

Título: La dimensión dinámica y abierta de los derechos humanos, la Constitución Nacional y las Administraciones Públicas

Autor: Gutiérrez Colantuono, Pablo Á.

Publicado en: LA LEY 18/01/2018, 18/01/2018, 1 - LA LEY 19/01/2018, 19/01/2018, 1

Cita Online: AR/DOC/2973/2017

Sumario: I. Introducción.— II. La irrupción de los sistemas integrados de derechos humanos.— III. Control de convencionalidad y control de constitucionalidad.— IV. Impacto del derecho público no penal.— V. Reflexiones finales, mas no últimas.

Los derechos protegidos por estos tratados son como un mínimo indisponible consistente en la base ética universal y regional integradas en una suerte de orden público internacional de los derechos humanos. Todo en más es posible; todo en menos, tan sólo excepcionalmente y con miras a la ampliación del interés general. De allí que el pro homine sea un principio estructurante de dicho orden al sostenerse siempre cualquier interpretación a favor de la dignidad de las personas.

I. Introducción

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

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 normativa. Tal como explicaremos, la propia instancia internacional se asume —o debiera al menos asumirse— impactada por dicha apertura. Hablamos de permeabilidades recíprocas y horizontales antes que unilaterales y verticales. La lógica dialógica se impone. Aparece así el desafío de imaginar dispositivos que la puedan concretar pues su no construcción es aceptar, en parte, el fracaso de la búsqueda de una nueva dimensión constitucional y convencional.

El nuevo orden se nos presenta bajo las siguientes características al menos: a) presencia de construcciones e interpelaciones jurídicas dinámicas y diversas que impactan hacia adentro del Estado tanto en la dimensión del poder como en la de los derechos ciudadanos; b) conformación de múltiples subsistemas y microsistemas con sus propias fuentes de apreciación, prevención y resolución de los conflictos que pueden acaso presentarse; c) adición de nuevos derechos y garantías especialmente en el ámbito de los derechos humanos, observándose cómo al mismo tiempo que se amplían los derechos el poder se diseña dentro de nuevas limitaciones; d) los tratados de derechos humanos se ubican al menos a nivel constitucional, y en algunos sistemas también se sitúan aquellas otras convenciones internacionales que, pese a no ser de dicha naturaleza, contienen igualmente derechos humanos; e) aparece impactado el concepto de fuentes del derecho en sus caracteres de supremacía y jerarquía, ya que habría una suerte de desplazamiento de una mirada vertical hacia una horizontal, al menos en la cúspide del sistema.

Nos ocuparemos aquí de las consecuencias de la irrupción en el orden interno, al menos con nivel constitucional, de los tratados de derechos humanos y sus proyecciones en el ámbito del derecho público no penal.

Lo primero, porque es de toda evidencia que la presencia de un tribunal internacional regional en la materia genera zonas de intersección entre aquella justicia y la interna, 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 sistema interno los tratados de derechos humanos, pasando por las perspectivas de las jerarquías de estos, para finalmente ocuparnos de las consecuencias de la aplicación del subsistema de los derechos humanos una vez constitucionalizados.

Lo segundo, porque las competencias públicas se han visto limitadas, ampliadas —especialmente en lo referente a lo prestacional de los derechos económicos, sociales y culturales— y 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 direccionamiento 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 al tiempo de soberanamente acordar la apertura de las fronteras internas normativas e

institucionales.

Nada, por cierto, queda igual una vez que hemos aceptado suscribir a un modelo caracterizado por un orden interno internacional de los derechos humanos. De ello a veces pareciera no haberse tomado conciencia suficiente.

II. La irrupción de los sistemas integrados de derechos humanos

La convivencia en un mismo sistema de varios subsistemas, en especial el del orden internacional de los derechos humanos, genera la necesidad de armonizarlos de manera tal que suceda la realización de los valores que los contienen antes que la cancelación o zonas muertas de espacios de derechos.

Es frecuente observar mayores fricciones en aquellos sistemas integrados en los cuales encontramos la presencia de tribunales judiciales con competencia contenciosa, como es el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos —Corte IDH— en el Pacto de San José de Costa Rica —PSJCR—. Incluso suceden aparentes discusiones sobre la superioridad de un tribunal internacional —regional o universal— sobre los máximos tribunales constitucionales internos. Son aparentes, ya que es sabido que los tribunales internacionales de este tipo no tienen por finalidad asumirse como tribunales de cuarta instancia. La jurisdicción internacional es subsidiaria de la interna, y sólo y tan sólo transitada esta puede ocurrirse por ante la internacional, alegando la responsabilidad internacional del Estado.

Subyace en ese contexto la conveniencia y necesidad por cierto de tematizar mecanismos o dispositivos de complementariedad entre las jurisdicciones internas e internacionales. Para ello se han ensayado distintas variables y expresiones sobre el tema; todas de una forma u otra hablan de mecanismos de contacto entre las jurisdicciones. El entrelazamiento por criterios convergentes de las sentencias nacionales e internacionales pareciera ser el camino en la teoría. Pero, claro, en la práctica se topa con obstáculos a veces nada sencillos de ser removidos. Algunos remiten consciente e inconscientemente a mecanismos de soberanía ilimitada provenientes de concepciones de otros tiempos de los Estados de derecho.

En aquello que refiere a la armonización del espacio de los derechos humanos tanto constitucional como convencional podemos observar al menos dos dimensiones: la dimensión de las tensiones y la dimensión de la complementariedad.

II.1. La dimensión de la tensión

En la aparente dicotomía entre la postura de la "soberanía retenida" y la del abandono del "principio de la soberanía ilimitada", es que la Corte Suprema de Justicia nacional ha reeditado recientemente una discusión evidentemente no zanjada. La genera la convivencia de dos mandatos constitucionales fuertes en nuestro sistema: la no automaticidad por imperio del art. 27 de la CN en la adaptación interna de los efectos de la constitucionalización de determinados tratados de derechos humanos y los efectos concretos de esa constitucionalización en las condiciones que se han fijado desde el art. 75, inc. 22 [\(1\)](#). Es en el terreno de la aplicación de estos por parte de los tribunales y de la propia Corte Suprema que se generan matices en los efectos que se le otorgan a las decisiones de la Corte IDH.

El tema se presenta quizás como complejo, porque abarca distintos aspectos que nosotros trataremos ahora de separar.

La incorporación de determinados tratados de derechos humanos en nuestro sistema constitucional lo es en tanto y en cuanto son compatibles con los principios del orden público nacional —art. 27, CN—. No sería correcto razonar por principio general que el constituyente o el Congreso —con mayoría agravada exigida— incorpora determinados tratados a nivel constitucional sin realizar el juicio de compatibilidad de aquellos con nuestro orden interno. El juicio de compatibilidad es así desarrollado por mecanismos políticos institucionales, en los cuales el Máximo Tribunal Constitucional argentino es ajeno al tiempo de realizarse tal apreciación de compatibilidad.

Como es sabido, se han empleado dos vías en el reconocimiento positivo de la constitucionalización de esos tratados de derechos humanos: a) la incorporación expresamente al tiempo de la reforma con nivel constitucional de los tratados de derechos humanos enunciados; y b) aquellos otros que se incorporan posteriormente con una mayoría agravada por parte del Congreso nacional. A ellas se le suma una tercera vía preexistente en materia de reconocimiento de derechos fundamentales, consistente en aquellos derechos humanos ya incorporados en la letra propia de la Constitución Nacional.

En la primera vía es el propio constituyente quien efectúa el juicio de compatibilidad del tratado respectivo desde la mirada del art. 27 de la CN. Por eso lo incorpora, ya que de no ser compatible desecharía tal opción por no ser posible en nuestro sistema. Existe aquí un expreso juicio de compatibilidad realizado en el ámbito propio constitucional del poder constituyente derivado. En la segunda vía, es el propio Congreso con mayoría agravada

quien despliega ese juicio de compatibilidad por expresa atribución del constituyente.

Por regla general y siendo consecuentes con el criterio del constituyente y del legislador ordinario, debiera aceptarse que estos ya verificaron la compatibilidad a través de tales controles políticos institucionales. Y que tal verificación ha sido positiva.

Las tres vías indicadas de incorporación de los derechos fundamentales —propios de la Constitución, propios del art. 75, inc. 22 y los incorporados por mayoría agravada por el Parlamento a posteriori— no comportan regímenes distintos para los derechos humanos según la vía que se haya optado para incorporarlos a nivel constitucional. Si bien son tres procedimientos diversos, los derechos incorporados por dichas vías integran unificadamente aquello que se denomina el estatus materialmente constitucional de los derechos fundamentales. Nos parece que esto es central y que proyecta consecuencias aun dentro de aquellas opiniones más permeables al control intenso de razonabilidad sobre la tarea de compatibilidad efectuada por el constituyente o el legislador ordinario.

Cierto es que no les está permitido a los poderes constituidos una vez internacionalizado el ordenamiento jurídico volver los pasos atrás con aplicaciones e interpretaciones que quiten el efecto útil de los tratados y de los propios derechos humanos contemplados en el sistema interno. Los conflictos hermenéuticos que acaso pudieran sucederse entre derechos fundamentales ingresados bajo esta triple posible vía han de resolverse de manera horizontal entre todos ellos, siguiendo los criterios que el propio subsistema de derechos humanos arroja. Dentro de este opera la regla de la prevalencia de una interpretación siempre a favor de la protección y promoción de la dignidad de las personas. De hecho, varias Constituciones latinoamericanas tienen una cláusula abierta de reenvío a la previsión normativa —interna o internacional— que mayor protección provea a la dignidad de las personas. Lo central entonces es el análisis horizontal entre todas las regulaciones en materia de derechos humanos en ese nivel constitucional convencional. Parecieran ser indistintos tanto el instrumento que contiene a los derechos humanos como el procedimiento por el cual se los ha incorporado al sistema interno constitucional.

Central en todo aquello que venimos describiendo es el estándar que ha fijado la Corte Suprema en el caso "Schiffrin" [\(2\)](#). Allí la mayoría le reconoce al poder reformador una intensa deferencia. La argumentación no es otra más que el fundamento democrático del ejercicio de ese poder constituyente derivado. La propia Corte Suprema alerta, y con razón, que de no sostenerse tal criterio podría llegarse incluso a revisarse decisiones fundamentales adoptadas por tal mecanismo constitucional. Entre ellos, la propia decisión de constitucionalizar los tratados de derechos humanos con la jerarquía con la que lo ha sido y bajo las condiciones con que estos han sido incorporados.

Regresando a nuestro interés de mirar al fenómeno desde los efectos concretos en la aplicación por ante los tribunales internos e internacionales, cabe recordar que la regla de mínima es que los tribunales deben realizar de sus ordenamientos domésticos una interpretación conforme a los derechos humanos. Ello mediante la adopción de criterios y estándares que sean compatibles con los internacionales. La convergencia de miradas es en tal tarea central: la discusión es de derechos y no de poder entre distintos órdenes internos internacionales de jueces. Dicha convergencia ensancha el orden público internacional interno de los derechos humanos. Este, a su vez, se nutre de las recíprocas influencias por citas cruzadas de los restantes tribunales regionales internacionales de los derechos humanos. Es también esta una manera novedosa de lograr mayores niveles de democracia en este tipo de justicia. Unas y otras esferas emergen legitimadas desde la construcción interna internacional de las pautas mínimas y convergentes de aquello que se ha llamado la centralidad del sistema constitucional y convencional moderno: el desarrollo de la persona desde su dignidad [\(3\)](#).

En diversos tribunales constitucionales latinoamericanos y en la propia doctrina de la Corte Suprema en sus distintas etapas se han explorado anchas avenidas constitucionales y convencionales de mayores o menores aperturas en la búsqueda de los puntos de contacto convergentes. Es esperable que haya sucedido, ya que todo fenómeno novedoso requiere de sus propios tiempos de evolución, construcción y consolidación [\(4\)](#).

II.1.a. Aquello que nos dejó "Fontevicchia II" [\(5\)](#)

Como indicábamos al inicio de nuestras reflexiones, la Corte Suprema actualiza la discusión desde la tensión antes que desde la convergencia del sistema. Nos parece interesante puntualizar, según nuestro criterio, los dos aspectos bajo los cuales se trabaja esa tensión. Ello a fin de escindir los temas de aplicación e interpretación del derecho de los derechos humanos —obligatoriedad de los criterios o pautas interpretativas de la Corte IDH— de aquel otro aspecto ligado estrechamente a la obligación de un Estado de cumplir con las sentencias condenatorias de la Corte IDH. Es de este último tema del que creemos se ocupó, aunque erradamente en la conformación de la opinión mayoritaria, la Corte Suprema en el caso "Fontevicchia II".

Respecto del primer aspecto, diremos que si la internalización espontánea es el reto, necesariamente

debemos interpretar a la declaración del constituyente de incorporar los tratados "en las condiciones de su vigencia" como la efectiva decisión de sujetarse al modo en que ellos rigen en el plano internacional, que no es otro más que el fijado por los órganos propios de aplicación. En el caso de la Convención Americana, las pautas centrales serán las derivadas de la jurisprudencia de la Corte IDH, en tanto intérprete último de ese tratado. Tal es la línea contenida, según hemos interpretado hace tiempo ya, en determinados pronunciamientos de la Corte Suprema. Estos ratifican el criterio conforme al cual la expresión plasmada en el art. 75, inc. 22 de la CN conlleva utilizar, al momento de aplicar el PSJCR, los mismos estándares hermenéuticos que se han empleado en el plano internacional. Claramente se observa este criterio en el caso "Mazzeo" (6) por el cual se pasa de considerar a la jurisprudencia de la Corte IDH como una "guía" a definirla como una "insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos". Luego los precedentes "Acosta" (7) y "Rodríguez Pereyra" (8) parecen haber profundizado la línea argumental de la Corte Suprema en sentido de una mayor intensidad de vinculación entre ambos órdenes judiciales.

En cambio, y respecto del segundo aspecto, en "Fontevicchia II" (9) se razona desde la mayoría en base al concepto de soberanía retenida, la cual se dice estar contenida en el art. 27 de la CN. Desde allí se argumenta que no se encuentra obligada la Corte Suprema por los actos adoptados por la Corte IDH en exceso de su propia competencia —exceso en el mecanismo restitutivo dispuesto en la sentencia—. Y luego lo centra en la argumentación emergente del art. 27 de la CN: la Corte Suprema es el órgano "supremo" en el sistema judicial interno. Desde allí se apalanca la imposibilidad por esa doble razón de ejecutar en el sistema interno la orden remedial de "dejar sin efecto" la sentencia dictada por la Corte IDH. "Dejar sin efecto", en la mirada de la Corte Suprema, comporta el ejercicio de una competencia propia de los tribunales, siendo claro que la Corte IDH carece de dicha competencia por no ser una cuarta instancia. Respecto a esta argumentación, cabe recordar que es esta una característica propia y reconocida por la instancia internacional, quien siempre se ha autolimitado, expresando que no tiene dicho carácter. Los tribunales internacionales de derechos humanos no reeditan juicios internos, ni reanalizan hechos ni pruebas bajo la idea de realizar un nuevo juicio. Por el contrario, evalúan si los hechos internos llevados a estudio en un caso contencioso son exteriorización convergente o no de los compromisos internacionales asumidos. En términos del PSJCR, se trata sólo y tan sólo de analizar si se ha dado cumplimiento al marco obligacional general de los arts. 1.1 y 2º en referencia a alguna obligación en especial consecuente de los derechos protegidos y promovidos en dicho sistema (10).

Es tan claro que la tensión es de poder y no de derechos en el caso "Fontevicchia II" que, tal como lo ha advertido la comunidad jurídica al comentar sus alcances, el precedente no se origina en interés de quienes han sido favorecidos en la instancia internacional. Lejos de ser estos quienes promueven en el sistema interno mecanismos de ejecución de la sentencia internacional, es el propio Poder Ejecutivo Nacional quien así lo hace. Este no es un dato menor, y no ha pasado desapercibido en el análisis de la doctrina en general sobre la "proyección limitada" que pareciera tener el presente caso. El tiempo, por cierto, lo dirá.

Retomando el tema, diremos entonces que el caso "Fontevicchia II" se vincula estrictamente con el tema de la ejecución de sentencias en el orden interno y no con las consecuencias en el orden interno de las aplicaciones e interpretaciones que del PSJCR efectúa la Corte IDH. En esa línea es que creemos conveniente sugerir la necesidad de que la Argentina adopte una ley que le permita establecer un procedimiento de ejecución de las sentencias de la Corte IDH. La solución brindada en algunos países europeos —de entre ellos España— (11) ha sido incorporar los efectos de las sentencias internacionales al orden interno vía recurso de revisión de las sentencias pasadas en cosa juzgada. Ello nos parece una opción claramente viable: otorga seguridad jurídica en términos constitucionales y convencionales. El fundamento debe buscarse en la concreción del efecto útil de las disposiciones del PSJCR. Con ello pueden acaso evitarse tensiones tales como la sucedida en el caso "Derecho, René" (12).

En síntesis, diremos que en "Fontevicchia II" nada se ha dicho sobre los criterios internos internacionales respecto de la jurisprudencia de la Corte IDH, pero sí se ha equivocado el camino en no ejecutar parte de la decisión de la Corte IDH argumentando desde la mirada del poder y no desde los derechos. Creemos que ello se refuerza con la aclaración que efectúa la Corte Suprema en el caso "Schiffrin" antes indicado, reconociendo la deferencia al poder constituyente derivado.

El tema seguramente merecerá el respectivo tratamiento por parte de la Corte IDH en sus competencias de supervisión y seguimiento del cumplimiento de sus sentencias. Y aquí es de esperar que posiblemente reafirme aquel principio ya enunciado en anteriores supuestos: "la obligación de cumplir lo dispuesto en las decisiones del Tribunal corresponde a un principio básico del derecho sobre la responsabilidad internacional del Estado, respaldado por la jurisprudencia internacional, según el cual los Estados deben acatar el tratado internacional de buena fe (pacta sunt servanda) y, como ya ha señalado esta Corte y lo dispone el art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, aquellos no pueden, por razones de orden interno, dejar de

asumir la responsabilidad internacional ya establecida. Las obligaciones convencionales de los Estados parte vinculan a todos los poderes y órganos del Estado, es decir, que todos los poderes del Estado (Ejecutivo, Legislativo, Judicial, u otras ramas del poder público) y otras autoridades públicas o estatales, de cualquier nivel, incluyendo a los más altos tribunales de justicia de los mismos, tienen el deber de cumplir de buena fe con el derecho internacional" (13).

II.2. La mirada convergente

Más allá de reiterar que habremos de ser cuidadosos en el ejercicio del principio de no automaticidad (escrutinio) que se indica en "Fontevicchia II" por la limitación que de las propias decisiones soberanas de obligaciones asumidas se impone (14), lo cierto es que en general pareciera estarse poniendo fuera de foco a veces el tema.

¿Por qué afirmamos ello? Pues el enfoque de la protección internacional ha de ser la convergencia en la aplicación e interpretación de la obligaciones internacionales antes que la discusión que a veces se insinúa respecto de quién tiene la última palabra en materia de derechos humanos: si la Corte Suprema por su carácter de suprema o la Corte IDH dado su carácter de último intérprete en la materia.

La Corte IDH pareciera haber acusado el impacto de las tensiones que se han generado. Muchas de ellas por defensa exagerada de los órdenes domésticos. Otras tantas por la adopción en algunos casos de criterios un tanto exagerados que, en nuestra opinión, innecesariamente han herido susceptibilidades de los máximos tribunales constitucionales internos.

Ambas instancias han de agudizar el contenido de sus palabras, ya que deben priorizar la eficacia del régimen de los derechos humanos. Y esta se logra mediante el efecto útil del PSJCR y su cumplimiento de buena fe (15). Tal construcción ha de ser coordinada entre ambas jurisdicciones.

La propia Corte IDH, más allá de alguna decisión discutible en punto a la modalidad de las reparaciones, pareciera incorporarse en esta línea de convergencia. Así se trasluce desde la ahora habitual práctica de citar en sus decisiones la doctrina judicial de los propios tribunales constitucionales internos. Sus sentencias empiezan a dialogar con aquellas, generándose la Corte IDH un posible anclaje sociológico de sus decisiones, del cual carece. Sus criterios van en la línea de la convergencia, la cual se traduce en la adopción entre unos y otros de criterios de aplicación consistentes del derecho interno internacional de los derechos humanos (16).

Reafirma de esta manera que no hay sustitución si no antes bien complementariedad, la cual se nutre de recíprocas construcciones dinámicas.

La regla es entonces adoptar criterios de decisión y mecanismos de protección que puedan dialogar entre ellos para lograr ser conformados y adecuados entre sí. Ello no es menor, y deben repensarse las construcciones y discusiones en el tema desde este horizonte de la convergencia.

Para ello es necesario que ambas esferas judiciales, tanto la internacional como la nacional, puedan tener criterios abiertos y dinámicos. Abiertos en tanto permeables a nuevas maneras de pensar, aplicar e interpretar el derecho. Dinámicos en tanto las continuas y recíprocas referencias a los sistemas internos e internacionales permiten la circulación de reglas y criterios jurisprudenciales basados en el estándar de la mayor protección y promoción de los derechos fundamentales, por una parte. Por la otra, acompañando el proceso de generación de esos estándares en los tiempos en que la maduración social y cultural respecto de ellos se produzca en los diversos países.

En otras palabras, se buscan los puntos de equilibrio.

Estos no son más que los mínimos comunes que construyen y consensuan los países integrantes de los sistemas regionales, antes que imposiciones de unos sobre otros poderes internos e internacionales. Estas imposiciones como es esperable carecen de perdurabilidad en el tiempo y deben ser reemplazadas por la búsqueda de criterios convergentes dialógicamente contruidos (17).

Cierto es que mucho se discute y se seguirá discutiendo sobre los efectos en el orden interno de criterios y reglas determinados por la Corte IDH. Y es de esperar que en esta instancia internacional también se discuta el impacto que ella ha de recibir desde la propia jurisdicción interna. Esta y su jurisprudencia son las que van marcando, aunque no exclusivamente, la existencia de consensos mínimos comunes en determinadas áreas de los derechos humanos. Adelantarse la Corte IDH a esa construcción o retroceder las Cortes constitucionales en los avances evolutivos de aquella instancia internacional, debilita el sistema común de los derechos humanos.

Es en este escenario de órdenes abiertos y dinámicos que aparece a nuestro criterio el control de convencionalidad como una herramienta esencial de la convergencia interna internacional. De allí su valor actual y futuro.

III. Control de convencionalidad y control de constitucionalidad

El control de convencionalidad es una herramienta propia del sistema abierto y dinámico que nos propone el sistema integrado de los derechos fundamentales. Es una garantía ciudadana y una herramienta del control judicial de la actividad de las distintas Administraciones Públicas. Asume esa doble naturaleza. Dicho control, con sus más y menos, tiene por finalidad analizar la compatibilidad de la norma interna con la regional internacional de los derechos humanos, de oficio y bajo las condiciones procesales y de competencia vigentes en los Estados miembros. En tal tarea, y este es uno de los agregados que más críticas ha generado, las Cortes internas han de tener en consideración la propia jurisprudencia de la Corte IDH en la interpretación de las normas regionales internacionales de derechos humanos.

Es cierto que ha sido una creación pretoriana de la Corte IDH y que se ha pretendido imponer con carácter obligatorio a los jueces la realización de tal control de oficio. También lo es que en la actividad de ese control debe analizarse la compatibilidad de las normas internas no solo con las internacionales, sino también conforme a los criterios interpretativos que de estas ha efectuado la propia Corte IDH. Algunas voces ven en esta autoformulación una suerte de autoimposición de los criterios jurisprudenciales propios sobre los nacionales. Y todo ello sin que el PSJCR registre previsión alguna en este tema. A ello se le suma la habitual crítica a los tribunales internacionales en punto a que carecen de anclaje sociológico donde impactan sus decisiones, agravando así su déficit democrático y por ende la legitimidad de sus decisiones. Nos haremos cargo de analizar cada una de estas críticas.

1) Diremos que la creación del control de convencionalidad obedece a una construcción propia del principio evolutivo (18) del derecho de los derechos humanos. Este principio, como es sabido, le indica al intérprete desarrollar una actividad hermenéutica de ampliación de la zona de protección, según así se desprende la lectura armónica de los arts. 1º, 2º y 29 de la Convención Americana. Los términos de la Convención no se analizan según su formulación histórica textual, si no actual y contextual.

2) En segundo término, no debiera generar tanta reacción el alumbramiento de una nueva garantía. El control de convencionalidad es a nuestro criterio una garantía ciudadana, más allá de ser una obligación asumida por los Estados desde el principio evolutivo. En este sentido, nuestro propio sistema constitucional argentino y latinoamericano se caracteriza por iluminar derechos y garantías que en principio no percibimos contenidos expresamente en las Constituciones. Los derechos implícitos, la necesidad de que todo derecho sea protegido y promovido por una garantía, y la interpretación cruzada de los derechos son algunos de los anclajes constitucionales y convencionales que han tornado habitual la presencia de derechos y garantías que no existían en su enunciación positiva o bien que estaban contenidos implícitamente. En este sentido, el control de convencionalidad viene a ratificar esa tradición constitucional y convencional latinoamericana.

3) El control de convencionalidad se encuentra matizado. En efecto, la propia Corte IDH lo enuncia condicionado a las propias reglas procesales y competenciales internas. Y así creemos lo entiende la Corte Suprema al hablar de simetría entre el control de convencionalidad y el de constitucionalidad. Este nos parece que es el núcleo central a explorar internamente por los diversos tribunales, en vez de criticar su aplicación por no estar previsto en el texto del PSJCR. Por otra parte, la propia Corte IDH lo califica de "una especie" de control de convencionalidad, abriendo matices posibles.

4) Es simétrico con el control de constitucionalidad (19): no se puede aceptar uno y rechazar el otro, exigirle a uno requisitos y efectos de su ejercicio diverso al otro. Se fortalecen y debilitan recíprocamente. Es un conector, a nuestro criterio, que permite sostener la mirada sistémica en la multiplicidad de subsistemas.

5) Es instrumental del efecto útil del PSJCR, esto es, la incorporación en el sistema interno espontáneamente y de buena fe de todas las medidas necesarias que generen la vigencia del sistema regional de derechos humanos. Es este control de convencionalidad el que permite adoptar criterios adecuados y remover aquellos otros que infraccionan la base mínima que importan los sistemas de derechos humanos.

6) El control de convencionalidad también desarrolla, al igual que el de constitucionalidad, una misión pedagógica. En cierto modo, muestra el derecho constitucional y convencional vivo, le explica al poder sus límites, indica los caminos procedimentales democráticos idóneos en la toma de decisiones, entre otros aspectos. Pero fundamentalmente emite un mandato educativo hacia el poder sobre el contenido en un tiempo dado de la juridicidad del obrar de las Administraciones. Con ello se pretende la no reiteración de las infracciones internas, la rápida corrección de los errores y la consolidación de una actividad estatal con fuerte impregnación constitucional y convencional en su recorrido. Es el control de convencionalidad la herramienta que concreta la aplicación, interpretación e impregnación de la convencionalidad de los derechos humanos.

7) La construcción de mayores niveles de legitimidad. Bajar los altos déficits democráticos de los tribunales es una tarea desafiante, posible, aunque a veces compleja. La recíproca cita entre los tribunales —regional

internacional e internos constitucionales— construye una base de derechos fundamentales globales regionales. Dicha construcción es esencialmente una expresión de nuestras democracias, ya que es una emergente de los principios básicos comunes de los pueblos sobre los cuales irradia su jurisdicción la justicia interna internacional. Luego, las citas entre los tribunales regionales internacionales entre sí estructuran el contenido del orden público internacional de los derechos humanos.

En síntesis, diremos que en la simetría y sinergia del control de constitucionalidad y convencionalidad puede radicar la riqueza de un diálogo abierto y dinámico entre los tribunales nacionales e internacionales. El control de convencionalidad tiene la aptitud de transformarse en la herramienta eficaz para conseguir el efecto útil de los tratados de derechos humanos. Para ello es necesario contar con leyes en el sistema interno que incorporen formalmente en sus Códigos Procesales la competencia de los jueces para realizar el control de convencionalidad a pedido de parte y de oficio (20).

IV. Impacto del derecho público no penal

Sabido es que el poder busca mayor poder. En esta línea, es frecuente que a nuestras Administraciones se les reconozcan competencias expresas y las que razonablemente se encuentran implícitas en aquellas, contrariando aquel principio del orden constitucional que nos indica que la libertad es ilimitada y el poder limitado. La regla por todos conocida del derecho público que indica a la incompetencia como regla y la competencia como excepción, en tanto esta debe estar expresamente acordada por el ordenamiento jurídico, se ha excepcionado tantas veces como se ha querido fortalecer la facultad reglamentaria acorde con los fuertes presidencialismos existentes en nuestra Latinoamérica. Se habla de tramos del Estado desde la excepcionalidad que representan los amplios y frecuentes poderes de delegación (21), emergencia y urgencia desplegados por los Poderes Ejecutivos o, más gravemente aún, se llega a sostener la existencia de un Estado de excepción (22), con otras complejidades que involucran ya a todos los poderes del Estado.

Decir que la persona ocupa el centro de la escena constitucional quizás sea una expresión simple y que no requiera mayor explicación. No obstante, las cosas no son tan sencillas. Sobran las interpretaciones de orden estatal que afirman lo contrario y donde se parte en la construcción de una decisión desde la perspectiva del poder, aunque no siempre se exprese tan claramente. Las Administraciones en este punto parecen exagerar las atribuciones de las llamadas presunciones de los actos de poder, en el caso de legitimidad, ejecutividad y ejecutoriedad, sin realizar un análisis antes de derechos versus derechos, que no excluye por cierto la correcta vigencia y aplicación de las competencias públicas. Al contrario, las explica y las legitima. Este es el cambio cultural que interpela, dentro del moderno Estado constitucional convencional y social de derecho, a nuestras Administraciones.

Actualmente las nuevas limitaciones, funciones y reconceptualizaciones de las Administraciones se expresan dentro de un gran sistema constitucional y convencional. En este coexisten diversos subsistemas internacionales —de integración, tratados bilaterales de inversiones recíprocas (23), de derechos humanos, entre tantos otros— y microsistemas propios ya del orden interno constitucional —consumidores, usuarios, ambiental, entre algunos que pueden mencionarse con sus propias reglas y principios—.

La presencia del subsistema internacional de los derechos humanos, como hemos visto, genera, de entre otros efectos posibles, un nuevo control de las Administraciones —si bien de manera subsidiaria y complementaria—. Es de doble vía: 1. se suma una nueva esfera de control de la actividad estatal, la cual se ubica por fuera de sus propias fronteras en el sistema de protección de los derechos humanos; 2. opera como control interno de esas Administraciones Públicas por la aplicación espontánea y de buena fe que es esperable suceda "fronteras adentro" en la actividad de los diversos poderes. Es decir, cumplimiento voluntario y espontáneo internamente de los compromisos asumidos por los Estados: subsidiariedad y complementariedad.

Ye hemos anticipado los efectos de la constitucionalización de las convenciones de derechos humanos: a) adición de nuevos derechos; b) creación de derechos a partir de la interpretación cruzada de derechos existentes que alumbran nuevos derechos; c) garantías también nuevas y que emergen ante la necesidad de preservar o recomponer un derecho; d) ámbitos nuevos del poder que atraviesan esas garantías donde antes lucían ausentes. Ello debiera sin más indicarnos que nos encontramos frente a un derecho administrativo de los derechos y garantías ciudadanos antes que del poder y sus competencias. El punto de intersección entre derechos-garantías ciudadanas y competencias públicas ha de ser la ampliación de aquellos, tanto en sus dimensiones individuales y colectivas, como sociales. En definitiva más ciudadanía antes que más poder, o más poder para mayor ciudadanía.

Incorporamos en este escenario a los deberes humanos pocas veces tematizados pero que integran junto a los derechos humanos la base de construcción de cualquier sistema de poderes. Esos deberes conectan a los derechos con la realización social de estos. Los derechos asumen el desafío de su propia dimensión comunitaria

y de humanidad, y no tan sólo en su dimensión liberal. Aparecen los deberes humanos, los cuales se proyectan desde los derechos hacia la familia, la comunidad y la humanidad. Esta expresión de la comunidad y la humanidad prevista en el art. 32, apart. 1° del PSJCR se ha de anudar a la definición que tiene el propio PSJCR respecto del interés general o bien común. La Corte IDH, ya no en su función contenciosa sino en la consultiva, sostuvo: "Es posible entender el bien común, dentro del contexto de la Convención, como un concepto referente a las condiciones de la vida social que permiten a los integrantes de la sociedad alcanzar el mayor grado de desarrollo personal y la mayor vigencia de los valores democráticos. En tal sentido, puede considerarse como un imperativo del bien común la organización de la vida social en forma que se fortalezca el funcionamiento de las instituciones democráticas y se preserve y promueva la plena realización de los derechos de la persona humana... No escapa a la Corte, sin embargo, la dificultad de precisar de modo unívoco los conceptos de 'orden público' y 'bien común', ni que ambos conceptos pueden ser usados tanto para afirmar los derechos de la persona frente al poder público, como para justificar limitaciones a esos derechos en nombre de los intereses colectivos. A este respecto debe subrayarse que de ninguna manera podrían invocarse el 'orden público' o el 'bien común' como medios para suprimir un derecho garantizado por la Convención o para desnaturalizarlo o privarlo de contenido real (ver el art. 29.a de la Convención). Esos conceptos, en cuanto se invoquen como fundamento de limitaciones a los derechos humanos, deben ser objeto de una interpretación estrictamente ceñida a las 'justas exigencias' de 'una sociedad democrática' que tenga en cuenta el equilibrio entre los distintos intereses en juego y la necesidad de preservar el objeto y fin de la Convención (la colegiación obligatoria de periodistas) (arts. 13 y 29, Convención Americana sobre Derechos Humanos), opinión consultiva OC-5/85 del 13/11/1985, Serie A, nro. 5, párrs. 66 y 67", citada en la opinión consultiva OC-6/86, 09/05/1986.

La visión de los derechos articulados con los deberes humanos es aquella que nos permite analizar la dimensión social y conectarlos con la finalidad de las Administraciones Públicas. Aparece así la coexistencia del mismo interés por la ciudadanía y por estas, el cual no es otro más que la dimensión social de la realización institucional del bienestar común en tanto ampliación de derechos de la comunidad toda.

Ello, en parte, nos lleva a entender que existe una reconfiguración de la relación ciudadanía-Administraciones Públicas al menos por una triple razón: a) las Administraciones se encuentran con una porción de sus competencias limitadas, ampliadas —necesarias al menos para la realización de los derechos económicos sociales y culturales— y redireccionadas por los compromisos internacionales; b) la ciudadanía adiciona nuevos derechos o mayores proyecciones en sus contenidos y en los alcances de los ya existentes, pudiéndose decir otro tanto respecto a las garantías; y c) la heterogeneidad de la relación ciudadanía-Administraciones deja atrás la regulación homogénea de esa relación. Todo ello marca la necesidad imperiosa y, a nuestro criterio, de orden constitucional y convencional de imaginarse nuevos dispositivos vinculares entre esa ciudadanía y esas Administraciones.

Ese orden distinto atraviesa a la propia Administración Pública en sus relaciones internas y con la ciudadanía. El derecho público no penal, cuyo eje siempre ha sido la tensión entre ciudadanía —antes administrados— y Administraciones Públicas en las diversas manifestaciones de las competencias públicas, se encuentra así fuertemente impactado.

Indicaremos cuatro ejemplos posibles, de entre tantos otros, de este cambio.

IV.1. La tutela administrativa efectiva y las consecuencias en nuestro sistema [\(24\)](#).

En el orden del PSJCR se habla hace un tiempo ya de una nueva garantía para aquellos países que no la prevén en sus Constituciones y leyes: la tutela administrativa efectiva [\(25\)](#).

Aquella supone una serie de desafíos de difícil concreción, mas no imposible, en nuestros países fuertemente presidencialistas y por ende de amplio espectro de actuación de nuestras Administraciones Públicas. Es ese presidencialismo intenso el que ha llevado a tener una importante presencia de la facultad reglamentaria de las Administraciones. Pero también a la existencia de una amplia actividad de determinación de derechos y obligaciones ciudadanas, que por su modalidad y efectos ha merecido desde la Corte IDH la creación y aplicación de la llamada tutela administrativa efectiva [\(26\)](#).

Las exigencias de la tutela judicial efectiva ahora ampliada a la llamada tutela administrativa efectiva proyectan sus efectos en el ámbito propio de los procedimientos administrativos y actuaciones en general. La actuación independiente, imparcial, en tiempos propios del plazo razonable, bajo el aseguramiento del derecho a ser oído, fundamentando las decisiones suficiente y razonablemente son algunas de las implicancias de tal garantía. Ella es requerida sólo y tan sólo ante una actuación administrativa que determine derechos y obligaciones, y ese es el estándar que atrae la aplicación de dicha garantía. Su enunciado supone una revisión de los mecanismos actuales sobre los cuales se conducen las Administraciones Públicas [\(27\)](#).

Tiene especial, mas no única, proyección en el ámbito de las competencias sancionadoras disciplinarias de

las Administraciones, donde generalmente se tensan al máximo los poderes públicos con las garantías de las personas, ya que se trata de la expresión del poder punitivo no penal. Por imperio de ella: a) la teoría de la subsanación —que permite dar por cumplidos en instancias administrativas posteriores determinados procedimientos omitidos en el momento en que son requeridos legalmente— se erradica; b) la utilización de hecho o derecho de la falta de declaración del sumariado o investigado como reconocimiento de la falta administrativa asume el carácter de inconveniente y no tan solo inconstitucional; c) la ausencia de la valoración de la sanción desde la proporcionalidad de la medida que se adopta con la finalidad perseguida es una fuerte presunción de la nulidad de la decisión adoptada; d) los plazos son perentorios y no ordenatorios; e) el control judicial atraviesa desde el test de razonabilidad la actividad sancionatoria integralmente, entre otras consecuencias concretas (28).

En síntesis, la tutela administrativa efectiva nos interpela a imaginar Administraciones Públicas que se expresan desde la independencia, objetividad, eficiencia y razonabilidad. Nuevos ropajes institucionales y contenidos funcionales son pasibles de ser desarrollados e imaginados entre todos.

IV.2. Administraciones heterogéneas en relaciones heterogéneas

Si nos detenemos a leer el caso "Furlán c. Argentina" (29) de la Corte IDH, podremos fácilmente advertir la magnitud que implica el fenómeno de la diversidad de sujetos y circunstancias que los rodean en el plano constitucional y convencional.

Hace tiempo venimos enfatizando que el caso "Furlán" es de alto impacto en el sistema interno argentino, mas pareciera no tomarse nota de ello (30).

En este contexto, el cambio paradigmático que proponemos es la forma de pensar y mirar a nuestras Administraciones desde la visibilidad de la multiplicidad de regulaciones de nuestros sistemas constitucionales y convencionales.

Ello habla de una determinada diversidad, ya que entendemos a cada persona como sujeto con sus circunstancias que integran una cosmovisión de sus derechos-deberes. Estos, puestos en dimensiones individuales, colectivas y sociales, nos brindan un ordenamiento jurídico diverso, heterogéneo, que impone unas Administraciones pensadas y organizadas desde esa heterogeneidad, con dispositivos heterogéneos y no homogéneos.

Existe, a nuestro criterio, una cierta diversidad que es reconocida en el plano constitucional y convencional, la cual desemboca necesariamente en microsistemas con aproximaciones diversas hacia las personas y sus circunstancias. Ello tiene efectos en el plano de los derechos y también en los procedimientos de cómo se construyen los estándares de derechos de las personas y/o circunstancias que las rodean de especial protección.

Las personas se reconocen como sujetos de derecho bajo sus circunstancias identitarias desde ellas mismas y desde su pertenencia colectiva, social y humanitaria. Luego, las Administraciones habrán de construir un sistema organizacional y competencial que refleje ese reconocimiento del sujeto que se determina desde su identidad individual, colectiva y humanitaria. En parte se trata de concretar el mandato ético universal de la realización humana.

Tan importantes es que las Administraciones se reconozcan atrapadas por esa cosmovisión de las personas y sus circunstancias, como que cada persona reconozca a la otra como tal en esa idea de perspectivas individuales, colectivas y sociales. Si nos reconocemos desde los demás para con los demás y desde nosotros mismos como sujetos sociales podemos quizás iniciar nuestra convivencia ciudadana en respeto por los proyectos de vida de cada quien. Reconocernos, conocernos, sensibilizarnos, comprendernos, dialogar, son todos gestos verbales que conducen, en la libertad democrática de nuestros Estados constitucionales, convencionales y sociales de derecho, a menores niveles de agresividad y mayores niveles de igualdad. Aquí, luego, las Administraciones coordinan y articulan esas diferencias como parte de la diversidad social y cultural, disponiendo de injerencias estatales técnicamente denominadas acciones positivas con la finalidad de garantizar la igualdad en el acceso fundamentalmente. Esta injerencia estatal que puede asumir distintas modalidades y aspectos de la dimensión de la igualdad en el acceso se encuentra limitada al menos por dos principios centrales en orden constitucional argentino: a) privacidad, que contiene al de autonomía —art. 19, CN—; y b) inalterabilidad de los derechos, que incluye la razonabilidad de las decisiones estatales —art. 28, CN—.

No es posible en este punto sostener e imaginar organizaciones administrativas que neutralicen la diversidad existente; por el contrario, las deben potenciar.

IV.3. La dimensión preventiva de las Administraciones Públicas

En este nuevo buscar el significado de nuestras Administraciones aparece una función que nosotros hemos llamado el rol preventivo.

Como hemos explicado, las Administraciones Públicas son uno de los sujetos obligados indicados en la gran mayoría de las convenciones internacionales de derechos humanos. Estas, como es sabido, obligan a los Estados y paralelamente generan derechos a quienes no han sido parte en esa firma: la ciudadanía.

Lo cierto es que la apertura internacional decidida desde los propios resortes soberanos internos redimensiona a nuestras Administraciones, elevando notablemente su potencial en materia de derechos humanos.

Las Administraciones pasan a ser todo menos abstencionistas, ya que deben comportarse activamente para incorporar espontáneamente los deberes éticos universales de los derechos humanos asumidos.

En otras palabras, emerge una actitud activa antes que pasiva en la protección y promoción de los compromisos internacionales, en la que se debe tomar la iniciativa para remover cualquier valla a la efectividad de esos derechos.

Para ello es necesario que las Administraciones revisen sus mecanismos vinculares con la ciudadanía, ya que les es exigible atender los derechos desde la diversidad. La homogeneidad cede terreno hacia la heterogeneidad. Las Administraciones 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 global.

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

Nuestras Administraciones adquieren así un nuevo rol, activo, presente y que hemos llamado el rol preventivo. Este nuevo rol de exigencia constitucional y convencional también es una nueva expresión de la ética pública expresada en las dimensiones sociales ciudadanas en contacto con la realización del bienestar general.

IV.4. La impregnación constitucional y convencional de la actividad administrativa

El control de convencionalidad impacta en la actividad de las Administraciones porque ellas han de ajustar su comportamiento a la convencionalidad —principio de juridicidad amplio—.

El salto de legalidad a juridicidad de nuestras Administraciones impactó en la evolución del control judicial. Ahora es el tiempo de un nuevo salto cualitativo en ese control tanto interno de las Administraciones Públicas como externo de orden materialmente judicial —propio del Poder Judicial y de otros órganos que despliegan tal actividad—. Como se pasó de una concepción de control judicial bajo la idea del "juicio al acto" a la de "juicio de pretensiones", por estos tiempos hemos de pensarlo desde el "juicio de pretensores" antes que de "pretensiones".

Las Administraciones se encuentran atravesadas por el moderno constitucionalismo: aplicación, interpretación e impregnación constitucional al obrar de nuestras Administraciones. Y como es simétrico lo constitucional con lo convencional, según hemos explicado, es claro que ese orden interno hoy está atravesado por el orden de la convencionalidad. De allí que nuestras Administraciones aplican, interpretan y son expresión de la impregnación de la convencionalidad. Ellas aplican el PSJCR e internalizan estándares de buena fe de manera consistente con los criterios expresados por los órganos y organismos que aplican e interpretan en el sistema internacional. La tarea de la Administración es constitucional y convencional. Aplica de oficio los parámetros de los derechos humanos ya que internamente su principio de oficialidad así también lo indica.

¿Puede declarar inconvencional y/o inaplicar una ley o reglamento en su propia sede? Es esperable brindar una respuesta positiva o negativa según respondamos la misma pregunta pero en términos ya de control de constitucionalidad. La simetría planteada por la Corte Suprema en el caso "Rodríguez Pereyra" así nos lo parece indicar. Podrá inaplicar una norma por inconvencional si es posible inaplicarla por inconstitucional. Podrá declarar inconvencional una norma si esta es pasible ser declarada inconstitucional en la propia sede de las Administraciones. La inaplicabilidad sea por razones de inconvencionalidad o por razones de inconstitucionalidad no nos parece ser un tema complejo; es ello posible en el reparto constitucional argentino de división de poderes. En cambio, la declaración de inconstitucionalidad e inconvencionalidad parece tener algún grado de mayor complejidad justamente por la exclusiva y excluyente actividad de control que en este punto ejerce el Poder Judicial en un sistema judicialista (31) como el argentino. Por principio general, le corresponde a este y no a las Administraciones la declaración de inconstitucionalidad e inconvencionalidad, pero ello con algún matiz. En efecto, si se registran por fuera del Poder Judicial órganos que desarrollan materialmente actividad judicial, son estos entonces quienes también podrán, ejerciendo el debido control de

convencionalidad, declarar inconvencional una norma.

V. Reflexiones finales, mas no últimas

No es formula antitética el afuera y el adentro, no hay una dicotomía globalidad-antiglobalidad en esta materia de los derechos humanos. Es la realización del derecho universal de los derechos humanos, la cual constituye la base del orden ético universal de los países. Se pertenece o no a ese orden, se es Estado de derecho constitucional y convencional o no.

La identidad cultural jurídica propia se ve atravesada por una suerte de corte transversal de los ordenamientos provocado por al menos el fenómeno de la globalización y el de la creciente jurisdicción global en materia de derechos humanos.

Ello nos ha permitido descubrir en la parte del derecho público y el derecho administrativo en particular zonas impactadas por ese fenómeno, y la nueva configuración de la dimensión de la relación ciudadanía-Administraciones dentro del sistema jurídico de múltiples subsistemas y de aparentes fragmentaciones.

Aparecen barreras que tensan esa dimensión sistémica de los subsistemas. Algunas barreras son de índole constitucional, otras de orden legal, y otras tantas de orden propio de la burocracia administrativa. Pero unas y otras son manifestaciones de las propias barreras sociales. Estas requieren un cambio cultural, el cual habla de involucrarnos desde la primera persona del plural, desde los demás y con los demás, y no en la primera persona del singular. Técnicamente hablamos así de posicionarnos en la dimensión social y no solo en la mirada individual de los derechos. Y este es el punto de contacto entre nuestras modernas Administraciones y la actual ciudadanía: ambas han de ser protagonistas en la coestión de la dimensión social de las personas, en tanto estas y su desarrollo sostenido han de ser la centralidad del sistema. Este es el sentido de tematizar a los deberes humanos, en tanto estos lo son respecto de la familia, la propia comunidad y la humanidad toda.

La modernidad, con sus notas positivas y negativas, nos permite resignificar al sujeto de esa relación jurídica entre autoridad y derechos, Administraciones y personas. Se potencian los derechos y deberes que caracterizan a la persona y se re direcciona la actuación de la propia Administración. La finalidad es lograr ampliar derechos en las dimensiones individual, colectiva y social. No hay lugar para las miradas excluyentemente liberales de los derechos.

Las personas son sujetos de la Constitución y de la Convención de la misma forma en que la Administración es de esa Constitución y Convención. Los derechos y deberes humanos explican, direccionan y limitan la actuación de las Administraciones en la relación jurídica que se construye.

Nuestra posición es entender a los derechos protegidos por estos tratados como un mínimo indisponible consistente en la base ética universal y regional integradas en una suerte de orden público internacional de los derechos humanos. Todo en más es posible; todo en menos, tan solo excepcionalmente y con miras a la ampliación del interés general. De allí que el pro homine sea un principio estructurante de dicho orden al sostenerse siempre cualquier interpretación a favor de la dignidad de las personas (32). Las restricciones a los derechos han de estar fundadas en la concreción de más y mejores realizaciones del bienestar general de la comunidad.

Debe cambiarse la idea tan habitual de la utilización de las restricciones con el único efecto de ampliar las competencias públicas por la mera vocación de acumular más poder. Técnicamente, en nuestro criterio, ello asume la característica de desviación de poder.

No es correcto generar discusiones en términos de poderes y la supremacía de estos en el orden interno internacional o internacional interno. El origen y la razón de ser de estas convenciones internacionales es otro y no aquel: la protección trasnacional de los derechos humanos en forma complementaria y coadyuvante del orden interno. Solo y tan solo si aquellos infraccionan el sistema nace la protección trasnacional como garantía de dos órdenes: a) de la víctima afectada por el hecho estatal generador de responsabilidad internacional; y b) del propio orden internacional de los derechos humanos para que este se preserve, se consolide y se amplíe con las correcciones de las conductas y omisiones estatales que desconocen las obligaciones internacionales asumidas soberanamente. La garantía trasnacional, en tanto subsidiaria y complementaria del orden interno, le agrega, como nos gusta decir, calidad ciudadana a las personas en los modernos Estados constitucionales y convencionales.

El 18/10/2017 la Corte IDH dio a conocer su resolución de supervisión en el caso "Fontevecchia y D'Amico". Como era de preverse, descalifica la decisión adoptada por la Corte Suprema en el caso "Fontevecchia II" (33). Constatado el no cumplimiento de la reparación relativa a "dejar sin efecto" la decisión originaria, resuelve mantener abierto el procedimiento de supervisión (34).

Ciudadanía, gobierno, Estados, globalización, son expresiones que aquí y ahora nos afectan transversalmente de manera consciente e inconsciente: somos expresión ciudadana en esta dimensión moderna que se ha dado en llamar globalización.

¿Qué rol hemos de cumplir? ¿Qué rol asume el Estado en este nuevo mundo? ¿Ciudadanía global y/o local? Y nuestras Administraciones Públicas, ¿cómo se asumen?

Preguntas junto a tantas otras que pueden guiar a nuestros estudiantes de derecho de grado y posgrado a enderezar sus nóveles investigaciones. Para intentar junto a ellos ensayar algún tipo de repuestas, se torna imperioso ampliar nuestro campo visual de estudio. Debemos superar nuestras miradas aisladas entre poder y ciudadanía. Ambos encuentran un mismo anclaje, que no es otro más que el espacio público, en tanto espacio común en el cual conviven diversas realidades, voluntades, intereses y tensiones. Es en ese espacio público común donde no es posible tematizar la ciudadanía por una parte y los poderes por el otro. Y decimos "los poderes" en plural, ya que no nos referimos exclusivamente al poder estatal; por el contrario, allí también convive el poder del mercado, entre otros, el cual está atravesado de constitucionalidad y convencionalidad, y no inversamente.

Las Administraciones Públicas han de ser diversas, no homogéneas. Nuestras sociedades son diversas. Los gobiernos deben buscar nuevas maneras de vincularse con la ciudadanía. Y esta debe involucrarse desde la realización social y no tan sólo desde la mirada individual.

Es en este contexto en que nuestras Administraciones están llamadas a cumplir un rol fascinante en esta realidad moderna. Estas se vinculan veinticuatro horas al día con nuestra ciudadanía, poseen la flexibilidad suficiente y el poder necesario para lograr la concreción inmediata de la realización de los valores ciudadanos en nuestras democracias. Ha sido resignificado el rol de estas justamente desde el nuevo orden global en que ellas son sujetos obligados a inyectar por las venas de nuestras democracias ese orden público internacional de los derechos humanos.

Dentro de nuestras democracias se realiza la diversidad social y cultural. Nos enriquecemos porque nos nutrimos de las diferencias; estas nos hacen más iguales, más libres. La solidaridad es el transporte al que hemos de subirnos si queremos esa mayor igualdad y libertad.

¿Es la solidaridad un principio del orden constitucional, convencional y ético universal que atraviesa a las relaciones ciudadanía-Administraciones Públicas? Es este un tema intenso, denso y controvertido que merecerá seguramente futuras reflexiones.

Hemos querido aportar nuestra mirada de la convergencia dialógica de los tribunales dentro de un sistema común e integrado de derechos humanos en el gran espacio constitucional y convencional. Es una mirada más entre tantas otras que intentan buscar la mayor vigencia posible de los derechos humanos. No es una mirada final, ya que estos evolucionan según avanzan los estándares culturales de nuestra humanidad. En cada avance, habrá que efectuar necesariamente nuevas miradas. Todo ello dentro de un concierto de disciplinas en el cual el derecho es, junto a las diversas ciencias sociales, instrumental del desarrollo sostenible de nuestra humanidad. Reflexiones finales, mas no últimas.

(1) La Corte Suprema explicitó estos dos puntos de tensión en recientes decisiones. En "Fontevicchia II" —citaremos más adelante— desde la mayoría se habla de la soberanía retenida —reserva soberana, para ser más precisos, del art. 27 de la CN—, al tiempo que por voto separado en esa mayoría se enfatiza la no automaticidad del derecho internacional sobre el constitucional, exhortando a realizar un escrutinio de las decisiones de la Corte IDH. En el caso "Villamil" es donde se expresa desde el voto minoritario el otro punto de esta relación binaria de tensión: se habla del abandono de la idea de soberanía ilimitada —voto juez Maqueda, en el precedente "Villamil", CS, 28/02/2017—.

(2) CS, 20/03/2017, "Schiffirin, Leopoldo H. c. Poder Ejecutivo Nacional s/ acción meramente declarativa".

(3) En este punto nunca está de más recordar que la Corte IDH ha excluido de la protección de su propio sistema a las personas jurídicas, salvo a los sindicatos, las comunidades indígenas y tribales (opinión consultiva OC-22/16, 26/02/2016).

(4) En Uruguay, la Suprema Corte de Justicia optó en su razonamiento mayoritario por brindarle efecto relativo a los fallos de la Corte IDH en el resonado precedente "M. L., J. F., O." —denuncia excepción de inconstitucionalidad arts. 1º, 2º y 3º de la ley 18.831—, sentencia del 02/02/2013. En aquello que interesa a nuestro trabajo, el Máximo Tribunal judicial uruguayo en su voto mayoritario consideró que "...nuestro ordenamiento constitucional y legal no instituyen un deber de las autoridades judiciales de la República Oriental del Uruguay de considerar como precedentes vinculantes los fallos de los órganos interamericanos", para luego agregar que "...si bien está fuera de toda discusión que la Corte Interamericana de Derechos Humano es la

intérprete última de la Convención Americana de Derechos Humanos —naturalmente en el ámbito de sus competencias— tampoco puede desconocerse que la intérprete última de la Constitución de la República Oriental del Uruguay es la Suprema Corte de Justicia". Para desde tal razonamiento resolver el caso sometido a estudio con base en principios y garantías constitucionales internas que en parte interdictarían los efectos del fallo de la Corte IDH dictado en el caso "Gelman c. Uruguay", Corte IDH, 24/02/2011, justamente por principios fundamentales que informan la protección de la dignidad del hombre —irretroactividad de la ley penal, seguridad jurídica, entre otros—. El caso tuvo su réplica por la propia Corte IDH en su competencia de supervisión de cumplimiento de sentencias, por la cual se enfatiza el deber de realizar el respectivo control de convencionalidad por parte de los Estados, especialmente por sus jueces. Corte IDH, resolución supervisión de cumplimiento de sentencia caso "Gelman c. Uruguay", 20/03/2013. Venezuela, a través de un "artilugio interpretativo", ha afirmado que puede revisarse la compatibilidad interna de las decisiones de los tribunales internacionales como la Corte IDH desde el constitucionalismo más radicalizado y doméstico posible. Se afirma la posibilidad de declarar la inejecutabilidad interna de una sentencia de la Corte IDH bajo la técnica de quitarle sus efectos por conducto del control de constitucionalidad interno de dichas sentencias. Dictadas las sentencias en el orden internacional, la sala Constitucional las examina efectuando un control de constitucionalidad que concluirá en que ellas no se conforman a su propia Constitución. Tal armado jurídico justifica, a su criterio, el incumplimiento de una sentencia internacional. Estamos frente a un Estado que, por las razones que ensaya, repudia por inconstitucionales las sentencias de la Corte IDH —caso "Aspitz Barbera y otros (Corte Primera de lo Contencioso Administrativo) c. Venezuela", 05/08/2008—, declarándolas inejecutables —TSJ, sala Constitucional, expte. 08-1572, del 18/12/2008—. La postura de dicho país lo llevó: a) a solicitar una opinión consultiva que luego emitiera la Corte IDH bajo el nro. 19/05, por la cual se le informara que la Corte IDH realiza en el ámbito de la respectiva competencia el control de legalidad de la actividad desarrollada por la Comisión IDH; y b) a denunciar el PSJCR en fecha 06/09/2012. El resto de los sucesos ya son conocidos: Venezuela se sale del sistema quitándole así un derecho y garantía a la defensa transnacional de los derechos humanos a la ciudadanía toda.

(5) CS, 14/02/2017, "Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso 'Fontevecchia y D'Amico c. Argentina' por la Corte IDH". Varios comentarios se han efectuado a este fallo, nosotros sugerimos consultar: GELLI, María Angélica, "Los alcances de la obligatoriedad de los fallos de la Corte Interamericana y la reivindicación simbólica de la Corte argentina", LL AR/DOC/500/2017; GARGARELLA, Roberto, "La autoridad democrática frente a las decisiones de la Corte Interamericana", LL AR/DOC/497/2017; ALFONSO, Santiago, "¿Desobediencia debida? ¿Quién tiene la última palabra?", LL AR/DOC/493/2017; GARAY, Alberto, "En ocasiones necesitamos educarnos en lo obvio", LL AR/DOC/492/2017; SACRISTÁN, Estela, "Ejecutando sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: una contestación de oficio muy especial", *El Derecho Constitucional*, 20/03/2017, nro. 14.145; ABRAMOVICH, Víctor, "Comentarios sobre el caso 'Fontevecchia'. La autoridad de las sentencias de la Corte Interamericana y los principios de derecho público argentino", <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2017/09/doctrina45718.pdf>; MANILI, Pablo, "Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación. A propósito del fallo 'Fontevecchia'", LL AR/DOC/693/2017, entre otros tantos.

(6) CS, 2007, "Mazzeo", Fallos 330:3248.

(7) CS, 08/05/2012, "Acosta, Jorge E. y otros s/ recurso de casación". En "Acosta" —cabe recordar— la CS en su mayoría decide no compartir los argumentos vertidos en los aparts. IV y V del dictamen del Sr. procurador general. Recordemos que en dicho dictamen el por entonces jefe de la Procuración General de la Nación realizó un profundo análisis respecto del control de convencionalidad fijando su postura sobre el valor que corresponde en el sistema interno argentino otorgarle a los fallos de la Corte IDH. Allí, en su criterio, lo caracterizó bajo los siguientes alcances: a) los fallos de la Corte IDH no poseen efectos erga omnes, sólo obligan al Estado parte en el litigio y sólo para ese caso en lo que fue objeto de decisión estrictamente, b) la Convención no establece el carácter vinculante de su jurisprudencia, menos aún efecto erga omnes. Para el procurador general, desde el plano de la normativa internacional, no existe deber alguno de seguir la decisión adoptada por la Corte IDH en otros casos similares a los fallados ni tampoco deber alguno de seguir la jurisprudencia de la Corte IDH. En su pensamiento, las sentencias de dicho tribunal no tienen eficacia jurídica general (efectos erga omnes). Luego se cuestiona si existe en el sistema interno norma alguna que otorgue a las decisiones de la Corte IDH valor vinculante. Y allí, luego de ponderar el marco constitucional, analiza la doctrina establecida por la CS en el caso "Giroldi"; como se sabe, la CS sentó en dicho precedente la doctrina por la cual la jurisprudencia de la Corte IDH debe servir de guías interpretativas para los jueces internos, y la fuerza obligatoria sólo prima facie de las sentencias de la CS; concluye en que los jueces internos poseen tan sólo el deber de consideración de la jurisprudencia de la Corte IDH —dictamen del procurador general de la

Nación Esteban Righi en "A. J. E. y otro s/ recurso de casación", 10/03/2010—. Hemos explicado estos aspectos en GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo Á., "El valor de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su aplicación en los ámbitos nacional y local. El derecho administrativo hoy, 16 años después", RAP, 2013. Éste y demás artículos vinculados a la materia pueden ser consultados en www.gutierrezcolantuono.com.ar.

(8) CS, 27/11/2012, "Rodríguez, Pereyra, Jorge L. y otra c. Ejército Argentino s/ daños y perjuicios".

(9) CS, 14/02/2017, "Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso 'Fontevicchia y D'Amico c. Argentina' por la Corte IDH".

(10) Tiene dicho la Corte IDH: "Al respecto, el tribunal reitera que la jurisdicción internacional tiene carácter subsidiario, coadyuvante y complementario, en razón de lo cual no desempeña funciones de tribunal de 'cuarta instancia'. La Corte no es un tribunal de alzada o de apelación para dirimir los desacuerdos entre las partes sobre algunos alcances de la valoración de prueba o de la aplicación del derecho interno en aspectos que no estén directamente relacionados con el cumplimiento de obligaciones internacionales de derechos humanos. Es por ello que ha sostenido que, en principio, 'corresponde a los tribunales del Estado el examen de los hechos y las pruebas presentadas en las causas particulares'. Corte IDH, caso 'Atala Riffo y niñas c. Chile', sentencia de 24/02/2012 (fondo, reparaciones y costas). Para aclarar: 'En cuanto al alegato de la representante conforme al cual supuestamente la prueba recabada dentro del expediente judicial P-46824/05 fue valorada de manera arbitraria por privilegiar algunas evidencias sobre otras, la Corte destaca que la jurisdicción internacional tiene carácter subsidiario, coadyuvante y complementario, por lo que no desempeña funciones de tribunal de cuarta instancia. Al tribunal le corresponde decidir si, en el caso de que se trate, el Estado violó un derecho protegido en la Convención, incurriendo, consecuentemente, en responsabilidad internacional. Por lo tanto, la Corte no se pronunciará respecto de este punto'. Corte IDH, caso 'Mendoza y otros c. Argentina', sentencia 14/05/2013 —excepciones preliminares, fondo y reparaciones—".

(11) "Art. 5° bis. Se podrá interponer recurso de revisión ante el Tribunal Supremo contra una resolución judicial firme, con arreglo a las normas procesales de cada orden jurisdiccional, cuando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos haya declarado que dicha resolución ha sido dictada en violación de alguno de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y sus Protocolos, siempre que la violación, por su naturaleza y gravedad, entrañe efectos que persistan y no puedan cesar de ningún otro modo que no sea mediante esta revisión"; Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 01 de julio, del Poder Judicial.

(12) CS, 29/11/2011, "Derecho, René J. s/ incidente de prescripción de la acción penal", causa 24.079. Ver en especial los votos disidentes de los jueces Argibay y Fayt.

(13) Corte IDH, 20/03/2013, resolución supervisión de cumplimiento de sentencia caso "Gelman c. Uruguay".

(14) Volvemos a citar aquí la posición del procurador general de la Nación Esteban Righi en su dictamen en "A. J. E. y otro s/ recurso de casación", 10/03/2010. Allí se analizan distintos interrogantes y respuestas al carácter y alcances en el sistema interno de las decisiones con argumentación propia de parte del entonces procurador Righi. Se puede ampliar en GELLI, María Angélica, "El plazo razonable de la prisión preventiva y el valor de la jurisprudencia internacional (en el caso 'Acosta')", LA LEY, 2012-D, 464, y nuestro ya citado artículo, "El valor de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos...".

(15) La CS en los casos "Faifman, Ruth M. y otros c. Estado Nacional daños y perjuicios", 25/03/2015 y "Priebke, Erich s/ solicitud de extradición", causa 16.063/94, 02/11/1995, ha explicado y aplicado este principio.

(16) Así lo ha expresado al sostener: "El referido carácter complementario de la jurisdicción internacional significa que el sistema de protección instaurado por la Convención Americana no sustituye a las jurisdicciones nacionales, sino que las complementa. De tal manera, el Estado es el principal garante de los derechos humanos de la personas, por lo que, si se produce un acto violatorio de dichos derechos, es él quien debe de resolver el asunto a nivel interno y, de ser el caso, reparar, antes de tener que responder ante instancias internacionales. En este sentido, la jurisprudencia reciente ha reconocido que todas las autoridades de un Estado parte en la Convención, tienen la obligación de ejercer un 'control de convencionalidad', de forma tal que la interpretación y aplicación del derecho nacional sea consistente con las obligaciones internacionales del Estado en materia de derechos humanos. De lo anterior se desprende que, en el sistema interamericano, existe un control dinámico y complementario de las obligaciones convencionales de los Estados de respetar y garantizar los derechos humanos, conjuntamente entre las autoridades internas (primariamente obligadas) y las instancias internacionales (en forma complementaria), de modo que los criterios de decisión, y los mecanismos de protección, tanto los nacionales como los internacionales, puedan ser conformados y adecuados entre sí. Así, la

jurisprudencia de la Corte muestra casos en que se retoman decisiones de tribunales internos para fundamentar y conceptualizar la violación de la Convención en el caso específico; en otros casos se ha reconocido que, en forma concordante con las obligaciones internacionales, los órganos, instancias o tribunales internos han adoptado medidas adecuadas para remediar la situación que dio origen al caso; ya han resuelto la violación alegada; han dispuesto reparaciones razonables, o han ejercido un adecuado control de convencionalidad. En este sentido, la Corte ha señalado que la responsabilidad estatal bajo la Convención sólo puede ser exigida a nivel internacional después de que el Estado haya tenido la oportunidad de reconocer, en su caso, una violación de un derecho, y de reparar por sus propios medios los daños ocasionados"; Corte IDH, 01/12/2016, caso "Andrade Salmón c. Bolivia" (fondo, reparaciones y costas). Si bien —a nota a pie— seguidamente la Corte cita su propia doctrina sobre el control de convencionalidad: "Cuando un Estado es parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin, por lo que los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un 'control de convencionalidad' entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes y en esta tarea, deben tener en cuenta no solamente el Tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana". Cfr. caso del 26/09/2006, "Almonacid Arellano y otros c. Chile", excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, Serie C 154, párr. 124, y caso "García Ibarra y otros c. Ecuador", párr. 103.

(17) El libre margen de apreciación de los Estados miembros permite muchas veces justamente evitar pronunciarse los tribunales internacionales a fin de no generar a destiempo un estándar que aún no ha sido un emergente de las comunes tradiciones de esos países. Las construcciones internacionales y nacionales en tiempos de una institucionalidad calma, respetuosa y reflexiva debieran ser una exteriorización de aquel orden público de los derechos humanos que expresa el mínimo común ético de la humanidad entera al que están llamados los países a preservar, promover y ampliar. Ello llevará a la armonización antes que a la disputa por un conflicto de preeminencia de unos sobre otros.

(18) La Corte IDH ha indicado "...que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales. Tal interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación establecidas en el art. 29 de la Convención Americana, así como en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. En este sentido, esta Corte ha afirmado que al dar interpretación a un tratado no sólo se toman en cuenta los acuerdos e instrumentos formalmente relacionados con éste (art. 31.2 de la Convención de Viena), sino también el sistema dentro del cual se inscribe (art. 31.3 de mismo instrumento). Igualmente, este Tribunal ha considerado que podría 'abordar la interpretación de un tratado siempre que esté directamente implicada la protección de los derechos humanos en un Estado miembro del sistema interamericano', aunque dicho instrumento no provenga del mismo sistema regional de protección. En este sentido, la Corte ha interpretado el art. 21 de la Convención a la luz de la legislación interna referente a los derechos de los miembros de los pueblos indígenas y tribales en casos de Nicaragua, Paraguay y Surinam, por ejemplo, así como también teniendo en cuenta el Convenio 169 de la OIT..." (Corte IDH, 27/06/2012, caso "Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku c. Ecuador" —fondo y reparaciones—).

(19) Conforme así se argumenta en "Rodríguez Pereyra c. Ejército Argentino, s/ daños y perjuicios" —CS, 27/11/2012, consids. 11 a 13 especialmente—.

(20) En este último supuesto y antes de decidir habrá de darle el derecho a ser oído a las partes sobre ese posible control que se ejercerá. Es interesante analizar el nuevo Código Procesal Civil y Comercial sancionado por la provincia de Mendoza, el cual contempla expresamente el control de convencionalidad, <http://www.jus.mendoza.gov.ar/documents/10184/12111/LEY+9001.pdf/2fd0b123-7977-44fd-a2ba-1bf00a40dee7>.

(21) Sugerimos en este tema ver por todos BIANCHI, Alberto B., "La delegación legislativa: evolución y estado actual", Anuario del Centro de Derecho Constitucional, Ed. Forum, nro. 3, 2015.

(22) Así lo explica VALIM, Rafael, en su trabajo titulado "Estado de exceção: A forma jurídica do neoliberalismo", Ed. Contracorrente, São Paulo, 2017.

(23) Basta referenciar dos hitos en este tema para tener percepción del nuevo orden internacional interno más allá de las convenciones de derechos humanos: a) caso CIADI ARB/09/1 (Aerolíneas Argentinas), laudo "Teinver SA, Transportes de Cercanías SA y Autobuses Urbanos del Sur SA (demandantes) y la República Argentina (demandada)", enviado a las partes, 21/07/2017; b) resolución 598/2013 del Ministerio de Economía de la Nación Argentina, que efectiviza el cumplimiento interno de una decisión del CIADI.

(24) Consecuencia de ello ha sido la aplicación del plazo razonable a la Administración dentro de la actividad sancionadora —CS, 26/06/2012, "Losicer, Jorge A. y otros c. BCRA", res. 169/05—; la invalidez de las cláusulas que impiden impugnar decisiones administrativas —CS, 14/10/2004, "Astorga Bracht, Sergio y otro c. Comfer - dec. 310/1998 s/ amparo ley 16.986"—, entre otros. Hemos tratado estos temas en "Derechos y prerrogativas públicas: aspectos de un nuevo orden", LA LEY, 2012-E, 592.

(25) Corte IDH, 02/02/2001, "Baena, Ricardo y otros"; 31/01/2001, "Tribunal Constitucional c. Perú".

(26) En un voto ampliado y de por más interesante emitido por el juez Diego García-Sayán en el caso "Barbani Duarte y otros c. Uruguay", Corte IDH, 13/10/2011, se ha resumido quizás de forma excepcional este tema: "El aspecto esencial de lo que contiene el art. 8º, por ello, no reside, pues, en la naturaleza de la autoridad dentro del ordenamiento constitucional del país, sino en lo que el procedimiento busca determinar y resolver en cuanto a garantías a favor de la persona. Si el sentido de la norma es el de ofrecer ciertas garantías básicas en la determinación de derechos u obligaciones de la persona, parece claro que el aspecto medular y trascendente es éste, y no el de la naturaleza de la autoridad. Éste parece ser, pues, el criterio central para establecer que es obligatorio atenerse a las exigencias del art. 8º en lo que sea pertinente a espacios extrajudiciales. En otras palabras, es claro que la Convención tiene establecido que deben garantizarse los derechos de la persona tanto en las esferas no judiciales como en las judiciales teniendo en cuenta lo que sea aplicable a un procedimiento no judicial".

(27) Es la interpretación evolutiva que nos ofrece el art. 8º del PSJCR que contiene desde siempre la garantía de la tutela judicial efectiva.

(28) Sobre el tema de la potestad disciplinaria remitimos por todos a IVANEGA Miriam, "Cuestiones de potestad disciplinaria y derecho de defensa", en especial Cap. VII: "Otros supuestos del control judicial de la potestad disciplinaria", RAP, 2010.

(29) Corte IDH, 31/08/2012, caso "Furlán y Familiares c. Argentina".

(30) Es muy interesante, en cambio, la regulación que adopta en este punto el nuevo Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Mendoza. También lo es aquella disquisición que efectúa el juez Rosatti en su voto en el caso "CEPIS c. Ministerio de Energía y Minería" (CS, 18/08/2016) entre "usuario, consumidor" y "administrado". De nuestra parte, creemos, tal como venimos expresándolo en distintos ámbitos académicos, que debemos hablar de ciudadanía antes que de administrados y luego sí realizar diferenciaciones según la diversidad que indican las Constituciones y las convenciones.

(31) Desde el origen mismo de nuestro sistema constitucional éste ha sido un principio básico de la división de poderes —art. 109, CN—. Explica María Angélica Gelli en su comentario a tal cláusula constitucional: "Por otro lado, la constitucionalidad de la jurisdicción administrativa aun con control judicial suficiente, es decir, con cabal revisión de los hechos y el derecho implicados encuentra en el art. 109 otra expresa limitación"; GELLI, María Angélica, "Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada", Ed. La Ley, 2008, 4ª ed. ampl. y act., p. 451.

(32) Es una obligación del intérprete orientar su labor en el sentido más favorable al destinatario de la protección internacional. Ello es así en tanto la protección a los derechos humanos parte de la afirmación de la existencia de ciertos atributos inviolables de la persona humana que no pueden ser legítimamente menoscabados por el ejercicio del poder público. Se trata de esferas individuales que el Estado no puede vulnerar o en las que sólo puede penetrar limitadamente; Corte IDH, 09/05/1986, OC-6/86, "La expresión 'leyes' en el art. 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos". Se trata de preferir la interpretación que más derechos acuerde al ser humano. El pro homine resulta un criterio hermenéutico esencial para la comprensión integral de cualquier ordenamiento que asegure derechos fundamentales y posee una especial dimensión desde la consagración de los tratados de derechos humanos, en tantos instrumentos pensados para tutelar a la persona y no para regular relaciones entre Estados. Es que la protección de los derechos humanos parte de la afirmación de la existencia de ciertos atributos inviolables de la persona que no pueden ser legítimamente menoscabados por el ejercicio del poder público, el cual posee naturaleza instrumental frente a ellos. En la protección a los derechos humanos está necesariamente comprendida la noción de restricción al ejercicio del poder estatal; Corte IDH, OC-6/86, cit. Porque el sistema mismo de los tratados "está dirigido a reconocer derechos y libertades a las personas y no a facultar a los Estados para hacerlo"; Corte IDH, OC-7/86. En el ámbito americano, el principio comentado tiene sustento normativo específico en los arts. 29 y 30 de la Convención, entendiéndolo su Corte que —especialmente la primera disposición— "prohíbe una interpretación restrictiva de los derechos" de resultados de lo cual "si a una situación son aplicables dos normas distintas, debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana"; Corte IDH, OC-18/03. Esto significa que si alguna ley del Estado u otro tratado internacional del cual aquél sea parte otorga una mayor protección o regula con mayor amplitud el goce y

ejercicio de algún derecho o libertad, deberá aplicarse la norma más favorable para la tutela de los derechos humanos. El intérprete siempre debe elegir la alternativa más favorable para la tutela de los derechos; Corte IDH, 08/11/1999, "Baena, Ricardo y otros", excepciones preliminares, y ello alcanza tanto a la selección de la norma aplicable al caso cuanto al modo de interpretarla.

(33) Corte IDH, 18/10/2017, caso "Fontevicchia y D'Amico c. Argentina", resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia, http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/fontevicchia_18_10_17.pdf.

(34) Funda tal criterio en las siguientes argumentaciones: a) la imposibilidad de que quien ha infraccionado las obligaciones internacionales —el Estado, y especialmente el propio órgano interno que generó la violación— sea quien decida luego no cumplir la sentencia de la Corte IDH; b) la reparación ordenada consistente en "dejar sin efecto la sentencia interna" al ser de naturaleza civil y no penal puede ser cumplida bajo diferentes opciones, las cuales la CS no exploró; la Corte IDH enumera opciones posibles en el numeral 21 de su resolución; c) no le es disponible al tribunal interno decidir cuándo una sentencia internacional es o no obligatoria; d) tampoco es posible atribuirse la facultad de analizar la competencia de la propia Corte IDH; e) la decisión adoptada por la CS es contraria a su propia jurisprudencia, y f) la CS no interpreta correctamente el alcance de los principios de subsidiariedad y complementariedad que rigen al sistema todo.