, el punto de partida de la noción de tutela judicial efectiva. El énfasis, como puede verse, por ejemplo, al analizar los fundamentos de la protección cautelar², reside en garantizar la eficacia práctica del proceso judicial, idea a partir de la cual se ha perfilado a la garantía del Artículo 18 de la Constitución Argentina.

El exceso ritual manifiesto y el injustificado rigor formal han sido los grandes enemigos de esta garantía en las diferentes lecturas de los tribunales. 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 procedimientos estatales de adopción de decisiones– a los fines perseguidos. Como ha dicho la Corte al inaugurar esta profunda doctrina, “la renuncia consciente a la verdad es incompatible con el servicio de la justicia” y supone incurrir en una “frustración ritual del derecho”³.

² Tiene dicho el Alto Tribunal: “La finalidad del proceso cautelar consiste en asegurar la eficacia práctica de la sentencia que debe recaer en un proceso” (CSJN, “Asociación de Bancos Públicos y Privados de la República Argentina–Abappra– y Otros c/ San Luis, Provincia de s/ acción de inconstitucionalidad”, 18 de julio de 2002, A. 1460. XXXVIII, Considerando 7°).

³ CSJN, “Cabrillo”, 1987, Fallos 229.550.

Es entonces el derecho de acceder a las instancias estatales para obtener una protección útil lo que explica en grado último la comprensión histórica de la garantía de defensa. La idea que impregna la construcción de la tutela judicial afincada en el Artículo 18 de la Constitución es la de *acceder al juez y obtener una protección útil de aquél*.

Pues bien, la categoría de la tutela administrativa efectiva se inserta como un paso más dentro de esa búsqueda de eficacia práctica en los instrumentos estatales de protección de los derechos, y encuentra su propia funcionalidad desde dos elementos que la caracterizan y distinguen de su par judicial: a) el *papel preventivo* que se le asigna a partir de la finalidad de evitar el conflicto que da sustento a la intervención del juez mediante una acción tutelar oficiosa de la Administración; y b) el *lugar privilegiado de la función administrativa* para la obtención de ese propósito, en tanto actividad estatal que por excelencia presenta los rasgos —que justamente le dan sus contornos diferenciales— de inmediatez y concreción, es decir, de *cercanía con la persona*.

Se pretende, en otros términos, recrear la noción tradicional de *defensa en juicio* desde una nueva óptica que operativice el papel tutelar que, entendemos, posee la Administración en el marco de las obligaciones de los Artículos 1.1 y 2º de la Convención Americana, 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 precisamente diferir o postergar su protección a la instancia judicial*.

Para entender el valor institucional de este principio y la necesidad de diferenciarlo de la tutela judicial, de dotarlo de contenido y jerarquía propios, es, en efecto, primordial computar las características propias de la función administrativa como modalidad puntual del obrar estatal, pues son ellas las que permiten ubicar al aparato administrativo en esa *posición estratégica para la prevención de violaciones a los mandatos de los Pactos*. Son los rasgos de permanencia, practicidad, inmediatez y concreción de este segmento del obrar estatal los que confieren a la actividad administrativa un papel primordial de cara a lograr el goce tangible de los derechos, en especial por la proximidad con las personas que ofrece.

Si la vigencia de las garantías convencionales no deriva del carácter de la autoridad dentro de la estructura del Estado, sino de la “naturaleza de la función que ésta ejerce en el caso concreto y de la trascendencia que dicho ejercicio puede tener en relación con los derechos y los deberes del ciudadano”,⁴ es justamente la magnitud de la función administrativa como paradigma de acción directa frente al ciudadano lo que dota a esta actividad de un imposterable protagonismo en la labor estatal de dar cumplimiento a las obligaciones de los Artículos 1.1 y 2º de la Convención. En esa

⁴ Corte IDH, “Claude Reyes y Otros v. Chile”. Fondo, Reparaciones y Costas. 19 de septiembre de 2006, voto razonado del Juez García Ramírez.

tónica, la gravitación de la actividad de la Administración pública ha sido enfatizada por la Corte Interamericana al explicar que esas obligaciones “no se cumplen con la sola expedición de normativa que reconozca formalmente dichos derechos, sino que requieren que el Estado adopte las medidas necesarias para garantizar su pleno ejercicio, considerando la situación de debilidad o desvalimiento en que se encuentran los integrantes de ciertos sectores o grupos sociales”³.

1.2. Recepción jurisprudencial

La alusión jurisprudencial expresa a esta noción se dio por primera vez en Argentina en el precedente “Astorga”⁴, de la Corte Federal, en el cual el Tribunal afirmó que una serie de normas constitucionales y convencionales “resguardan el derecho a la tutela administrativa y judicial efectiva”, la cual se califica como una “garantía” 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”.

Esa definición permite desentrañar diferentes elementos propios de la figura analizada.

Por una parte, al plantear la Corte Federal que el Artículo 18 de la Constitución Argentina y los Artículos XVIII y XXIV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 8° y 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 8° y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 2°, inciso 3°, apartados a) y b), y 14 inciso 1° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, resguardan una garantía llamada “tutela administrativa efectiva”, la primera observación que surge es la de la autonomía conceptual de la noción, que nuestro Máximo Tribunal diferencia expresamente de la tutela judicial. Esa autonomía conceptual es determinante, pues conlleva la elaboración de una nueva institución jurídica cuyos alcances es necesario dilucidar.

En segundo lugar, puede notarse que el sujeto titular de la garantía examinada es la persona, mientras que el obligado es –puntualmente– la Administración pública.

En tercer lugar, la Corte aclara que esa institución dotada de autonomía conceptual posee un andamiaje jurídico puntual basado en las normas constitucionales y convencionales allí reseñadas. Ello posee una especial relevancia, pues denota que la

³ Corte IDH, “*Yatama v. Nicaragua*”. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. 23 de junio de 2005, párrafo 201.

⁴ CSJN, “*Astorga Bracht*”, 2004, *Fallos*: 327:4185, Considerandos 6° y 7°.

infracción a la garantía de la tutela administrativa efectiva representa una violación de normas que cuentan con un sistema específico de tutela y responsabilidad internacionales. Es así que las obligaciones contenidas en los tratados de derechos humanos se aplican enteramente respecto de esta nueva garantía, lo cual significa que *la específica regulación de la figura atrae el marco genérico de los Artículos 1.1 y 2º de la Convención Americana* y –consecuentemente– que cualquier práctica contraria a la tutela administrativa efectiva conlleva una infracción a ese régimen normativo.

El fallo “Astorga” nos permite, de esa manera, reafirmar la plena entidad de la tutela administrativa efectiva como un principio incorporado a nuestro derecho. Su *autonomía conceptual* permite entenderla como una garantía diferente de la tutela judicial, con contenido propio, cuyos contornos característicos atienden a la específica modalidad de gestión estatal que aquella viene a condicionar, esto es, la función administrativa. Además, la figura posee fundamento normativo en preceptos convencionales que activan la vigencia de un *régimen jurídico específico*, como es el normado en los Artículos 1º y 2º de la Convención Americana, tiene a la persona como *sujeto titular* y al aparato administrativo del Estado parte como *sujeto obligado*, lo cual se resume en que el *ámbito material de aplicación* de la garantía es aquella parcela del obrar estatal ejercida por la Administración pública.

1.3. Contenido de la tutela administrativa efectiva

De un análisis de la jurisprudencia –tanto interna como interamericana– fácilmente encontraremos que el punto de partida para la regulación de las garantías esenciales del ciudadano en sus relaciones con el Estado se afincó inicialmente en la idea de protección judicial.

Del mismo modo que el debido proceso estatuido en el Artículo 18 de la Constitución Argentina fue extendido al procedimiento administrativo, se puede observar que las normas convencionales que –en la mayoría de los tratados– refieren a la protección judicial o al recurso judicial se han visto trasladadas a planos diferentes del accionar estatal pensado por los redactores de los mismos. Esto obedeció a una *interpretación evolutiva* que procura desentrañar el contenido actual de los instrumentos de protección en función de las necesidades que la problemática de los derechos humanos va generando.

Este fenómeno es palpable en el caso “Astorga”, donde para definir el contenido de la tutela administrativa efectiva, la Corte recurre a la noción habitual de la garantía de defensa *en juicio*, detallando los elementos distintivos que se presentan en el marco de la gestión administrativa⁷. Se extrapola de esa manera el concepto de defen-

⁷ Es importante remarcar que la totalidad de los precedentes citados por la Corte Suprema en el Considerando 7º del fallo “Astorga” aluden a la noción de tutela *judicial*, de defensa *en juicio*, y en ninguno de ellos se alude directamente a la protección frente a la Administración.

sa en juicio que había desarrollado durante años⁸ al ámbito de la Administración pública, y se construye el concepto examinado a partir de reemplazar: "juez" por "autoridad administrativa competente"; "sentencia" por "decisión"; "litigantes" por "particulares"; y "proceso" por "procedimiento". Los nombres cambian pero los objetivos son los mismos y, por ende, todas las construcciones pensadas para la defensa en juicio se vuelven aplicables.

El resultado de esa traslación de la directiva de defensa en juicio al ámbito administrativo será hallarnos hoy frente a la nueva garantía de la "tutela administrativa efectiva", que, como vimos, se considera una salvaguarda asegurada por el Artículo 18 de la Constitución y diversas normas supranacionales.

Esa traslación posee, además, la trascendencia de *revalorizar el papel del procedimiento administrativo como instrumento de toma de decisiones estatales*. En efecto, pareciera en algún punto que la teoría tradicional del procedimiento administrativo se ha desarrollado en torno de los mecanismos de *preparación del conflicto judicial*, es decir, de los instrumentos de control *a posteriori* de lo actuado por la Administración. Es por ello que las vías impugnatorias y reclamatorias, el agotamiento de la vía administrativa y, en general, los condicionantes de la habilitación de la instancia judicial han sido los protagonistas en esta materia. Sin embargo, el abordaje de este instituto no debe quedar acotado a posibilitar el control posterior de las decisiones ya adoptadas. Por el contrario, se trata de condicionar *a priori* el modo en que se toman las resoluciones administrativas, esto es, de fijar mecanismos de prevención de quebrantamientos de los derechos.

Este cambio de enfoque hace que el procedimiento administrativo tenga una relevancia constitucional propia y no meramente accesoria de la llegada al juez, y que por ello sea necesario enfrentarlo al sistema de garantías instituido por los pactos internacionales. No se trata solamente de encontrar la protección de esas garantías en el juez, sino de establecer mecanismos de acción que aseguren la validez convencional de la decisión de modo directo, de indagar en las formas necesarias para sujetar *a priori* la acción administrativa a las obligaciones estatales internacionales. La Administración debe tener un papel propio en esta materia, y es a partir de la noción de tutela administrativa efectiva que debemos idear el modo de adopción de la decisión administrativa. Las modalidades aplicables en ese campo adquieren su entidad característica y nos obligan a procurar salidas nuevas desde principios tales como la transparencia, participación ciudadana, intervención multilateral en la definición de políticas públicas y —en fin— todas aquellas formas que permitan el mayor grado de aportes antes de decidir.

Posibilidad de ocurrir al juez y obtener *sentencia* útil relativa a los derechos de los *litigantes*, lo cual quiere que no se prive a nadie arbitrariamente de la adecuada y oportuna tutela de los derechos que idieren eventualmente asistirle, sino por medio de un *proceso* conducido en legal forma y que concluya con el dictado de una *sentencia* fundada.

¿Significa esto debilitar el control judicial? De ningún modo. Se trata, en realidad, de obtener una actuación oficiosa de la Administración en la defensa de los derechos respaldada por una tutela judicial efectiva de aquellos que operará solamente cuando la tutela administrativa *haya fallado*.

Esa actuación oficiosa debe ser abordada desde dos frentes: a) el *cambio conceptual* –cultural, si se quiere– de la acción administrativa, esto es, la actuación de todos los agentes desde una perspectiva diferente a la actual respecto de las finalidades propias de esa organización; b) el *cambio procedimental para la toma de decisiones*. La formación de la decisión administrativa debe rodearse de directivas –tanto interpretativas como normativas– que tiendan a la tutela efectiva, adecuándose las pautas procedimentales y las reglas de gestión.

En especial, esa acción oficiosa debe regirse por parámetros de justicia procedimental a través del diálogo. El procedimiento administrativo debe abandonar su impronta *unilateral y jerárquica* e incluir esos mecanismos de diálogo previos a la toma de una decisión. El acto administrativo unilateral, ejecutivo, ejecutorio –frente al cual la única garantía de control es el acceso ulterior al juez– debe dar paso al acto administrativo resultante de una exposición eficaz de todos los elementos en juego, del aporte de los afectados, de la consideración de los derechos en conflicto a partir de criterios de proporcionalidad –en especial en materia de gasto público–, de la identificación de los sectores en desventaja, de la publicidad del proceso de discusión, del control de lo decidido, y –fundamentalmente– del perfeccionamiento de los *procesos de justificación mutua* entre los exponentes de los diferentes puntos de vista.

Por todo lo dicho, 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*.

2. LA PREVENCIÓN ADMINISTRATIVA

En el concepto ensayado, la tutela administrativa pretende evitar por los mecanismos propios de la Administración pública la configuración de un conflicto, adquiriendo, de generarse el mismo, plena virtualidad la tutela judicial. El paradigma de la tutela administrativa efectiva se ubica en un estadio *previo* al nacimiento de la controversia que se somete al juez. Busca –por medio de una intervención activa de la Administración orientada a tutelar los derechos– prevenir el conflicto judicial. Desde ese ángulo, se procura reforzar la tutela judicial a través de un mandato al administrador para la neutralización directa de la afectación de derechos.

La característica de efectividad de esa tutela administrativa y su finalidad preventiva representan el nuevo contexto dentro del cual se inserta la actividad de la Administración pública atravesada por el fenómeno de los *derechos fundamentales*.

Derechos éstos que, en parte, exteriorizan la vinculación del sistema jurídico interno con el internacional –continental americano– de los derechos humanos.

Es claro que no podemos seguir pensando a la Administración pública bajo los principios, conceptos y dogmas propios de un texto constitucional que ha sufrido importantes transformaciones. Al decidir en el año 1994 reformar su Constitución gestada bajo los parámetros decimonónicos (1853-1860), la Argentina delineó un nuevo escenario constitucional con consecuencias determinantes en su sistema de fuentes del derecho. La sujeción de nuestro sistema jurídico al régimen americano de derechos humanos provocó un impacto de imprevisibles consecuencias al tomar la decisión de constitucionalizar dicho modelo normativo en la cúspide de nuestro ordenamiento jurídico, y aún nos encontramos en la ardua tarea de armonizarlo con el derecho internacional ahora incorporado también como interno. Los conflictos que son pocos, menos aquellos que se generan en la labor encaminada a compatibilizar las reglas interpretativas explicitadas por nuestra Corte Federal y aquellas creadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La juridicidad como principio rector de la actividad administrativa nos lleva a revisar la permeabilidad de la Administración pública –como sujeto obligado en el arco de los Artículos 1º y 2º del Pacto de San José– a este nuevo escenario. El derecho administrativo encara así el difícil quehacer de adecuar sus postulados al principio de subsidiariedad del sistema americano de derechos humanos, sabiendo que deberá brindar la plataforma normativa infraconstitucional necesaria para cumplir espontáneamente con las obligaciones exigibles en el marco de aquél.

El propósito, en definitiva, dista de ser teórico: si el orden jurídico se entronca al aseguramiento de los derechos fundamentales de la persona⁹, debemos analizar las instituciones en su plano cotidiano para verificar si tal aseguramiento se logra. El desafío del derecho administrativo es, por estos tiempos, justamente el de rediseñar las instituciones con el fin de hacerlas efectivas en términos de preservación de la dignidad del hombre.

3. EL CARÁCTER TUTIVO DE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA

La Corte Federal argentina, en el caso "Astorga"¹⁰, al escindir la tutela administrativa de la judicial –ambas efectivas– reconoció en el procedimiento administrativo un nuevo principio sustancial que lo atraviesa, proyectando sus consecuencias en la función administrativa. Ello se enmarca dentro de una fuerte compatibilidad con los criterios internos con los del sistema americano de derechos humanos sostenidos por nuestro Máximo Tribunal nacional.

⁹; en este sentido, CSJN, "Simón", voto del Juez Lorenzetti, Considerando 12 (*Fallos*: 328:2056).
¹⁰JN, "Astorga", citado, Considerandos 6º y 7º.

Creemos que como consecuencia de la garantía de la tutela administrativa efectiva, emerge un costado tutelar de la Administración pública respecto de los derechos. Y esta visión tutelar es la que da sustento al carácter preventivo de la actividad administrativa.

La categoría de la tutela administrativa efectiva se inserta, así, como un eslabón más dentro de esa búsqueda de eficacia práctica en los instrumentos estatales de protección de los derechos y encuentra su propia funcionalidad desde dos elementos que le brindan contornos propios: a) el *papel preventivo* que se le asigna a partir de la finalidad de evitar el conflicto que da sustento a la intervención del juez; ello mediante una acción oficiosa de la Administración; y b) el *potencial único* de la función administrativa para la obtención de ese propósito, en tanto actividad estatal que presenta los rasgos de inmediatez, practicada y concreción, es decir, de cercanía con la persona.

Para ser efectiva la tutela administrativa debe ser preventiva, evitando caer en la alta e innecesaria conflictividad judicial y en la responsabilidad internacional de nuestro país.

4. LA TUTELA ADMINISTRATIVA EFECTIVA Y LA PREVENCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD INTERNACIONAL DEL ESTADO

Según las reglas del derecho de la responsabilidad internacional, la acción u omisión de cualquier autoridad pública contraria a los mandatos convencionales constituye un hecho ilícito imputable al Estado que compromete su responsabilidad en los términos previstos por la Convención Americana¹¹. Con motivo de aquélla nace para el Estado una relación jurídica nueva que consiste en la obligación de responder —algo que dista de limitarse a una simple indemnización¹²— frente a la cual ninguna disposición o instituto de derecho interno puede oponerse¹³.

¹¹ Corte IDH, "*Garrido y Baigorria v. Argentina*". Reparaciones y Costas. 27 de agosto de 1998, párrafo 40.

¹² En efecto, la reparación prevista en el Artículo 63.1 de la convención tiende a borrar las consecuencias que el acto ilícito pudo provocar en la persona afectada o en sus familiares o allegados, pero no se detiene allí, sino que trasciende a la víctima y obliga a adoptar todas las medidas para asegurar en el orden jurídico los derechos y libertades consagrados en la convención, a través de la modificación de prácticas domésticas, sanción a los responsables, medidas simbólicas y —en general— cualquier mecanismo que posea no sólo una función reparatoria sino preventiva de nuevas violaciones. Al interpretar los alcances del Artículo 63.1, la Corte ha precisado también que la obligación de reparación ordenada por los tribunales internacionales se rige por el derecho internacional en todos sus aspectos como, por ejemplo, su alcance, su naturaleza, su modalidad y la determinación de los beneficiarios, nada de lo cual puede ser modificado por el Estado obligado invocando para ello disposiciones de su derecho interno (Corte IDH, "*Aloebatoe y Otros v. Surinam*". Reparaciones y Costas. 10 de septiembre de 1993, párrafo 44). Es así que, a diferencia del Artículo 41 del Convenio de Roma, el Artículo 63.1 de la Convención Americana no hace remisión al derecho interno para establecer el contenido de la reparación, facultando así a la Corte Interamericana para proceder a la fijación de las medidas de esa reparación con base autónoma en la propia Convención y en los principios generales del derecho internacional aplicables.

¹³ Corte IDH, "*Trajillo Oroza v. Bolivia*". Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de febrero de 2002, párrafo 96, entre muchos otros.

A la luz de lo anterior, al procurar sortear la generación de violaciones de los derechos fundamentales y –con ello– el incumplimiento de las obligaciones asumidas en los tratados, todos los instrumentos comentados tienen un objetivo común consistente en prevenir la responsabilidad internacional del Estado. Desde esta perspectiva, las acciones o abstenciones en materia de prevención tendrán su norte, tal como lo hemos explicado, en el Artículo 1.1 de la Convención Americana, que prevé la obligación estatal de respetar y garantizar en forma genérica los derechos allí previstos y en el Artículo 2º de ese tratado, que obliga al Estado y a cada uno de sus órganos a remover cualquier obstáculo para el goce de aquellos y, por consiguiente, a llevar adelante medidas positivas tendientes a asegurar y efectivizar los derechos consagrados en ese Pacto.

Una correcta conjugación de la función preventiva y de la relación que da lugar al deber de responder en el sistema americano de derechos humanos impide –entonces– que la Administración se escude en abordajes formales si la decisión en juego pone en riesgo la configuración de responsabilidad del Estado en el plano internacional.

La Administración debe integrar en sus decisiones el diagnóstico vinculado con esa responsabilidad, para –desde allí– ejercer sus facultades sustanciales y procedimentales. En muchos casos, una decisión formalmente admisible desde la regulación interna no superará los estándares internacionales y por ende derivará en responsabilidad. En ese supuesto, no es ya dudoso que el administrador debe priorizar la exigencia internacional.

5. LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN EL CONTEXTO CONSTITUCIONAL DE APERTURA AL SISTEMA INTERNACIONAL

La decisión de nuestros constituyentes de 1994 de ubicar los tratados de derechos humanos en la cúspide del sistema constitucional –por vía de su incorporación en el Artículo 75, inciso 22, de la Carta Magna¹⁴– al tiempo que cerró parcialmente a nivel de regulación positiva una discusión sostenida en el plano jurisprudencial¹⁵,

El criterio conforme al cual “la armonía o concordancia entre los tratados y la Constitución es un ius cogens del constituyente [...] que los poderes constituidos no pueden desconocer o contradecir” ha sido sistemáticamente utilizado por la Corte Suprema Federal” (CSJN, “Monges”, 1996, *Fallos*: 319:3148, Considerandos 20 y 21; “Chocobar”, 1996, *Fallos*: 319:3241, Considerandos 12 y 13; “Cancela”, 1998, *Fallos*: 321:2637, Considerando 10; “Menem”, 2001, *Fallos*: 324:2895, Considerando 10; entre muchos otros).

Nuestro país se sometió a la Convención Americana –que data de 1969– en 1984, por medio de la Ley nº 23.054, reconociéndose –asimismo– la competencia de la Comisión y de la Corte Interamericanas, bajo condiciones de reciprocidad. Por cierto, el proceso de inserción de ese tratado en el derecho nacional no acabó allí. Como sucedió con la mayoría de los países, el camino de la apertura doméstica a las normas internacionales y sus criterios interpretativos atravesó etapas signadas por una inicial reticencia al reconocimiento de la aplicabilidad directa y prevalencia normativa del derecho internacional (CSJN, “Martín & Cía. Ltda.”, 1963, *Fallos*: 257:99; “Esso S.A. Petrolera Argentina”, 1968, *Fallos*: 271:7, entre otros), una posterior flexibilización jurisprudencial de esa tendencia (CSJN, “Ekmekdian”, 1992,

generó en las instituciones de cada rama del derecho nuevas incógnitas, producto del cambio del sistema de fuentes que anticipábamos.

En ese sendero, la incorporación en el texto constitucional del Pacto de San José de Costa Rica¹⁶ hace que el derecho administrativo deba interrogarse sobre el nivel de compatibilidad de sus instituciones y dichas disposiciones.

El principio de legalidad del obrar administrativo –que ha evolucionado hacia el de juridicidad– demanda hoy trasladar cuidadosa pero firmemente a nuestra disciplina el elenco de derechos, garantías y deberes positivizados en el sistema interamericano de San José de Costa Rica. Tal juridicidad no se detiene en el análisis del grado de compatibilidad entre normas infraconstitucionales –leyes que regulan las diversas instituciones del derecho administrativo– con las dotadas de jerarquía constitucional, sino que avanza hacia el examen de la conformación de las primeras a los criterios, opiniones y decisiones emanadas de quienes aplican las normas constitucionales del Pacto de San José de Costa Rica en la esfera internacional: Comisión y Corte Interamericanas de Derechos Humanos.

La Administración pública es una de las autoridades nacionales a las que alude el Pacto de San José de Costa Rica como obligadas a la aplicación en el derecho interno de las normas, reglas y principios contenidos en aquél. La actividad administrativa se encuentra alcanzada por la regla general de los Artículos 1.1 y 2º de la Convención Americana, los cuales constituyen la base para la determinación de la responsabilidad internacional del Estado en materia de derechos humanos.

Cabe a la Administración pública, como punto de contacto directo entre el Estado y las personas, expresar concretamente esa línea gubernamental de efectividad de los derechos humanos que hemos relatado, plasmándola día a día en sus actos administrativos, hechos, contratos, reglamentos, servicios públicos, obras y demás modalidades de ejercicio de sus competencias.

Fallos: 315:1492; "Fibraca Constructora", 1993, *Fallos:* 316:1669 y "Cafés La Virginia", 1994, *Fallos:* 317:1282), seguida de una ulterior jerarquización constitucional de los pactos (Artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional reformada en 1994), para encontrarnos hoy frente a un reconocimiento jurisprudencial del alto grado de penetración de los criterios internacionales en el ordenamiento nacional ("Priebke", 1995, *Fallos:* 318:2148; "Arteaga", 1998, *Fallos:* 321:2767; "Hagelin", 2003, *Fallos:* 326:3268; "Verbitsky", 2005, *Fallos:* 328:1146; "Simon", 2005, *Fallos:* 328:2056; "Galli", 2005, *Fallos:* 328:690; "Sánchez", 2005, *Fallos:* 328:2833; "Llerena", 2005, *Fallos:* 328:1491; "Casal", 2005, *Fallos:* 328:3399; "Asociación de Trabajadores del Estado", 2008, A. 201. XL).

¹⁶ Juntamente con todos los enumerados en el Artículo 75, inciso 22, de la Carta y los que sean incorporados por conducto del mecanismo previsto en el último párrafo de tal cláusula, que, al denotar el rasgo de "flexibilidad" introducido en 1994 en un modelo tradicionalmente rígido de modificación constitucional, posibilita la jerarquización constitucional de un tratado de derechos humanos con el voto de las dos terceras partes de los miembros de cada Cámara del Congreso Nacional. Hasta el momento se han añadido al plexo fundamental, por esta vía, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas y la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad.

Esa condición de sujeto obligado a materializar en su ámbito de actuación los principios, garantías, derechos y deberes del Pacto de San José, nos obliga a nuevos planteamientos, tanto del procedimiento administrativo como de la actividad administrativa en general.

El derecho administrativo hunde sus raíces en el derecho constitucional y éste se encuentra hoy en un escenario marcado por la transición hacia un nuevo modelo de fuentes del derecho. Como hemos afirmado, no podemos seguir sosteniendo un derecho administrativo que responde a un esquema de fuentes que ha sido altamente trastocado por el constituyente nacional, no sólo por conducto del Artículo 75, inciso 22, de la Constitución, sino también por otras disposiciones constitucionales que importan nuevos paradigmas.

*Res.
de l
com*

* Es.
Es Pr
cializ
fue c
del T
Fue l
la Fa
de es
nistr
Se de
de P
de la
trativ
Es a
1 Co
novi
2 Mi
com