

un notable ensanche de la juridicidad, más ob
mayores derechos y garantías ciudadanas junto
humanos en cabeza de las personas, en tanto i
munidad y la propia humanidad.



**PABLO GUTIÉRREZ
COLANTUONO**

PABLO GUTIÉRREZ COLANTUONO

**Control
de convencionalidad
en la
Administración
pública**

*Aplicación de los tratados internacionales
a la actuación administrativa*

ASTREA

**NUEVA
PUBLICACIÓN**



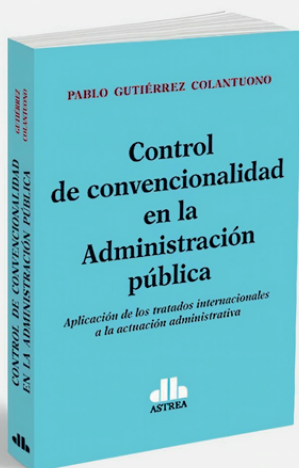
CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

**Aplicación de los tratados internacionales
a la actuación administrativa**

Temas principales:

Control de convencionalidad interno. Administraciones públicas y control de convencionalidad interno en su propia sede. Afirmaciones.

Autor: PABLO ÁNGEL GUTIÉRREZ COLANTUONO




**EDITORIAL
ASTREA**

PABLO GUTIÉRREZ COLANTUONO

Control de convencionalidad en la Administración pública

*Aplicación de los tratados internacionales
a la actuación administrativa*

ASTREA

PABLO GUT



Control de convencionalidad en la Administración pública

*Aplicación de los tratados internacionales
a la actuación administrativa*



BUENOS AIRES - BOGOTÁ - PORTO ALEGRE - SANTIAGO - ASUNCIÓN

2022

A mi madre...

*Aún recuerdo imágenes de ella escribiendo
su propia tesis doctoral en la ciencia de la Geografía
defendida ante la Universidad de Varsovia, Polonia,
hace muchos años ya.*

*Ello sucedía en contextos en que a las mujeres
con trabajo y familia a su cuidado les era doble esfuerzo
la carrera docente y de investigadora.*

PALABRAS PRELIMINARES

La idea central de esta obra es encontrar los puntos concretos del impacto de la constitucionalización y convencionalización del derecho administrativo en la dimensión del control de las Administraciones públicas dentro de un nuevo paradigma de su actividad.

Esta actividad se ve impactada indirectamente por la nueva articulación juez interno-juez internacional y por la aparición de un nuevo rol de las Administraciones públicas llamado preventivo. Ello ha sido estudiado principalmente desde las zonas de diálogo y de conflicto entre los jueces internos y los internacionales.

Demostraremos que este enfoque, si bien ha aportado y aporta elementos de estudio interesantes, ha corrido el eje principal de la razón de ser de los sistemas de derechos humanos: la complementariedad y la subsidiariedad permiten afirmar que se ha caído en una errada mirada desde lo orgánico, en lugar de estudiar el fenómeno desde los derechos.

Analizaremos este fenómeno en el Capítulo Primero, especialmente relevando y confrontando decisiones internas e internacionales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y precedentes de cortes constitucionales de los Estados miembros. Todo ello nos llevará a la búsqueda de nuestra propia conceptualización del control de convencionalidad interno.

La parte siguiente –Capítulo II– se centrará en el ámbito de aplicación de ese control de convencionalidad interno dentro de las Administraciones públicas.

Podremos constatar que ello deriva del deber de garantía, dado que las Administraciones públicas son una de las autoridades obligadas por el Pacto de San José de Costa Rica.

Ello nos permitirá relevar nuevos contenidos del rol preventivo en las actividades de las Administraciones públicas, preguntándonos, entre otras cosas, si estas pueden realizar una suerte de control de convencionalidad en sus propias sedes.

A lo largo de este trabajo, recorreremos posibles respuestas a interrogantes, nos haremos cargo de responder críticas concretas y sustanciales al control de convencionalidad interno, construiremos un concepto propio de este y buscaremos las proyecciones en el propio campo de las Administraciones públicas y las ciudadanías, entre otros aspectos.

Será en el Capítulo III donde sistematizaremos aquellas afirmaciones que sostienen gran parte del planteo efectuado; no porque unas sean más importantes que otras, sino porque estas a su vez son conclusivas del propio trabajo. Las otras quedarán expresadas en cada recapitulación de los Capítulos Primero y II.

Tanto el relevamiento jurisprudencial y la confrontación de opiniones autorales como la comparación entre los sistemas constitucionales bajo la unidad de mínimos comunes del derecho de los derechos humanos desde el Sistema Interamericano de Derechos Humanos aportarán la metodología de análisis crítico.

PABLO GUTIÉRREZ COLANTUONO

AGRADECIMIENTOS

La presente es, en parte, una versión reducida y modificada de la tesis doctoral presentada y defendida ante la Universidad de La Coruña, España.

Recoge construcciones colectivas generosas de quienes nos enseñan en las aulas en las cuales enseñamos. Nuestros estudiantes de abogacía, de maestrías y asistentes a múltiples cursos de posgrado, congresos, jornadas y talleres me han generado preguntas cuyas búsquedas de respuestas han guiado el interés de este trabajo de investigación. Mi agradecimiento a ellos, como también a profesores y profesoras con quienes comparto habitualmente eventos académicos. Siempre han tenido la generosidad de expresarme sus disensos de manera constructiva y sus acuerdos a manera de aliento en la búsqueda de conceptos dinámicos, abiertos y plurales.

Quiero agradecer a la Universidad de La Coruña y al profesor Jaime Rodríguez-Arana Muñoz por su generosidad, su firmeza cálida y respetuosa en guiarme por los caminos que me conducirían hacia el objetivo final: la tesis. A quienes integraron el jurado de defensa de la tesis y formularon diversas aportaciones: profesores Alejandro Pérez Hualde, María Victoria de Dios Viéitez y Rafael Valim.

Gracias a la Universidad Nacional del Comahue, hace más de veinticinco años que enseño y aprendo en sus aulas.

A mi familia, la construida y aquella otra que me dio la vida. A mis amigos, mi permanente agradecimiento.

Gracias, en definitiva, a la vida.

PABLO GUTIÉRREZ COLANTUONO

ÍNDICE GENERAL

<i>Palabras preliminares</i>	IX
<i>Agradecimientos</i>	XI
Introducción	1

CAPÍTULO PRIMERO

CONTROL DE CONVENCIONALIDAD INTERNO

§ 1. La irrupción de los sistemas integrados de los derechos humanos	15
§ 2. El control de convencionalidad interno	17
a) Origen, evolución y estado actual	18
b) El emblemático caso “Almonacid Arellano” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos	24
c) La consolidación del criterio “Almonacid Arellano” en la casuística de la Corte Interamericana de Derechos Humanos	29
d) En busca de nuevos y mayores ámbitos de proyección del control de convencionalidad	35
e) La mirada de recíproca influencia	38
f) Un punto de inflexión, el caso “Gelman”	44
g) Un caso de alta tensión de la Corte Suprema argentina	50

§ 3. Fundamentos del control de convencionalidad interno	60
a) El marco general obligacional	61
b) El efecto útil	65
c) La prevención de las violaciones a los derechos humanos: el principio de subsidiariedad o complementariedad	70
d) La prevención de la responsabilidad internacional ..	72
e) El control de convencionalidad interno y la ejecución de las sentencias	77
1) En la Europa de los derechos humanos	78
2) El Sistema Interamericano de Derechos Humanos y sus características	85
3) La mirada convergente	91
§ 4. Recapitulación: afirmaciones y conclusiones	94
§ 5. Nuestro concepto del control de convencionalidad interno	97
§ 6. Proyecciones en el ámbito de las Administraciones públicas	97

CAPÍTULO II

ADMINISTRACIONES PÚBLICAS Y CONTROL DE CONVENCIONALIDAD INTERNO EN SU PROPIA SEDE

§ 7. La persona y su dignidad en la centralidad del sistema del derecho administrativo	99
a) La “positivización” de la dignidad de la persona ..	101
b) Alcances del concepto	104
1) Las personas jurídicas	106
2) Los seres no humanos: los animales	111
3) La dimensión ambiental	113
§ 8. Las Administraciones públicas como autoridades obligadas y la prevención administrativa	122
a) La función preventiva y la buena fe administrativa	131
b) Las Administraciones públicas como sujetos obligados	135

c) Control de convencionalidad en la sede de las propias Administraciones públicas	138
d) ¿Pueden las Administraciones públicas declarar inconvencional o inaplicar una ley o reglamento en su propia sede?	147
e) La aplicación interna de la convencionalidad supone nuevas consecuencias interpretativas para las Administraciones públicas	150
f) Tutela administrativa efectiva	160
1) La tutela administrativa efectiva	170
2) Tutela administrativa efectiva y debido proceso	173
3) La tutela administrativa efectiva como expresión de la prevención	180
g) Administraciones públicas heterogéneas con mecanismos vinculantes heterogéneos	183
h) La intersección de la prevención administrativa con los deberes humanos: la coestión como mandato convencional	198
i) Control social y acceso a la información	201
1) El acceso a la información pública desde el plano convencional: sus principios y reglas ...	205
2) El principio de máxima divulgación	207
3) Acceso real y efectivo	209
4) Las Administraciones públicas, el procedimiento administrativo y el principio de máxima divulgación	212
j) Los efectos “extra partes” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la prevención ...	212
§ 9. Recapitulación	217

CAPÍTULO III

AFIRMACIONES

§ 10. Afirmaciones demostradas	221
a) Del orden de los jueces	221
b) Del orden de las Administraciones públicas	230

c) Del orden de la ciudadanía y sus Administraciones públicas	236
d) Del orden de la juridicidad de las Administraciones públicas convencionales	237
e) El rol preventivo de las Administraciones públicas	238
§ 11. La expansión del derecho administrativo hacia la convencionalidad	241
<i>Bibliografía</i>	247

INTRODUCCIÓN

1. *CONCEPTOS GENERALES*

La constitucionalización del orden convencional y la convencionalidad del orden constitucional, junto con la globalización de los ordenamientos como proceso más integral, generan, sin duda, tensiones puertas adentro de los Estados.

Entre otros aspectos, nos enseña Gordillo:

“Cuando en 1962 definí al derecho administrativo excluyendo su calificación como derecho interno según era entonces habitual en la doctrina, como lo pueden ver en el Libro I del tomo 5, lo hice en base a fenómenos que ya se avizoraban en el horizonte. Con el tiempo han ido creciendo y multiplicándose los aspectos internacionales a cargo de organismos, tribunales judiciales o arbitrales externos”¹.

Por otro lado, Pérez Hualde ha explicado:

“El derecho constitucional de estos tiempos nos muestra un Estado comprometido con políticas activas para hacer realmente vigentes los derechos fundamentales y estas políticas deben ser trazadas de un modo especialmente consensuado. ‘Las políticas públicas eficaces requieren de discusión y consenso [...] el derecho a la integridad personal no solo implica que el Estado debe respetarlo (obligación negativa), sino que, además, requiere que el Estado adopte todas las medidas apropiadas para garantizarlo (obligación positiva), en cumplimiento de su deber general establecido en el art. 1.1 de la Convención Americana’. No es otra cosa que la línea ya trazada por Bidart Campos, para

¹ Gordillo, *La corrupción como delito de lesa humanidad*, “Revista Jurídica de San Luis”, n° 1, 2017.

quien el derecho internacional de los derechos humanos revisa la prelación aun sobre el derecho de la integración y el derecho comunitario ya que, como se ha destacado, desde la Declaración Universal de las Naciones Unidas (1948), se ha constituido en un 'denominador axiológico común' sobre las ideas de dignidad, libertad e igualdad humanas"².

Cabe recordar que para Ferrajoli la internacionalización de los derechos fundamentales y la constitucionalización de los derechos sociales son las dos más importantes conquistas del constitucionalismo del siglo xx³.

La apertura interna a los diversos órdenes externos acarrea la existencia de un intenso tráfico de construcciones a partir de los nuevos polos de producción, aplicación, interpretación e interpelación normativos. Tal como explicaremos, la propia instancia internacional se asume –o debiera al menos asumirse– impactada por dicha apertura y no tan solo la interna. Hablamos de permeabilidades recíprocas y horizontales, antes que unilaterales y verticales. Es por tal razón que exploraremos la espontaneidad y la complementariedad como fundamentos de la prevención derivada del deber de garantía focalizada en las Administraciones públicas.

Nada, por cierto, queda igual una vez que se ha aceptado suscribir a un modelo caracterizado por un orden interno-internacional. De ello, a veces, pareciera no haberse tomado conciencia suficiente. La constitucionalización de los diversos tratados de derechos humanos trae aparejado un profundo cambio cultural interno, tanto de los poderes del Estado como de la propia ciudadanía.

Aparece el desafío de imaginar dispositivos que puedan viabilizar permeabilidades recíprocas antes que barreras o zonas de tensión, pues de lo contrario se debilita la nueva dimensión constitucional y convencional.

En esta obra nos ocuparemos de las consecuencias de la irrupción en el orden interno, al menos con nivel constitucio-

² Pérez Hualde, *La necesaria determinación de la desigualdad para el tratamiento equitativo de los derechos fundamentales*, "Anuario Iberoamericano de Derecho Administrativo Social", n° 2, 2019.

³ Ferrajoli, *Derechos y garantías*, p. 57 a 59.

nal, de los tratados de derechos humanos⁴, específicamente el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (en adelante, SIDH), por contar con un tribunal con competencias consultivas y jurisdiccionales, y de sus proyecciones en el ámbito del derecho administrativo en la relación ciudadanía-Administraciones públicas. Es desde esta porción del fenómeno de la interconexión de los sistemas⁵ que en el SIDH aparece, en el ámbito de las Administraciones públicas, la prevención. Esta es una expresión del deber genérico de garantía, que produce diversas proyecciones en el propio ámbito de aquellas en la vinculación con la ciudadanía.

Este enfoque nos llevará a pasar revista al denominado control de convencionalidad en dos dimensiones: a) una, más comúnmente tematizada, consistente en la articulación entre jueces internos y el sistema internacional regional del SIDH, pero aquí lo novedoso será el enfoque que le brindaremos, y b) una segunda, menos estudiada, que es el control interno de las propias Administraciones públicas de ese control de convencionalidad. Esta última dimensión es la que alumbrará una nueva actividad de las Administraciones públicas, el rol preventivo con diversas proyecciones.

La primera dimensión se encuentra motivada en el hecho de que son evidentes las consecuencias que la presencia de un tribunal internacional regional en derechos humanos genera en los tribunales internos estatales, no sin tensiones. Se tematiza sobre los niveles de compatibilidad interna internacional, los efectos de las sentencias de ese tribunal regional, los niveles exigibles de ejecución de las sentencias en el orden interno, la naturaleza del control de convencionalidad interno, entre otras cuestiones.

El tema puede ser analizado desde distintos planos: desde los aspectos procedimentales utilizados para incorporar al

⁴ Al respecto, explicaba Gordillo: "No podemos hacer libre interpretación nacional de los tratados internacionales. [...] El carácter internacional de los derechos humanos es hoy indubitable, pero es apenas un dato más de una realidad jurídica universal bastante mayor" ("Hacia la unidad del orden jurídico mundial", en *Tratado de derecho administrativo*, t. 2, p. XXII-6 y XXII-7).

⁵ Es un clásico citar en el fenómeno de la interconexión de los sistemas la obra de Martín-Retortillo Baquer, *La interconexión de los ordenamientos jurídicos y el sistema de fuentes del derecho*.

sistema interno los tratados de derechos humanos, pasando por las perspectivas de las jerarquías de estos, para finalmente analizar las consecuencias de la aplicación del subsistema de los derechos humanos una vez constitucionalizados.

Más allá de ello, es sabido que un tribunal, en la esfera regional por “fuera de los Estados miembros”, genera estándares y reglas que habrán de aplicar las distintas autoridades internas mediante la adecuada aplicación del control de convencionalidad en sus respectivos ámbitos.

La introducción del denominado control de convencionalidad interno permite analizar la compatibilidad interna con las normas y criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) y las zonas de aplicación por las autoridades internas. Este control de convencionalidad interno merecerá nuestra especial atención y sobre él formularemos nuestra propia definición y fundamentos. Nos ocuparemos en el capítulo primero de estas temáticas.

La segunda dimensión es expresión de haberse visto las competencias públicas reorientadas en general por los compromisos internacionales. Los poderes estatales son moldeados a partir de las obligaciones asumidas internacionalmente. Ello genera al menos la necesidad de resignificar el contenido y dirección de las competencias públicas. Estas, insistimos, se asumen actualizadas en sus limitaciones y orientaciones por la apertura interna internacional a partir del deber de cumplir con las obligaciones internacionales contraídas por los Estados. Son el legislador, el administrador y el juez quienes concretan aquellas obligaciones asumidas en nombre de los Estados. Aquí, las Administraciones públicas, foco de nuestro estudio, en cuanto una de las autoridades obligadas, aparecen con una nueva actividad: la preventiva y sus proyecciones. Este es el asunto principal de esta obra, que tratamos en el capítulo II.

Nos enfrentamos al control judicial dentro de la garantía de la jurisdicción de la convencionalidad con incidencia directa en la zona de los derechos, garantías y libertades en los que se despliegan competencias públicas administrativas. Emerge un nuevo control interno judicial convencional de las Administraciones públicas a partir de la exigencia interna del control de convencionalidad como herramienta para aplicar el derecho internacional de los derechos humanos.

Pero antes de ello, en el plano preventivo, en la sede de las propias Administraciones públicas aparece este nivel de la convencionalidad como expresión de saberse el Estado dentro de los bordes de la constitucionalidad. La incidencia del control de convencionalidad interno es parte de esa nueva dimensión constitucional, ahora analizada desde el ámbito propio de las Administraciones públicas.

La jurisdicción constitucional interna se amplía así a la jurisdicción convencional, de forma tal de interpelar, en el plano interno, al cumplimiento por parte de las autoridades de los estándares fijados en el sistema internacional.

Es un nuevo control externo del Poder Judicial, al tiempo que interno de las propias Administraciones públicas.

Simultáneamente, desde la dimensión ciudadana, aparece una nueva garantía. Esta permite lograr la protección y vigencia de aquellos derechos, garantías y libertades consagrados en el Pacto de San José de Costa Rica (en adelante, PSJCR).

El control de convencionalidad interno es un deber por parte de las autoridades, al tiempo que se erige como una nueva garantía ciudadana; así lo explicaremos y fundamentaremos.

La convivencia constitucional y convencional plantea el desafío de encontrar simetrías necesarias, de forma tal de no generar distorsiones internas entre el preexistente control de constitucionalidad de la actividad administrativa con el ahora control de convencionalidad en el propio ámbito de la función administrativa.

Es parte del desafío que nos planteamos en esta obra indagar sobre los nuevos contornos del control de convencionalidad en la propia sede de las Administraciones públicas como herramienta concreta del nuevo constitucionalismo: el control de convencionalidad interno.

La convencionalidad en el sistema interno habla de obligaciones con proyecciones concretas en los distintos poderes del Estado. No se trata de meras referencias o efectos interpretativos internos de aquellas decisiones que provienen del sistema de derechos humanos regional. La consideración que ellos rigen internamente en un orden constitucional bajo las condicio-

nes de su vigencia⁶ importa incorporar los estándares e interpretaciones propios de los órganos auténticos de aplicación e interpretación del sistema.

Las decisiones e interpretaciones de la Corte IDH –vía opiniones consultivas y sentencias⁷– generan efectos directos en los sistemas internos, no tan solo en el caso en que sea parte el Estado miembro, sino en toda la jurisprudencia que se construye en tal órgano jurisdiccional internacional. Es esto lo que sucede puertas adentro del orden constitucional argentino, entre otros, donde la jerarquía constitucional de determinados tratados de derechos humanos, otorgada por la última reforma constitucional del año 1994, proyecta un sinnúmero de consecuencias. Este modelo recorre con ciertos matices a los países que adoptaron el SIDH.

Es esencial comprender esto para adentrarnos en el constitucionalismo y convencionalismo de los derechos humanos regional interamericano, y de aquel otro, el europeo, que tanto en el plano convencional internacional como en el interno se presenta diferente, al menos en la porción de estudio que involucra este trabajo.

⁶ La Argentina así lo ha establecido expresamente en su reforma constitucional del año 1994 al decir que los tratados de derechos humanos allí enunciados *“en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional”* (art. 75, inc. 22).

⁷ Las opiniones consultivas poseen una destacada trascendencia en el ámbito normativo del sistema americano. Basta leer detenidamente algunas para advertir la importancia de esta vía interpretativa de la Corte IDH y su incidencia directa en la real vigencia de los derechos humanos: la igualdad y no discriminación, por solo adelantar un ejemplo, como parte del derecho imperativo del derecho internacional de los derechos humanos, parece no admitir la posibilidad de que un Estado le quite eficacia interna por el solo hecho de no haber sido quien solicitó la respectiva opinión consultiva donde se estableció tal principio (el tratamiento que ha recibido por parte de la Corte Interamericana puede, entre otros, consultarse en Corte IDH, OC-18/03, 17/9/2003, “Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados”, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos, <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2003/2351.pdf>). En esta actividad nos parece claro que, si la vía de interpretar los alcances de los tratados son las opiniones consultivas y estas son solamente solicitadas por los Estados miembros, parece razonable entender que estas integran el contenido del control de convencionalidad que deberán ejercer los jueces independientemente de quién haya solicitado la consulta.

Más allá de las diferencias existentes y ya con una mirada contextual mayor, unos y otros incorporan un nuevo lenguaje⁸. Este es el punto central en todo análisis de ordenamientos interconectados desde los sistemas de derechos humanos. Las consecuencias para las Administraciones públicas y sus relaciones con la ciudadanía no son menores: las propias competencias de estas expresan el nuevo entramado de derechos de los derechos humanos. De lo contrario, nos encontraríamos por fuera de los bordes de la constitucionalidad y convencionalidad.

2. **¿POR QUÉ OCUPARNOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS Y LA CONVENCIONALIDAD?**

Latinoamérica posee una tradición de fuertes presidencialismos, característica incontrastable de la distribución y ejercicio del poder. Por su parte, las diversas interrupciones democráticas han dejado secuelas que han pervivido más allá de aquellos períodos *de facto*. Estos fenómenos han impactado⁹, en nuestro criterio, negativamente en determinadas zonas de las Administraciones públicas. Algunos rasgos autoritarios y una amplia presencia “intervencionista reglamentaria” en tratar de “moldear un estilo de ciudadanía” son datos objetivos que pueden relevarse como consecuencia, en parte, de aquellas realidades, y, por cierto, de un transitar de las Administraciones públicas sin advertir la centralidad de las personas y sus circunstancias como estructurante de sus actividades y procedimientos.

Dentro de nuestras Administraciones públicas existen maneras de gestionar, de vincularse, de expresarse con dispositi-

⁸ “Los derechos introducen un nuevo lenguaje primero en el Consejo de Europa y luego en la Unión Europea, y en general en la integración europea” [García Roca - Santolaya (coords.), *La Europa de los derechos*, p. 17].

⁹ Como enseña Cassese, “no se puede entender la Administración y su derecho administrativo si no se estudia la cultura administrativa de un país y sus valores cívicos. La siguiente tarea para los investigadores del derecho administrativo será volver a integrar la sociedad y la política en el estudio de la Administración, analizando los numerosos vínculos y conexiones entre la sociedad y las Administraciones, en lo que la política suele actuar de intermediario” (*Derecho administrativo: historia y futuro*, p. 455).

vos, mecanismos y metodologías que no siempre fortalecen la ampliación de su base democrática. La mayor democratización en términos de mayor legitimidad a la legalidad del obrar administrativo es un desafío de estos nuevos tiempos. Se abren los espacios y archivos al conocimiento de la ciudadanía, se refuerzan los mecanismos participativos, pero frecuentemente no se observan dispositivos de la gobernanza administrativa que se hagan cargo de esa devolución del pensar y sentir de la ciudadanía. Falta aún el diseño de dispositivos que expresen la efectiva permeabilidad en el diseño de la política pública y administrativa; en particular, a partir de la expresión ciudadana.

Las Administraciones públicas han de hacerse cargo de las consecuencias de la participación ciudadana, expresando fundadamente en sus decisiones las razones que valoran para sentir o acordar con la expresión de los ciudadanos.

A nuestro criterio, parte de este déficit democrático es la tendencia a homogeneizar la relación ciudadanía-Administraciones públicas con dispositivos pensados y usados por igual, sin diferenciar la persona o las condiciones que la rodean. Muestra de ello es seguir utilizando, en el derecho administrativo, la expresión *administrado* para indicar homogéneamente a la ciudadanía, bajo una idea que aún pervive en algunos sectores de estar frente a una relación de subordinación de esta respecto de las Administraciones públicas. La ciudadanía es diversa cultural, social, constitucional y convencionalmente; aquel concepto de administrado destila, inconscientemente, desde lo cultural, lo contrario.

La otra expresión a la que hemos aludido es la de “moldear” pautas culturales de comportamiento, soslayando el derecho a la autodeterminación de modelos de vida como expresión de la libertad y el derecho a la privacidad.

Por último, y al igual que sucede culturalmente en otros poderes del Estado, se sigue a menudo la lógica del “expediente” y el “trámite”, mas no aquella propia de la persona y las condiciones que la rodean.

Cierto es que mucho se ha hecho en la evolución de nuestras Administraciones públicas, sus actividades y funciones, para mitigar aquellos efectos negativos –leyes de acceso a la información pública, digitalización y transparencia de los procedi-

mientos internos, contrataciones electrónicas, mecanismos integrales de reparación en materia de responsabilidad del Estado, limitación y encuadre de la discrecionalidad administrativa, entre otras acciones—; sin embargo, mucho más resta por hacer. Debemos hacerlo de manera creativa, repensando el contenido y, en cierta manera, el modelo de gobernanza y de ciudadanía.

En esta línea, nos ha motivado desde siempre la búsqueda de nuevas herramientas, nuevas categorías, o la revisión de las existentes, con la finalidad de examinar su compatibilidad con la evolución de las Administraciones públicas, los parámetros de constitucionalidad y convencionalidad, y, fundamentalmente, con el sentir y pensar de la ciudadanía a la que aquellas tienen por finalidad satisfacer.

En este contexto, la rica doctrina expresada por la Corte IDH referida al rol de las Administraciones públicas en la determinación de derechos y obligaciones quizá sea el contrapeso de aquel autoritarismo e “intervencionismo” que anotábamos. O, al menos, explica su propia jurisprudencia evolutiva en este punto. Muestra de ello es la garantía de la tutela administrativa efectiva creada evolutivamente por la Corte IDH y que vino a encauzar el procedimiento administrativo dentro de los estándares construidos y enriquecidos del debido proceso judicial, y que, al mismo tiempo, genera un salto cualitativo cultural en la gestión de las diversas actividades y funciones de las Administraciones públicas.

Estas parten, ahora sin duda alguna, desde la dignidad de las personas como la centralidad sobre la cual se construye cualquier expresión discrecional o no de las Administraciones públicas.

De los diversos subsistemas y microsistemas jurídicos del espacio constitucional y convencional surge que la dignidad de la persona humana se constituye como el centro del sistema de derecho administrativo. Se explica así la razón de ser del poder, su alcance y su finalidad.

En el escenario actual, el poder público está limitado por la dignidad de la persona humana¹⁰, y los límites se derivan de

¹⁰ “La dignidad humana debe ser el canon para la elaboración de las políticas públicas y para las dotaciones presupuestarias de forma que a partir de ella debieran articularse todas las políticas públicas propias de un sistema comprometido con la humanización de la realidad” (Rodríguez-Arana Muñoz, *Derecho administrativo y derechos sociales fundamentales*, p. 502).

los derechos humanos en cuanto atributos inherentes a la dignidad humana¹¹. En otras palabras, la dignidad de la persona humana se constituye en el umbral mínimo a partir del cual deben diseñarse las diversas regulaciones para la adjudicación o distribución de bienes en una sociedad¹². A la vez, la tutela administrativa efectiva permite moldear unas Administraciones públicas que deben ser reflejo, en parte, de aquello que en la construcción europea se ha denominado derecho a la buena Administración.

En el tema es referencia obligada la obra de Rodríguez-Arana Muñoz¹³. En su pensar, el derecho a la buena Administración es el derecho de toda persona a que el poder público atienda con objetividad los intereses generales, y es un derecho fundamental.

En ese sentido, afirman Hachem y Valencia Tello:

“El derecho fundamental a la buena Administración pública nació en el ambiente del derecho comunitario europeo y fue posteriormente perfeccionado y robustecido por el derecho administrativo iberoamericano [...] este derecho fue establecido por la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante CDFUE) en el año 2000, proclamada el 7 diciembre 2000, reformada el 12 diciembre 2007, ratificada el 13 diciembre 2007, publicada el 18 diciembre 2000 la original y el 14 diciembre 2007 la reforma, entrada en vigor el 1 diciembre 2009 y, posteriormente, fue desarrollado de forma más amplia por la Carta Iberoamericana de Derechos y Deberes del Ciudadano en relación con la Administración pública, de 2013 [...] En consecuencia, el derecho a la buena Administración pública busca agrupar todo el conjunto de derechos que tienen los ciudadanos frente a las Administraciones públicas, con el objetivo de garantizar el pleno goce de los derechos fundamentales y, al mismo tiempo, reinterpretar las potesta-

¹¹ Corte IDH, 29/7/1988, “Velásquez Rodríguez vs. Honduras” (Fondo), serie C, n° 4, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf, párr. 165.

¹² Garzón Valdés, “¿Cuál es la relevancia moral del concepto de dignidad humana?”, en *Propuestas*, p. 100.

¹³ Se podrían citar múltiples producciones científicas del autor, entre ellas, Rodríguez-Arana Muñoz, *El buen gobierno y la buena administración de instituciones públicas*.

des de los poderes públicos dentro de las democracias constitucionales”¹⁴.

Ciertamente, ello no ha sido el único aporte en el área de nuestro derecho administrativo; diversas construcciones de estándares por la Corte IDH atraviesan nuestra disciplina.

Hablamos de un derecho administrativo de la constitucionalidad y de la convencionalidad como expresión de la interconexión de ordenamientos jurídicos. Tal como agudamente afirma Cassese:

“Los ordenamientos nacionales, cerrados tradicionalmente entre sí, no solo se han vuelto permeables respecto a ordenamientos jurídicos más extensos (europeo, global), sino que se han vuelto porosos y permiten intercambios, trasplantes, importaciones y exportaciones, imitaciones, adaptaciones mutuas, convergencias, interrelaciones, desarrollos paralelos, diálogo y aprendizaje común”¹⁵.

En esta obra nos ocupamos de demostrar y fundamentar un nuevo rol de nuestras Administraciones públicas en esa constitucionalidad convencionalizada o en la convencionalidad constitucionalizada: el rol preventivo de las Administraciones públicas y sus proyecciones.

Las miradas de subsistemas articulados en un gran espacio constitucional dentro del cual se produce la internacionalización del orden interno no siempre son compatibles entre sí para quienes operan y aplican dicho orden. A veces se verifican, como es conocido, decisiones estatales que, justificándose en “protecciones internas”, se retiran del sistema o pretenden retomar aquello que ya no les pertenece por haber sido cedidas soberanamente a otras instancias internacionales¹⁶.

¹⁴ Hachem - Valencia Tello, *Reflexiones sobre el derecho fundamental a la buena Administración pública en el derecho administrativo brasileiro*, “Revista Digital de Derecho Administrativo”, n° 21, 2019, p. 47 a 75.

¹⁵ Cassese, *Derecho administrativo: historia y futuro*, p. 416.

¹⁶ En este sentido, es bien conocida la postura de Venezuela, que más de una vez ha repelido las órdenes emitidas por la Corte IDH en sus sentencias con la técnica de quitarles sus efectos por conducto del control de constitucionalidad interno. Dictadas aquellas en el orden internacional, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia las examina, efectuando un control de constitucionalidad que concluirá que no se conforman con su propia Constitución. Tal armado jurídico justifica, a su criterio, el incum-

El contexto de tráficos fluidos e intensos entre el sistema “interno” y el “internacional” ha llevado a generar “roces” institucionales a partir de distintos criterios jurisprudenciales entre cortes internas y cortes internacionales. Estos, en nuestra opinión, se han producido por malentendidos o aplicaciones incorrectas de los principios de subsidiariedad y complementariedad.

Todo ello remite a un tema principalísimo, tal como es el control de convencionalidad interno que efectúan las autoridades internas, y que trataremos aquí, pero lo haremos desde una óptica distinta y, si se quiere, novedosa: la aplicación por parte de las Administraciones públicas del control de convencionalidad en su propia sede.

Las Administraciones públicas, como uno de los sujetos que se encuentran atravesados por las obligaciones generales de los arts. 1º, inc. 1, y 2º del PSJCR, según explicaremos, están llamadas a reformular sus dispositivos de manera que estos permitan la permeabilidad suficiente a los estándares internacionales incorporados en el sistema interno bajo el nivel de constitucionalidad-convencionalidad. Aparece la dimensión preventiva de las Administraciones públicas como expresión de la fusión en un mismo plano constitucional de la convencionalidad constitucionalizada o la constitucionalidad de la convencionalidad.

Los derechos, garantías y libertades consagrados en el PSJCR conllevan, respecto de la relación ciudadanía-Administraciones públicas, una nueva dimensión en que se resuelve la tensión bajo el control de convencionalidad como una nueva herramienta de interdicción del obrar administrativo.

Los alcances del control de convencionalidad en la propia sede de las Administraciones públicas serán analizados desde

plimiento de una sentencia internacional. Estamos frente a un Estado que, por las razones que ensaya, repudia por inconstitucionales las sentencias de la Corte IDH y las declara inejecutables en el orden interno. Es un ejemplo Corte IDH, 5/8/2008, “Apitz Barbera y otros (‘Corte Primera de lo Contencioso Administrativo’) vs. Venezuela” (Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas), serie C, nº 182, www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_182_esp.pdf, y el fallo dictado en el sistema interno, TSJ Venezuela, Sala Constitucional, 18/12/2008, expte. 08-1572; el mencionado país denunció el PSJCR el 6/9/2012.

una triple dimensión: *a)* supresión de normas (reglamentarias) y prácticas administrativas que se encuentren en infracción al SIDH; *b)* emisión de normas y adopción de prácticas que efectivicen derechos y garantías, y *c)* interpretación conforme a la juridicidad que expresa el control de convencionalidad.

El nuevo orden caracterizado por la convencionalidad del orden interno por el SIDH ha implicado encontrarnos ante nuevos fenómenos: derecho a nuevos derechos, derecho a nuevas garantías, una triple dimensión de estos en la dinámica (individual, colectiva y de la propia humanidad) con consecuencias en el plano de la finalidad de las Administraciones públicas y un notable “ensanche” de la juridicidad, entre otros que relevaremos y estudiaremos. Podremos identificar una nueva zona de intersección de nuestras Administraciones públicas con la ciudadanía.

“Esta se caracteriza por la coconstrucción de una manera de vivir y gestionar los espacios públicos –sentido amplio, no restringido a lo edilicio y/o de infraestructura–, en que ‘cada parte’ se integra en un todo desde su propio rol. La percepción del ‘entorno’ y la calidad de vida es un tema de principalísimo orden en la temática de aquello que se ha denominado el derecho a la ciudad”¹⁷.

Tal como ha indicado Rodríguez-Arana Muñoz, “el derecho administrativo del siglo *xxi* es distinto del derecho administrativo del siglo pasado en la medida en que el sustrato político y social que le sirve de base es bien otro, como también es bien diferente el modelo de Estado actual”¹⁸.

¹⁷ Gutiérrez Colantuono, *El derecho a la ciudad y un anclaje posible desde el Pacto de San José de Costa Rica*, “Anuario Iberoamericano de Derecho Urbanístico”, n° 1, 2018.

¹⁸ Rodríguez-Arana Muñoz, *El buen gobierno y la buena administración de instituciones públicas*.

CAPÍTULO III

AFIRMACIONES

§ 10. AFIRMACIONES DEMOSTRADAS

A lo largo de este trabajo recorrimos posibles respuestas a interrogantes, nos hicimos cargo de responder críticas concretas y sustanciales al control de convencionalidad interno, construimos un concepto propio de este y buscamos las proyecciones en el propio campo de las Administraciones públicas y las ciudadanías.

Ahora es tiempo de sistematizar aquellas afirmaciones que sostienen gran parte del planteo efectuado, no porque unas sean más importantes que otras, sino porque estas, a su vez son conclusivas del propio trabajo. Las otras han quedado expresadas en cada recapitulación de los capítulos primero y II.

a) *DEL ORDEN DE LOS JUECES.* El control de convencionalidad interno atraviesa los ámbitos del Estado según las propias reglas nacionales de competencias. Por su intermedio es posible efectuar el escrutinio de compatibilidad entre normas y comportamientos internos con los estándares normativos e interpretativos del SIDH en la adecuación espontánea y de buena fe al PSJCR.

Es un deber de los jueces, que han de realizarlo de oficio, dentro del ámbito competencial propio interno.

En nuestro criterio, ha de ser simétrico y sinérgico con respecto al de constitucionalidad.

Simétrico, en cuanto deben encontrarse correspondencias sustanciales y procedimentales entre uno y otro.

Sinérgico, dado que el despliegue de cada uno de ellos produce efectos superiores a aquellos que se generan desde cada individualidad.

La simetría y la sinergia hablan de recíprocas influencias en un eje común que se fortalece: el lenguaje de los derechos y garantías fundamentales en la dinámica de la propia aplicación por parte de las Administraciones públicas y del control interno y externo, de la función orgánica y materialmente administrativa.

“El sistema del Convenio Europeo no se basa en la reciprocidad y en la bilateralidad, como las normas tradicionales de derecho internacional, sino en unas relaciones multilaterales entre un conjunto de Estados signatarios: una red de compromisos mutuos: otro tanto ocurre en el Sistema Interamericano. Dentro de ambos sistemas se pretende que prevalezca la norma que otorga una protección más intensa –o más extensa– al derecho, desplazando a las otras (art. 53 de la CEDH, art. 29 de la CADH, con mayor claridad el art. 52 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión, desde ahora CDFUE). Una idea que en América Latina se expresa con el principio *pro homine* o *pro persona*. En este contexto, existe una evidente circulación de normas y una dialéctica de interacciones: las normas que reconocen derechos interactúan y acaban interpretándose cada una de ellas a la luz de las otras”¹.

En países como Argentina esta simetría y sinergia del control judicial en el típico proceso contencioso-administrativo implica control de constitucionalidad y convencionalidad de manera difusa.

La Constitución argentina le otorga al Poder Judicial la atribución de conocer y decidir todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, a la que se integró el PSJCR en la reforma constitucional del año 1994 (arts. 75, inc. 22, y 116). Conforme el art. 3° de la ley 27, del año 1862, uno de los objetivos de la justicia “es sostener la observancia de la Constitución nacional, prescindiendo, al decidir las causas, de toda disposición de cualquiera de los otros poderes nacionales,

¹ García Roca, “Del diálogo entre los tribunales constitucionales y las cortes supranacionales de derechos: algunas cuestiones para disputar”, en Canosa Usera - Rodríguez-Arana Muñoz (coords.), *Jurisdicción de la libertad en Europa e Iberoamérica*, p. 124.

que esté en oposición con ella". Veinte años después de la mencionada ley nació el control de constitucionalidad con los casos "Sojo"² y "Elortondo"³. Tal control de constitucionalidad es judicial y difuso: cualquier juez de cualquier jurisdicción y competencia posee la facultad de control de constitucionalidad de los actos de los otros poderes del Estado, tanto en el ámbito federal como estadual, y conforme la jurisprudencia de la Corte Suprema procede de oficio. Luego del año 1994 coexiste con el control de convencionalidad, que en la simetría y sinergia propuestas despliegan los jueces del fuero contencioso-administrativo, dentro de la competencia que les asignan las leyes nacionales y provinciales, con relación a las Administraciones públicas.

La adopción de un sistema judicialista con control de constitucionalidad difuso habla de que cada juez lo es de la Constitución al tiempo que lo es, en el ámbito de nuestro estudio, del propio PSJCR. Aplica e interpreta conforme al sistema constitucional, que es expresión del sistema de convencionalidad, con los alcances explicados en este trabajo.

El juez contencioso-administrativo es juez constitucional-convencional y contencioso-administrativo. No existen dudas en este punto, ni funcionales ni interpretativas.

La invocación de esta jurisdicción constitucional-convencional del proceso administrativo es, como sabemos, de oficio.

Ahora bien, el control de convencionalidad es una garantía de las personas. Por tanto, son estas quienes invocan ante los tribunales la efectiva aplicación del control de convencionalidad interno al caso concreto, sin perjuicio de su aplicación de oficio por parte de los tribunales. La garantía ciudadana es aquella que "provoca" el control judicial convencional de las Administraciones públicas en un proceso típicamente contencioso-administrativo. Es una de las afirmaciones que hemos efectuado una vez explicado el origen del control de convencionalidad interno como obligación estatal.

² CSJN, 22/9/1887, "Eduardo Sojo s/recurso de hábeas corpus", *Fallos*, 32:120.

³ CSJN, 14/4/1888, "Municipalidad de la Capital c/Isabel A. de Elortondo s/expropiación", *Fallos*, 33:193.

Todo ello produce múltiples efectos, tanto en aspectos sustanciales como procedimentales, en el control judicial.

1) En la *dimensión sustancial*. Produce los siguientes efectos:

a) Interpretar conforme a esa dimensión constitucional y convencional.

b) Inaplicar la norma involucrada por inconstitucional.

c) Inaplicar la norma por inconvencional.

d) Declarar la inconstitucionalidad con efectos para el caso concreto.

e) Declarar la inconvencionalidad con efectos para el caso concreto.

Ello sin dejar de recordar que la declaración de inconstitucional ha de ser la *ultima ratio* y que, por consiguiente, ello es aplicable a la declaración de inconvencionalidad también; regla de controversia aparente en la doctrina desde donde se han postulado el control de constitucionalidad y convencionalidad y la eventual declaración de inconstitucionalidad o inconvencionalidad como *prima ratio*⁴.

Sin embargo, desde el principio de interpretación conforme y su relación con los diferentes métodos de interpretación constitucional aplicables a la interpretación convencional, la declaración de inconstitucionalidad o inconvencionalidad aparece como *ultima ratio* del proceso, pero *prima ratio* desde la efectividad del *corpus iuris* interamericano de los derechos humanos.

Hasta aquí la simetría parece ser la regla, la cual es más sencilla en este tipo de modelo de control judicial.

El tema puede presentar mayores complejidades en los sistemas con control concentrado. En estos, los jueces en general no están habilitados a declarar la inconstitucionalidad de las normas, solo aquellos a los que especialmente la Constitución atribuye esa competencia. Aquí, sin embargo, pareciera que sí pueden hacerlo desde la inconvencionalidad en atención al mandato de la Corte IDH de que todos los jueces deben ejercer el control de convencionalidad.

⁴ Ver Gil Domínguez, *Control de constitucionalidad y convencionalidad de oficio*, LLonline, AR/DOC/5968/2012.

Esta contradicción quizá sea aparente, dado que:

a) Todos los jueces pueden hacer interpretación de convencionalidad y constitucionalidad de una norma.

b) Pueden inaplicar por tales razones.

c) Solo y tan solo podrán declarar inconstitucional e inconvencional aquellos jueces que exclusiva y excluyentemente poseen concentradamente tal mandato constitucional interno.

Es decir, solo y tan solo un aspecto del control de convencionalidad no lo podrían realizar la generalidad de los jueces, pero sí la otra gama de acciones que implica para el juez el control en tal dimensión. Esto se ve reforzado por la primera expresión del control de convencionalidad interno hecha por la Corte IDH, al calificarlo de “una especie”, para luego sostener que dicho control ha de realizarse según las propias normas de competencias internas de cada Estado miembro del SIDH.

Nos encontramos ante la unidad sustancial sistémica constitucional-convencional del orden interno-internacional en el subsistema de derechos humanos. El control de convencionalidad interno es una expresión de ello, obligando a pensar en sentencias dialógicas entre “el afuera” y el “adentro” de las jurisdicciones de cada orden jurídico.

Al respecto, se ha expresado desde el múltiple espacio europeo de tutela de derechos fundamentales:

“Esta coexistencia de varias jurisdicciones lleva a suscribir la recomendación de escribir las sentencias con mentalidad dialogística, una verdadera directriz de funcionamiento. El inmenso océano de los derechos en Europa no se puede navegar en un solo barco pilotado por un único tribunal, ninguno posee verdades absolutas, aunque cada uno las pueda imponer en su ordenamiento”⁵.

En este contexto, hemos señalado que estamos frente al desafío de concretar el mandato convencional de “mirar” –articulación convergente– desde los derechos las competencias públicas y no desde lo orgánico institucional o territorial en que ellas son contenidas.

⁵ García Roca, “Del diálogo entre los tribunales constitucionales y las cortes supranacionales de derechos: algunas cuestiones para disputar”, en Canosa Usera - Rodríguez-Arana Muñoz (coords.), *Jurisdicción de la libertad en Europa e Iberoamérica*, p. 149.

Esto nos lleva a pensar al menos en una doble dirección.

La primera, desde los derechos, mirados desde la protección de estos en sus mínimos contenidos mediante las garantías. Estas, en aquello que nos interesa, se activan desde la tutela de ese derecho, sea en el ámbito judicial, tutela judicial, o en el otro, el administrativo, tutela administrativa. Se buscan en ámbitos distintos los mismos fines.

La afectación de derechos y deberes ha de estar asegurada por criterios de independencia e imparcialidad, con la debida y razonada fundamentación, siendo oído previamente y habiendo producido prueba, para obtener una decisión justa en un plazo razonable. La razonabilidad de este plazo se decide observando el tiempo transcurrido en distintos poderes, procedimiento administrativo y proceso judicial, como una unidad global continua.

La segunda dirección, desde la mirada convergente, partir de esos derechos antes que de disputas orgánicas, sean *intra* Estados o *extra* Estados. En este sentido, el reparto competencial del Estado se explica tanto orgánica como territorialmente como expresión del aseguramiento, promoción y protección de los derechos fundamentales. De allí que las competencias pueden y deben ser interpretadas con los equilibrios propios de la división de poderes hasta el máximo posible de sus facultades, a fin de, espontánea y de buena fe, adecuar o remover obstáculos, sean estos reglamentarios o de cualquier otro orden, y promover esa sinergia y simetría de los niveles constitucionales y convencionales.

2) En la *dimensión procedimental*. Se encuentra íntimamente vinculado a la tutela judicial efectiva, en todos sus tramos, incluyendo la ejecución de sentencias, generando un proceso contencioso-administrativo centralizado en los pretensores antes que en procesos de pretensiones⁶.

“Al respecto, la Corte reitera que la ejecución de las sentencias debe ser regida por aquellos estándares específicos que permitan hacer efectivos los principios, *inter alia*, de tutela judicial, debido proceso, seguridad jurídica, independencia judicial, y es-

⁶ Coinciden con esta apreciación García Pullés (dir.), *El contencioso administrativo en la Argentina*, t. I, p. 3; Sanmartino, “Proceso administrativo en el Estado constitucional social de derecho”, en *Aportes para la sistematización de la normativa contencioso administrativa federal*, p. 123 y siguientes.

tado de derecho. La Corte concuerda con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos al considerar que para lograr plenamente la efectividad de la sentencia la ejecución debe ser completa, perfecta, integral y sin demora”⁷.

La heterogeneidad debe nutrir la organización de los poderes judiciales y procedimientos flexibles en que puedan expresarse los procesos judiciales tutelares de las personas y las circunstancias que las rodean según estas han sido de especial tratamiento por los textos constitucionales y convencionales. Insistimos en la trascendencia que posee, a nuestro criterio, la afirmación efectuada por la Corte IDH en el caso “Furlan y familiares vs. Argentina”.

“En el presente caso la Corte resalta que los menores de edad y las personas con discapacidad deben disfrutar de un verdadero acceso a la justicia y ser beneficiarios de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas. Para alcanzar sus objetivos, el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses”⁸.

Ello en clara conexión con el derecho a la igualdad y no discriminación con los alcances que la Corte IDH le ha asignado:

“Al respecto, la Corte considera que el derecho a la igualdad y no discriminación abarca dos concepciones: una concepción negativa relacionada con la prohibición de diferencias de trato arbitrarias, y una concepción positiva relacionada con la obligación de los Estados de crear condiciones de igualdad real frente a grupos que han sido históricamente excluidos o que se encuentran en mayor riesgo de ser discriminados”⁹.

⁷ Corte IDH, 31/8/2012, “Furlan y familiares vs. Argentina” (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), serie C, n° 246, www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_246_esp.pdf, párr. 210.

⁸ Corte IDH, 31/8/2012, “Furlan y familiares vs. Argentina” (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), serie C, n° 246, www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_246_esp.pdf, párr. 268.

⁹ Corte IDH, 31/8/2012, “Furlan y familiares vs. Argentina” (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), serie C, n° 246, www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_246_esp.pdf, párr. 267.

Sin embargo, aquello que más quisiéramos resaltar es la necesidad de incorporar “enlaces” procesales que instrumenten la mentada función dialógica de los órganos decisores internos con los internacionales en el mundo de los derechos fundamentales.

Hemos señalado, en el SIDH, foco de nuestra atención, las diversas herramientas que permiten, por una parte, ejecutar las sentencias condenatorias contra un Estado miembro determinado y, por la otra, concretar los efectos expansivos de las sentencias y opiniones consultivas.

Lo primero, la disposición del PSJCR de derivar a los mecanismos propios de ejecución de sentencias en cada ordenamiento jurídico doméstico, de nuestra parte la hemos hecho extensiva a todas las condenas por el principio evolutivo de los derechos humanos. Se adiciona a ello legislar en el orden interno para incorporar vía, por ejemplo, recurso de revisión, la instrumentación en el ámbito judicial de sentencias de la Corte IDH. Todo ello, salvo mecanismos existentes de mayor protección, siguiendo el principio *pro homine* también propio del SIDH.

Lo segundo se vincula con realizar los efectos expansivos de las sentencias de la Corte IDH y las opiniones consultivas. La herramienta más apropiada para tal fin es sin duda el control de convencionalidad interno como garantía de las personas. Lo cierto es que, como se ha afirmado en esta obra, el *corpus iuris* del SIDH importa y comporta una nueva dimensión de la juridicidad.

En síntesis, de todo lo hasta aquí dicho en concordancia con lo expuesto a lo largo de esta obra, diremos:

1) El control judicial interno de las Administraciones públicas asume nuevas dimensiones propias de la convencionalidad.

2) El control de convencionalidad interno es una obligación de los jueces y es una garantía ciudadana.

3) Es simétrico y sinérgico respecto del control de constitucionalidad, de manera tal de fortalecer el estatus constitucional y convencional de los derechos y las respectivas garantías fundamentales. En efecto, no puede aceptarse uno y rechazarse el otro; exigírsele a uno requisitos y efectos de su ejercicio diversos al otro. Se fortalecen y debilitan recíprocamente.

Ambos son conectores, a nuestro criterio, que permiten sostener la mirada sistémica en una multiplicidad de subsistemas.

4) Es preventivo, dado que permite al Estado parte adecuar espontánea y de buena fe sus dimensiones normativas y demás expresiones de la experiencia nacional a los compromisos asumidos internacionalmente por el propio Estado. El control de convencionalidad interno coloca al juez en un rol protagonista en otorgar efectos útiles al SIDH. El juez interno es juez de la constitucionalidad y es juez de la convencionalidad del SIDH.

5) Los criterios jurisprudenciales internos son expresión de esa convencionalidad. De la misma manera, los estándares interpretativos de la Corte IDH han de reflejar el producto de la maduración en un momento determinado de las sociedades y sus diversas culturas. La convergencia requiere de métodos de aproximaciones recíprocos amplios, abiertos y dinámicos en la confluencia en un espacio común de los Estados miembros y la Corte IDH: los derechos fundamentales alrededor del principio *pro homine*.

6) El valor pedagógico del control de convencionalidad interno no ha de pasar desapercibido: la no reiteración de conductas violatorias de derechos humanos es en sí misma una manera de prevenir nuevas infracciones a los compromisos internacionales asumidos soberanamente por los Estados. Es un mensaje interno hacia el propio Poder Judicial, y externo hacia los otros poderes del Estado –principalmente las Administraciones públicas– y la propia ciudadanía en la protección y promoción de sus derechos, pero también como interpelación desde los deberes humanos que cada quien posee en relación con la comunidad y humanidad toda.

El aporte, en el capítulo primero, ha sido focalizar el control de convencionalidad desde los derechos, la necesaria y posible convergencia de criterios; fundamos la crítica negativa desde las miradas orgánicas de discusiones de supuestas “jerarquías” entre tribunales internos e internacionales.

Nos hicimos cargo de las críticas negativas al control de convencionalidad interno para afirmar que este mismo es la expresión de una tradición en Latinoamérica: la tutela de nuevas garantías y nuevos derechos en el constitucionalismo regional vía creación jurisprudencial.

El principio evolutivo de los derechos humanos apalanca la aparición de nuevos derechos y garantías en el SIDH, principio al cual sí se han sometido los Estados miembros al tiempo de la adhesión al PSJCR y la aceptación de la jurisdicción contenciosa de la Corte IDH.

De esta forma se construye un proceso judicial contencioso-administrativo diverso. En él la dignidad de las personas junto al estándar de evitar la responsabilidad internacional del Estado permiten ingresar en forma distinta al control de la actividad administrativa.

En realidad, creemos estar frente a jueces que aplican desde lo interno de las estructuras domésticas judiciales todo un sistema normativo complejo, dentro del cual una porción trata de un derecho que se construye en parte –no exclusivamente– *por fuera de las fronteras institucionales domésticas* de los Estados miembros del PSJCR.

b) *DEL ORDEN DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.* Iniciamos el capítulo II de esta obra con la idea de detectar proyecciones posibles en el ámbito de las Administraciones públicas de esta dimensión convencional.

La razón se vincula con la necesidad de trabajar la zona de estas y sus relaciones con las personas desde el plano convencional. Lo cierto es que se observa frecuentemente el estudio de esa convencionalidad en planos distintos de las zonas concretas de las funciones administrativas. Como si se tratase, muchas veces, de realidades aparte.

Es por ello que el ingreso al capítulo II está precedido por el análisis de la herramienta del control de convencionalidad interno y la demostración de que ella atraviesa al Estado.

Las Administraciones públicas como integrantes del Estado obligado son una de las protagonistas en brindarle efectos útiles al PSJCR y a todo el SIDH.

Tienen un potencial diferencial del resto de las podres integrantes del Estado, a partir de la inmediatez, continuidad, flexibilidad y dinamismo con que puede caracterizarse en los tiempos actuales la función material y orgánicamente administrativa.

Hemos demostrado que el deber de garantía se manifiesta en la prevención. Este deber en el ámbito de las Administraciones

públicas se concreta mediante la adopción de medidas de adecuación y remoción de cualquier tipo de obstáculos a los deberes asumidos.

En palabras de la Corte IDH, aquellas deben cristalizar en sus procedimientos internos y en las diversas actividades el hecho de que se encuentran vinculadas por las obligaciones convencionales como obligación de cumplir de buena fe con el derecho internacional¹⁰.

Ello conecta con el deber de mayor diligencia, según las afectaciones de derechos y las vulnerabilidades de las personas. Al respecto, ha dicho la Corte IDH que “las autoridades administrativas debían tener bajo consideración que Sebastián Furlan era una persona con discapacidad y de bajos recursos económicos, lo cual lo ubicaba en situación de vulnerabilidad que conllevaba una mayor diligencia de las autoridades estatales”¹¹.

En ese contexto nos preguntábamos si era posible pensar en la aplicación, en el propio ámbito de las Administraciones públicas, del control de convencionalidad interno y, en su caso, cuáles serían sus alcances. Dimos respuesta afirmativa, con la cautela propia de las reglas de competencias internas de los Estados y siguiendo la ya aludida simetría constitucional, pero ahora en sede de las Administraciones públicas.

En este marco general, afirmamos que las competencias de las Administraciones públicas en cuanto a su dirección se han visto impactadas por los compromisos internacionales asumidos por el Estado¹².

Poco se ha explorado sobre estos aspectos, en nuestro criterio, por eso creemos que este es un aporte en el estudio de nuestra disciplina del derecho administrativo.

¹⁰ Corte IDH, res. de 18/10/2017, “Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina” supervisión de cumplimiento de sentencia, www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/fontevecchia_18_10_17.pdf, consid. 13.

¹¹ Corte IDH, 31/8/2012, “Furlan y familiares vs. Argentina” (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), serie C, n° 246, www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_246_esp.pdf, párr. 215.

¹² Cabe recordar la afirmación de Cassese que explica en parte el fenómeno: “Un espacio jurídico abierto reemplaza la naturaleza cerrada de los territorios nacionales” (*Derecho administrativo: historia y futuro*, p. 458).

Las proyecciones en el propio ámbito de las Administraciones públicas son múltiples. Por nuestra parte, elegimos detenernos en destacar los siguientes aspectos:

1) La centralidad de la dignidad de las personas, sus alcances, las especiales exclusiones de las personas jurídicas en el SIDH¹³, que sí están incluidas en la jurisprudencia del TEDH, y el derecho a un medio ambiente sano como derecho autónomo y fundamental para la existencia de la humanidad en el SIDH, que el TEDH protege desde otros derechos.

2) Las consecuencias de estar estas autoridades obligadas por el PSJCR.

3) Los nuevos desafíos interpretativos en la propia sede de estas.

4) El salto cultural de la dimensión homogénea hacia la heterogénea de aquellas en cuanto es reflejo de la diversidad existente en la composición de las sociedades actuales cuyo bienestar general ha de satisfacer,

5) La interpretación convencional en la realización de los derechos humanos desde los deberes, y de cómo estos fundan la coestión junto con aquellas del bienestar general.

6) La tutela administrativa efectiva.

No se trata estas de interpelaciones axiológicas; por el contrario, son exigibilidades desde el plano convencional.

La tutela administrativa efectiva es la resultante de la evolución de la tutela judicial efectiva aplicable a todos los ámbitos y materias en los cuales se determinen derechos y obligaciones. La potestad sancionatoria de las Administraciones públicas, entre otras competencias de estas, ya no aplican a las garantías que se integran bajo el art. 8º del PSJCR por interpretación expansiva; por el contrario, se trata de la aplicación lisa y llana, directa, de todas y cada una de las garantías del debido proceso; ahora con el ropaje del procedimiento administrativo. Ello comporta una clara herramienta de interdicción de la posible arbitrariedad administrativa.

La Corte IDH, en primer término –en el precedente “Baena”– lo establece para la potestad sancionatoria. Luego adquiere

¹³ Con excepción de los sindicatos y las comunidades indígenas y triviales (OC-22/16).

dimensiones en todos los ámbitos de las Administraciones públicas donde se determinan derechos y obligaciones para la ciudadanía¹⁴.

Es importante resaltar la tutela administrativa como deber de las Administraciones públicas para asegurar a la ciudadanía en la interacción que competa la posibilidad real, concreta y sin excepciones del goce efectivo de los derechos fundamentales de la persona, en un plazo razonable en el que se garantice el derecho a ser oído en sentido amplio, en el marco de la heterogeneidad exigida por el *corpus iuris* interamericano de los derechos humanos, donde se corrijan los procesos para incluir la pluralidad, igualando desde las diferencias, para luego emitir una decisión suficiente y razonablemente fundada.

Cabe remarcar que hemos afirmado que la tutela administrativa efectiva es una expresión del derecho al recurso entendido evolutivamente; por ende, no puede ser suspendida en etapas de emergencia, urgencia, estados de excepción y expresiones similares que hablen de excepcionales circunstancias¹⁵.

En referencia a la pobreza, se ha explicado:

“La tendencia al uso de la legislación de emergencia en esta materia limita la posibilidad de ejecutar obligaciones patrimoniales a los Estados, y suele otorgar privilegios exorbitantes para la Administración frente a los titulares de derechos ya reconocidos en la vía judicial”¹⁶.

Más allá de los alcances de la tutela administrativa efectiva, hemos afirmado que ello comporta un cambio cultural de la gestión de los espacios públicos.

El derecho a nuevos derechos –y garantías– presenta un desafío interesante para las Administraciones públicas de doble orden: 1) el primero, vinculado a la obligatoriedad de satisfacer en el ámbito de sus propias competencias los contenidos de dichos derechos nuevos no previstos “formalmente” ni en el presupuesto de su gestión ni en el horizonte de la juridicidad

¹⁴ Sobre el tema de la potestad disciplinaria remitimos a Ivanega, *Cuestiones de potestad disciplinaria y derecho de defensa*.

¹⁵ Ver Valim, *Estado de exceção: a forma jurídica do neoliberalismo*.

¹⁶ CIDH, “Informe preliminar sobre pobreza, pobreza extrema y derechos humanos en las Américas”, www.oas.org/es/cidh/desc/docs/Pobreza-DD-HH-InformePreliminar-2016.pdf, p. 101.

expresa, y 2) la competencia de ellas mismas de alumbrar nuevas protecciones de derechos dentro de su propio ámbito competencial, en cuanto no creemos que les esté vedado.

Lo cierto es que la apertura internacional decidida desde los propios resortes soberanos nacionales les da una nueva dimensión a las Administraciones públicas, elevando notablemente su potencial en materia de derechos humanos. Estas pasan a ser todo menos abstencionistas, dado que deben comportarse activamente para incorporar espontáneamente los deberes regionales y universales de los derechos humanos.

Tal como hemos dicho, las Administraciones públicas poseen un importante anclaje territorial y sociológico, lo cual justamente habla de una actividad dinámica, flexible, abierta, directa y permanente. Tienen, a diferencia de otros poderes estatales, la alta capacidad de percibir e internalizar de manera inmediata aquellos cambios de la sociedad, sus necesidades y sus sentires. De esta manera, son protagonistas en lograr condiciones de mejores convivencias ciudadanas.

Las Administraciones públicas son quizás uno de los poderes en que se organiza el gobierno con mayor permeabilidad y ductilidad para afrontar justamente el desafío que impone el nuevo orden, en donde se integran las dimensiones internas con las internacionales, sean regionales o universales.

Debe abandonarse la idea de pensar a las Administraciones públicas principalmente desde las funciones y lo orgánico, para incorporar en lo concreto la dinámica del lenguaje de los derechos y los deberes humanos, para potenciar desde allí gobernanzas flexibles, dinámicas, horizontales y dialógicas. Tematizar consciente o inconscientemente valores constitucionales y convencionales, "atrapados" estáticamente en estructuras orgánicas de poder, burocratiza negativamente la realización, a nuestro criterio, del bienestar general.

El desafío pareciera ser imaginar el tránsito de un sistema de Administraciones públicas renovadas, pensadas en pos de gestionar los intereses de la ciudadanía y su bienestar general, a partir de una gobernanza que sea ejecutada desde la idea colaborativa, bajo el principio de solidaridad.

En nuestras democracias se realizan la diversidad social y cultural. Nos enriquecemos porque nos nutrimos de las diferencias; estas nos hacen más iguales, más libres. La solidari-

dad es el transporte al que hemos de subirnos si queremos esa mayor igualdad y libertad¹⁷.

Por su parte, Calamandrei, al hablar de libertad y legalidad, tematiza la solidaridad con estos alcances:

“El único modo de hacer que el individuo pueda sentirse solidario con la colectividad es que goce de la posibilidad de expresar libremente su opinión dentro de ella y de sentir que puede concurrir de algún modo a formar la voluntad de aquella según sus medios”¹⁸.

Así lo ha sostenido Rodríguez-Arana Muñoz:

“La solidaridad, bien lo sabemos los que trabajamos desde los postulados del pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario en el marco de las ciencias sociales, constituye la clave de bóveda para comprender el alcance de la libertad de las personas. En efecto, lejos de los planteamientos radicalmente individualistas, y consecuentemente de los utilitaristas, entiendo –precisamente porque afirmo la dimensión personal del individuo humano–, que una concepción de la libertad que haga abstracción de la solidaridad es antisocial y derivadamente crea condiciones de injusticia. En este sentido la libertad, siendo un bien primario, no es un bien absoluto, sino un bien condicionado por el compromiso social necesario, ineludible, para que el ser humano pueda realizarse plenamente como tal. Si puede afirmarse que el hombre y la mujer son constitutivamente seres libres, en la misma medida son constitutivamente solidarios”¹⁹.

¿Es la solidaridad un principio del orden constitucional, convencional y ético universal que atraviesa las relaciones ciudadanía-Administraciones públicas? Es este un tema intenso, denso y controvertido que merecerá seguramente futuras reflexiones²⁰, pero que de nuestra parte adelantamos que posee

¹⁷ Ver en un determinado sentido Coviello, *El principio de solidaridad en el derecho administrativo. Una visión personalista*, “Revista Iberoamericana de Gobierno Local”, n° 18, dic. 2020.

¹⁸ Calamandrei, *Sin legalidad no hay libertad*, p. 51.

¹⁹ Rodríguez-Arana Muñoz, *El Estado solidario*, DPI Cuántico, “Constitucional y Derechos Humanos”, n° 149, 15/5/2017.

²⁰ Es interesante aquello que ha llevado a Bandeira de Mello a afirmar, respecto de la Constitución, que declara que el Estado brasileño tiene compromisos formalmente explicitados con los valores que en ella se enuncian, obligando a que los órdenes económicos y sociales sean articulados de mane-

anclaje convencional: los deberes para con la comunidad y la humanidad toda expresados en el PSJCR.

c) *DEL ORDEN DE LA CIUDADANÍA Y SUS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.* También en el capítulo II analizamos a las personas como titulares de al menos dos garantías nuevas emergentes del SIDH y que les han sido adicionadas a los Estados parte. Se verifica así en su titularidad tanto la garantía de la tutela administrativa efectiva como el control de convencionalidad interno.

Ambas permiten la tutela diferencial dentro de las propias Administraciones públicas, donde los procedimientos internos y los diversos dispositivos han de ser suficientemente permeables a la persona y las circunstancias que la rodean. Lo cierto es que estas, determinadas generalmente por decisión constitucional y convencional, disponen especial protección de determinados grupos o personas y sus circunstancias que los rodean. Ello genera una tutela diferencial, heterogénea. Esta tutela es resguardada por el SIDH y así debe suceder en los sistemas nacionales con relación a las Administraciones públicas desde el concepto de vulnerabilidad y sus factores multiplicadores intersectoriales.

En palabras de la propia Corte IDH, ya citadas, pero que reforzamos aquí en las conclusiones: “De las obligaciones generales de respetar y garantizar los derechos derivan deberes especiales, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre”²¹.

Las personas, por otra parte, desde sus deberes para con la comunidad y la humanidad concurren en la gestión del

ra de realizar los objetivos apuntados en ella. Esto como consecuencia del art. 219 de la Const. del Brasil respecto del mercado, que expresa: “El mercado interno integra el patrimonio y será incentivado de manera que se haga viable el desarrollo cultural y socioeconómico, el bienestar de la población y la autonomía tecnológica del país en los términos de la ley federal” (Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo*, p. 783 –traducción propia del portugués–).

²¹ Corte IDH, 25/11/2013, “Familia Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional de Bolivia” (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), serie C, n° 272, www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/serie_c_272_esp.pdf, párr. 128.

bienestar general junto a las Administraciones públicas. Estamos frente a la realización de aquel en cuanto ampliación de derechos de la comunidad y humanidad toda en intersección con la finalidad del obrar administrativo que gestiona ese mismo interés.

Este nos parece uno de los puntos sobresalientes en el impacto interno del subsistema de derechos humanos centralizado en el PSJCR y que en los próximos tiempos mucho tendrá por tematizarse. Encierra, a nuestro criterio, el principio de solidaridad propio de la formulación social de los Estados constitucionales y convencionales de derecho.

La armonización de los derechos individuales desde el deber que la misma persona posee para con su comunidad y la humanidad nos permite realizar el test de razonabilidad, por ejemplo, de la proporcionalidad de medidas adoptadas por las Administraciones públicas en pos del bienestar general. Este bienestar general no es una abstracción, sino, tal como lo hemos indicado, un objetivo deducible desde la constitucionalidad y convencionalidad bajo la centralidad de la dignidad de la persona.

La relación entre la ciudadanía y las Administraciones públicas en el marco de los derechos y deberes humanos del sistema convencional constitucionalizado se nutre de los organismos regionales de derechos humanos.

d) *DEL ORDEN DE LA JURIDICIDAD DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS CONVENCIONALES.* El ensanche del contenido de la juridicidad es uno de los efectos concretos de la dimensión convencional en la constitucionalidad actual. También ello motivó nuestro análisis en el capítulo II, una vez analizada la dimensión de la interconexión del sistema constitucional interno con el propio de la convencionalidad del PSJCR.

El control de convencionalidad interno impacta en la actividad de las Administraciones públicas, de manera que permite estudiar los niveles de compatibilidad de las normas y compartimientos internos con los estándares normativos e interpretados en la propia sede del PSJCR.

Estamos frente a un nuevo salto cualitativo precedido por el efectuado entre legalidad y juridicidad constitucional, ahora llamada juridicidad convencional y constitucional.

El punto central aquí es el ensanche o ampliación notable que genera en las Administraciones públicas el denominado *corpus iuris* interamericano, por una parte, y *el corpus iuris* internacional de los derechos humanos, por otra.

Sobre el primero, el control de convencionalidad interno, al componerse tanto del nivel de la “normatividad” –Convención y protocolos– como de la interpretación –opiniones consultivas y estándares fijados en las diversas sentencias contenciosas y de supervisión– tiene un “factor ordenador” con consensos suficientes en el orden de los Estados que integran el SIDH.

En relación con el segundo, genera resistencia, tal como lo hemos expresado en el proceso dialógico con los Estados en el marco del control de convencionalidad.

Sea que tomemos el criterio más restringido, sea que tomemos el más amplio, aquello que sin duda ha sucedido es que 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 en que estén comprometidos los derechos fundamentales en el asunto en concreto administrativo o en la reglamentación que se proyecta establecer.

La manera de articular esta nueva dimensión de la juridicidad es, en nuestro criterio, desde el rol preventivo de las Administraciones públicas. Estas expresan convencionalidad y constitucionalidad. Las normas constitucionales son invocables, aplicables y exigibles por ante estas, de la misma manera que lo es todo aquello que representa al menos el *corpus iuris* del SIDH, sobre el cual se han generado consensos suficientes de su existencia y exigibilidad.

e) *EL ROL PREVENTIVO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.* Llegamos así, finalmente, a la afirmación de que estamos en presencia de un nuevo rol de las Administraciones públicas. Es un rol activo, presente, exigido desde la dimensión convencional –deber de garantía–, cuya dimensión más concreta es el propio control de convencionalidad interno aplicado en las sedes de las Administraciones públicas.

Importa el reordenamiento en parte de las funciones de estas y de la propia organización que las contienen. Lo cierto es que el mandato de “suprimir normas y prácticas de cualquier naturaleza” junto al de “emitir normas y adoptar prácticas” proyecta desde la actividad preventiva las acciones concretas, tanto de índole reglamentaria como las diversas herramientas que poseen las Administraciones públicas. Es por ello que consideramos que estas se encuentran en una inmejorable posición para darle efectividad cierta al mandato del efecto útil a todo el *corpus iuris* interamericano.

Este rol preventivo de las Administraciones públicas, cuyo objetivo central es asumir el deber de garantía impuesto por el PSJCR y hacerlo realidad en su propio ámbito competencial, importa la articulación de las clásicas actividades resumidas en el concepto de función administrativa, tanto material como orgánica. Dentro de dicho rol está la propia actividad preventiva, pero esta ejerce tracción articuladamente con las ya existentes. al tiempo que se les exige a estas la perspectiva preventiva en cada uno de sus despliegues.

Esta nueva función de las Administraciones públicas, como coadyuvante de las heterogéneas actividades que cumplen, se encuentra directamente relacionado con el deber de diligencia que el SIDH exige con anclaje en el ya mencionado deber de garantía genérico de los arts. 1º y 2º del PSJCR en la prevención de las violaciones de derechos humanos. La Corte IDH ha remarcado que este se corresponde, de manera general, con la obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la CADH a toda persona sujeta a su jurisdicción²² (además de exigirles a los Estados la adopción de todas las medidas apropiadas para proteger y preservar los derechos humanos en las relaciones interindividuales²³). Así,

²² Corte IDH, OC-23/17, 15/11/2017, “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. 4º.1 y 5º.1, en relación con los arts. 1º.1 y 2º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, solicitada por la República de Colombia, www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_23_esp.pdf.

²³ Corte IDH, 4/7/2006, “Ximenes Lopes vs. Brasil”, serie C, n° 149, www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_149_esp.pdf, párr. 85 y ss.; íd., 31/1/2006, “Caso de la masacre de Pueblo Bello vs. Colombia”, serie C, n° 140, www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_140_esp.pdf, párr. 113.

con relación a las Administraciones públicas, exigió el deber de debida diligencia en cuanto al medioambiente, al uso de la fuerza²⁴ (función de policía administrativa), al derecho a la salud²⁵, al derecho al agua²⁶ (servicio público), y con respecto a personas y grupos vulnerables (fomento).

El rol preventivo de nuestras Administraciones públicas permite darle virtualidad cierta al efecto expansivo de los criterios de la Corte IDH²⁷, y este no es un dato menor. Por un lado, porque genera conciencia orgánica y ciudadana de aquello que es la base del sistema democrático: los derechos fundamentales son indisponibles por mayorías y minorías en las reglas de las democracias. Por otra parte, porque genera la no repetición de infracciones realizadas por otros Estados miembros del SIDH. Es aquello que llamamos el valor pedagógico del control de convencionalidad interno, expresado, ahora, en la prevención administrativa. De ahí la trascendencia de que las Administraciones públicas incorporen rápidamente los criterios judiciales propios internos en temas vinculados a los derechos fundamentales que han sido fijados como doctrina legal por parte del máximo tribunal constitucional interno.

El mandato regional de derechos humanos impone exigencias del nivel de la juridicidad interna como expresión de

²⁴ Corte IDH, 27/8/2014, “Hermanos Landaeta Mejías y otros vs. Venezuela” (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), serie C, n° 281, https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_281_esp.pdf, párr. 126.

²⁵ Corte IDH, *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos n° 28: Derecho a la salud*.

²⁶ Corte IDH, 6/2/2020, “Comunidades indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra), vs. Argentina” (Fondo, reparaciones y costas), serie C, n° 400, www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_400_esp.pdf.

²⁷ Tal como hemos explicado, el contexto de los tribunales regionales de derechos humanos ha puesto, con sus herramientas del control de convencionalidad interno y, en el caso de Europa, del efecto de la “cosa” interpretada, a los Estados parte en la intensa tarea de darle efectividad cierta. Ellos son los primeros responsables en aplicar dichos tratados. La evolución que hemos relevado en el SIDH del control de convencionalidad permite brindar virtualidad cierta a la cosa juzgada internacional y al resto de la doctrina sentada por la Corte IDH independientemente de quien haya sido el Estado condenado. No estamos frente a la fuerza interpretativa de la cosa juzgada, sino frente a una herramienta concreta de aplicación interna de los criterios interpretativos de la Corte.

la actividad de las Administraciones públicas. Las actividades clásicas siguen latentes; a ellas se les suman las preventivas. Unas y otras han de reorientarse. Lo cierto es que, si las Administraciones públicas son expresión de un modelo constitucional y este asumió los derechos fundamentales –del propio texto y aquellos que provienen de los tratados de derechos humanos constitucionalizados– en su centralidad, tan solo queda concluir que estos dirigen a aquellas.

¿Cómo lograrlo? La prevención es exteriorización del deber de garantía del PSJCR, pero también es exteriorización de los mandatos internos constitucionales de la realización de los derechos fundamentales, tanto los vinculados a las libertades y derechos políticos como a los sociales, económicos y culturales.

Esa prevención se expresa mediante la convencionalidad aplicada en la propia sede de las Administraciones públicas, de la misma manera que se expresa la constitucionalidad en el contexto de sus propias competencias: de oficio, de buena fe, espontáneamente, removiendo obstáculos de cualquier índole que afecten aquella juridicidad.

La prevención en sede de las Administraciones públicas genera, como fenómeno integral, un mecanismo de permeabilidad recíproca entre el derecho interno estatal y el derecho de los derechos humanos en el sistema del PSJCR. Esto no es un dato menor: se concreta a través de la prevención la búsqueda convergencia entre las construcciones “internas” e “internacionales”, pero ya en el ámbito de las Administraciones públicas.

§ 11. *LA EXPANSIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO HACIA LA CONVENCIONALIDAD*

¿El derecho administrativo interno debe ser releído a la luz del derecho internacional de los derechos humanos de la jurisprudencia de la Corte IDH?²⁸.

²⁸ El entonces juez García Ramírez así se lo ha preguntado, pero respecto del derecho penal interno en el voto razonado del caso Corte IDH, 24/9/2009, “Dacosta Cadogan vs. Barbados” (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), serie C, n° 204, www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_204_esp.pdf.

Cassese, al referirse a la evolución del derecho administrativo, tanto inglés como francés, afirma: “Asimismo, los dos derechos administrativos están sometidos a la Convención Europea de Derechos Humanos, que ejerce sobre ellos una influencia directa e indirecta; la primera se logra tanto a través de la obligación de cumplimiento asumida por los Estados adheridos a la Convención, como por la técnica de incorporación de esta a los derechos nacionales; la segunda esta prevista en el art. 6º, CO.2, TUE, por el cual la Unión respeta los derechos fundamentales enunciados en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, del cual resultan dos tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, en cuanto a los principios generales del derecho comunitario”²⁹.

El mandato regional de derechos humanos impone exigencias del nivel de la juridicidad interna como expresión de la actividad de las Administraciones públicas. Las actividades clásicas conviven con la preventiva propia del rol que estas asumen en el orden interno-internacional de los derechos humanos.

Tal como recuerda Valim³⁰, “si bien en los siglos XVIII y XIX la libertad se entendía como una exigencia de la dignidad humana, ahora se piensa que la dignidad humana (materializada en principios socioeconómicos) es una condición para el ejercicio de la libertad”³¹.

Esta centralidad de la persona y su dignidad deben informar todo el derecho administrativo.

Si se nos permite, llamaremos a este fenómeno la administrativización de la convencionalidad interna de los derechos humanos en un contexto de creciente interdependencia interna e internacional.

Esta administrativización de la convencionalidad requiere recoger y poner en valor las diversas experiencias en el hacer de las Administraciones públicas, los dispositivos innovadores

²⁹ Cassese, *Derecho administrativo: historia y futuro*, p. 111.

³⁰ Valim, *La actividad administrativa de fomento en el contexto del covid-19: en defensa de la renta básica universal*, “Revista de la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado”, nº 4, oct. 2020, p. 716.

³¹ García-Pelayo, *As transformações do Estado contemporâneo*, p. 14.

desde la gestión pública, y cómo estos impregnan de interpretaciones acordes a las realidades imperantes el propio texto constitucional y convencional.

Esta influencia desde la especificidad si se quiere metodológica de una rama del derecho público, el derecho administrativo, puede incluso guiar la actualización continua del propio principio evolutivo de los derechos humanos, para, así, ajustar el texto convencional a las exigencias del bienestar general democrático en un tiempo determinado.

Se apunta con claridad: "La integración en la sistemática del derecho administrativo de los cambios habidos en las tareas administrativas ha de hacerse mediante una serie de pasos intermedios, condicionados más por la imaginación y la plausibilidad que por las rígidas deducciones dogmáticas"³².

El impacto desde el derecho administrativo hacia la centralidad del sistema constitucional y convencional permite nutrirlo a partir de la dinámica material, directa, continua, permanente, abierta, flexible del accionar de las Administraciones públicas en su relación con las personas. Ello genera la reactualización, desde las necesidades que deben ser satisfechas, de los diversos contenidos constitucionales y convencionales. De esta manera se actualiza el concepto y alcance del bienestar general en términos de realización colaborativa entre los deberes de las personas para con su comunidad y humanidad y las competencias de las Administraciones públicas.

El concepto propio que hemos brindado del control de convencionalidad interno recoge esta mirada dinámica actualizada desde esta suerte de administrativización del sistema constitucional y convencional:

"Es un deber estatal y una garantía ciudadana. Es interno, diferenciándose del externo y propio que se desarrolla en la instancia internacional una vez agotados los recursos nacionales. Es desplegado de oficio principalmente por los jueces y demás autoridades que desarrollan materialmente actividad judicial. Las Administraciones públicas deben en su ámbito de competencias propias aplicarlo. Es una herramienta idónea que dota de efectos útiles a todo el SIDH, incluyendo la ejecución de las

³² Schmidt-Assmann, *La teoría general del derecho administrativo como sistema*, p. 179.

sentencias en el plano interno. Su finalidad es el estudio de la compatibilidad entre el derecho común de los derechos humanos del SIDH con el interno de los Estados miembros. Es simétrico y sinérgico del control de constitucionalidad”.

La tutela administrativa efectiva junto al derecho a la buena Administración son algunas de las herramientas que proponen, a nuestro criterio, un salto cualitativo en la calidad institucional de nuestras Administraciones públicas.

La primera viene a realizar una interdicción sobre la actuación no solo arbitraria de la Administración, sino, antes bien, la prevención de que ello suceda. La “construcción” de las decisiones, muy especialmente en los sistemas fuertemente presidencialistas, desde el núcleo duro de las garantías englobadas en la tutela administrativa efectiva, genera un atenuador de tal realidad latinoamericana.

El segundo, si bien sin reconocimiento convencional a nivel regional del SIDH, lo que sí ha logrado la Unión Europea, tiene en la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con las Administraciones Públicas un marco de referencia³³, tanto para legisladores como para jueces, las Administraciones públicas y la ciudadanía.

Lo fundamental es que dichas herramientas generarán, antes o después, una transformación cultural del hacer y ser Administraciones públicas.

El derecho administrativo se redefinirá antes o después, pero lo hará, porque ha sido transformado el contexto desde el cual estudia metodológicamente esta porción del derecho público. En palabras de Pérez Hualde:

“El compromiso constitucional con nuevas formas de plan-tear 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 inter-

³³ Adoptada por la XXIII Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno, ciudad de Panamá, 18 y 19 oct. 2013: “La presente Carta constituye un marco de referencia que posibilita, en la medida en que no se oponga a lo dispuesto en las legislaciones de cada uno de los países de la región, una ordenación de los derechos y deberes del ciudadano en relación con la Administración pública, los cuales pueden adecuarse a las particularidades de las normas relacionadas a la Administración pública y a la idiosincrasia de cada uno de los países iberoamericanos”.

nacionalización 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 gendarme³⁴.

Como afirma Cassese:

“El punto de partida del derecho administrativo es simple: el derecho administrativo nace vinculado al Estado, a la ley y a los jueces. El derecho administrativo es un derecho estatal, es la manifestación del poder vinculada a la ley y, para terminar, está sometido al control de los jueces. [...] El derecho administrativo es cada vez menos estatal, pero no por eso se desvincula del derecho. Está, por el contrario, ligado a múltiples derechos y ordenamientos [...] El derecho administrativo se encuentra cada vez más sometido a las decisiones judiciales, con la consecuencia de que administrar y juzgar tienden a convertirse en la actualidad en una sola cosa [...] La irrupción de nuevos vínculos (constitucionales y comunitarios) y la dirección de la administración asumida por los jueces reducen el espacio de la gestión administrativa precisamente cuando es más necesaria”³⁵.

Las Administraciones públicas junto a la ciudadanía consciente de sus derechos y deberes humanos confluyen en hacer realidad un mandato universal. Este consiste en que los derechos fundamentales representan la base indisponible de las democracias y la organización interna de los Estados.

El derecho administrativo y su campo de acción trascienden las formulaciones encerradas exclusiva y excluyentemente en un territorio y desde una determinada organización interna de funciones de un Estado: son expresiones de la convencionalidad constitucionalizada, representada por problemas, soluciones, interpretaciones e intensos tráficos de construcciones de múltiples ordenamientos jurídicos que conviven en un mismo sistema.

³⁴ Pérez Hualde, *La necesaria determinación de la desigualdad para el tratamiento equitativo de los derechos fundamentales*, “Anuario Iberoamericano de Derecho Administrativo Social”, nº 2, 2019.

³⁵ Cassese, *Derecho administrativo: historia y futuro*, p. 350, 351 y 357.

Estos son problemas globales, soluciones globales desde la multilateralidad y la cooperación; problemas internos, soluciones internas desde la correcta articulación del principio de solidaridad y colaboración antes que desde el autoritarismo y el hiperindividualismo, sabiendo que las dimensiones internas y globales deben ser nutridas desde una recíproca influencia. En caso contrario, sucederá la imposición de unos sobre otros, consolidando espacios hegemónicos.

El derecho administrativo, por el contrario, ha de crear dispositivos que generen fluidez en la recíproca influencia bajo espacios dialógicos, abiertos, dinámicos, flexibles, plurales y colaborativos.

¿Deben las administraciones públicas desplegar el control de convencionalidad en sus propias sedes? ¿En qué consiste dicho control? ¿Cuáles son sus alcances? Estos son algunos de los interrogantes que el autor contesta, luego de analizar comparativamente el sistema europeo y americano de derechos humanos, la jurisprudencia de tribunales internos e internacionales y las diversas opiniones doctrinales en la materia.

Demuestra que el control de convencionalidad ha generado un notable ensanche de la juridicidad, más obligaciones estatales, mayores derechos y garantías ciudadanas junto a diversos deberes humanos en cabeza de las personas, en tanto integrantes de la comunidad y la propia humanidad.



PABLO GUTIÉRREZ COLANTUONO. Doctor en Derecho (Universidad de La Coruña). Especialista en Derecho Administrativo y Administración Pública (UBA). Director de la Especialización en Derecho Administrativo y profesor regular en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional del Comahue. Expresidente de la Asociación Argentina de Derecho Administrativo.



  
/EditorialAstrea
www.astrea.com.ar



PABLO GUTIÉRREZ COLANTUONO

Control de convencionalidad en la Administración pública

*Aplicación de los tratados internacionales
a la actuación administrativa*

ASTREA