

# El control de convencionalidad interno y el rol preventivo de las Administraciones Públicas

Pablo Ángel Gutiérrez Colantuono

---

Tesis doctoral UDC / 2020

Director/a: *D. Jaime Rodríguez-Arana Muñoz*

Tutor/a: *D. Jaime Rodríguez-Arana Muñoz*

Programa de doctorado en Derecho Administrativo Iberoamericano



UNIVERSIDADE DA CORUÑA



## **Agradecimientos**

Quiero agradecer a quienes han hecho posible este trabajo, que es individual pero que ha sido producto de la confluencia de la buena voluntad de muchas personas.

Recoge, esta investigación, 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 postgrado, congresos, jornadas y talleres que me han generado preguntas cuyas búsquedas de respuestas han guiado el interés de este trabajo de investigación. Gracias a todos ellos.

Gracias a profesores y profesoras con quienes comparto habitualmente eventos académicos, porque 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.

Al Profesor Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, gracias por su generosidad, por su firmeza cálida y respetuosa en guiarme por los caminos que me conducirían hacia el objetivo final: la tesis.

A la Universidad de la Coruña, al espacio anual de las Jornadas Iberoamericanas de Derecho Administrativo del Pazo de Mariñán y a este, el del propio Doctorado en Derecho Iberoamericano quiero agradecer. Ambos no son lugares de paso. Por el contrario, son lugares en los cuales nos detenemos porque nos sentimos parte de ellos, gracias a quienes así nos han abierto las puertas de dichos espacios.

Especial agradecimiento a quienes desde el área de Doctorado de la Universidad fueron gentiles y predispuestos. En especial deseo agradecer a la Profesora María Victoria de Dios Viéitez, por su paciencia y acompañamiento.

A Mariana Boschetti, Christian Olmos y a Claudia Marconi, agradezco porque en sus propias áreas del hacer y saber, me han prestado tiempo, atención y ayuda.

A quienes me alojan en su propia casa, que es la mía en mis viajes por el mundo, en nombre de Henry Heriquez Machado y “Maite” Olmeda Sánchez agradezco a todos.

A mi familia, la construida y aquella otra que me dio la vida, Gracias.

A mi madre quiero agradecer, porque aún recuerdo imágenes de ella escribiendo su propia tesis doctoral en la ciencia de la geografía, hace muchos años ya. Ello sucedía en contextos en que a las mujeres con trabajo y familia a su cargo les era doble esfuerzo la carrera docente y de investigadora.

Gracias, en definitiva, a la vida.

Neuquén, Patagonia Argentina

Septiembre del 2020, en contexto de pandemia.

## **Resumen**

La irrupción de los sistemas de derechos humanos a nivel constitucional genera consecuencias en el ámbito de las Administraciones Públicas y la ciudadanía. La persona y su dignidad son la centralidad del Derecho Administrativo. Desde la mirada convergente de los derechos humanos construimos y fundamentamos un concepto propio del control de convencionalidad interno en doble dimensión: obligación estatal y garantía ciudadana. Junto al deber de garantía explican el rol preventivo de las Administraciones Públicas que complementa a las funciones clásicas. Este rol es expresión del deber de garantía genérico. Aquellas protegen y promocionan los compromisos internacionales, toman la iniciativa para remover cualquier obstáculo a la efectividad de los derechos. La tutela administrativa efectiva, el derecho a los nuevos derechos y garantías, la cogestión del bienestar general desde los deberes humanos de la ciudadanía, las nuevas dimensiones interpretativas, el salto cultural de la dimensión homogénea hacia la heterogénea en cuanto a reflejos de la diversidad existente en la composición de las sociedades y el ensanche del contenido de juridicidad, son algunas de las principales consecuencias tematizadas. El control de convencionalidad interno es desplegado en la propia sede de las Administraciones Públicas, de manera simétrica y sinérgica con el control de constitucionalidad.

## **Summary**

The irruption of human rights systems at a constitutional level, has consequences in the field of Public Administrations and the citizens. The person and his dignity are at the center of the Administrative Law. From the convergent perspective of human rights, we build and base our own concept of the control of internal conventionality in two dimensions: state obligation and citizen guarantee. Alongside the duty of guarantee explain the preventive role of Public Administrations that complements classical functions. This role is an expression of the generic warranty duty. They protect and promote international commitments, take the initiative to remove any obstacles to the effectiveness of rights. Effective administrative protection, the right to new rights and guarantees, the co-management of general well-being from the human duties of citizenship, the new

interpretative dimensions, the cultural leap of the homogeneous dimension towards the heterogeneous in terms of reflections of the diversity existing in the composition of societies and the widening of the content of juridicity, are some of the main consequences mentioned. Internal conventionality control is deployed at the bases of the Public Administrations itself, symmetrically and synergistically with constitutionality control.

## **Resumo**

A irrupción dos sistemas de dereitos humanos a nivel constitucional xera consecuencias no ámbito das Administracións Públicas e a cidadanía. A persoa e a súa dignidade son a centralidade do Dereito Administrativo. Desde a mirada converxente dos dereitos humanos construímos e fundamentamos un concepto propio do control de convencionalidade interno en dobre dimensión: obrigaón estatal e garantía cidadá. Xunto ao deber de garantía explican o rol preventivo das Administracións Públicas que complementa ás funcións clásicas. Este rol é expresión do deber de garantía xenérico. Aquelas protexen e promocionan os compromisos internacionais, toman a iniciativa para remover calquera obstáculo á efectividade dos dereitos. A tutela administrativa efectiva, o dereito aos novos dereitos e garantías, a coexistión do benestar xeral desde o deberes humanos da cidadanía, as novas dimensións interpretativas, o salto cultural da dimensión homoxénea cara á heteroxénea en canto a reflexos da diversidade existente na composición das sociedades e o ensanche do contido de xuridicidade, son algunhas das principais consecuencias tematizadas. O control de convencionalidade interno é despregado na propia sede das Administracións Públicas, de maneira simétrica e sinérgica co control de constitucionalidade.

## **Índice de abreviaturas**

✓ apdo.	Apartado.
✓ art.	Artículo.
✓ arts.	Artículos.
✓ CADH	Convención Americana de Derechos Humanos.
✓ cap.	Capítulo.
✓ CDFT	Cuarta Disposición Final y Transitoria.
✓ CDFUE	Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.
✓ CDH	Comité de Derechos Humanos.
✓ Cdo.	Considerando.
✓ CEDAW	Convenio sobre la Eliminación de todas formas de Discriminación contra la Mujer.
✓ CEDH	Convención Europea de Derechos Humanos.
✓ CERD	Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial.
✓ CIADI	Convenio Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones.
✓ CIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos.
✓ CN	Constitución Nacional Argentina.
✓ Coord.	Coordinador.
✓ Coords.	Coordinadores.
✓ Corte IDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos.
✓ CSJN	Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina.
✓ DDHH	Derechos Humanos.
✓ DESC	Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
✓ DESCA	Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales.
✓ Dir.	Director.
✓ dirs.	Disertante.
✓ Ed.	Editorial.
✓ ed.	Edición.
✓ exp.	Expediente.

✓ Fund.	Fundación.
✓ IIDH	Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
✓ inc.	Inciso.
✓ Nro.	Número.
✓ OC.	Opinión Consultiva.
✓ OEA	Organización de los Estados Americanos.
✓ OIT	Organización Internacional del Trabajo.
✓ pág.	Página.
✓ págs.	Páginas.
✓ párr.	Párrafo.
✓ párrs.	Párrafos.
✓ PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
✓ PIDESC	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
✓ PSJCR	Pacto San José de Costa Rica.
✓ Res.	Resolución.
✓ Secc.	Sección.
✓ SEDH	Sistema Europeo de Derechos Humanos.
✓ SIDH	Sistema Interamericano de Derechos Humanos.
✓ ss.	Siguientes.
✓ STEDH	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
✓ t.	Tomo.
✓ TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
✓ TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
✓ TSJ	Tribunal Superior de Justicia.
✓ vol.	Volumen.
✓ Loc. cit.	La misma cita que la anterior.
✓ Ibídem.	El mismo autor que la cita anterior, pero diferencia en alguna información. Ej. El número de página.
✓ op. cit.	Cuando refiere a alguna cita ya nombrada, pero que no es la anterior.

## Índice

I.- Prefacio .....	13
I.1.- Introducción .....	14
I.2.- ¿Por qué ocuparnos de las Administraciones Públicas y la convencionalidad? .....	19
I.3.- Planteo metodológico.....	25
II.- Parte Primera. El control de convencionalidad interno .....	28
II.1.- La irrupción de los sistemas integrados de los derechos humanos.....	29
II.2.- El control de convencionalidad interno .....	30
II.2.1.- Control de convencionalidad interno, origen, evolución y estado actual.....	32
II.2.1.1.- El emblemático caso “ <i>Almonacid Arellano</i> ” de la Corte IDH.....	38
II.2.1.2.- La consolidación del criterio “ <i>Almonacid Arellano</i> ” en la casuística de la Corte IDH .....	43
II.2.1.3.- En búsqueda de nuevos y mayores ámbitos de proyección del control de convencionalidad .....	50
II.2.1.4.- La mirada de recíproca influencia .....	53
II.2.1.5.- Un punto de inflexión, el caso “ <i>Gelman vs. Uruguay</i> ” .....	62
II.2.1.6.- Un caso de alta tensión de la Corte Suprema de Justicia Argentina.....	74
II.3.- Fundamentos del control de convencionalidad interno .....	84
II.3.1.- El marco general obligacional.....	85
II.3.2.- El efecto útil .....	89

II.3.3.- La prevención de las violaciones a los derechos humanos: El principio de subsidiariedad o complementariedad .....	94
II.3.4.- La prevención de la responsabilidad internacional .....	96
II.3.5.- El control de convencionalidad interno y la ejecución de las sentencias .....	103
II.3.5.1.- En la Europa de los derechos humanos .....	105
II.3.5.2.- El SIDH y sus características.....	117
II.3.5.3.- La mirada convergente .....	126
II.4.- Recapitulación: afirmaciones y conclusiones de la Parte Primera.....	130
II.5.- Nuestro concepto del control de convencionalidad interno .....	133
II.6.- Proyecciones en el ámbito de las Administraciones Públicas .....	134
III.- Parte Segunda. Administraciones Públicas y el control de convencionalidad interno en su propia sede .....	135
III.1.- La persona y su dignidad en la centralidad del sistema del Derecho Administrativo .....	136
III.1.1.- La positivización de la dignidad de la persona .....	137
III.1.2.- Alcances del concepto.....	142
III.1.2.1.- Las personas jurídicas .....	145
III.1.2.2.- Los seres no humanos: los animales.....	153
III.1.2.3.- La dimensión ambiental .....	155
III.2.- Las Administraciones Públicas como autoridades obligadas y la prevención administrativa.....	165
III.2.1.- La función preventiva y la buena fe administrativa.....	172

III.2.2.- Las Administraciones Públicas como sujetos obligados .....	178
III.2.3.- Control de convencionalidad en la sede de las propias Administraciones Públicas .....	181
III.2.4.- ¿Pueden las Administraciones Públicas declarar inconvencional y/o inaplicar una ley o reglamento en su propia sede?.....	190
III.2.5.- La aplicación interna de la convencionalidad supone nuevas consecuencias interpretativas para las Administraciones Públicas .....	193
III.2.6.- Tutela administrativa efectiva.....	203
III.2.6.1.- La tutela administrativa efectiva en siete afirmaciones.....	214
III.2.6.2.- Tutela administrativa efectiva y debido proceso .....	217
III.2.6.3.- La tutela administrativa efectiva como expresión de la prevención .....	225
III.2.7.- Administraciones Públicas heterogéneas con mecanismos vinculares heterogéneos.....	227
III.2.8.- La intersección de la prevención administrativa con los deberes humanos: la cogestión como mandato convencional.....	240
III.2.8.1.- Control social y acceso a la información .....	243
III.2.8.1.1.- El acceso a la información pública desde el plano convencional: sus principios y reglas .....	247
III.2.8.1.2.- El principio de máxima divulgación.....	249
III.2.8.1.3.- Acceso real y efectivo.....	251
III.2.8.1.4.- Las Administraciones Públicas, el procedimiento administrativo y el principio de máxima divulgación.....	253
III.2.9.- Los efectos “extra partes” de la Corte IDH y la prevención.....	253

III.3.- Recapitulación Parte Segunda .....	258
IV.- Parte Tercera. Afirmaciones .....	262
IV.1.- Afirmaciones demostradas .....	263
IV.1.1.- Del orden de los jueces .....	263
IV.1.2.- Del orden de las Administraciones Públicas .....	271
IV.1.3.- Del orden de la ciudadanía y sus Administraciones Públicas.....	276
IV.1.4.- Del orden de la juridicidad de las Administraciones Públicas convencionales .....	278
IV.1.5.- El rol preventivo de las Administraciones Públicas .....	279
IV.2.- La expansión del Derecho Administrativo hacia la convencionalidad .....	281
V.- Bibliografía.....	287
VI.- Jurisprudencia .....	303
VI.1.- Corte Interamericana de Derechos Humanos .....	304
VI.2.- Tribunal Europeo de Derechos Humanos .....	313
VI.3.- Comité de Derechos Humanos .....	315
VI.4.- Fallos de Cortes y Tribunales del SIDH.....	315
VI.5.- Fallos de Cortes y Tribunales Europeos.....	318
VI.6.- Informes de Organismos Internacionales .....	318
VI.7.- Páginas Web .....	319
VII.- Normas.....	320

## **I.- Prefacio**

## I.1.- Introducción

La constitucionalización del orden convencional y la convencionalidad del orden constitucional, junto a la globalización de los ordenamientos como proceso ya más integral<sup>1</sup>, genera 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 y no tan solo la interna. Hablamos de permeabilidades recíprocas y horizontales antes que unilaterales y verticales. Es por tal razón que exploraremos a la espontaneidad y a 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

---

<sup>1</sup> Entre otros aspectos nos enseña Agustín 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” (GORDILLO, Agustín, “*La corrupción como delito de lesa humanidad*”, Revista Jurídica de San Luís, Nro. 1, IJ-CCCXLIV-670, mayo 2017). Por otro lado, Alejandro 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 sólo 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 quien el derecho internacional de los derechos humanos reviste 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” (PÉREZ HUALDE, Alejandro, “*La necesaria determinación de la desigualdad para el tratamiento equitativo de los derechos fundamentales*”, Anuario Iberoamericano de Derecho Administrativo Social, Nro. 2, 2019). 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 de este siglo (...)”. FERRAJOLI, Luigi, “*Derechos y garantías. La ley del más débil*”, Ed. Trotta, ed. 4, Madrid, 2004, pág. 59.

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.

Nos ocuparemos de las consecuencias de la irrupción en el orden interno al menos con nivel constitucional de los tratados de derechos humanos<sup>2</sup> – 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 sistemas,<sup>3</sup> que en el SIDH aparece, en el ámbito de las Administraciones Públicas, la prevención. Esta es una expresión del deber genérico de garantía que genera 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, y poco estudiada, que es el control interno de las propias Administraciones Públicas de ese control de convencionalidad. Esta última dimensión es la que alumbra una nueva actividad de las Administraciones Públicas, el rol preventivo con diversas proyecciones.

La primera dimensión se encuentra motivada en el hecho que es de toda evidencia las consecuencias que la presencia de un tribunal internacional regional en derechos humanos genera con los tribunales internos estatales, no sin tensiones. Se tematiza sobre los niveles de compatibilidad interna internacional, los efectos de las sentencias de ese tribunal

---

<sup>2</sup> Hace tiempo ya nos 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 (...)." GORDILLO, Agustín, *"Hacia la unidad del orden jurídico mundial"*, Ed. RAP, Buenos Aires, 2009, pág. 54.

<sup>3</sup> Es un clásico citar en el fenómeno de la interconexión de los sistemas la obra de RETORTILLO BAQUER, Lorenzo M., *"La interconexión de los ordenamientos jurídicos y el sistema de fuentes del derecho"*, Ed. Thomson Reuters Civitas, Madrid, 2004.

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 analizarse 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. Es este control de convencionalidad interno el que merecerá nuestra especial atención y sobre el cual formularemos nuestra propia definición y fundamentos. Nos ocuparemos en la Parte Primera 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 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. Es 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 tanto una de las autoridades obligadas aparecen con una nueva actividad: el preventivo y sus proyecciones. Y este es el asunto principal de nuestra investigación en la Parte Segunda.

Es cierto que 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 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 del Estado saberse 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 consagradas en el Pacto de San José de Costa Rica (en adelante, PSJCR).

Es el control de convencionalidad interno un deber por parte de las autoridades al tiempo que se erige como una nueva garantía ciudadana, así lo explicaremos y fundaremos.

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 de nuestro desafío en la investigación, averiguar 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 los mismos rigen internamente en un orden

constitucional bajo las condiciones de su vigencia<sup>4</sup> 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 sentencias<sup>5</sup> – generan efectos directos en los sistemas internos, no tan solo en el caso en que fuere parte el Estado miembro, sino en toda la jurisprudencia que se construye en tal órgano jurisdiccional internacional. Es esto aquello 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. Y es este modelo el que recorre con ciertos matices a los países integrantes el SIDH.

Esto es esencial comprenderlo para adentrarnos en el constitucionalismo y convencionalismo de los derechos humanos regional Interamericano, de aquel otro, el Europeo, que tanto en el plano convencional internacional, como en el interno se presenta diferencial, al menos en la porción de estudio que involucra el presente trabajo de investigación.

Más allá de las diferencias existentes y ya en una mirada mayor contextual, unos y otros incorporan como bien se ha dicho un nuevo lenguaje: “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 (...)”<sup>6</sup>. Y este es el punto central en todo análisis de ordenamientos

---

<sup>4</sup> La Argentina expresamente así lo ha establecido 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 (...)”, Constitución Nacional Argentina, Reforma 1994, art. 75, inc. 22.

<sup>5</sup> Las Opiniones Consultivas poseen una destacada trascendencia en el ámbito normativo del sistema americano. Basta leer detenidamente a algunas de ellas para que el lector pueda advertir la importancia de esta vía interpretativa de la Corte IDH y la incidencia directa de ellas 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 la OC. 18/03, 17/09/2003, “*Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*”, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos - 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 ha solicitado la consulta.

<sup>6</sup> Tal como lo indican GARCÍA ROCA, Javier; SANTOLAYA, Pablo (Coord.) en la obra colectiva, “*La Europa de los Derechos. El convenio Europeo de Derechos Humanos*”, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005, pág. 17.

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.

## I.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 también secuelas que han pervivido más allá de aquellos períodos de facto. Estos fenómenos han impactado<sup>7</sup>, en nuestro criterio, negativamente en determinadas zonas de las Administraciones Públicas. Algunos rasgos autoritarios y 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 dispositivos, mecanismos y metodologías que no siempre fortalecen la ampliación de la base democrática de las mismas. 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 no se observan frecuentemente 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

---

<sup>7</sup> 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”. CASSESE, Sabino, “*Derecho Administrativo: historia y futuro*”, Ed. INAP, Sevilla, 2014, pág. 455.

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 valora para disentir o acordar con la expresión de estas.

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 y/o las condiciones que la rodean. Muestra de ello es seguir utilizando, en el Derecho Administrativo, la expresión *administrado*<sup>8</sup> para indicar homogéneamente a la ciudadanía, bajo una idea que aún pervive en algunos sectores de estar frente a una relación de subordinación de estas 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” más 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 procedimientos 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. Y debemos hacerlo de manera

---

<sup>8</sup> “Tradicionalmente, la base del Derecho Administrativo la constituía la relación bipolar entre *administré* y la *autorité publique*. No obstante, en los últimos treinta años se han producido dos fenómenos. El *administré*, sujeto a las autoridades administrativas, se ha convertido en ciudadano, plenamente facultado para el ejercicio de derechos frente al Gobierno, por ejemplo, tiene derecho a ser informado, a hacerse oír, a la motivación de las decisiones y a que las mismas puedan revisarlas tribunales independientes. De la misma manera, la “revolución de los derechos” ha producido muchos cambios trascendentes en el ámbito del Derecho Administrativo.” Loc. Cit.

innovativa y creativa repensando el contenido y en cierta manera el modelo de gobernanza y de ciudadanía.

Es en esta línea que 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 las que aquellas tienen por finalidad satisfacer el bienestar general.

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, sea quizás 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 al procedimiento administrativo dentro de los estándares construidos y enriquecidos del debido proceso judicial. Pero que, al mismo tiempo, tal como lo indicaremos, 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. Explicando 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 humana<sup>9</sup>, los límites se derivan de los derechos humanos en tanto atributos inherentes a la dignidad humana<sup>10</sup>. 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

---

<sup>9</sup> “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” RODRIGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, *“Derecho administrativo y derechos sociales fundamentales”*, Ed. Derecho Global, Sevilla, 2015, pág. 502.

<sup>10</sup> Corte IDH, 29/07/1988, *“Velásquez Rodríguez vs. Honduras”*, Fondo, Cdo. 165.

adjudicación y/o distribución de bienes en una sociedad<sup>11</sup>. 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.<sup>12</sup>

Pero ciertamente ello no ha sido el único aporte en el área de nuestro Derecho Administrativo, diversas construcciones de estándares por la Corte IDH atraviesan a 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

---

<sup>11</sup> GARZÓN VALDÉS, Ernesto, “¿Cuál es la relevancia moral del concepto de dignidad humana?”, Ed. Trotta, Madrid, 2011, pág. 100.

<sup>12</sup> Reconocida en su tiempo por la justicia española, al sostener el Tribunal Supremo Español: “(...) El deber de motivación de las Administraciones Públicas se engarza en el derecho de los ciudadanos a una buena Administración, que es consustancial a las tradiciones constitucionales comunes de los Estados Miembros de la Unión Europea, que ha logrado su refrendo normativo como derecho fundamental en el artículo 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (LCEur 2000, 3480), proclamada por el Consejo de Niza de 8/10 de diciembre de 2000, al enunciar que este derecho incluye en particular la obligación que incumbe a la Administración de motivar sus decisiones” Tribunal Superior Español, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Secc. 3ª, 15/10/2010. En el tema es referencia obligada la obra de Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, múltiples producciones científicas del autor se podrían citar: RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, “*El Buen Gobierno y la Buena Administración de Instituciones Públicas*”, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2006.; RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, “*El derecho fundamental a la buena Administración*”, Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo, Santa Fe, vol. 1, Nro. 2, julio-diciembre 2014, págs. 73-93. 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. Tal como 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 07/12/2000, reformada el 12/12/2007, ratificada el 13/12/2007, Publicada el 18/12/2000 la original y el 14/12/2007 la reforma, entrada en vigor el 01/12/2009 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 potestades de los poderes públicos dentro de las democracias constitucionales”. HACHEM WUNDER, Daniel; VALENCIA TELLO, Diana Carolina, “*Reflexiones sobre el derecho fundamental a la buena Administración pública en el derecho administrativo brasilero*”, Revista Digital de Derecho Administrativo, Nro. 21, primer semestre 2019, págs. 47-75.

(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”<sup>13</sup>.

Será motivo de esta investigación ocuparnos específicamente 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 por 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 internacionales. En este sentido, bien es conocida la postura de Venezuela, quien en más de una vez ha repelido las órdenes emitidas por la Corte IDH en sus sentencias, bajo la técnica de quitarle sus efectos por conducto del control de constitucionalidad interno. Dictada estas en el orden internacional, la Sala Constitucional las examina efectuando un control de constitucionalidad que concluirá en que no se conforman con 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 inconstitucional las sentencias de la Corte IDH declarándolas inejecutables en el orden interno.<sup>14</sup>

---

<sup>13</sup> CASSESE, Sabino, “*Derecho Administrativos Historia y Futuro*”, op. cit., pág. 416.

<sup>14</sup> Ejemplifica el caso de la Corte IDH, 05/08/2008, “*Apitz Barbera y otros (Corte Primera de lo Contencioso Administrativo) vs. Venezuela*”, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, y el fallo dictado en el sistema interno - TSJ, Sala Constitucional, 18/12/2008, exp. Nro. 08-1572. El mencionado país denunció el PSJCR, el 06 de septiembre de 2012. En línea opuesta puede citarse, entre cientos de casos, el Acuerdo del Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, 14/07/2011, que respecto del fallo de la Corte IDH, 23/11/2009, “*Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos*”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, construye un esquema de interconexión de los sistemas internos e internacionales en la materia de derechos humanos con fluidez. En el fallo el Tribunal Mexicano: a) por unanimidad entendió como obligatoria y de cumplimiento pleno la sentencia dictada contra el país por parte de la Corte IDH, b) la mayoría de los jueces acuerdan que: 1. los criterios interpretativos de la Corte IDH en el resto de los casos son orientadores para el Poder Judicial de la Federación, 2. según el modelo procesal mexicano, todos los jueces del Poder Judicial de la Federación al conocer controversias constitucionales, acciones de inconstitucionalidad y de amparo, pueden ejercer de oficio el control de convencionalidad declarando la invalidez de una norma por ser contraria a los tratados internacionales que reconozcan derechos

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 como exteriorización de aquella actividad preventiva nueva de las Administraciones Públicas.

Las Administraciones Públicas en tanto uno de los sujetos que se encuentran atravesados por las obligaciones generales de los arts. 1.1 y 2 del PSJCR, según explicaremos, están llamadas a reformular sus dispositivos de manera de 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 consagradas en el PSJCR conllevan, respecto de la relación ciudadanías-Administraciones Públicas, una nueva dimensión en que se resuelve la tensión de ambos, bajo el control de convencionalidad como una nueva herramienta de interdicción del obrar administrativo.

El nuevo orden caracterizado por la convencionalidad del orden interno por el SIDH, ha implicado encontrarnos ante nuevos fenómenos, entre ellos: 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

---

humanos, 3. el resto de los jueces en el ámbito de sus competencias podrán desaplicar dichas normas, solo para el caso concreto y no realizar declaración de invalidez alguna, y 4. el resto de las autoridades públicas que no ejercen funciones jurisdiccionales les está impedido desaplicar norma alguna, menos aún para declarar su invalidez. No obstante, los jueces advierten la necesidad de que estas autoridades deben interpretar los derechos humanos de la manera que más favorezcan a la dignidad de las personas.

de las Administraciones Públicas, entre otros que estudiaremos. Podremos identificar una nueva zona de intersección de nuestras Administraciones Públicas con la ciudadanía.<sup>15</sup>

Tal como ha indicado Jaime 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.”<sup>16</sup>

### I.3.- Planteo metodológico

La idea central es encontrar los puntos concretos del impacto de la constitucionalización y convencionalización del Derecho Administrativo en dimensión del control de las Administraciones Públicas dentro de un nuevo paradigma de la actividad de esas mismas.

Estas se impactan 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.

Pasaremos revista en la Parte Primera de nuestra investigación a este fenómeno, especialmente relevando y confrontando decisiones internas e internacionales en el SIDH y precedentes de cortes constitucionales de los Estados miembros. Todo ello nos llevará a la búsqueda de una construcción propia del control de convencionalidad interno.

---

<sup>15</sup> “Esta se caracteriza por la co-construcción 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”, GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo Ángel, “*El derecho a la ciudad y un anclaje posible desde el Pacto de San José de Costa Rica*”, Anuario Iberoamericano de Derecho Urbanístico, Nro. 1/2018, IJ-DXXXVII-974.

<sup>16</sup> RODRIGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, “*El buen Gobierno y la buena administración*”, op. cit.

La segunda parte de nuestra investigación – Parte Segunda -, se centrará en el ámbito de aplicación de ese control de convencionalidad interno dentro de las Administraciones Públicas.

Aparecerá allí una nueva dimensión de estas, la mirada preventiva.

Podremos constatar que ello deriva del deber de garantía y en tanto las Administraciones Públicas como una de las autoridades obligadas por el PSJCR.

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. Aparecerá la tutela administrativa efectiva, nuevos derechos, la co-construcción del bienestar general a través de los deberes humanos, entre otras nuevas consecuencias de saberse esas Administraciones Públicas como espacio de aplicación de la nueva convencionalidad de la actividad administrativa.

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

Será en la Parte Tercera 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 de investigación. Las otras quedarán expresadas en cada recapitulación de la Parte Primera y Segunda.

Relevamiento jurisprudencial, confrontación de opiniones doctrinarias, comparación entre los sistemas constitucionales bajo la unidad de mínimos comunes del derecho de los derechos humanos desde el SIDH, aportarán la metodología de análisis crítico.

Las reflexiones, preguntas y respuestas tienen parte de su razón de ser en los diversos intercambios que hemos tenido la oportunidad de realizar en los períodos de docencia como de investigación. Algunas de ellas, han sido discutidas por estudiantes de postgrado en distintas universidades, principalmente de América Latina, en las cuales hemos

desarrollado la actividad docente. El trabajo áulico, en este sentido creemos ha dado sus frutos, volcándose en esta investigación gran parte de aquellos intercambios universitarios.

Por último, el apartado bibliográfico, jurisprudencial y normativo, listará el material relevado que ha abonado nuestra construcción crítica.

## **II.- Parte Primera. El control de convencionalidad interno**

## II.1.- La irrupción de los sistemas integrados de los 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 de espacios de derechos.

Es frecuente observar mayores fricciones en aquellos sistemas integrados en los cuales encontramos la presencia de tribunales con competencia contenciosa. Es el caso de la Corte IDH en el SIDH.<sup>17</sup>

Emergen 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.<sup>18</sup> La jurisdicción internacional es subsidiaria de la interna, y solo y tan solo transitada esta, puede accederse 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.

En tal sentido, se han ensayado distintas variables y expresiones sobre el tema.

Todas de una forma u otra hablan de mecanismos de fluidez entre jurisdicciones en sus construcciones. Aparece el entrelazamiento por criterios convergentes de sentencias nacionales e internacionales como mecanismo idóneo al menos 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 ilimitadas provenientes de concepciones de otros tiempos de los Estados de derecho. Veremos en los casos de la Corte IDH "*Gelman vs. Uruguay*" y el caso de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (en adelante CSJN) llamado "*Fontevicchia II*" algunos de estos aspectos; ambos nos

---

<sup>17</sup> Es el caso también de la Corte Europea de Derechos Humanos, la Corte Africana de Derechos Humanos, y en el orden comunitario el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, por nombrar algunos entre otros.

<sup>18</sup> Corte IDH, 24/02/2012, "*Atala Riffo y niñas vs. Chile*", Fondo, Reparaciones y Costas.

parecen representativos de aquello que queremos demostrar en esta investigación: el enfoque equivocado en que se ha incurrido más de una vez en mirar desde lo orgánico antes que desde la convergencia de los derechos fundamentales.

En la búsqueda de las convergencias, antes que de las tensiones de los subsistemas que se interconectan en el plano de unidad sistémica constitucional convencional, es que aparece el control de convencionalidad interno como una herramienta idónea para ello. En otros términos, se señala desde la doctrina Latinoamericana que: “el fortalecimiento de una sustentable convivencia entre ambas dimensiones jurisdiccionales es una necesidad prioritaria para asegurar en la medida de lo posible la protección integral de los derechos esenciales”<sup>19</sup>. Con alcances más allá del control judicial de convencionalidad, pues todas las autoridades públicas internas de un Estado asumen la obligación de brindarle efecto útil al SIDH.

En palabras del expresidente de la Corte IDH, Sergio García Ramírez, “La gran batalla por los derechos humanos se ganará en el ámbito interno, del que es coadyuvante o complemento, no sustituto, el internacional.”<sup>20</sup>

## II.2.- El control de convencionalidad interno

El control de convencionalidad es una herramienta propia del sistema abierto y dinámico que nos propone el sistema integrado de los derechos fundamentales.<sup>21</sup>

Es una garantía ciudadana y una herramienta del control interno judicial en su origen que luego se desplaza dentro del ámbito competencial respectivo a la zona de actuación de las Administraciones Públicas.

Diremos, de momento, que asume una doble naturaleza: de garantía ciudadana y de obligación estatal.

---

<sup>19</sup> BAZAN, Víctor, “*El control de convencionalidad como instrumento para proteger derechos esenciales y prevenir responsabilidad internacional del Estado*”, Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, Nro. 19, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2015, Madrid, España, págs. 25-70.

<sup>20</sup> Corte IDH, 24/11/2006, “*Trabajadores cesados del Congreso, (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*”, Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, voto razonado de Sergio García Ramírez, párr. 11.

<sup>21</sup> Ver en este sentido CANARIS C. W, “*El Sistema en la jurisprudencia*”, Fund. Cultural del Notariado, Madrid, 1998, pág. 55.

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, los tribunales internos han de tener en consideración la propia jurisprudencia de la Corte IDH en la interpretación de las normas regionales e internacionales de derechos humanos.

La doctrina en Latinoamérica se ha ocupado del control de convencionalidad interno. Así García Ramírez lo define como “la potestad conferida o reconocida a determinados órganos jurisdiccionales o a todos los órganos jurisdiccionales (...) para verificar la congruencia entre actos internos así, esencialmente, las disposiciones domésticas de alcance general: Constituciones, leyes, reglamentos, etc., con las disposiciones de derecho internacional.”<sup>22</sup>

Por su parte Sagües sostiene que:

“El control de convencionalidad desempeña un doble papel: por el primero, obliga a los jueces nacionales a inaplicar las normas internas (incluso las constitucionales) opuestas al referido Pacto (o Convención Americana sobre los Derechos del Hombre), y a la interpretación que sobre dicho Pacto ha realizado la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Por el segundo, también los obliga a interpretar al derecho doméstico de conformidad al Pacto y a su interpretación por la Corte Interamericana. Es la interpretación “armonizante” o “adaptativa” del derecho local con el Pacto y la exégesis dada al Pacto por la Corte Interamericana. Ello conduce a desechar las interpretaciones del derecho nacional opuestas al referido Pacto y/o a la manera en que fue entendido por la Corte Interamericana.”<sup>23</sup>

Adriana Valverde Vargas destaca que la finalidad del control de convencionalidad se circunscribe a procurar que las normas del Convenio Americano de Derechos Humanos no se vean disminuidas por otros tipos de disposiciones del derecho interno que sean contrarias a su letra y propósitos.<sup>24</sup>

---

<sup>22</sup> GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, “*El control judicial interno de convencionalidad*”, Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, año V, Nro. 28, julio-diciembre 2011, México, pág. 123.

<sup>23</sup> SAGÜÉS, Néstor P., “*Dificultades operativas del “Control de Convencionalidad” en el sistema interamericano*”, art. de doctrina publicado en La Ley, 2009-B, pág. 1.

<sup>24</sup> AMAYA, Jorge Alejandro (Dir.) en la obra colectiva con ARIAS LÓPEZ, Boris Wilson; AYALA CARAO, Carlos; BARRIOS GONZÁLEZ, Boris; CHACÓN CORADO, Mauro; ESPINOZA-

Es cierto que el control de convencionalidad 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 no solo debe analizarse la compatibilidad de las normas internas con las internacionales, si no también conforme los criterios interpretativos que de estas ha efectuado la propia Corte IDH. Algunas voces ven en esta *auto-formulación* una suerte de *auto-imposición* 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 al tiempo que estudiaremos su origen y el estado actual en la jurisprudencia de la Corte IDH y los diversos tribunales internos.

## II.2.1.- Control de convencionalidad interno, origen, evolución y estado actual

La Corte IDH viene insistiendo ya hace un tiempo en la obligación de los jueces internos de cada Estado miembro en realizar el debido estudio de compatibilidad entre las normas internacionales del SIDH y las normas internas.<sup>25</sup>

En una posición que creemos consolidada, definió en su origen aquello que llamamos control de convencionalidad interno bajo los siguientes alcances:

“(…) Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están

---

SALDAÑA, Eloy; ESTEVA GALLICHIO, Eduardo; FIGUEROA, João; MANDOCA BONNET, Juan Carlos; QUIROGA NATALE, Edgar Andrés; RODRIGUEZ; SUÁREZ CROTHERS, Christian; VALVERDE VARGAS, Adriana, *“Tratado de control de constitucionalidad y convencionalidad”*, t. II, Sistema Latinoamericanos, Ed. Astrea, Buenos Aires-Bogotá-Porto Alegre, 2018, pág. 245.

<sup>25</sup> GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo Ángel, *“Administración Pública, Juridicidad y Derechos Humanos”*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009, pág. 21. Con relación SEDH, en especial la interrelación España y el CEDH, Retortillo Baquer señala “(…) y es que hay que decir con energía, también aquí, que cualquier juez español – que trate un asunto de derechos humanos, en cuanto estén contemplados en el CEDH- es juez del Convenio Europeo – dicho sea, parodiando intencionalmente la expresión “juez del derecho Comunitario”-. Del mismo modo que la jurisprudencia de Estrasburgo, es nuestra jurisprudencia”. RETORTILLO BAQUER, Lorenzo M., *“Vías concurrentes para la protección de los derechos humanos. Perspectivas españolas y europeas”*, Ed Thomson Reuters Civitas, 2006, pág. 105.

obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es parte de un tratado internacional como la Convención Americana, dicho tratado obliga a todos sus órganos, incluidos sus jueces, quienes deben velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas o interpretaciones contrarias a su objeto y fin. 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. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana.”<sup>26</sup>

De esta forma, en su versión original, la Corte IDH estructura un mandato internacional a los Estados miembros en doble dirección: a) la obligación de otorgar efecto útil a la Convención y b) la obligación de desplegar el denominado control de convencionalidad cuya obligación recae en cabeza del poder judicial y demás órganos que se vinculen a la administración de justicia.

Lo primero mutará hacia un deber de todas las autoridades, y lo segundo hacia el ámbito de las propias Administraciones Públicas más allá del poder judicial.

Este control ejercido, no tan solo por jueces, según veremos, es pensado para operar de oficio y con la finalidad de analizar la compatibilidad entre el sistema interno de la norma doméstica y el marco normativo del PSJCR. Más aún, en el estudio de compatibilidad se deben incluir los criterios interpretativos que del PSJCR realiza la Corte IDH.

Sobre tal premisa García Ramírez proclamó que dentro de la lógica jurisdiccional que sustenta la creación y la operación de la Corte IDH,

“(…) no cabría esperar que ésta se viese en la necesidad de juzgar centenares o millares de casos sobre un solo tema convencional -lo que entrañaría un enorme desvalimiento para los individuos-, es decir, todos los litigios que se presenten en todo tiempo y en todos los países, resolviendo uno a uno los

---

<sup>26</sup> Corte IDH, 01/09/2010, “*Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia*”, Fondo, Reparaciones y Costas; Corte IDH, 24/02/2011, “*Gelman vs. Uruguay*”, Fondo, Reparaciones; entre tantos otros posibles de ser citados.

hechos violatorios y garantizando, también uno a uno, los derechos y libertades particulares.”<sup>27</sup>

Agregó que:

“La única posibilidad tutelar razonable implica que una vez fijado el criterio de interpretación y aplicación, éste sea recogido por los Estados en el conjunto de su aparato jurídico: a través de políticas, leyes, sentencias que den trascendencia universalidad y eficacia a los pronunciamientos de la Corte constituida (...) merced a la voluntad soberana de los Estados y para servir a decisiones fundamentales de éstos, explícitas en constituciones nacionales y, desde luego, en sus compromisos convencionales internacionales.”<sup>28</sup>

Este control de convencionalidad lo llamamos interno para diferenciarlo del externo que despliega complementaria y subsidiariamente la Corte IDH por ante su propia sede ya internacional. Luego de agotado los recursos internos<sup>29</sup>, pareciera presentarse como un

---

<sup>27</sup> Corte IDH, “*Trabajadores cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros)*”, op. cit., voto razonado del juez García Ramírez, párr. 8.

<sup>28</sup> Loc. cit. En el SEDH: “El papel del Convenio Europeo, en particular del Tribunal de Estrasburgo, en la garantía internacional de los derechos ha sido, por tanto, decisivo (...) la jurisprudencia ha permitido ir aproximando la interpretación de los derechos en Europa, con lo que ello tiene también de acercamiento de los Ordenamientos nacionales, y de paso hacia la universalización de los valores contenidos en estos derechos. Se han establecido importantes criterios de interpretación que ha sido adoptados por muchos tribunales nacionales, como por ejemplo, entre tantos otros, los relativos a los tratos inhumanos y degradantes, a las privaciones y restricciones de libertad admisibles, a las garantías del proceso, o a los requisitos para que una injerencia en ciertos derechos sea admitida por el Convenio (previsión legal, finalidad prevista en el Convenio, necesidad de la medida en una sociedad democrática); incluso el Tribunal ha llegado a “crear” algunos nuevos derechos aparentemente no previstos de forma expresa en el Convenio, como protección frente a la contaminación acústica o por olores, o la identidad sexual.” DÍAZ REVORIO, Francisco Javier, “*El Tribunal Europeo de Derechos Humanos: significado y trascendencia*”, en obra colectiva “*Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*”, Ed. Palestra Editores, Lima, 2004. págs. 16 y ss.

<sup>29</sup> El art. 46, apdo. 1° del PSJCR establece que para que una petición o comunicación presentada ante la Comisión Interamericana –como presupuesto para su eventual sometimiento a la Corte Interamericana en los términos de la Secc. 2 del Cap. VII de la Convención Americana- sea admisible y dé lugar al procedimiento allí estatuido, se requiere –entre otros- “a) que se hayan interpuesto y agotado los recursos de jurisdicción interna, conforme a los principios del Derecho Internacional generalmente reconocidos; y, b) que sea presentada dentro del plazo de seis meses, a partir de la fecha en que el presunto lesionado en sus derechos haya sido notificado de la decisión definitiva”. En caso que estos recaudos no se presenten, la Comisión declarará inadmisibles las peticiones, conforme el art. 47 del PSJCR. Sin embargo, el apdo. 2° del art. 46 aclara que los anteriores requisitos no se aplicarán cuando: a) no exista en la legislación interna del Estado de que se trata el debido proceso legal para la protección del derecho o derechos que se alega han sido violados; b) no se haya permitido al presunto lesionado en sus derechos el acceso a los recursos de la jurisdicción interna, o haya sido impedido de agotarlos; y; c) haya retardo injustificado en la decisión sobre los mencionados recursos. El acceso a la justicia europea de derechos humanos posee mismo recaudo previsto en el

emergente del deber primario que posee el Estado de garantía del cumplimiento del marco obligacional general previsto en los art. 1.1 y 2 del PSJCR.<sup>30</sup> Sigue en este sentido el paralelismo de funciones que están en origen pautado para los deberes de promoción y protección de los derechos en general: es deber de todo Estado proteger, promover y adecuar su sistema interno a la vigencia de los derechos, libertades y garantías mientras que la instancia internacional de los dos órganos del PSCJR es subsidiaria, complementaria y coadyuvante de la nacional. Esta se activa una vez agotado los recursos internos ante la presencia de una denuncia que involucre el deber de responder en el sistema internacional por los hechos ocurridos en la sede doméstica.<sup>31</sup>

---

CEDH art. 35.1- ver, entre otros cientos de casos posibles de ser citados, STEDH, 18/07/2019 “*Decisión de Inadmisión Bouhamla vs Francia*”.

<sup>30</sup> Art. 1: “Obligación de Respetar los Derechos 1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.” (...) Art. 2. “Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno. Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”.

<sup>31</sup> Ha dicho la Corte IDH: “La responsabilidad estatal bajo la Convención solo puede ser exigida a nivel internacional después de que el Estado haya tenido la oportunidad de declarar la violación y reparar el daño ocasionado por sus propios medios”. Esto se asienta en el principio de complementariedad (subsidiariedad), que informa transversalmente el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el cual es, tal como lo expresa el Preámbulo de la misma Convención Americana, “coadyuvante o complementario de la protección que ofrece el derecho interno de los Estados americanos”. De tal manera, el Estado “es el principal garante de los derechos humanos de la personas, de manera que, si se produce un acto violatorio de dichos derechos, es el propio Estado quien tiene el deber de resolver el asunto a nivel interno y, en su caso, reparar, antes de tener que responder ante instancias internacionales como el Sistema Interamericano, lo cual deriva del carácter subsidiario que reviste el proceso internacional frente a los sistemas nacionales de garantías de los derechos humanos”. Esas ideas también han adquirido forma en la jurisprudencia reciente bajo la concepción de que todas las autoridades y órganos de un Estado Parte en la Convención tienen la obligación de ejercer un “control de convencionalidad”. Lo anterior significa que se ha instaurado un control dinámico y complementario de las obligaciones convencionales de los Estados de respetar y garantizar derechos humanos, conjuntamente entre las autoridades internas (primariamente obligadas) y las instancias internacionales (en forma complementaria), de modo que los criterios de decisión 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. Es decir, si bien el Sistema tiene dos órganos “competentes para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes en la Convención”, la Corte solo puede “conocer un caso” cuando se han “agotado los procedimientos

El control de convencionalidad es interno, en tanto los jueces y demás autoridades judiciales – veremos la ampliación de ello al resto de las autoridades públicas - aplican las normas e interpretaciones del PSCJR con el fin de analizar la compatibilidad de las normas y comportamientos estatales con las internacionales. Lo es externo en tanto es subsidiariamente desplegado por la propia Corte IDH ante el fracaso de la prevención interna de la responsabilidad del Estado y ante la presencia de una denuncia por ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH) una vez agotados los recursos internos.

El control de convencionalidad interno emerge desde la creación jurisprudencial de la Corte IDH, ya que carece de previsión expresa en los textos propios del SIDH. Es una típica creación jurisprudencial, pero ya en el ámbito internacional, con la particularidad que genera hacia adentro de los Estados miembros un nuevo deber de parte de los jueces, en su versión originaria.

Se crea de esta forma, en el ámbito del PSJCR, una herramienta no prevista convencionalmente ni asumida entonces expresamente por los Estados, cuyo fundamento según los jueces de la Corte IDH anida en el propio PSJCR por la interpretación evolutiva<sup>32</sup> que el mismo presenta, dado su naturaleza de tratado de derechos humanos.

---

previstos en los arts. 48 a 50” de dicho instrumento, sea el procedimiento de peticiones individuales ante la Comisión Interamericana. De tal modo, solamente si un caso no se ha solucionado a nivel interno, como correspondería primariamente hacerlo a cualquier Estado Parte en la Convención en ejercicio efectivo del control de convencionalidad, entonces el caso puede llegar ante el Sistema, en cuyo caso debería resolverse ante la Comisión y, solamente si las recomendaciones de esta no han sido cumplidas, el caso podría llegar ante la Corte. De tal manera, el funcionamiento lógico y adecuado del Sistema Interamericano de Derechos Humanos implica que, en tanto “sistema”, las partes deben presentar sus posiciones e información sobre los hechos en forma coherente y de acuerdo con los principios de buena fe y seguridad jurídica, de modo que permitan a las otras partes y a los órganos interamericanos una adecuada sustanciación de los casos. La posición asumida por el Estado en el procedimiento ante la Comisión determina también en gran medida la posición de las presuntas víctimas, sus familiares o sus representantes, lo que llega a afectar el curso del procedimiento.” Corte IDH, 30/11/2012, “*Masacre de Santo Domingo vs. Colombia s/ Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones*”.

<sup>32</sup> 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 este (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

En efecto tanto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH) como la Corte IDH han conceptualizado a sus Cartas fundantes como instrumentos vivientes y bajo tal doctrina han reconocidos derechos implícitos. Así ambos tribunales han señalado que: “(...) los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales.”<sup>33</sup>

El sentido de una interpretación evolutiva es brindar a la persona un instrumento más de tutela. El abordaje evolutivo, desde el cual el objetivo del intérprete del PSJCR debe ser el de ampliar su zona de protección, es el que en definitiva se desprende de una lectura armónica de los arts. 1, 2 y 29<sup>34</sup> de la Convención Americana. Más adelante volveremos sobre el tema.

Este es quizás su punto de mayor debilidad, junto con la falta de anclaje sociológico mínimo del tribunal internacional en los países donde impacta justamente su creación pretoriana. Más adelante nos haremos cargo de esta doble debilidad del control de convencionalidad interno.

El control de convencionalidad interno, así originariamente pensado por la Corte IDH, encontrará dinamismo hacia su ampliación tanto en la influencia recíproca interna-internacional e internacional-interna de las construcciones como en la aptitud para ser desplegado más allá de los jueces y los ámbitos estrictamente judiciales según explicaremos. Es que el principio evolutivo ha permitido y nos permite fundar que el control de convencionalidad interno atraviesa distintas funciones del Estado ya que es la protección y promoción de los derechos fundamentales aquello que se antepone a cualquier obstáculo de

---

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 Nro. 169 de la OIT” Corte IDH, 27/06/2012, “Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador”, Fondo y Reparaciones. Reiterado por la CIDH, “Informe preliminar sobre pobreza, pobreza extrema y derechos humanos en las américas”, 2016, pág. 19.

<sup>33</sup> Ver Corte IDH, 19/11/1999, “Niños de la Calle, Villagrán Morales y otros vs. Guatemala”, Fondo, párr. 193.

<sup>34</sup> Art. 29: “Normas de Interpretación. Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.”

orden orgánico o territorial de la organización del propio Estado. Claro, siempre dentro de los ámbitos competenciales respectivos.

#### II.2.1.1.- El emblemático caso “*Almonacid Arellano*” de la Corte IDH

Debemos remitirnos a la primera decisión en la que aparece enunciado el control de convencionalidad interno, ya que conocer el contexto en que es creada tal herramienta nos permitirá analizar la posterior evolución de la postura de la Corte IDH y los efectos en los sistemas internos.

El origen del control de convencionalidad interno nos permite entender el contexto en el cual emerge y si las proyecciones futuras que la figura ha alcanzado se vinculan con aquel contexto del caso concreto en que la misma fue por primera vez utilizada.<sup>35</sup>

---

<sup>35</sup> El hito del nacimiento del control de constitucionalidad lo marcamos en este caso, dado que lo asume de pleno el Tribunal. Sin embargo, desde sus inicios el Tribunal hace una comparación entre ambos sistemas, destacando la prioridad de la regla supranacional. El término se usa por primera vez en el voto concurrente y razonado del Juez Sergio García Ramírez en el caso de la Corte IDH, 25/11/2003, “*Myrna Mack Chang vs. Guatemala s/ Fondo, Reparaciones y Costas*”, párr. 26 y 27. En el caso de la Corte IDH, 07/09/2004, “*Tibi vs. Ecuador*”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 3, el mismo magistrado señala: “(...) si los tribunales constitucionales controlan la “constitucionalidad”, el tribunal internacional de derechos humanos resuelve acerca de la “convencionalidad” de esos actos. A través del control de constitucionalidad, los órganos internos procuran conformar la actividad del poder público -y, eventualmente, de otros agentes sociales- al orden que entraña el Estado de Derecho en una sociedad democrática. El tribunal interamericano, por su parte, pretende conformar esa actividad al orden internacional acogido en la convención fundadora de la jurisdicción interamericana y aceptado por los Estados Partes en ejercicio de su soberanía”. Por su parte los Estados en el ámbito interno con anterioridad habían ejercido control de convencionalidad por ejemplo en materia de admisibilidad de amparo en Venezuela caso “*Andrés Velazquez*”, sentencia del 20 de octubre de 1983, en República Dominicana caso “*Productos Avon S.A.*”, dictada por la Corte Suprema el 24 de febrero de 1999, en Argentina con relación al derecho a réplica, caso “*Ekmekdjian c/ Sofovich*”, del año 1992. Para ampliar con relación a los antecedentes ver HITTERS, Juan Carlos, “*Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación*”, Ed. La Ley, 2009, pág. 105; GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, “*Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano*”, Fund. Universitaria de Derecho, Administración y Política, México, 2012, págs. 211-243; BAZÁN, Víctor, “*El control de convencionalidad: incógnitas, desafíos y perspectivas. “Stiftung”, Justicia constitucional y derechos fundamentales. El control de convencionalidad*”, Fund. Konrad Adenauer Stiftung, Ed. Unión Gráfica Ltda., Colombia, 2012, págs. 17-69; BREWER-CARIAS, Allan R., SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, “*El control de convencionalidad y responsabilidad del Estado*”, Universidad Externado de Colombia, 2013.

Existe consenso suficiente en sostener que es en el caso “*Almonacid Arellano y otros vs. Chile*”<sup>36</sup> donde por primera vez la Corte IDH en una sentencia afirma la existencia de este tipo de control como obligación estatal interna.

Es al tiempo de revisar una ley de amnistía cuando emerge dicho control en un tema de suma sensibilidad en la gran mayoría de los ámbitos geográficos de incidencia de la competencia de la Corte IDH. La doctrina adoptada en punto a que aquellas son de ningún efecto desde su dictado mismo respecto de los delitos calificados de lesa humanidad, ha sido una de las decisiones que mayor trascendencia ha marcado la Corte IDH. Ello con el fin de asegurar en diversos países la efectiva vigencia del deber de investigar, juzgar, condenar y de buscar la verdad de los sucesos acaecidos en los períodos de golpes de Estado (gobiernos militares y dictaduras en Latinoamérica).

Es en este contexto que la Corte IDH, al tiempo de reconocer la responsabilidad internacional de Chile, utiliza por primera vez la figura del control de convencionalidad.

Y lo hace bajo el convencimiento de ser una competencia que emerge ante la falta de adecuación en el sistema interno por parte del poder legislativo en punto a ajustar sus normas al criterio de prohibición de amnistiar o perdonar aquellos delitos calificados como de lesa humanidad.

El “fracaso” del legislador en su tarea de no infracción al sistema internacional de derechos humanos, hace que se deposite la mirada en el juez, para que en el marco de las obligaciones del art.1.1 despliegue tal control de forma tal de hacer efectivo los derechos, libertades y garantías consagradas en el PSJCR. Es la mirada que apalanca el control de convencionalidad en el caso.

Debe destacarse, por las consecuencias que quizás de ello pueda colegirse más adelante, que la Corte IDH parte en la construcción del control de convencionalidad interno de indicar que la primera responsabilidad es de los parlamentos en dirección a suprimir y no adoptar normas contrarias a la Convención. Ello así por conducto interpretativo del art. 2 del

---

<sup>36</sup> Corte IDH, 26/09/2006, “*Almonacid Arellano y otros vs. Chile*”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. La noción del control de convencionalidad progresiva y evolutivamente ha tomado consistencia de forma tal de haber adquirido por estos tiempos el rango de doctrina consolidada en el tema. La gran mayoría de los tribunales internos del SIDH refieren con distintos matices al mismo en sus sentencias.

PSJCR que impone la obligación de remover como deber genérico<sup>37</sup>. Luego, y ante la no asunción de tal deber por el legislativo, deja subsistente la obligación que posee el poder judicial para que, con arreglo al deber genérico impuesto por el art. 1.1 del PSJCR ajuste el orden interno al internacional en punto a las necesarias compatibilidades normativas e interpretativas. Y si ello así lo requiere concluya en la inaplicación o en la inconvencionalidad de la norma.

Explica la Corte IDH el tema:

“La descrita obligación legislativa del artículo 2 de la Convención tiene también la finalidad de facilitar la función del Poder Judicial de tal forma que el aplicador de la ley tenga una opción clara de cómo resolver un caso particular. Sin embargo, cuando el Legislativo falla en su tarea de suprimir y/o no adoptar leyes contrarias a la Convención Americana, el Judicial permanece vinculado al deber de garantía establecido en el artículo 1.1 de la misma y,

---

<sup>37</sup> Deber este que ciertamente no se encuentra expresado en el CEDH. Son diversas las diferencias entre los sistemas si se analizan comparativamente. El acceso directo a la justicia de la Europa de los Derechos Humanos – en sus tribunales de primeras instancias en el espacio europeo de los derechos humanos – luego de agotar los recursos internos, no es la fórmula que subsiste en el SIDH: aquí siguen siendo la CIDH el órgano ante quién ha de presentarse la denuncia y esta luego es quién está “legitimada” para presentar un caso por ante la Corte IDH, más allá de la creciente participación que se le brinda al denunciante-víctimas luego en el proceso por ante la Corte IDH. Lo mismo podremos decir en otro aspecto vinculado a las Opiniones Consultivas. El Protocolo Nro. 16 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales Estrasburgo, 2.X.2013, instrumenta las Opiniones Consultivas. Lo hace de manera distinta al modelo vigente en el SIDH. En la Europa de los Derechos Humanos es un mecanismo que puede ser utilizado exclusivamente por las máximas autoridades judiciales del Estado miembro. Son emitidas por la Gran Sala, fundadamente pero no son vinculantes. Debe ser efectuada por el Estado miembro en el marco de un asunto que esté conociendo la máxima autoridad jurisdiccional y versará “sobre cuestiones de principio relativas a la interpretación o a la aplicación de los derechos y libertades definidos en el Convenio o sus protocolos. De esta manera Europa tanto en sus dimensiones de la Unión Europea, aunque diferente en este ámbito ya que el art. 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea obliga a las cortes superiores de los países partes a someter casos relativos al Derecho europeo del TJUE, como en la del Convenio Europeo de Derechos Humanos, parece seguir fortaleciendo al diálogo entre tribunales con diversos mecanismos, recurso de prejudicialidad y opiniones consultivas que permitan la convergencia de criterios en materia de Derechos Fundamentales. El Protocolo N°16 del CEDH, al instrumentar las opiniones consultivas, estructura un dispositivo de diálogo entre las jurisdicciones nacionales y el TEDH: a) es solicitable por “los altos tribunales nacionales”, b) solo y tan solo en el marco de un litigio pendiente, c) es de carácter facultativo cuya respuesta carece de efectos vinculantes d) debe referirse a una “cuestión de principio” vinculada a la interpretación del CEDH y sus protocolos. En cambio, el SIDH apuesta a fortalecer el rol de la Corte IDH desde su función consultiva la cual se genera con un pedido formal del Estado parte respecto de los alcances e interpretaciones en concreto de alguna disposición del PSJCR. La Opinión Consultiva elaborada por la Corte IDH luego se integra en el respectivo control de convencionalidad interno que los Estados miembros están obligados a realizar. Aunque, debemos remarcar, antes de esta creación pretoriana de la Corte IDH era también obligatoria la interpretación brindada por esta en su función consultiva para todos los Estados miembros.

consecuentemente, debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella. El cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley violatoria de la Convención produce responsabilidad internacional del Estado, y es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en el sentido de que todo Estado es internacionalmente responsable por actos u omisiones de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionalmente consagrados, según el artículo 1.1 de la Convención Americana.”<sup>38</sup>

Para seguidamente y desde tal razonamiento alumbrar el que hoy es conocido como el control de convencionalidad interno:

“La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.”<sup>39</sup>

Y apoya fuertemente tal forma de razonar en la Convención de Viena de los Tratados, en el principio de buena fe:

“En esta misma línea de ideas, esta Corte ha establecido que “según el derecho internacional las obligaciones que éste impone deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno. Esta regla ha sido codificada en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.”<sup>40</sup>

---

<sup>38</sup> Corte IDH, “*Almonacid Arellano y otros*”, op. cit.

<sup>39</sup> Loc. Cit.

<sup>40</sup> Loc. Cit.

Este razonar de la Corte IDH en el inicio de su construcción del control de convencionalidad interno nos parece central para analizar la futura evolución que tendrá esta herramienta del control. El enfoque del art. 1.1. del PSJCR por insuficiente actuación del órgano legislativo interno enmarcado en el art. 2 nos parece ser el quicio sobre el cual radica la discusión del control de convencionalidad interno.

Nace de reconocerle a los poderes judiciales, en nuestro criterio, un deber específico en el cumplimiento del marco general impuesto por el art. 1.1. del PSJCR.

Ahora bien, ello supeditado al fracaso previo de la actividad de legislador interno en la armonización del ordenamiento normativo con el estándar de la normativa de los preceptos convencionales. Luego la Corte IDH tematizará, profundizará y ampliará esta idea en diversos pronunciamientos.

En su nacimiento pareciera, la Corte IDH, pensar al control de convencionalidad interno como una formulación flexible tanto en el deber de ejercerlo por los jueces internos como en los alcances propios de tal control. Al tiempo que pareciera no imponer un modelo de control determinado, si no tan solo la necesidad de practicar un control de convencionalidad interno según las reglas de competencias y aspectos procesales vigentes en el sistema interno.<sup>41</sup>

Nótese que en “*Almonacid*” se lo introduce con alcances novedosos, seguimiento de la jurisprudencia de la Corte IDH por los jueces internos, utilizando la expresión “una especie” de control de convencionalidad.

Es interesante remarcar la evolución que el concepto exhibe desde el impacto del principio evolutivo de los derechos humanos si tomamos su formulación en origen a aquella existente por estos tiempos: de una especie de control pensado desde la mirada orgánica judicial hacia el propio ámbito competencial dentro de las Administraciones Públicas.

La tutela administrativa efectiva, según veremos y adelantamos, en tanto garantía creada evolutivamente por la Corte IDH es una expresión de este fenómeno y del cual nos ocuparemos en nuestra investigación. Es quizás una de las muestras más evidentes de ello,

---

<sup>41</sup> También, es de hacer notar que en esta primera etapa el mandato respecto de las normas de la Convención y de la interpretación que respecto de ellas la Corte IDH efectúa se orienta bajo “el deber de tener en cuenta” dicho cuerpo normativo e interpretativo. Y bajo el alcance de que se trata de una “especie” de control de convencionalidad que importa un mandato a los jueces de “tener en cuenta” la convención como la interpretación que la Corte IDH realiza.

nacida en origen de la tutela desde y para ámbitos judiciales – tutela judicial efectiva – se amplía sus ámbitos de aplicación a la actividad de las Administraciones Públicas para adquirir luego autonomía bajo el nombre de tutela administrativa efectiva.<sup>42</sup>

#### II.2.1.2.- La consolidación del criterio “*Almonacid Arellano*” en la casuística de la Corte IDH

El control de convencionalidad así expresado fue luego reafirmado en el caso “*Trabajadores Cesados del Congreso, Aguado Alfaro y otros vs. Perú*”<sup>43</sup> en el cual se sostuvo:

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

Aquí no se utiliza aquella expresión de “una especie” de control de convencionalidad que aparece en el caso “*Almonacid*”, sin embargo, parece flexibilizarse su aplicación por los tribunales internos sujetándolo a las normas procesales internas y el marco competencial diseñado en cada Estado. Parece reconocerse por parte de la propia Corte IDH los márgenes de libre apreciación que poseen los Estados, y apostar al principio rector de subsidiariedad.<sup>44</sup>

---

<sup>42</sup> Corte IDH, 02/02/2001, “*Baena Ricardo y otros vs. Panamá*”, Fondo, Reparaciones y Costas, párrs. 126 y 127.

<sup>43</sup> Corte IDH, “*Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros)*”, op. cit.

<sup>44</sup> Surge la premisa de que la Corte IDH debe actuar tanto en su competencia contenciosa como consultiva de acuerdo con su naturaleza subsidiaria y complementaria, evitando usurpar las competencias de los Estados Partes en su labor como los principales responsables de la protección

En el voto concurrente, el Juez Sergio García Ramírez expresó aquello que luego sería la regla en las posteriores construcciones de la Corte IDH, el control de convencionalidad con relación al *corpus iuris* interamericano de los derechos humanos que los Estado han consentido libre y soberanamente:

“En la especie, al referirse a un “control de convencionalidad” la Corte Interamericana ha tenido a la vista la aplicabilidad y aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José. Sin embargo, la misma función se despliega, por idénticas razones, en lo que toca a otros instrumentos de igual naturaleza, integrantes del *corpus juris* convencional de los derechos humanos de los que es parte el Estado: Protocolo de San Salvador, Protocolo relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, Convención para Prevenir y Sancionar la Tortura, Convención de Belém do Para, para la Erradicación de la Violencia contra la Mujer, Convención sobre Desaparición Forzada, etcétera. De lo que se trata es de que haya conformidad entre los actos internos y los compromisos internacionales contraídos por el Estado, que generan para éste determinados deberes y reconocen a los individuos ciertos derechos.”

---

de derechos humanos en su jurisdicción, que posteriormente se reafirma en Corte IDH, 30/11/2012, *"Masacre de Santo Domingo"*, op. cit., párr. 142. Corresponde aclarar que la doctrina del margen de apreciación, desarrollada por la extinta Comisión y por la Corte Europea desde el año 1958, caso *"Chipre"*, organismo que ha sostenido que los Estados tienen un amplio margen de apreciación (STEDH, 23/05/1993, *"Brannigan y MacBride vs. United Kingdom"*, párr. 43), no se encuentra expresamente reconocida por el PSJCR. Implícitamente se confiere un margen de apreciación en la referencia del art. 2 a la determinación de las medidas legislativas o de otro carácter necesarias para hacer efectivos los derechos consagrados en la Convención, o en el art. 27.1 en cuanto a la determinación de que concurren los supuestos de emergencia, el 13.2 con relación a lo que constituye una amenaza a la seguridad nacional también y con cierta discrecionalidad en la determinación de cómo se indemnizará a una persona condenada por error judicial (art. 10 del PSJCR), entre tantos otros ejemplos que se pueden citar. La Corte IDH la ha aplicado restrictivamente, con cautela y bajo los límites como el que impone el principio *"pro homine"* (ver caso Corte IDH, 06/02/2001, *"Ivcher Bronstein vs. Perú"*, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 88) La diferencia entre ambos sistemas son sustanciales, por ejemplo la TEDH evitó pronunciarse sobre matrimonio homosexual (ver STEDH, 09/06/2016, *"Chapin et Charpentier vs. Francia"*), donde por unanimidad se afirma que "la Convención Europea de Derechos Humanos no obliga a ningún Estado a ampliar el derecho al matrimonio a las parejas homosexuales", la Corte IDH se expide expresamente en la OC. 24/17 sobre la temática fijando estándares para todos los países. (ver OC. 24/17, 24/11/2017, *"Identidad de género e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo, interpretación y alcance de los arts. 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 Y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos"*, solicitada por la República de Costa Rica.)

En la construcción evolutiva del control de convencionalidad, el voto que venimos referenciando, compara el control de constitucionalidad con el control de convencionalidad. Si bien son institutos distintos, en tanto uno afirma la supremacía de la Constitución del Estado y el otro del *corpus iuris* interamericano de derechos humanos, comparten el método y los efectos en cuanto a invalidez de la norma inferior opuesta a la norma superior.<sup>45</sup>

“En otras ocasiones he cotejado la función de los tribunales internacionales de derechos humanos con la misión de las cortes constitucionales internas. Estas tienen a su cargo velar por el Estado de Derecho a través del juzgamiento sobre la subordinación de actos de autoridades a la ley suprema de la nación. En el desarrollo de la justicia constitucional ha aparecido una jurisprudencia de principios y valores del sistema democrático que ilustra el rumbo del Estado, brinda seguridad a los particulares y establece el derrotero y las fronteras en el quehacer de los órganos del Estado. Desde otro ángulo, el control de constitucionalidad, como valoración y decisión sobre el acto de autoridad sometido a juicio, se encomienda a un órgano de elevada jerarquía dentro de la estructura jurisdiccional del Estado (control concentrado) o se asigna a los diversos órganos jurisdiccionales en lo que respecta a los asuntos de los que toman conocimiento conforme a sus respectivas competencias (control difuso).”

“De manera semejante a la descrita en el párrafo anterior, existe un “control de convencionalidad” depositado en tribunales internacionales - o supranacionales-, creados por convenciones de aquella naturaleza, que encomienda a tales órganos de la nueva justicia regional de los derechos humanos interpretar y aplicar los tratados de esta materia y pronunciarse sobre hechos supuestamente violatorios de las obligaciones estipuladas en esos convenios, que generan responsabilidad internacional para el Estado que ratificó la convención o adhirió a ella.”

Reafirma la necesidad de una conexión expresa y suficiente entre el orden interno y el orden internacional donde prevalezca, en caso de diferencia o discrepancia la norma que

---

<sup>45</sup> Las diferencias entre los sistemas se pueden consultar en CARNOTA, Walter F. “*La diferenciación entre control de constitucionalidad, control de convencionalidad y control de compatibilidad*”, Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, ISSN 1138-4824, Nro. 15, Madrid, 2011, págs. 51-66, entre tantos otros autores.

contenga mayores garantías o más amplios derechos para las personas; en tanto la persona, su dignidad, alumbran el sistema.<sup>46</sup>

“Para mantener el paso firme en esa dirección, es preciso alentar la conexión expresa y suficiente - que resuelva colisiones y supere problemas de interpretación, que finalmente pueden significar incertidumbre o merma en el estatuto de derechos y libertades personales - entre el orden interno y el orden internacional. Diversas constituciones modernas han enfrentado este asunto y provisto soluciones que “tienden el puente” entre ambos órdenes y a la postre benefician a quien es preciso favorecer: el ser humano. Así sucede cuando un texto supremo otorga el más alto valor a los tratados internacionales sobre derechos humanos o cuando advierte que prevalecerá, en caso de diferencia o discrepancia, la norma que contenga mayores garantías o más amplios derechos para las personas.”

Postula que los tribunales nacionales apliquen el *corpus iuris* internacional de los derechos humanos a través del control de convencionalidad interno:

“Si existe esa conexión clara y rotunda - o al menos suficiente, inteligible, que no naufrague en la duda o la diversidad de interpretaciones -, y en tal virtud los instrumentos internacionales son inmediatamente aplicables en el ámbito interno, los tribunales nacionales pueden y deben llevar a cabo su propio “control de convencionalidad”. Así lo han hecho diversos órganos de la justicia interna, despejando el horizonte que se hallaba ensombrecido, inaugurando una nueva etapa de mejor protección de los seres humanos y acreditando la idea - que he reiterado - de que la gran batalla por los derechos humanos se ganará en el ámbito interno, del que es coadyuvante o complemento, pero no sustituto, el internacional.”

---

<sup>46</sup> Como bien destaca García Roca: “De nada sirve encerrarse en un imposible aislacionismo. Los derechos humanos carecen de fronteras jurisdiccionales, emanan de una misma condición humana, y los casos, los argumentos y los conflictos repiten incesantemente”, GARCÍA ROCA, Javier, “*Del diálogo entre los tribunales constitucionales y las cortes supranacionales de derechos: algunas cuestiones para disputar*”, en obra colectiva con USERA, Raúl Canosa, RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Javier (Coord.), “*Jurisdicción de la libertad en Europa e Iberoamérica*”, Ed. Reus, Madrid, 2014, pág. 123.

Interpreta que puede tener carácter difuso, o sea aplicable por todos los tribunales que resuelvan asuntos donde sea necesario aplicar el *corpus iuris* internacional de los derechos humanos y en forma coadyuvante y complementaria por la Corte IDH:

“Este “control de convencionalidad”, de cuyos buenos resultados depende la mayor difusión del régimen de garantías, puede tener - como ha sucedido en algunos países - carácter difuso, es decir, quedar en manos de todos los tribunales cuando éstos deban resolver asuntos en los que resulten aplicables las estipulaciones de los tratados internacionales de derechos humanos.”

“Esto permitiría trazar un sistema de control extenso - vertical y general - en materia de juridicidad de los actos de autoridades - por lo que toca a la conformidad de éstos con las normas internacionales sobre derechos humanos -, sin perjuicio de que la fuente de interpretación de las disposiciones internacionales de esta materia se halle donde los Estados la han depositado al instituir el régimen de protección que consta en la CADH y en otros instrumentos del corpus juris regional. Me parece que ese control extenso -al que corresponde el “control de convencionalidad” - se halla entre las más relevantes tareas para el futuro inmediato del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos.”

El criterio expuesto en “*Almonacid Arellano*” fue también explicado seguidamente por el mismo juez, Sergio García Ramírez, en su voto concurrente en el caso “*La Cantuta vs. Perú*”<sup>47</sup> resuelto cercanamente a aquel.

Allí explicó:

“La Corte ha avanzado, además, en la aclaración de que los compromisos contraídos a raíz de la constitución de un Estado como parte del convenio internacional sobre derechos humanos vinculan al Estado en su conjunto. Esto se proyecta sobre los órganos ejecutivos, legislativos y jurisdiccionales, así como sobre los entes autónomos externos a esos poderes tradicionales, que forman parte del Estado mismo. Por ende, no resulta admisible que uno de dichos órganos se abstenga de cumplir el compromiso del Estado en el que se halla integrado o lo contravenga directamente sobre la base de que otro órgano no ha hecho su propia parte en el sistema general de recepción y cumplimiento de los deberes internacionales. Esta idea requiere mayor reflexión, que explore

---

<sup>47</sup> Corte IDH, 29/11/2006, “*La Cantuta vs. Perú*”, Fondo, Reparaciones y Costas.

sus facetas e implicaciones, y desde luego sugiere la conveniencia de tender, también aquí, el “puente” oportuno y suficiente que enlace el orden internacional con el orden interno.”

De una lectura reflexiva de dichos votos pareciera surgir desde planos distintos el control de convencionalidad: a) el primero, permite extraer de las tradiciones constitucionales interna de los países la construcción del control de convencionalidad en el ámbito de la Corte IDH al decidir los casos en el plano internacional, y b) el segundo, en que la construcción desciende nuevamente a los tribunales constitucionales por medio del control de convencionalidad como herramienta procesal ya de los jueces internos.

En este punto pareciera que el control de convencionalidad desde su mismo inicio emerge como una herramienta que se nutre constantemente entre las jurisdicciones internas e internacionales con el fin de permearse recíprocamente y lograr con ello adecuar los comportamientos estatales internos al marco genérico obligacional del 1.1. y 2 del PSJCR.<sup>48</sup>

El control de convencionalidad es una herramienta de recíproca influencia que conforma una zona de intersección de los derechos humanos entre los criterios de la Corte IDH y cada uno de los Estados miembros. Zona de intersección donde impactan transversalmente los derechos humanos, tanto en el orden de la normatividad como de los criterios aplicables a los mismos en todo el orden común de los derechos humanos convencionales y constitucionales.<sup>49</sup>

---

<sup>48</sup> Con relación al SEDH -cuyas diferencias con el SIDH ya hemos apuntado- al tiempo de historiar la evolución de la jurisdicción constitucional, allá por el año 2005 afirmaba Häberle: “Deben destacarse los dos “tribunales constitucionales europeos” en Luxemburgo y en Estrasburgo: el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, desde mi perspectiva, se pusieron en marcha desde el principio para ser tribunales constitucionales autónomos sectorialmente limitados, esto es, en el marco del Derecho constitucional de la Unión Europea (antes Comunidad Económica Europea) o en el ámbito del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950. En los últimos años, salta más a la vista por la intensidad del intercambio científico o pretoriano y la comparación jurídica de los tribunales constitucionales a escala nacional y europea (fortaleciéndose recíprocamente), por más que ello no siempre se diga con suficiente claridad en las sentencias. Piénsese simplemente en principios como el Estado de Derecho; la proporcionalidad; los derechos fundamentales particulares; una cláusula, escrito o no, del contenido esencial de los derechos fundamentales; o las muchas garantías particulares del “*due process*”, que hace mucho que son de naturaleza europea-comunitaria y forman parte de la cultura (jurídica y constitucional) comunitaria europea”. (HÄBERLE, Peter, “*La jurisdicción constitucional en la fase actual de desarrollo del Estado constitucional*”, en la obra colectiva con HESSE, Konrad “*Estudios sobre la jurisdicción constitucional*”, Ed. Porrúa, México, 2005, pág. 133) con especial referencia al Tribunal Constitucional Alemán.

<sup>49</sup> En igual sentido se han expresado BAZÁN, Víctor, “*Control de convencionalidad, aperturas dialógicas e influencias jurisdiccionales recíprocas*”, Revista Europea de Derechos Fundamentales, Nro. 18, 2º semestre, 2011, España, págs. 63-104; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo,

Ello explica el error en que se incurre al tematizar desde jerarquías, es decir subordinaciones de uno sobre otros tribunales, o de imposiciones. Es condición de vigencia y ejercicio de tal control de convencionalidad la recíproca influencia, el diálogo convergente entre distintas jurisdicciones en el plano horizontal de los derechos humanos.

No estamos frente a la idea de imposición de un orden sobre otro.

Estas afirmaciones nos llevarán a recorrer en toda nuestra investigación la manera de ejercerse y expresarse ese control de convencionalidad en los ámbitos propios de las Administraciones Públicas y en relación con la ciudadanía.

La centralidad, en síntesis, es la persona, su dignidad y el derecho al desarrollo individual y social pero también como integrante de la humanidad toda, según explicaremos.

Este mecanismo novedoso, permeable, abierto, dinámico es una herramienta que adquiere una doble característica. Es función del juez derivado de las obligaciones de los arts. 1.1. y 2 del PSJCR, pero al mismo tiempo se traduce en una garantía de la jurisdicción convencional constitucional interna.<sup>50</sup> Esto último es aquello que ha permitido, en el sistema constitucional argentino, crear la regla de la simetría constitucional y convencional expresada en la trascendente decisión de la CSJN en el caso “*Rodríguez Pereyra*”<sup>51</sup>. Esta

---

“*Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano*”, Estudios Constitucionales, Año 9, Nro. 2, Santiago, 2011, págs. 531-622; SAGÜÉS, Néstor P., en la obra colectiva con VON BOGDANDY, Armin; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; MORANTES ANTONIAZZI, Mariela (Coords.), “*El control de convencionalidad, La justicia constitucional y su internacionalización ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?*”, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, D.F, t. II, 2010, pág. 452.

<sup>50</sup> En el SEDH, el reconocimiento del poder de inaplicar las leyes por parte de los jueces ordinarios, cuando está en cuestión la efectividad del Derecho comunitario, es en la jurisprudencia comunitaria bastante antigua. Está conectada con la doctrina de primacía que se fija en la sentencia “*Costa vs. Enel*” del 15 de junio del 1964 y concluye en la sentencia “*Simmmenthal*”, de 9 de marzo de 1978. Por su parte la protección cautelar se confirma recién con la sentencia “*Factortame*”, de fecha 19 de junio de 1990: “(...) la plena eficacia del Derecho comunitario se encontraría completamente disminuida si una regla de Derecho nacional pudiese impedir al juez que conoce de un litigio regido por el Derecho comunitario acordar las medidas cautelares que pretendan garantizar la plena eficacia de la decisión jurisdiccional que debe decidir sobre la existencia de los derechos invocados sobre la base del Derecho comunitario. De ello resulta que si el juez, dadas las circunstancias, otorgaría medidas cautelares si no se enfrentase a una regla de Derecho nacional, está obligado a excluir la aplicación de esta regla”. Luego diversas sentencias marcan la evolución de la protección cautelar ampliando sus alcances como herramienta de los jueces nacionales – Sentencia “*Zuckerfabrik*”, 21 de febrero de 1991, Sentencia “*Atlanta*”, 9 de noviembre de 1995, entre otras – MUÑOZ MACHADO, Santiago, “*Constitución*”, Ed. IUSTEL, Madrid, 2004, pág. 207.

<sup>51</sup> CSJN, 27/11/2012, “*Rodríguez Pereyra, Jorge Luís vs. el Ejército Argentino s/ Daños y Perjuicios*”, Fallos: 335:2333.

doble característica, permite sostener que estamos frente a un deber estatal especialmente de la jurisdicción constitucional y a una garantía ciudadana. Sobre el tema volveremos.

#### II.2.1.3.- En búsqueda de nuevos y mayores ámbitos de proyección del control de convencionalidad

Sostenemos que es dinámico el concepto del control de convencionalidad, puesto que este se modifica a partir de nuevas decisiones de la propia Corte IDH y la recíproca influencia con los tribunales constitucionales internos. Es un concepto abierto a las permeabilidades propias de las interpretaciones evolutivas, ancladas en las transformaciones sociológicas y culturales en los países donde se proyecta su aplicación.

En el caso “*Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos*”<sup>52</sup>, se dijo:

“Para este Tribunal, no sólo la supresión o expedición de las normas en el derecho interno garantizan los derechos contenidos en la Convención Americana, de conformidad a la obligación comprendida en el artículo 2 de dicho instrumento. También se requiere el desarrollo de prácticas estatales conducentes a la observancia efectiva de los derechos y libertades consagrados en la misma. En consecuencia, la existencia de una norma no garantiza por sí misma que su aplicación sea adecuada. Es necesario que la aplicación de las normas o su interpretación, en tanto prácticas jurisdiccionales y manifestación del orden público estatal, se encuentren ajustadas al mismo fin que persigue el artículo 2 de la Convención. En términos prácticos, la interpretación del artículo 13 de la Constitución Política mexicana debe ser coherente con los principios convencionales y constitucionales de debido proceso y acceso a la justicia, contenidos en el artículo 8.1 de la Convención Americana y las normas pertinentes de la Constitución mexicana.”

“En relación con las prácticas judiciales, este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo

---

<sup>52</sup> Corte IDH, “*Radilla Pacheco*”, op. cit.

que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer un “control de convencionalidad” ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”.

Aquí la Corte IDH enfatiza la necesidad de que las prácticas judiciales, en tanto aplicación e interpretación de normas, se encuentren atravesadas por el deber de brindar efecto útil y el de compatibilidad entre las normas e interpretaciones internas con las internacionales del SIDH y la interpretación de la Corte IDH. Todo ello en cabeza de los jueces, a menos en este punto de la evolución del control de convencionalidad interno.

En el precedente “*Cabrera García y Montiel Flores vs. México*”<sup>53</sup> la Corte IDH advierte sobre la necesidad de que este deber-garantía sea aplicado no tan solo por jueces. Allí expresó:

“Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también 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. 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. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo

---

<sup>53</sup> Corte IDH, 26/11/2010, “*Cabrera García y Montiel Flores vs. México*”, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.

ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”.

Así pareciera distinguirse, al menos en esta versión del control de convencionalidad interno, dos aspectos claros en la dinámica interna de los poderes. Todas las autoridades públicas están obligadas a brindar efectos útiles al PSJCR mientras que el control de convencionalidad debe ser desplegado por los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia. Se insiste una vez más que todos los órganos deben velar por el efecto útil del PSJCR, lo cual posee trascendencia según veremos respecto a la posición de las Administraciones Públicas frente al PSJCR y aquello que deciden, informan y recomiendan sus intérpretes naturales: la CIDH y la Corte IDH.

Ello no es menor en nuestra área de estudio, en las relaciones entre ciudadanías y Administraciones Públicas en el marco de determinación de derechos y obligaciones.

La Corte IDH luego ya avanzará aún más en este criterio extendiendo a otros sujetos estatales esta obligación de desplegar el debido control de convencionalidad interno.

El control de convencionalidad ejercido como un deber según hemos explicado, se desarrolla bajo dos consignas específicas: a) el deber de tener en cuenta los tratados y las interpretaciones que de estos efectúa la propia Corte IDH y b) bajo los parámetros procesales y competenciales internos que son emergentes del principio de subsidiariedad y libre margen de apreciación<sup>54</sup> por los Estados miembros.

---

<sup>54</sup> Como adelantamos en nota 44, la Corte IDH debe actuar, tanto en su competencia contenciosa como consultiva, de acuerdo con su naturaleza subsidiaria y complementaria, dado que los Estados partes son los principales responsables de la protección de derechos humanos en su jurisdicción (Corte IDH, 30/11/2012, *"Masacre de Santo Domingo"* op. cit., párr. 142). En la misma nota referenciamos la doctrina del margen de apreciación con relación al SIDH y su comparación con el SEDH. A más de lo ya expuesto corresponde complementar, siguiendo a Hitters, que el margen de apreciación nacional resulta más amplio cuando la Corte IDH no ha sentado opinión sobre algún tema en particular, ya que en esa situación la judicatura local no tiene ninguna cortapisa para llevar a cabo la hermenéutica que le parezca más conveniente teniendo en cuenta las normas locales y su compatibilización con los tratados internacionales, aunque en esa situación no cabe referirse obviamente a la “doctrina de la Corte IDH” puesto que se trata de meros criterios provisionales locales que no tienen efecto *erga omnes*. Ese margen “se achica” cuando hay ya criterios o estándares establecidos por la Corte IDH, pues una interpretación contraria implicaría la violación de los arts. 1.1 y 2 del PSJCR y de la jurisprudencia del Tribunal, ya que “cuando la Corte IDH fija una doctrina legal –imperativa–, la misma es vinculante –en principio– para los Estados parte por lo que de ese modo de alguna manera se minoriza el principio del margen de apreciación nacional teniendo en cuenta la obligatoriedad de los pronunciamientos del tribunal regional” (HITTERS, Juan Carlos, *“Control de convencionalidad (adelantos y retrocesos) en Estudios constitucionales”*, vol. 13, Nro. 1, Santiago, 2015).

Aquí la flexibilidad del sistema responde a aquel origen del control de convencionalidad, la permeabilidad entre las distintas jurisdicciones constitucionales y convencionales internas e internacional de la Corte IDH que indicáramos en el caso que origina la doctrina.

Otros antecedentes significativos en la construcción del control de convencionalidad interno son los casos “*López Mendoza vs. Venezuela*” y “*Atalaya Riffo y Niñas vs. Chile*”, donde se señala: “(...) es necesario que las interpretaciones judiciales y administrativas y las garantías judiciales se apliquen, adecuándose a los principios establecidos en la jurisprudencia de este Tribunal (...).”<sup>55</sup>

#### II.2.1.4.- La mirada de recíproca influencia

En el caso “*Atala Riffo y Niñas vs. Chile*”<sup>56</sup> la Corte IDH a partir de reafirmar esta herramienta procesal, explicó en su criterio los alcances de esa permeabilidad de los tribunales constitucionales:

“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, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia 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. Así, por ejemplo, tribunales de la más alta jerarquía en la región, tales como la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, el Tribunal Constitucional de Bolivia, la Suprema Corte de Justicia de República Dominicana, el Tribunal Constitucional del Perú, la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina, la Corte Constitucional de Colombia, la Suprema Corte de la Nación de México y la Corte Suprema de Panamá se han referido y han aplicado el control de convencionalidad teniendo en cuenta interpretaciones efectuadas por la Corte Interamericana.”

---

<sup>55</sup> Corte IDH, 01/09/2011, “*López Mendoza vs. Venezuela*”, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 228; Corte IDH, “*Atala Riffo y niñas*”, op. cit., párr. 284.

<sup>56</sup> Corte IDH, “*Atala Riffo y Niñas*”, op. cit.

Tiene importancia ilustrativa a nuestro criterio en esta línea aquellas afirmaciones que efectuara en voto razonado el juez *ad hoc* Ferrer Mac-Gregor Poisot<sup>57</sup>, ya que allí se intenta aclarar algunos puntos un tanto imprecisos de este novedoso control:

a. Es control difuso<sup>58</sup>:

“Se trata, en realidad, de un “control difuso de convencionalidad”, debido a que debe ejercerse por todos los jueces nacionales. Existe, por consiguiente, una asimilación de conceptos del Derecho Constitucional, lo cual está presente desde el origen y desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, especialmente al crearse las “garantías” y “órganos” internacionales de protección de los derechos humanos. Se advierte claramente una “internacionalización del Derecho Constitucional”, particularmente al trasladar las “garantías constitucionales” como instrumentos procesales para la tutela de los derechos fundamentales y salvaguarda de la “supremacía constitucional”, a las “garantías convencionales” como mecanismos jurisdiccionales y cuasi jurisdiccionales para la tutela de los derechos humanos previstos en los pactos internacionales cuando aquéllos no han sido suficientes, por lo que de alguna manera se configura también una “supremacía convencional.”

Se aclara en el voto razonado que transcribimos que el “control difuso de convencionalidad” se corresponde con el control que ejercen los jueces nacionales, el control interno de convencionalidad. Tal control es ejercido por todos los jueces<sup>59</sup>, no se encuentra supeditado a un determinado sistema de justicia constitucional.

---

<sup>57</sup> Corte IDH, “*Cabrera García y Montiel Flores*”, op. cit.

<sup>58</sup> Para un análisis pormenorizado desde la jurisprudencia de la Corte IDH y en relación a los sistemas internos de los países Latinoamericanos, con fallos de las Cortes Nacionales y doctrina sobre el control difuso por parte “de todos los jueces, sin distinción” puede consultarse BREWER-CARIAS, Allan; SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, “*Control de convencionalidad y responsabilidad del Estado*. op. cit., págs. 46-71.

<sup>59</sup> Con relación a “todos los jueces”, en el caso la Corte IDH, 30/01/2014, “*Liakat Ali Alibux vs. Surinam*”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 124, precisó: “(...) en relación con los argumentos del representante y de la Comisión (...) sobre la vulneración del derecho a la protección judicial con motivo de la ausencia de un Tribunal Constitucional, si bien la Corte reconoce la importancia de éstos órganos como protectores de los mandatos constitucionales y los derechos fundamentales, la Convención Americana no impone un modelo específico para realizar un control de constitucionalidad y convencionalidad. En este sentido, la Corte recuerda que la obligación de ejercer un control de convencionalidad entre las normas internas y la Convención Americana les compete a todos los órganos del Estado, incluidos sus jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles”.

En los países iberoamericanos el control de constitucionalidad presenta diferencias. Encontramos países con sistema concentrado (Chile, Costa Rica, El Salvador, Honduras, Panamá, Paraguay), países con sistema difuso (Argentina) y países con sistemas mixtos (Bolivia, Brasil, Colombia, Ecuador, Guatemala, Perú, Nicaragua, México, República Dominicana, Venezuela)<sup>60</sup>. A todos los jueces les corresponde resguardar la supremacía del PSJCR, de acuerdo con su competencia por la materia, el grado y el territorio que tengan en el ámbito interno<sup>61</sup>. Se consolida el control de convencionalidad, a través del diálogo jurisprudencial correspondiendo a los jueces de los Estados aplicar el *corpus iuris* interamericano de los derechos humanos, o bien al momento de realizar el control de constitucionalidad, por encontrarse subsumido en el *corpus iuris* constitucional del Estado, o bien en forma autónoma.

b. El bloque de convencionalidad se integra:

“En principio, el parámetro del “control difuso de convencionalidad” por parte de los jueces nacionales (con independencia de si ejercen o no control de constitucionalidad), es el Pacto de San José y la jurisprudencia de la Corte IDH que la interpreta. La última parte de la doctrina jurisprudencial respectiva así lo prevé: En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado Pacto de San José, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.”

Luego agrega que el bloque de convencionalidad se integra, como adelantamos, con las interpretaciones que la Corte IDH realiza tanto por vía contenciosa (medidas provisionales, sentencias de fondo, resoluciones de supervisión de sentencias, interpretaciones de sentencias) como consultiva.<sup>62</sup>

---

<sup>60</sup> Corresponde aclarar que los sistemas no son puros, por lo cual en la doctrina Latinoamericana no hay coincidencia en la clasificación, hemos ponderado los rasgos mayoritarios.

<sup>61</sup> BREWER-CARIAS, Allan; SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, “*Control de convencionalidad y responsabilidad del Estado*. op. cit., págs. 46-71.

<sup>62</sup> La Corte IDH reafirmó con posterioridad la regla con relación a la vía consultiva. Ver la OC. 21/14, 19/08/2014, “*Sobre derechos y garantías de niñas y niños en contexto de la Migración y/o en necesidad de protección internacional*”, solicitada por la República Argentina, la República Federativa del Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay, párr. 31 señaló: “Es por tal razón que estima necesario que los diversos órganos del Estado realicen el correspondiente control de convencionalidad, también sobre la base de lo que señale en ejercicio de su competencia no contenciosa o consultiva, la que innegablemente comparte con su competencia contenciosa el propósito del sistema interamericano de derechos humanos, cual es, “la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos”. A su vez, a partir de la norma convencional

“No obstante, la propia “jurisprudencia” de la Corte IDH ha ido ampliando el corpus juris interamericano en materia de derechos humanos para fundamentar sus fallos. No debe pasar inadvertido que es el propio Pacto de San José el que permite incluir “en el régimen de protección de esta Convención otros derechos y libertades que sean reconocidos de acuerdo con los artículos 76 y 77”, lo que ha permitido que se aprueben diversos Protocolos “adicionales” (a la Convención Americana) y sean interpretados por este Tribunal Interamericano. Asimismo, el propio Pacto establece como norma interpretativa que no se puede excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y “otros actos internacionales de la misma naturaleza.

---

interpretada a través de la emisión de una opinión consultiva, todos los órganos de los Estados Miembros de la OEA, incluyendo a los que no son Parte de la Convención pero que se han obligado a respetar los derechos humanos en virtud de la Carta de la OEA (art. 3.1) y la Carta Democrática Interamericana (arts. 3, 7, 8 y 9), cuentan con una fuente que, acorde a su propia naturaleza, contribuye también y especialmente de manera preventiva, a lograr el eficaz respeto y garantía de los derechos humanos y, en particular, constituye una guía a ser utilizada para resolver las cuestiones sobre infancia en el contexto de la migración y así evitar eventuales vulneraciones de derechos humanos”. Recordándolo en la OC. 22/16, 26/02/2016, “Titularidad de Derechos de las Personas Jurídicas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (interpretación y alcance del art. 1.2, en relación con los arts. 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46 Y 62.3 de la Convención Americana s/ Derechos Humanos, así como del art. 8.1.A Y B del Protocolo de San Salvador)”, solicitada por la República de Panamá, en su párr. 26: “La Corte recuerda, como lo ha hecho en otras oportunidades, que la labor interpretativa que debe cumplir en ejercicio de su función consultiva difiere de su competencia contenciosa en que no existen “partes” involucradas en el procedimiento consultivo, y no existe tampoco un litigio a resolver. El propósito central de la función consultiva es obtener una interpretación judicial sobre una o varias disposiciones de la Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos. En este orden de ideas, las Opiniones Consultivas cumplen, en alguna medida, la función propia de un control de convencionalidad preventivo”. En la OC. 25/18, 30/05/2018, “*La institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el Sistema Interamericano de Protección (interpretación y alcance de los artículos. 5, 22.7 y 22.8, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*”, solicitada por la República de Ecuador, párr. 58: “La Corte estima necesario, además, recordar que, conforme al derecho internacional, cuando un Estado es parte de un tratado internacional, como la Convención Americana, dicho tratado obliga a todos sus órganos, incluidos los poderes judicial y legislativo por lo que la violación por parte de alguno de dichos órganos genera responsabilidad internacional para aquel. Es por tal razón que estima necesario que los diversos órganos del Estado realicen el correspondiente control de convencionalidad, también sobre la base de lo que señale en ejercicio de su competencia no contenciosa o consultiva, la que innegablemente comparte con su competencia contenciosa, el propósito del sistema interamericano de derechos humanos, cual es, “la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos”. (En el mismo sentido: la Corte IDH en la OC. 24/17, op. cit., párr. 26; OC. 23/17, 15/11/2017, “*Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance de los arts. 4.1 y 5.1, en relación con los arts. 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*”, solicitada por la República de Colombia, párr. 28).

(...) Para efectos del parámetro del “control difuso de convencionalidad”, por “jurisprudencia” debe comprenderse toda interpretación que la Corte IDH realice a la Convención Americana, a sus Protocolos adicionales, y a otros instrumentos internacionales de la misma naturaleza que sean integrados a dicho corpus juris interamericano, materia de competencia del Tribunal Interamericano. No debe perderse de vista 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”. Precisamente en la Opinión Consultiva OC-16/99, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos, sobre “El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal”, la Corte IDH estableció que: El corpus juris del Derecho Internacional de los Derechos Humanos está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones). Su evolución dinámica ha ejercido un impacto positivo en el Derecho Internacional, en el sentido de afirmar y desarrollar la aptitud de este último para regular las relaciones entre los Estados y los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones. Por lo tanto, esta Corte debe adoptar un criterio adecuado para considerar la cuestión sujeta a examen en el marco de la evolución de los derechos fundamentales de la persona humana en el derecho internacional contemporáneo”.

Adiciona que el control de convencionalidad interno, por la senda que marca el principio evolutivo, debe comprender la interpretación que la Corte IDH realiza de la CADH, sus Protocolos Adicionales y demás instrumentos internacionales integrados al *corpus iuris* interamericano, como umbral mínimo de protección de los derechos humanos en los diferentes países.

“Las “interpretaciones” a esta normatividad convencional no sólo comprenden las realizadas en las sentencias pronunciadas en los “casos contenciosos”, sino también las interpretaciones efectuadas en las demás resoluciones que emita. Así, quedan comprendidas las interpretaciones realizadas al resolver sobre “medidas provisionales”; sobre “supervisión de cumplimiento de sentencias” o, incluso, sobre la instancia de solicitud de “interpretación de la sentencia” en términos del artículo 67 del Pacto de San José. Asimismo, debe comprender las interpretaciones derivadas de las “opiniones consultivas” a que se refiere el artículo 64 del citado Pacto, debido,

precisamente, a que tiene como finalidad “la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos”.

“Se forma de esta manera un auténtico “bloque de convencionalidad” como parámetro para ejercer el “control difuso de convencionalidad”. Los jueces nacionales deben atender a este “bloque”, lo que implica, por parte de ellos, una permanente actualización de la jurisprudencia de la Corte IDH y propicia una “viva interacción” entre las jurisdicciones nacionales y la interamericana, con la finalidad última de establecer estándares en nuestra región para la protección efectiva de los derechos humanos”.

Adviértase la importancia del párrafo transcrito en cuanto establece los estándares que deben guiar a los jueces nacionales en el control de convencionalidad, en la dinámica propia de un sistema abierto, dinámico, poroso que permite el diálogo constante entre las jurisdicciones nacionales y la internacional con el norte en la dignidad de la persona humana, centralidad del sistema.

“Así, la “fuerza normativa” de la Convención Americana alcanza a la interpretación que de la misma realice la Corte IDH, como “intérprete última” de dicho Pacto en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. La interpretación emprendida por el Tribunal Interamericano a las disposiciones convencionales adquiere la misma eficacia que poseen éstas, ya que en realidad las “normas convencionales” constituyen el resultado de la “interpretación convencional” que emprende la Corte IDH como órgano “judicial autónomo cuyo objetivo es la aplicación e interpretación” del corpus juris interamericano. Dicho en otras palabras, el resultado de la interpretación de la Convención Americana conforma la jurisprudencia de la misma; es decir, “constituyen normas que derivan de la CADH, de lo cual se obtiene que gocen de la misma eficacia (directa) que tiene dicho tratado internacional”.

c. Para explicar en su criterio cual es el fundamento jurídico del control de convencionalidad:

“Desde el comienzo de la doctrina jurisprudencial de este tipo de control, en el Caso Almonacid Arellano vs. Chile, se estableció: (...) Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su

objeto y fin (...). En esta misma línea de ideas, esta Corte ha establecido que “según el derecho internacional las obligaciones que éste impone deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno”. Esta regla ha sido codificada en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969”.

La doctrina del control de convencionalidad le impone a los Estados la obligación de aplicar en sus propios ordenamientos el *corpus iuris* interamericano de los derechos humanos. A todos los órganos, incluidos los jueces, quienes deben hacer prevalecer los estándares fijados por la Corte IDH sobre las leyes internas. Esto se encuentra fundado en el principio de buena fe y a la necesidad de dar efecto útil al sistema al que se han sometido.

Si bien la Corte IDH no ha hecho una descripción de qué tipos de preceptos locales deben ser controlados, se considera que a cualquier regla de alcance general y abstracto (ley, decreto, ordenanza, actos administrativos, constituciones provinciales y nacionales)<sup>63</sup>.

A continuación, señala:

“Los principios de derecho internacional relativos a la Buena Fe y al Efecto Útil, que involucra a su vez al principio Pacta Sunt Servanda, constituyen fundamentos internacionales para que los tratados internacionales sean cumplidos por parte de los Estados nacionales, y han sido constantemente reiterados por la jurisprudencia de la Corte IDH en los casos sometidos bajo su competencia, sea en la instancia consultiva, como en casos contenciosos. Este Tribunal Interamericano ha establecido, en la Opinión Consultiva 14/94, de 9 de diciembre de 1994, sobre la responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención,<sup>74</sup> los alcances interpretativos de los artículos 175 y 276 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Se consideró que la obligación de dictar las medidas que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos y libertades reconocidos en dicho Pacto comprende la de no dictarlas cuando ellas conduzcan a violarlos, y también a adecuar la normatividad inconvencional existente, fundamentando que descansa en un principio general del derecho internacional, relativo a que las obligaciones deben ser cumplidas de “buena fe” y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno; lo cual ha sido recogido por tribunales internacionales, como la Corte Permanente de

---

<sup>63</sup> HITTERS, Juan Carlos, “Control de constitucionalidad y control de convencionalidad - comparación”, op. cit.

Justicia Internacional y la Corte Internacional de Justicia, y también ha sido codificado en los artículos 2677 y 2778 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados”.

“La obligación del cumplimiento del derecho convencional obliga a todas las autoridades y órganos nacionales, con independencia de su pertenencia a los poderes legislativo, ejecutivo o judicial, toda vez que el Estado responde en su conjunto y adquiere responsabilidad internacional ante el incumplimiento de los instrumentos internacionales que ha asumido”.

El voto razonado citado clarifica que el Estado se obliga a cumplir con el *corpus iuris* interamericano de los derechos humanos de buena fe, lo que comprende dictar medidas para hacer efectivo los derechos humanos, abstenerse de hacerlo si conlleva vulnerarlo, como adecuar las normas inconventionales, incluso la de adaptar y modificar la propia Constitución, como lo decidió la Corte IDH en la sentencia del caso “*La última tentación de Cristo*”<sup>64</sup> de 2001. Esto es criticado por parte de la doctrina, que postula que de esta manera se afecta la soberanía nacional, la supremacía constitucional y las potestades de gestión normativa y jurisprudencial de cada caso.<sup>65</sup> Obligación que deben cumplir todas las autoridades y órganos nacionales (judiciales, legislativas y/o ejecutivas), dado que el Estado responde internacionalmente ante el incumplimiento.

“De esta manera, los jueces de los Estados parte de la Convención Americana también se encuentran obligados al cumplimiento de la normatividad convencional y la doctrina del “control difuso de convencionalidad” les facilita esta labor, para realizar interpretaciones de las disposiciones nacionales (incluidas las del texto constitucional) que sean conforme al corpus juris interamericano e incluso a no aplicar aquéllas que contravengan de manera absoluta el referido “bloque de convencionalidad”, para evitar de esa forma que el Estado al que pertenecen sea responsable internacionalmente por violar compromisos internacionales adquiridos en materia de derechos humanos.”

---

<sup>64</sup> Corte IDH Caso, 05/02/2001, “*La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*”, Fondo, Reparaciones y Costas.

<sup>65</sup> Ver SAGÜES, Sofía, “*Diálogo jurisprudencia y control de convencionalidad a la luz de la experiencia en el caso argentino*”, en “*El control de convencionalidad: un balance a 10 años de Almonacid Arellano vs. Chile*”, HENRÍQUEZ, Miriam, MORALES ANTONIAZZI, Mariela (Coord.), Ed. Der, 2017, págs. 281-371.

Reafirma que los Estados partes de la convención deben cumplir el *corpus iuris* interamericano de derechos humanos dictando medidas positivas o absteniéndose de aplicar las normas contrarias, para no incurrir en responsabilidad internacional.

“El “control difuso de convencionalidad”, además, tiene fundamento en el artículo 29 del Pacto de San José, en la medida en que todos los poderes u órganos de los Estados signatarios de dicho instrumento internacional, incluidos los jueces y órganos de administración de justicia que materialmente realizan funciones jurisdiccionales, se encuentran obligados, a través de sus interpretaciones, a permitir de la manera más amplia posible el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en dicho Pacto y de sus protocolos adicionales (y de otros instrumentos internacionales en los términos antes analizados), lo cual implica, a su vez, interpretaciones restrictivas cuando se trate de limitaciones a los mismos, y siempre a la luz de la jurisprudencia de la Corte IDH”.

Remarca, una vez más, que todos los poderes u órganos del Estado en que se encuentre vigente el PSJCR se encuentran obligados, “a través de sus interpretaciones”, a cumplir con el *corpus iuris* interamericano de los derechos humanos.

“No pasa inadvertido que el artículo 68.1 establece que los Estados parte del Pacto de San José “se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes”. Lo anterior no puede ser limitante para que la jurisprudencia de la Corte IDH adquiera “eficacia directa” en todos los Estados nacionales que han reconocido expresamente su jurisdicción, con independencia de que derive de un asunto donde no han participado formalmente como “parte material”, ya que al ser la Corte IDH el órgano jurisdiccional internacional del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, cuya función esencial es la aplicación e interpretación de la Convención Americana, sus interpretaciones adquieren el mismo grado de eficacia del texto convencional. En otras palabras, la norma convencional que deben aplicar los Estados es el resultado de la interpretación de las disposiciones del Pacto de San José (y sus protocolos adicionales, así como otros instrumentos internacionales). Las interpretaciones que realiza la Corte IDH se proyectan hacia dos dimensiones: (i) en lograr su eficacia en el caso particular con efectos subjetivos, y (ii) en establecer la eficacia general con efectos de norma interpretada. De ahí la lógica y necesidad de que el fallo,

además de notificarse al Estado parte en la controversia particular, deba también ser “transmitido a los Estados parte de la Convención”, para que tengan pleno conocimiento del contenido normativo convencional derivado de la interpretación de la Corte IDH, en su calidad de “intérprete última” del corpus juris interamericano”.

#### II.2.1.5.- Un punto de inflexión, el caso “*Gelman vs. Uruguay*”

Creemos que es en el asunto “*Gelman vs. Uruguay*”<sup>66</sup> al tiempo de intervenir la Corte IDH en su función específica de supervisión de sentencia donde se expresa más claramente los alcances que aquella pretende brindarle a esta herramienta en procura de afianzar un espacio común de los derechos humanos.

Transcribimos por su importancia:

“De tal manera, es posible observar dos manifestaciones distintas de esa obligación de los Estados de ejercer el control de convencionalidad, dependiendo de si la Sentencia ha sido dictada en un caso en el cual el Estado ha sido parte o no. Lo anterior debido a que la norma convencional interpretada y aplicada adquiere distinta vinculación dependiendo si el Estado fue parte material o no en el proceso internacional”.

En primer término, diferencia con relación al control de convencionalidad interno los efectos de la sentencia de la Corte IDH con autoridad de cosa juzgada internacional, desde dos manifestaciones: a) directa hacia las partes en la controversia internacional; b) indirecta hacia todos los Estados parte de la CADH.

Continúa el Tribunal:

“En relación con la primera manifestación, cuando existe una sentencia internacional dictada con carácter de cosa juzgada respecto de un Estado que ha sido parte en el caso sometido a la jurisdicción de la Corte Interamericana, todos sus órganos, incluidos sus jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, también están sometidos al tratado y a la sentencia de este Tribunal, lo cual les obliga a velar para que los efectos de las disposiciones de la Convención y, consecuentemente, las decisiones de la

---

<sup>66</sup> Corte IDH, 20/03/2013, “*Gelman vs. Uruguay*”, Resolución Supervisión de Cumplimiento de Sentencia.

Corte Interamericana, no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin o por decisiones judiciales o administrativas que hagan ilusorio el cumplimiento total o parcial de la sentencia. Es decir, en este supuesto, se está en presencia de cosa juzgada internacional, en razón de lo cual el Estado está obligado a cumplir y aplicar la sentencia. En esta situación se encuentra el Estado de Uruguay respecto de la Sentencia dictada en el caso Gelman. Por ello, precisamente porque el control de convencionalidad es una institución que sirve como instrumento para aplicar el Derecho Internacional, en el presente caso que existe cosa juzgada se trata simplemente de emplearlo para dar cumplimiento en su integridad y de buena fe a lo ordenado en la Sentencia dictada por la Corte en el caso concreto, por lo que sería incongruente utilizar esa herramienta como justificación para dejar de cumplir con la misma, de conformidad con lo señalado anteriormente (...).”

Del párrafo citado, se extraen las pautas del control de convencionalidad interno como herramienta para lograr efectivizar los efectos de la cosa juzgada de los derechos humanos a partir del carácter vinculante de las sentencias dictadas por la Corte IDH:

1) Fundada en el art. 27 de la Convención de Viena<sup>67</sup> sobre el Derecho de los Tratados de 1969,

2) La obligación de que todas las autoridades internas tienen el deber de cumplir de buena fe con el derecho internacional,

3) Las obligaciones generales contenidas en el art. 2 del PSJCR en tanto obliga a:

3.1.) la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención o que desconozcan los derechos allí reconocidos u obstaculicen su ejercicio, y

3.2.) la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías,

---

<sup>67</sup> Art. 27: “El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.” Convención de Viena, firmada el 23/05/1969, entrada en vigor el 27/01/1980.

4) Los fallos de la Corte son inapelables y definitivos (art. 67 PSJCR<sup>68</sup>) asumiendo el carácter de cosa juzgada y los Estados partes por el art. 68.1<sup>69</sup> se han obligado a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes,

5) Los Estados partes deben garantizar el cumplimiento de las disposiciones convencionales y sus efectos propios, tanto de las normas sustanciales como procesales. El control de convencionalidad aplica el derecho convencional y en el caso de cosa juzgada por dicha herramienta se desplaza cualquier norma interna, interpretación o práctica que contradiga u obstruya el cumplimiento de lo dispuesto en un determinado caso.

Como señala Ferrer Mac Gregor:

“(…) de la “cosa juzgada internacional” (producto de la firmeza del fallo) deviene la “inmutabilidad” de la sentencia dictada por la Corte IDH, en tanto acto procesal y en cuanto a su contenido o sustancia y sobre todos sus efectos. Así, la cosa juzgada internacional (formal y material) implica que ningún otro tribunal internacional o nacional, puede volver a pronunciarse sobre el objeto del proceso. Esta institución descansa en los principios generales del derecho de seguridad jurídica y de paz social, al permitir certeza a las partes, y a la sociedad en su conjunto, al evitar que el conflicto se prolongue indefinidamente, elementos contenidos en los arts. 67 y 68 del PSJCR para coadyuvar al establecimiento de un orden público interamericano. En otras palabras, los Estados deben cumplir la sentencia de la Corte IDH y no pueden intentar para su incumplimiento vía alguna, ni nacional ni internacional, ni escudarse en normas ni instituciones propias, aun las constitucionales”<sup>70</sup>.

Continúa el Tribunal su análisis:

“(…) Respecto de la segunda manifestación del control de convencionalidad, en situaciones y casos en que el Estado concernido no ha sido parte en el

---

<sup>68</sup> Art. 67: “El fallo de la Corte será definitivo e inapelable. En caso de desacuerdo sobre el sentido o alcance del fallo, la Corte lo interpretará a solicitud de cualquiera de las partes, siempre que dicha solicitud se presente dentro de los noventa días a partir de la fecha de la notificación del fallo”.

<sup>69</sup> Art. 68: “1. Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes. 2. La parte del fallo que disponga indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado.”

<sup>70</sup> FERRER MAC GREGOR, Eduardo, “*Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional: vinculación directa hacia las partes (res judicata) e indirecta hacia los estados parte de la Convención Americana (res interpretata) Sobre el cumplimiento del Caso Gelman vs. Uruguay*”, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, Año 11, Nro. 2, 2013, págs. 641-694.

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

Delimita el decisorio que el control de convencionalidad interno es una herramienta que permite aplicar en las instancias internas los criterios interpretativos de la Corte IDH, brindado en casos en que el Estado miembro no ha sido parte.

Ferrer Mac Gregor lo explica de la siguiente manera:

“La sentencia “produce una eficacia *erga omnes* hacia todos los Estados Parte de la Convención, en la medida en que todas las autoridades nacionales quedan vinculadas a la efectividad convencional y, consecuentemente, al criterio interpretativo establecido por la Corte IDH, en tanto estándar mínimo de efectividad de la norma convencional, derivada de la obligación de los Estados de respeto, garantía y adecuación (normativa e interpretativa) que establecen los arts. 1 y 2 de la Convención Americana; y de ahí la lógica de que la sentencia sea notificada no solo “a las partes en el caso” sino también “transmitido a los Estados partes en la Convención” en términos del art. 69 del Pacto de San José”.<sup>71</sup>

---

<sup>71</sup> FERRER MAC GREGOR, Eduardo, “*Eficacia de la sentencia interamericana (...)*” op. cit. Ejemplos: el Tribunal Constitucional de Bolivia ha señalado que: “En efecto, el PSJCR, como norma componente del bloque de constitucionalidad, está constituido por tres partes esenciales, estrictamente vinculadas entre sí: la primera, conformada por el preámbulo, la segunda denominada dogmática y la tercera referente a la parte orgánica. Precisamente, el Capítulo VIII de este instrumento regula a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en consecuencia, siguiendo un criterio de interpretación constitucional “sistémico”, debe establecerse que este órgano y por ende las decisiones que de él emanan, forman parte también de este bloque de constitucionalidad. Esto es así por dos razones jurídicas concretas a saber: 1) El objeto de la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; y, 2) La aplicación de la doctrina del efecto útil de las sentencias que versan sobre Derechos Humanos” (Tribunal Constitucional de Bolivia, 10/05/2010, “*El Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Fundamentos y efectos de las Sentencias emanadas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*”, Expediente Nro. 2006-13381-27-

Por otra parte, determina que “todas las autoridades y todos sus órganos”, donde además de los legislativos y ejecutivos, de los jueces y órganos de la administración de justicia, incluye las instancias democráticas. Se establece que los derechos humanos constituyen un límite infranqueable, incluso para las mayorías democráticas. En otras palabras, el régimen democrático está limitado por el *corpus iuris* interamericano de derechos humanos.

Continúa la Corte IDH en el caso afirmando:

“La Corte estima pertinente precisar que la concepción del llamado control de convencionalidad tiene íntima relación con el “principio de complementariedad”, en virtud del cual la responsabilidad estatal bajo la Convención sólo puede ser exigida a nivel internacional después de que el Estado haya tenido la oportunidad de declarar la violación y reparar el daño ocasionado por sus propios medios. Este principio de complementariedad (también llamado “de subsidiariedad”) informa transversalmente el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el cual es, tal como lo expresa el Preámbulo de la misma Convención Americana, “coadyuvante o complementario de la (protección) que ofrece el derecho interno de los Estados americanos”. De tal manera, el Estado “es el principal garante de los derechos humanos de la personas, de manera que, si se produce un acto violatorio de dichos derechos, es el propio Estado quien tiene el deber de

---

RAC, apdo. III, vol. 3). El Tribunal Constitucional del Perú ha afirmado que: “La vinculatoriedad de las sentencias de la Corte Interamericana no se agota en su parte resolutive (la cual, ciertamente, alcanza sólo al Estado que es parte en el proceso), sino que se extiende a su fundamentación o *ratio decidendi*, con el agregado de que, por imperio de la Cuarta Disposición Final y Transitoria (CDFT) de la Constitución y el art. V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, en dicho ámbito la sentencia resulta vinculante para todo poder público nacional, incluso en aquellos casos en los que el Estado peruano no haya sido parte en el proceso. En efecto, la capacidad interpretativa y aplicativa de la Convención que tiene la Corte Interamericana, reconocida en el art. 62.3 de dicho tratado, aunada al mandato de la CDFT de la Constitución, hace que la interpretación de las disposiciones de la Convención que se realiza en todo proceso, sea vinculante para todos los poderes públicos internos, incluyendo, desde luego, a este Tribunal” (ver Sentencia del Tribunal Constitucional del Perú, 21/07/2006, “PA/TC”, Expediente Nro. 2730-2006-, fundamento 12). La Corte Constitucional de Colombia apuntó que “la jurisprudencia de la Corte IDH contiene la interpretación auténtica de los derechos contenidos en la Convención Americana, instrumento internacional que integra el parámetro de control de constitucionalidad”, Sentencia C-442 de 25 de mayo de 2011. La Suprema Corte de Justicia de República Dominicana ha establecido que: “Es de carácter vinculante para el Estado dominicano, y, por ende, para el Poder Judicial, no sólo la normativa de la Convención Americana sobre Derechos Humanos sino sus interpretaciones dadas por los órganos jurisdiccionales, creados como medios de protección, conforme el art. 33 de ésta, que le atribuye competencia para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes”. (Suprema Corte de Justicia de República Dominicana, 13/11/2003, Res. Nro. 1920-2003).

resolver el asunto a nivel interno y, en su caso, reparar, antes de tener que responder ante instancias internacionales como el Sistema Interamericano, lo cual deriva del carácter subsidiario que reviste el proceso internacional frente a los sistemas nacionales de garantías de los derechos humanos”. Lo anterior significa que, como consecuencia de la eficacia jurídica de la Convención Americana en todos los Estados Parte en la misma, se ha generado un control dinámico y complementario de las obligaciones convencionales de los Estados de respetar y garantizar derechos humanos, conjuntamente entre las autoridades internas y las instancias internacionales (en forma complementaria), de modo que los criterios de decisión 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. Según fue señalado (...), precisamente en el presente caso *Gelman vs. Uruguay*, la Corte consideró que, antes de tomar la referida decisión de 22 de febrero de 2013, la Suprema Corte de Justicia uruguaya ya había ejercido un adecuado control de convencionalidad respecto de la Ley de Caducidad, al declararla inconstitucional en octubre de 2009 en el caso *Sabalsagaray*. De tal modo, el control de convencionalidad es una obligación propia de todo poder, órgano o autoridad del Estado Parte en la Convención, los cuales deben, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, controlar que los derechos humanos de las personas sometidas a su jurisdicción sean respetados y garantizados. Así adquiere sentido el mecanismo convencional, el cual obliga a todos los jueces y órganos judiciales a prevenir potenciales violaciones a derechos humanos, las cuales deben solucionarse a nivel interno teniendo en cuenta las interpretaciones de la Corte Interamericana y, solo en caso contrario, pueden ser considerados por ésta, en cuyo supuesto ejercerá un control complementario de convencionalidad”.

El control de convencionalidad interno es exteriorización del principio de subsidiariedad o complementariedad. En primer lugar, es esperable que los desplieguen los

Estados en su sistema interno, y solo ante la infracción tramitada ante la Corte IDH, en un caso concreto una vez agotados los recursos internos, puede esta desplegar dicho control. Ello con el fin de constatar la existencia o no del deber de responder en el plano internacional el Estado por afectación de las obligaciones generales de los arts. 1.1. y 2, en proyección con violaciones específicas del resto del articulado del PSJCR.

Lo explica claramente el principio de complementariedad, en virtud del cual la responsabilidad estatal bajo la Convención solo puede ser exigida a nivel internacional, después de que el Estado haya tenido la oportunidad de declarar la violación y reparar el daño ocasionado por sus propios medios. Este principio de complementariedad (también llamado “de subsidiariedad”) informa transversalmente el SIDH, el cual es, tal como lo expresa el Preámbulo de la misma Convención Americana<sup>72</sup>, “coadyuvante o complementario de la protección que ofrece el derecho interno de los Estados americanos”. De tal manera, el Estado:

“(…) Es el principal garante de los derechos humanos de las personas, de manera que, si se produce un acto violatorio de dichos derechos, es el propio Estado quien tiene el deber de resolver el asunto a nivel interno y, en su caso, reparar, antes de tener que responder ante instancias internacionales como el Sistema Interamericano, lo cual deriva del carácter subsidiario que reviste el proceso internacional frente a los sistemas nacionales de garantías de los derechos humanos.”

---

<sup>72</sup> Preámbulo del PSJCR: “Los Estados Americanos signatarios de la presente Convención, Reafirmando su propósito de consolidar en este Continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre; Reconociendo que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos; Considerando que estos principios han sido consagrados en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos que han sido reafirmados y desarrollados en otros instrumentos internacionales, tanto de ámbito universal como regional; Reiterando que, con arreglo a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, sólo puede realizarse el ideal del ser humano libre, exento del temor y de la miseria, si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos, y Considerando que la Tercera Conferencia Interamericana Extraordinaria (Buenos Aires, 1967) aprobó la incorporación a la propia Carta de la Organización de normas más amplias sobre derechos económicos, sociales y educacionales y resolvió que una convención interamericana sobre derechos humanos determinara la estructura, competencia y procedimiento de los órganos encargados de esa materia.”

Así lo ha destacado desde la doctrina, Nogueira Alcalá:

“El sistema interamericano de protección de derechos se caracteriza por la subsidiariedad del nivel supranacional; por tanto, la intervención de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se produce sólo cuando las instancias jurisdiccionales nacionales se encuentren agotadas o sean inútiles para resolver el problema. Ello exige a los abogados nacionales plantear y hacer valer ante la judicatura nacional las posiciones jurídicas aseguradas y garantizadas por la Convención Americana de Derechos Humanos.”<sup>73</sup>

En el mismo sentido, Ruddy José Flores Monterrey, ex magistrado presidente del Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, postula:

“(…) Se tratan de ordenamientos jurídicos autónomos y diferenciados uno del otro, uno de carácter nacional y el otro de carácter internacional, coadyuvante y complementario este último respecto del nacional, cada uno con fuentes reglas y principios propios para su observancia y cumplimiento, procesos que asumen interacciones e interdependencias más complejas, principalmente partiendo del reconocimiento de que esos derechos esenciales del hombre que no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana.”<sup>74</sup>

También se ha advertido sobre la necesidad de una mayor apertura por parte del tribunal internacional a las doctrinas que se vayan elaborando por los tribunales nacionales en el ejercicio del control de convencionalidad que conforme el principio de subsidiariedad le compete de modo primario a ellos.<sup>75</sup>

Continúa el Tribunal:

“(…) Sin perjuicio de lo anterior, y de conformidad con lo señalado anteriormente en cuanto a la primera manifestación del control de convencionalidad. cuando existe cosa juzgada internacional (...), este control también posee un rol importante en el cumplimiento o implementación de una determinada Sentencia de la Corte Interamericana, especialmente cuando

---

<sup>73</sup> NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, “*Los desafíos de la sentencia de la Corte Interamericana en el caso Almonacid Arellano*”, Revista de Derecho, Nro. 2, Montevideo, 2007.

<sup>74</sup> STEINER, Christian; URIBE, Patricia, “*Convención Americana sobre los Derechos Humanos. Comentario*”, Fund. Konrad-Adenauer-Stiftung, 2014, p. III.

<sup>75</sup> DULITZKY, Ariel, “*An Inter-American Constitutional Court, The Invention of the Conventionality Control by the Inter-American Court of Human Rights*”, Texas International Law Journal, págs. 74 y ss.

dicho acatamiento queda a cargo de los jueces nacionales. Bajo este supuesto, el órgano judicial tiene la función de hacer prevalecer la Convención Americana y los fallos de esta Corte sobre la normatividad interna, interpretaciones y prácticas que obstruyan el cumplimiento de lo dispuesto en un determinado caso. Lo anterior se deduce del compromiso de los Estados de cumplir con sus obligaciones internacionales y no solo de prácticas judiciales reiteradas a niveles nacionales, que son por supuesto relevantes. Así, tribunales de la más alta jerarquía en varios Estados de la región, se han referido al carácter vinculante de las sentencias de la Corte Interamericana o han aplicado el control de convencionalidad teniendo en cuenta interpretaciones efectuadas por esta”.

Para la Corte es un falso dilema sostenerse en razones de constitucionalidad interna para justificar la no aplicación del control de convencionalidad de normas, criterios o sentencias emitidas por la Corte IDH.

“En atención a todo lo anterior, la Corte reitera, por un lado, que sus sentencias producen el efecto de cosa juzgada y tienen carácter vinculante, lo cual deriva de la ratificación de la Convención y del reconocimiento de la jurisdicción del Tribunal, actos soberanos que el Estado Parte realizó conforme sus procedimientos constitucionales y, por otro, que el control de convencionalidad es una obligación de las autoridades estatales y su ejercicio compete, solo subsidiaria o complementariamente, a la Corte Interamericana cuando un caso ha sido sometido a su jurisdicción. En consecuencia, la pretensión de oponer el deber de los tribunales internos de realizar el control de constitucionalidad al control de convencionalidad que ejerce la Corte, es en realidad un falso dilema, pues una vez que el Estado ha ratificado el tratado internacional y reconocido la competencia de sus órganos de control, precisamente a través de sus mecanismos constitucionales, aquéllos pasan a conformar su ordenamiento jurídico. De tal manera, el control de constitucionalidad implica necesariamente un control de convencionalidad, ejercidos de forma complementaria. Una vez que este Tribunal ha dictado Sentencia en el presente caso, la cual produce los efectos de la autoridad de cosa juzgada, de conformidad con los principios generales del Derecho Internacional y con lo dispuesto en los artículos 67 y 68 de la Convención Americana, el Estado y todos sus órganos se encuentran obligados a darle pleno cumplimiento. La Sentencia no se limita en su efecto vinculante a la parte dispositiva del fallo, sino que incluye todos los fundamentos,

motivaciones, alcances y efectos del mismo, de modo que aquélla es vinculante en su integridad, incluyendo su ratio decidendi. Así, puesto que la parte resolutive o dispositiva de la Sentencia refiere expresa y directamente a su parte considerativa, ésta es claramente parte integral de la misma y el Estado también está obligado a darle pleno acatamiento. La obligación del Estado de dar pronto cumplimiento a las decisiones de la Corte es parte intrínseca de su obligación de cumplir de buena fe con la Convención Americana y vincula a todos sus poderes y órganos, incluidos sus jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, por lo cual no puede invocar disposiciones del derecho constitucional u otros aspectos del derecho interno para justificar una falta de cumplimiento de la Sentencia. En razón de estar en presencia de cosa juzgada internacional, y precisamente porque el control de convencionalidad es una institución que sirve como instrumento para aplicar el Derecho Internacional, sería contradictorio utilizar esa herramienta como justificación para dejar de cumplir la Sentencia en su integridad.”

En concreto, de tal decisión, en nuestro criterio, es posible extraer las siguientes pautas del control de convencionalidad:

a. El control de convencionalidad interno es una herramienta para lograr efectivizar los efectos de la cosa juzgada de los derechos humanos a partir del carácter vinculante de las sentencias dictadas por la Corte IDH.

b. El control de convencionalidad interno es una herramienta que permite aplicar en las instancias internas los criterios interpretativos de la Corte IDH brindado en casos en que el Estado miembro no ha sido parte.

c. El control de convencionalidad interno es exteriorización del principio de subsidiariedad o complementariedad.

d. Es un falso dilema sostenerse en razones de constitucionalidad interna para justificar la no aplicación del control de convencionalidad de normas, criterios o sentencias emitidas por la Corte IDH.<sup>76</sup>

---

<sup>76</sup> En el SEDH, según apunta Bon Piere, en el ámbito de las jurisprudencias constitucionales aparece la noción de identidad nacional o constitucional bajo los siguientes alcances: a) en Italia con el precedente “*Frontini*”, 18/12/1973, al sostener que los órganos comunitarios no pueden disponer “del poder inadmisibles de violar los principios fundamentales de nuestro ordenamiento constitucional o los derechos inalienables de la persona humana (...)”, b) en Alemania “(...) sentencia de 1974

e. Se ha generado en su posición como consecuencia de la eficacia jurídica de la Convención Americana en todos los Estados un “(...) control dinámico y complementario de las obligaciones convencionales de los Estados de respetar y garantizar derechos humanos, conjuntamente entre las autoridades internas y las instancias internacionales (en forma complementaria), de modo que los criterios de decisión puedan ser conformados y adecuados entre sí.”<sup>77</sup>

---

*Solange I* (...) se afirmaría que el artículo 24 de la Ley fundamental, relativo a la transferencia de poderes soberanos interestatales, no permite que la estructura fundamental de la Constitución que les confiere su identidad sea modificada sin revisión constitucional y en particular por la legislación de la institución interestatal”. Y más adelante precisa que “una parte esencial e irreductible de la Constitución que afecta a la estructura constitucional de la Ley fundamental, está formada por las disposiciones relativas a los derechos fundamentales”. Encontramos una fórmula muy similar en la sentencia de 1986 conocida con el nombre de “*Solange II*”: el art. 24 no permite “enajenar, mediante la atribución de derechos soberanos a instituciones interestatales, la identidad del orden constitucional de la República Federal Alemana (...). Entre los elementos inalienables esenciales que forman parte de los fundamentos del orden constitucional actual, cabe incluir en cualquier caso los principios de derecho que están en la base de la parte de la Ley fundamental consagrada a los derechos fundamentales”. La sentencia de 2009 a propósito del Tratado de Lisboa (sentencia 30/06/2009, agregado propio) es todavía aún más explícita “Esta garantía de perennidad prohíbe disponer de la identidad del orden constitucional liberal y, en particular, ir contra la esencia misma de los principios que estructuran el Estado (democracia, Estado de Derecho, Estado social, República, Estado federal, sustancia de los derechos fundamentales y elementos indispensables para el respeto de la dignidad humana)”; c) en España, “se compone básicamente de la declaración 1/2004, de 13 de diciembre de 2004, mediante la cual el Tribunal Constitucional estima, bien es cierto, con algunos votos particulares, que el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa no está en contradicción con la Constitución española. En términos metafóricos, podría decirse que el artículo 93 opera como una bisagra mediante la cual la Constitución misma da entrada en nuestro sistema constitucional a otros ordenamientos jurídicos a través de la cesión del ejercicio de competencias”. He indica los límites en tal cesión: “(...) se traducen en el respeto de la soberanía del Estado, de nuestras estructuras constitucionales básicas y del sistema de valores y principios fundamentales consagrados en nuestra Constitución, en el que los derechos fundamentales adquieren sustantividad propia. Tales son sin duda, a los ojos del Tribunal Constitucional, los elementos de la identidad nacional (...)” (BON, Pierre, “*La identidad nacional o constitucional, una nueva noción jurídica*”, Revista Española de Derecho Constitucional, Nro 100, 1934, enero-abril 2014, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, págs. 171-174). Por su parte Aláez Corral y Álvarez Álvarez, con relación a Alemania, al analizar las sentencias y los planteos efectuados en “*Solange I (1974)*”, “*Solange II (1986)*” y “*Maastricht (1993)*” del Constitucional Alemán, describen una mirada de complementariedad de los sistemas. Argumentan que, siguiendo la evolución en niveles de protección de derechos fundamentales de la UE, se pasa de un control de la propia norma comunitaria con posibilidad de inaplicarla hacia la cooperación entre los regímenes normativos internos e internacionales en materia de derechos fundamentales, siempre que ambos poseen esencialmente igual estándar protectorio. Ratificado este contenido, luego, en la Resolución sobre ordenación del mercado del plátano (2000). ALÁEZ CORRAL, Benito; ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Leonardo, “*Las decisiones básicas del Tribunal Constitucional Federal Alemán en las encrucijadas del cambio del milenio*”, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-BOE, Madrid, págs. 282-283.

<sup>77</sup> El tema se ha explicado ampliamente en el caso Corte IDH 30/11/2012, “*Masacre de Santo Domingo*”, op. cit. “La responsabilidad estatal bajo la Convención sólo puede ser exigida a nivel internacional después de que el Estado haya tenido la oportunidad de declarar la violación y reparar

f. Se extiende a todas las autoridades si bien sujeto siempre a las reglas de competencia y conforme los regímenes procesales internos.

g. Se indica que los criterios administrativos no pueden quitarle eficacia cierta a las normas e interpretaciones que de las mismas ha efectuado la Corte IDH, debiendo la autoridad pública (cualquiera de ella) desplegar el control de convencionalidad.

---

el daño ocasionado por sus propios medios. Esto se asienta en el principio de complementariedad (subsidiariedad), que informa transversalmente el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el cual es, tal como lo expresa el Preámbulo de la misma Convención Americana, “coadyuvante o complementario de la protección que ofrece el derecho interno de los Estados americanos”. De tal manera, el Estado “es el principal garante de los derechos humanos de la personas, de manera que, si se produce un acto violatorio de dichos derechos, es el propio Estado quien tiene el deber de resolver el asunto a nivel interno y, en su caso, reparar, antes de tener que responder ante instancias internacionales como el Sistema Interamericano, lo cual deriva del carácter subsidiario que reviste el proceso internacional frente a los sistemas nacionales de garantías de los derechos humanos”. Esas ideas también han adquirido forma en la jurisprudencia reciente bajo la concepción de que todas las autoridades y órganos de un Estado Parte en la Convención tienen la obligación de ejercer un “control de convencionalidad”. Lo anterior significa que se ha instaurado un control dinámico y complementario de las obligaciones convencionales de los Estados de respetar y garantizar derechos humanos, conjuntamente entre las autoridades internas (primariamente obligadas) y las instancias internacionales (en forma complementaria), de modo que los criterios de decisión 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.” Para agregar: “Es decir, si bien el Sistema tiene dos órganos “competentes para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes en la Convención”, la Corte solo puede “conocer un caso” cuando se han “agotado los procedimientos previstos en los arts. 48 a 50” de dicho instrumento, sea el procedimiento de peticiones individuales ante la Comisión Interamericana. De tal modo, solamente si un caso no se ha solucionado a nivel interno, como correspondería primariamente hacerlo a cualquier Estado Parte en la Convención en ejercicio efectivo del control de convencionalidad, entonces el caso puede llegar ante el Sistema, en cuyo caso debería resolverse ante la Comisión y, solamente si las recomendaciones de ésta no han sido cumplidas, el caso podría llegar ante la Corte. De tal manera, el funcionamiento lógico y adecuado del Sistema Interamericano de Derechos Humanos implica que, en tanto “sistema”, las partes deben presentar sus posiciones e información sobre los hechos en forma coherente y de acuerdo con los principios de buena fe y seguridad jurídica, de modo que permitan a las otras partes y a los órganos interamericanos una adecuada sustanciación de los casos. La posición asumida por el Estado en el procedimiento ante la Comisión determina también en gran medida la posición de las presuntas víctimas, sus familiares o sus representantes, lo que llega a afectar el curso del procedimiento.”

### II.2.1.6.- Un caso de alta tensión de la Corte Suprema de Justicia Argentina<sup>78</sup>

La convivencia de dos mandatos constitucionales fuertes en un mismo sistema genera tensiones. En el caso del sistema argentino viene dado por a) la no automaticidad por imperio del art. 27 de la Constitución Nacional<sup>79</sup> en la adaptación interna de los efectos de la constitucionalización de determinados tratados de derechos humanos y b) los efectos concretos de esa constitucionalización en las condiciones que se ha fijado desde el art. 75 inc. 22<sup>80</sup>.

---

<sup>78</sup> CSJN, 14/02/2017, “*Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina por la Corte IDH*”, Fallos 340:47. 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*”, LOnline, AR/DOC/500/2017; GARGARELLA, Roberto, “*La autoridad democrática frente a las decisiones de la Corte Interamericana*”, LOnline AR/DOC/497/2017; SANTIAGO, Alfonso, “*¿Desobediencia debida? ¿Quién tiene la última palabra?*”, LOnline AR/DOC/493/2017; GARAY, Alberto “*En ocasiones necesitamos educarnos en lo obvio*”, LOnline AR/DOC/492/2017; SACRISTÁN, Estela, “*Ejecutando sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: una contestación de oficio muy especial*”, Revista El Derecho Constitucional, Nro. 14.145, 20/03/2017; ABRAMOVICH, Víctor, “*Comentarios sobre el “caso Fontevecchia”. La autoridad de las sentencias de la Corte Interamericana y los principios de derecho público argentino*”, <http://ijdh.unla.edu.ar/advf/documentos/2017/02/58ab010a10d4c.pdf>, 2017, última consulta 08/09/2020; MANILI, Pablo, “*Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación. A propósito del fallo “Fontevecchia”*”, LOnline, AR/DOC/693/2017; entre otros tantos.

<sup>79</sup> Art. 27 CN: “El Gobierno federal está obligado a afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de tratados que estén en conformidad con los principios de derecho público establecidos en esta Constitución”.

<sup>80</sup> Art. 75- “Corresponde al Congreso: (...) inc. 22 Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención Sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer; la Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención Sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser Aprobados por el Congreso, requerirán el voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional”. La CSJN explicitó estos dos puntos de tensión en recientes decisiones. En “*Fontevecchia 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

Es en el terreno de la aplicación de estos mandatos por parte de los tribunales y de la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación donde se generan matices en los efectos que se le otorgan a las decisiones de la Corte IDH.

En la aparente dicotomía entre la postura de la “soberanía retenida” y la del abandono del “principio de la soberanía ilimitada”, es que la CSJN plantea una discusión cuya superación es una tarea al menos ardua.

La dicotomía entre democracia, soberanía y jurisdicción doméstica, por un lado, y estándares de derechos humanos establecidos por los sistemas universales de derechos humanos por el otro, debe encontrar un equilibrio.

Si bien el *corpus iuris* interamericano de los derechos humanos y sus garantías se han fortalecido y consolidado, siguen presentándose momentos de crisis, como señalamos. El gran logro después de los dolorosos acontecimientos acaecidos por los gobiernos absolutistas, aunque democráticos mundiales y Latinoamericanos que vulneraron a la humanidad en el siglo XX fue el advenimiento de los sistemas de derechos humanos en cuanto condicionantes del poder, en lo que hemos postulado que el norte debe ser más ciudadanía antes que más poder.

Los Estados se someten libre y voluntariamente a la jurisdicción de los organismos internacionales, con un procedimiento complejo e inter-orgánico, que conlleva firma, ratificación o adhesión, incluso con la posibilidad de reservas, siempre en ejercicio de soberanía. Desde tal premisa la soberanía Estatal es el fundamento para el cumplimiento de las obligaciones internacionales. El proceso implica renunciar a una parte de la soberanía en pos del respeto a la dignidad de la persona. Son varias las constituciones Latinoamericanas que así lo han establecido<sup>81</sup>. El advenimiento de un nuevo concepto de soberanía desde la ciudadanía, con eje en la dignidad de la persona humana y en la responsabilidad.

---

tensión: se habla del abandono de la idea de soberanía ilimitada – voto juez Maqueda, en el precedente CSJN, 28/03/2017, “*Villamil, Amelia Ana vs. Estado Nacional s/ daños y perjuicios*”, Fallos:340:345.

<sup>81</sup> Así la Constitución de Chile en el art. 5, inc. 2. La de Ecuador, México y República Dominicana con la incorporación y uso del *principio pro homine o favor persona* (La Constitución de Ecuador, en su art. 417, la de México en el art. 1, incs. 2 y 3, la de República Dominicana en su art. 74, numeral 3).

El concepto de soberanía se relaciona con los acontecimientos sociales. Como señalan Corral y Álvarez Álvarez<sup>82</sup>:

“El final del siglo XX y el inicio del siglo XXI han estado marcados desde el punto de vista jurídico-constitucional por la incidencia de dos grandes fenómenos: la enorme influencia en la globalización jurídica y el multiculturalismo de los crecientes movimientos migratorios, sobre todo de sur a norte y de este a oeste del planeta; y la consecuente pérdida paulatina de peso específico del Estado como unidad segmentada del sistema jurídico, en beneficio de unidades supra-estatales pero también territorialmente limitadas como la Unión Europea y de los instrumentos normativos del derecho internacional con pretensión de validez territorial universal”.

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

La incorporación de determinados tratados de derechos humanos en el sistema constitucional argentino lo es en tanto y en cuanto son compatibles con los principios del orden público nacional, art. 27 Constitución Nacional Argentina (en adelante 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.

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 originaria (1853-1860).

---

<sup>82</sup> ALÁEZ CORRAL, Benito; ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Leonardo, “*Las decisiones básicas del Tribunal Constitucional Federal Alemán en las encrucijadas del cambio del milenio*”, op. cit., pág. 49.

En la primera vía es el propio constituyente quién 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 desearía 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 Poder Legislativo Nacional con mayoría agravada quién 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.

Ahora bien, las tres vías indicadas de incorporación de los derechos fundamentales, propios de la Constitución originaria, 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 llamamos el estatus materialmente constitucional de los derechos fundamentales. Nos parece que esto es central y que proyecta consecuencias aún 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 del cual 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<sup>83</sup>. Lo central

---

<sup>83</sup> Constitución de Colombia: “Artículo 94. La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación

entonces es el análisis horizontal entre todas las regulaciones en materia de derechos humanos en ese nivel constitucional- convencional. Pareciera ser indistinto tanto el instrumento que contiene a los derechos humanos como el procedimiento por el cual se los ha incorporado al sistema interno constitucional.<sup>84</sup>

Es en este contexto constitucional convencional que se desarrolló el caso “*Fontevicchia II*”.

Es un caso típico de estudio desde la tensión antes que desde la convergencia del sistema por parte de un tribunal constitucional interno.

Aparecen 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 este último tema el que creemos se ocupó, aunque erradamente la CSJN en su mayoría, en el caso bajo estudio que hemos llamado “*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 los mismos rigen en el plano internacional. Esto es según interpreten los órganos propios de aplicación.

---

de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos”. Constitución de México: “Artículo 1. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece (...)”. Constitución de Ecuador: “Art. 11. El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: (...)” inc. 7: “El reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento.” Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

<sup>84</sup> Tiene su *gravitation* en todo aquello que venimos describiendo el estándar que ha fijado la CSJN en el caso “*Schiffrin*” - CSJN, 20/03/2017, “*Schiffrin, Leopoldo Héctor vs. Poder Ejecutivo Nacional s/ acción meramente declarativa*”, Fallos: 340:257. 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 CSJN 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 otorgada y bajo las condiciones que estos han sido incorporados.

En el caso del PSJCR las pautas centrales serán las derivadas de la jurisprudencia de la Corte IDH, en tanto interprete último de ese tratado. Tal es la línea contenida, según hemos interpretado hace tiempo ya, en determinados pronunciamientos de la CSJN. Los cuales ratifican el criterio conforme al cual la expresión plasmada en el art. 75 inc. 22 de la Constitución 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*”<sup>85</sup> por el cual se pasa de considerar a la jurisprudencia de la Corte IDH como una “guía” para definirla como una “insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos”. Luego los precedentes “*Acosta*”<sup>86</sup> y “*Rodríguez Pereyra*”<sup>87</sup>, parecen haber profundizado la línea argumental de la CSJN en sentido de una mayor intensidad de vinculación entre ambos órdenes judiciales.

En cambio, y respecto del segundo aspecto, en “*Fontevicchia II*”<sup>88</sup> 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. Para desde allí argumentarse que no se encuentra obligada la CSJN por actos

---

<sup>85</sup> CSJN, 13/07/2007, “*Mazzeo Julio Lilo y otros s/ rec. de casación e inconstitucionalidad*”, Fallos 330:3248.

<sup>86</sup> CSJN, 08/05/2012, “*Acosta, Jorge Eduardo y otros s/ recurso de casación*”, Fallos: 335:533. En *Acosta* – cabe recordar – la CSJN en su mayoría decide no compartir los argumentos vertidos en los apartados 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 otorgarles a los fallos de la Corte IDH. Allí, en su criterio, caracterizó al mismo bajo los siguientes alcances: a) los fallos de la Corte IDH no poseen efectos *erga omnes*, solo obligan al Estado parte en el litigio y solo 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, la doctrina establecida por la CSJN en el caso “*Giroldi*” – como se sabe la CSJN sentó en dicho precedente la doctrina por la cual la jurisprudencia de la Corte IDH deben servir de guías interpretativas para los jueces internos – y la fuerza obligatoria sólo *prima facie* de las sentencias de la CSJN, concluye en que los jueces internos poseen tan solo el deber de consideración de la jurisprudencia de la Corte IDH – Dictamen del Procurador General de la Nación, Esteban Righi, 10/03/2010, “*A.J.E. y otro s/ recurso de casación*”, Hemos explicado estos aspectos en GUTIERREZ COLANTUONO, Pablo Ángel, “*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*”, Ed. RAP, 2013.

<sup>87</sup> CSJN, 27/11/2012, “*Rodríguez, Pereyra Jorge Luis*”, op. cit.

<sup>88</sup> CSJN, 14/02/2017, “*Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto*”, op. cit.

adoptados por la Corte IDH en exceso de su propia competencia, exceso en el mecanismo reconstitutivo dispuesto en la sentencia. Y centrarlo luego en la argumentación emergente del art. 27 de la CN: la CSJN 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 de “dejar sin efecto” una anterior sentencia dictada por la propia CSJN, y que ahora era requerida por la Corte IDH como mecanismo de adecuación interna a los estándares internacionales. “Dejar sin efecto” una anterior sentencia propia de la CSJN comporta, en criterio de esta, el ejercicio de una competencia inherente a los tribunales internos, siendo claro que la Corte IDH carece de dicha competencia por no ser una cuarta instancia, no es revisora.

Este argumento de la CSJN, que el Tribunal internacional no es una cuarta instancia, nos lleva a recordar que es esta una característica propia y reconocida por la instancia internacional, quién siempre se ha auto limitado 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 solo y tan solo de analizar si se ha dado cumpliendo al marco obligacional general de los arts. 1.1 y 2 en referencia a alguna obligación en especial consecuente de los derechos protegidos y promovidos en dicho sistema.<sup>89</sup>

Es tan claro que la tensión es de poder y no de derechos en el caso “*Fontevicchia II*” que el precedente no se origina en interés de quienes han sido favorecidos en la instancia

---

<sup>89</sup> 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, “*Atala Riffo y Niñas*”, op. cit.). 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, 14/05/2013, “*Mendoza y otros vs. Argentina*”, Excepciones Preliminares.)

internacional. Lejos de ser estos quienes promueven en el sistema interno mecanismos de ejecución de la sentencia internacional, es el propio Poder Ejecutivo Nacional quién así lo hace.

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 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<sup>90</sup> – 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.<sup>91</sup>

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.<sup>92</sup>

El tema mereció luego tratamiento por parte de la Corte IDH en sus competencias de supervisión y seguimiento del cumplimiento de sus sentencias<sup>93</sup>. Ello fue a través del

---

<sup>90</sup> 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 España, Publicada en el Boletín Oficial de España Nro. 174 el 22/07/2015, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio.

<sup>91</sup> Con ello puede acaso evitarse tensiones tales como la sucedida en el caso “*Derecho René*” (CSJN, 29/11/2011, “*Derecho René Jesús s/ incidente de prescripción de la acción penal*”, Fallos: 334;1504, causa Nro. 24.079) En especial los votos disidentes de los jueces Argibay y Fayt.

<sup>92</sup> Creemos que ello se refuerza con la aclaración que efectúa la CSJN en el caso “*Schiffirin*” (op. cit.) reconociendo la deferencia al poder constituyente derivado.

<sup>93</sup> Ha sostenido la Corte IDH “(...) 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

dictado de la Resolución de Supervisión en el caso “*Fontevicchia y D’Amico*”. Y cómo era de preverse se descalifica la decisión adoptada por la CSJN en el caso “*Fontevicchia II*”.<sup>94</sup> Constatado el no cumplimiento de la reparación relativa a “dejar sin efecto” la decisión originaria, resuelve mantener abierto el procedimiento de supervisión.

Tal criterio se funda las siguientes argumentaciones:

a) la imposibilidad de quién ha infraccionado las obligaciones internacionales – el Estado, y especialmente el propio órgano interno que generó la violación – sea quién 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 CSJN 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 CSJN es contraria a su propia jurisprudencia y,

f) la CSJN no interpreta correctamente el alcance de los principios de subsidiariedad y complementariedad que rigen al sistema todo.

Regresemos, en base a este caso, 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.

---

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 (Corte IDH, “*Gelman*”, op. cit).

<sup>94</sup> Corte IDH, 18/10/2017, “*Fontevicchia y D’Amico vs. Argentina*”, Resolución de Supervisión de Cumplimiento de Sentencia.

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<sup>95</sup>, asunto que ampliaremos en la Parte Segunda de nuestra investigación.

En diversos tribunales constitucionales latinoamericanos y en la propia doctrina de la CSJN en sus distintas etapas se han explorados anchas avenidas constitucionales y convencionales de mayores o menores aperturas en la búsqueda de los puntos de contacto convergentes. Es deseable que ello así haya sucedido, ya que todo fenómeno novedoso requiere de sus propios tiempos de evolución, de construcción y consolidación.<sup>96</sup>

---

<sup>95</sup> En este punto cabe recordar, tal como lo desarrollaremos más adelante, 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 triviales (OC. 22/16, op. cit.).

<sup>96</sup> 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.s*”, op. cit. 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 Humanos es la interprete 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 en base a principios y garantías constitucionales internas que en parte interdicarían los efectos del fallo de la Corte IDH dictado en el caso “*Gelman vs. Uruguay*” (op. cit.). 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, 20/03/2013, “*Resolución Supervisión de Cumplimiento de Sentencia caso Gelman vs. Uruguay*”) 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 un 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. Dictada las sentencias en el orden internacional, la Sala Constitucional las examina efectuando un control de constitucionalidad que concluirá en que la misma no se conforma a su propia constitución. Tal armado jurídico justifica,

### II.3.- Fundamentos del control de convencionalidad interno

Antes de ensayar el concepto de control de convencionalidad como conclusión de esta Primera Parte y que nos permitirá meternos de lleno en el segundo aspecto de nuestra investigación - la prevención administrativa desplegada mediante el control de convencionalidad en sede de las Administraciones Públicas - debemos profundizar el fundamento del control de convencionalidad interno.

Los casos citados en los apartados anteriores muestran la evolución que viene registrándose en el SIDH y anuncian al menos desde la postura de la Corte IDH el fundamento de la instalación del mismo pese a carecer de previsión expresa en el propio PSJCR.

La Corte IDH parece deducir de determinadas normas expresas aquello que no aparece en la superficie de la Convención. El fundamento entonces pareciera encontrarse en la intersección en las obligaciones estatales que, contrariamente al control de convencionalidad, sí poseen regulación expresa:

- a) el marco general obligacional,
- b) el efecto útil,
- c) el principio de subsidiariedad o complementariedad,
- d) la prevención de la responsabilidad internacional,
- e) el control de convencionalidad interno y la ejecución de las sentencias.

Todo ello conectado por la interpretación evolutiva a la cual ya hemos hecho mención.

---

a su criterio, el incumplimiento de una sentencia internacional. Estamos frente a un Estado que, por las razones que ensaya, repudia por inconstitucional las sentencias de la Corte IDH, (Corte IDH, Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, 05/08/2008, “*Apitz Barbera y otros vs. Venezuela*”, Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, 18/12/2008, Exp. Nro. 08-1572) declarándolas inejecutables. La postura de dicho país, lo llevó: a) a solicitar una OC. que luego emitiera la Corte IDH bajo el número 19/05 (OC. 19/05, 28/11/2005, “*Control de Legalidad en el ejercicio de las Atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Arts. 41 Y 44 A 51 de la Convención Americana s/ Derechos Humanos*” solicitada por República Bolivariana de Venezuela) 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 6 de setiembre de 2012. El resto de los sucesos ya son conocidos, Venezuela se retira del sistema quitándole así un derecho y garantía a la defensa trasnacional de los derechos humanos a la ciudadanía toda.

### II.3.1.- El marco general obligacional

Según se ha expresado es central en la construcción que efectuara la Corte IDH el marco general de las obligaciones estatales contenidos en los arts. 1.1 y 2 del PSJCR. Pues pasaremos revista brevemente a este esquema obligacional que se lo caratula de obligaciones marcos, ya que cualquier infracción a algunas de las garantías, derechos y libertades enunciadas en los distintos arts. del PSJCR se vincularán directamente con una infracción a los deberes de protección y adecuación previsto en los arts. 1.1 y 2.

Esas disposiciones permiten deducir que lo relevante para la Convención es que el ejercicio, entendido como goce efectivo en la vida cotidiana, de los derechos se asegure por medidas estatales, sean legislativas o de otro carácter. Esto se ha visto confirmado por la Corte IDH al resaltar que el art. 1.1 de la Convención obliga a los Estados parte no solamente a respetar los derechos y libertades reconocidos en la Convención, sino a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona sujeta a su jurisdicción, lo cual amplía el deber inicial de no adoptar conductas violatorias a la necesaria adopción de medidas de contenido positivo.

En efecto, “garantizar implica la obligación del Estado de tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos que la Convención reconoce.”<sup>97</sup>

Por consiguiente, es ilícita toda forma de ejercicio del poder público que viole por sí misma los derechos reconocidos por el PSJCR, esto es, toda circunstancia en la cual un órgano o funcionario del Estado o de una institución de carácter público lesione indebidamente uno de tales derechos<sup>98</sup>. También lo es la tolerancia del Estado a circunstancias o condiciones que impidan a los individuos acceder al goce de los derechos, que debe ser entendida como una violación del art. 1.1 de la Convención.<sup>99</sup>

Como se ha explicado:

“(…) en virtud del deber de respetarlos, el Estado no puede violarlos directamente, aunque no los haya reconocido en su derecho interno; y en virtud del deber de garantizarlos, tampoco puede violarlos indirectamente,

---

<sup>97</sup> OC. 11/90, 10/08/1990, “*Excepciones al Agotamiento de los recursos internos artículo 46.1, 46.2.a y 46.2.b, Convención Americana sobre Derechos Humanos*”.

<sup>98</sup> Corte IDH, “*Velásquez*”, op. cit.

<sup>99</sup> OC. 11/90, op. cit., párr. 34. Corte IDH, 28/02/2003, “*Cinco Pensionistas vs. Perú*”, Fondo, Reparaciones y Costas.

negando a sus titulares el amparo jurisdiccional y gubernativo necesario para exigir su cumplimiento, tanto frente a las autoridades públicas como frente a los propios particulares, ni siquiera bajo el pretexto de que tal amparo no haya sido provisto por su orden interno. Con otras palabras, el solo irrespeto de tales derechos y la sola denegación de su amparo, gubernativo o jurisdiccional, constituirían violaciones directas de los mismos, en función del deber de respetarlos y garantizarlos establecido por el art. 1.1 de la Convención.”<sup>100</sup>

El compromiso asumido por los Estados miembros en el art. 1.1 de la Convención Americana debe ser entendido como el deber de los Estados parte de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.<sup>101</sup>

Dicha noción va más allá del deber de instituir un orden normativo tendiente a la protección de los derechos. Requiere el diseño y ejecución de una conducta gubernamental permanente que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.<sup>102</sup>

Es posible distinguir así entre el deber de respeto contenido en el art. 1.1 de la Convención -el cual es inherente a la naturaleza del compromiso internacional de no violar los derechos que la adhesión a la misma conlleva- del de dictar las medidas necesarias para garantizar plenamente la eficacia de tales derechos en el orden interno, a que se refiere el art. 2.

Como se ha precisado, el deber general establecido en el art. 2 del PSJCR implica la adopción de medidas en dos vertientes. Por una parte, la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en el PSJCR. Por la otra, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías.<sup>103</sup> En ambas es fundamental el rol del parlamento

---

<sup>100</sup> OC. 7/86, 29/08/1986, “*Exigibilidad del Derecho de Rectificación o Respuesta (arts. 14.1, 1.1 y 2 Convención Americana s/ Derechos Humanos)*”, solicitada por el Gobierno de Costa Rica, opinión separada del juez Piza Escalante.

<sup>101</sup> Corte IDH, 20/01/1987, “*Godínez Cruz vs. Honduras*”, Fondo, Reparaciones y Costas. OC. 11/90, op. cit., párr. 23.

<sup>102</sup> Corte IDH, “*Velásquez Rodríguez*”, op. cit.

<sup>103</sup> Corte IDH, 18/09/2003, “*Bulacio vs. Argentina*”, Fondo, Reparaciones y Costas, OC. 13/93, 16/07/1993, “*Ciertas Atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (arts. 41, 42, 44, 46, 47, 50 y 51 de la Convención Americana s/ Derechos Humanos)*”, solicitada por la República Argentina y la República del Uruguay, caso Corte IDH, “*La Cantuta*”, op. cit.

como primer actor en el elenco de autoridades obligadas en remover y adoptar medidas conducentes a dar efectividad cierta a los derechos, libertades y garantías del PSJCR. Pero no menos relevante es el rol que le cabe a las Administraciones Públicas en la remoción de obstáculos y el dictado de actos de alcance general e individual que brinden efectividad a las obligaciones del PSJCR. Y es este un eje central en la redefinición de las funciones de las Administraciones Públicas desde el subsistema de los derechos humanos.

La Corte IDH con relación al art. 2 ha señalado:

“(…) no solo se relaciona con la adaptación normativa formal del orden jurídico interno a la Convención, mediante la adopción de “medidas legislativas”, sino también con la adopción de medidas “de otro carácter” para hacer efectivos los derechos. Entre estas medidas pueden encontrarse aquellas dirigidas a concretar o materializar las normas que el propio Estado ha adoptado a fin de dar satisfacción a un derecho”, en el caso los actos formales para el reconocimiento del derecho de propiedad colectiva.”<sup>104</sup>

También se ha exployado expresando que el art. 2 del PSJCR manda, no solo la “expedición de normas”, sino también “el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia” de las “garantías” convencionales.<sup>105</sup>

Además, que:

“La actuación estatal para concretar lo ordenado en su propia normativa interna, cuando esto refiere a la adecuada observancia de un derecho convencional, es una “práctica” en el sentido expresado. La noción de “práctica”, o de medidas de carácter distinto a las medidas legislativas, en los términos del art. 2 de la Convención, no se asimilan al mero acto de aplicación directa o puntual de una disposición normativa.”<sup>106</sup>

---

<sup>104</sup> Corte IDH, 06/02/2020, “*Comunidades Indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat, nuestra tierra, vs. Argentina*”, Fondo, Reparaciones y Costas.

<sup>105</sup> Corte IDH, 03/09/1998, “*Cantoral Benavides vs. Perú*”, Excepciones Preliminares, párr. 178, y Corte IDH, 09/03/2018, “*Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala*”, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 243

<sup>106</sup> Corte IDH, “*Comunidades Indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat, nuestra tierra*”, op. cit, nota 132.

De conformidad con lo dicho, una interpretación armónica de los arts. 1.1 y 2 del PSJCR permite identificar los siguientes deberes esenciales:

a) como consecuencia de las obligaciones generales de respetar y garantizar los derechos fundamentales, los Estados deben adoptar medidas positivas, evitar tomar iniciativas que limiten o conculquen un derecho fundamental, y suprimir las medidas y prácticas que actualmente los restrinjan o vulneren;<sup>107</sup>

b) como consecuencia de la obligación adicional del art. 2, los Estados deben, cuando el ejercicio de un derecho no se encuentre todavía garantizado, adecuar su ordenamiento jurídico, en el plano normativo o de cualquier otro tipo, para permitir tal ejercicio.

Es esencial comprender que el cumplimiento de estas obligaciones no se satisface con la sola expedición de normas constitucionales o legislativas, sino que requiere además otras medidas estatales orientadas a materializar el acceso tangible al goce de los derechos. Es por ello que la remoción de obstáculos por conducto de acciones positivas en todos los estamentos estatales, las modalidades de toma de decisiones administrativas, la actividad judicial y, en suma, todos los aspectos de la práctica gubernamental deben encontrarse encaminados a cumplir estos mandatos.<sup>108</sup>

Es que la principal exigencia impuesta al Estado para mantenerse dentro de los contornos de los arts. 1.1 y 2 de la Convención Americana consiste en que las medidas internas sean efectivas para asegurar el disfrute de los derechos y ello es posible únicamente mediante la acción conjunta de todos los departamentos, pues solo de ese modo se logra que la comunidad adapte su conducta a la normativa del PSJCR.<sup>109</sup>

Es imprescindible que los órganos o funcionarios de cualquier poder estatal, sea ejecutivo, legislativo o judicial, ejerzan sus funciones y realicen o emitan sus actos, resoluciones y sentencias de un modo efectivamente acorde con el derecho internacional aplicable.<sup>110</sup> En otros términos, se trata de pensar desde el PSJCR, no como límite externo a

---

<sup>107</sup> OC. 18/03, op. cit.

<sup>108</sup> Corte IDH, 08/12/1995, “*Caballero Delgado y Santana vs. Colombia*”, Fondo, voto disidente del juez Cançado Trindade.

<sup>109</sup> Corte IDH, 27/08/1998, “*Garrido y Baigorria vs. Argentina*”, Costas y Reparaciones.

<sup>110</sup> OC. 18/03, op. cit.

decisiones adoptadas bajo los parámetros del derecho doméstico sino como presupuesto de la comprensión global de ese derecho.

La Corte IDH construye el fundamento normativo expresamente no previsto del control de convencionalidad a partir de estas dos obligaciones marcos, fundamentalmente una vez que se detecta la omisión legislativa. Ante un caso concreto genera la obligación, ya ahora en cabeza del poder judicial, al menos de por medio del control de convencionalidad y en cumplimiento de los mandatos del art. 1.1. de inaplicar la norma de inconvencional o bien suprimir la misma. Ello como consecuencia de detectar la falta de compatibilidad del ordenamiento interno con las normas y criterios interpretativos de la Corte IDH sobre materia regulada desde el ámbito de la convencionalidad. Fortaleciendo, por otra parte, también la obligación de los Estados de remover cualquier obstáculo que impida la debida vigencia y aplicación de la convención.

### II.3.2.- El efecto útil

Si el objeto y fin de la Convención Americana son la eficaz protección de los derechos humanos, la misma debe interpretarse de manera de darle su pleno sentido y permitir que el régimen de tutela adquiera todo su “efecto útil”.<sup>111</sup>

Como bien señala Albanese los planteos de problemas estructurales y de control de convencionalidad apuntan a proyectar soluciones tendientes a obtener la eficacia del sistema internacional de protección de los derechos. Destaca la autora que el control de convencionalidad tiende a optimizar la eficacia del sistema internacional, como lo hace la Corte Europea con el reconocimiento del “problema estructural”.<sup>112</sup>

---

<sup>111</sup> Corte IDH, 26/06/1987, “*Fairén Garbi y Solís Corrales vs. Honduras*”, Excepciones Preliminares.

<sup>112</sup> ALBANESE, Susana, “*Garantías Judiciales*”, Ed. Ediar, ed. 2, Buenos Aires, 2010. En el SEDH se creó un mecanismo denominado sentencias piloto por el cual el Tribunal Europeo hace frente a problemas sistémicos o estructurales. A través de este procedimiento el Tribunal Europeo selecciona una demanda de entre varias demandas repetitivas para que esta sirva como modelo para la resolución de casos idénticos (ver: ABRISKETA, Uriarte, “*Las sentencias piloto: El Tribunal Europeo de Derechos Humanos de juez a legislador*”, Revista Española de Derecho Internacional, vol. 65, Nro. 1, 2013, págs. 73-99.). Es a través de este procedimiento que el Tribunal Europeo selecciona un caso o un grupo de casos, con el fin de que la solución pueda extenderse más allá del caso o casos estudiados, de modo que abarque todos los asuntos repetitivos que tienen su origen en el mismo problema estructural (Ver: QUERALT JIMÉNEZ, Argelia, “*Las sentencias piloto como ejemplo paradigmático de la transformación del TEDH, Teoría y Realidad Constitucional*”, ISSN 1139-5583, Nro. 42, pág. 395-424). A través de las sentencias piloto el Tribunal Europeo concede al Estado

El principal instrumento para dotar de eficacia jurídica a las reglas convencionales reside —como destacó en su momento la CSJN Argentina<sup>113</sup>— en el principio general del derecho internacional contenido en el art. 27 de la Convención de Viena: la imposibilidad de invocar el derecho interno para justificar el incumplimiento del tratado, sea cual fuere la jerarquía de ese derecho interno. Esta regla ha sido pacíficamente considerada como un principio general del derecho y aplicada, aun tratándose de disposiciones de carácter constitucional.<sup>114</sup>

Como se ha graficado, “desde la óptica de la Corte Interamericana, lo único definitivo es su propia determinación de la compatibilidad o no con la Convención Americana de actos y prácticas administrativas, leyes nacionales y decisiones de tribunales nacionales del Estado demandado”.<sup>115</sup> En la esfera nacional no se tiene la última palabra en esta materia.

---

condenado un plazo para que adopte ciertas medidas generales. El procedimiento de las sentencias piloto fue una creación jurisprudencial del propio Tribunal de Estrasburgo, sin base en el Convenio Europeo ni en el Reglamento. El primer asunto en el que se usó el procedimiento de las sentencias piloto fue “*Broniowski vs. Polonia*”, del 22 de junio de 2004. El procedimiento piloto está regulado desde que, en marzo de 2011, la Corte modificó el art. 61 de su Reglamento, codificando el procedimiento preexistente para el dictado de este tipo de sentencias y estableciendo un claro marco regulatorio para las mismas. En esta regla se prevé que el Tribunal puede iniciar un procedimiento relativo a una sentencia piloto de oficio o a instancia de parte. Antes de iniciarse el procedimiento, el Tribunal tiene que recabar la opinión de las partes sobre si la demanda deriva de la existencia del problema estructural y sobre la conveniencia de utilizar el procedimiento. Las demandas sometidas al procedimiento de este tipo de sentencias son tratadas como un asunto prioritario por parte del Tribunal. En estas sentencias el Tribunal Europeo debe indicar la naturaleza del problema estructural, las medidas que el Estado condenado debe adoptar para poner fin a dicho problema y el plazo para hacerlo, se dictaron sentencias piloto sobre: a) Tratos inhumanos y degradantes, Sentencia del 10/01/2012, “*Ananyev y Otros vs. Rusia*” b) Prolongada falta de ejecución de las decisiones judiciales y falta de recursos a nivel nacional, Sentencia del 15-01-2009, “*Burdov vs. Rusia*” (Nro. 2); c) Derecho a elecciones libres, Sentencia del 23-11-2010, “*Greens y M. T. vs. Reino Unido*”; d) Protección de la propiedad, Sentencia del 12-10-2010, “*Atanasiu y Poenaru vs. Rumania y Solon*”-(ver: STEDH, “*Sentencias. Sentencias piloto*” <https://www.csjn.gob.ar/dbre/Sentencias/cedhSentenciasPiloto.html>, última consulta el 28/08/2020).

<sup>113</sup> CSJN, 07/07/1992, “*Ekmekdjian Miguel Ángel vs. Sofovich Gerardo*”, Cdo. 19. Fallos: 315:1492

<sup>114</sup> OC. 14/94, 09/12/1994, “*Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención, arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos*”, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Estas reglas han sido codificadas en los arts. 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969. La Corte Europea tiene dicho al respecto que la organización política e institucional de los Estados miembros debe ser acorde con los derechos y principios consagrados en el Convenio y “poco importa” en ese contexto si las disposiciones en juego son constitucionales o simplemente legislativas. Desde el momento en que aquellas se presentan como los medios por los cuales el Estado ejerce su jurisdicción sobre los habitantes, las mismas se encuentran sujetas a revisión bajo el Convenio (STEDH, 30/01/1998, “*Partido Comunista de Turquía y Otros vs. Turquía*”).

<sup>115</sup> Corte IDH, 06/12/2001, “*Las Palmeras vs. Colombia*”, Fondo, voto razonado conjunto de los jueces Cançado Trindade y Pacheco Gómez. Es así que “cuando la supuesta violación a un derecho

La aparente severidad de la regla de la inoponibilidad hace, en realidad, a la existencia misma de cualquier sistema convencional, por eso se habla de un principio general del derecho.

Como es sabido, existe una vocación intrínseca de cualquier ordenamiento que regule relaciones entre sujetos en lograr su propia eficacia. En el plano convencional, diversos principios van delimitando este concepto, como resultado se erigen axiomas como el *pacta sunt servanda* que dispone que los acuerdos se celebran para ser cumplidos o el deber de obedecer a la ley mediante la fijación de ciertas consecuencias como la sanción o la reparación.

Todo ordenamiento que pretenda estar dotado de eficacia deberá fijar herramientas para asegurar el acatamiento de los compromisos. En el plano que nos ocupa, indudablemente una de las más importantes es la imposibilidad de invocar el derecho interno –la voluntad estatal- como justificación para no cumplir lo pactado. En caso contrario, las obligaciones asumidas no serían jurídicas sino solamente éticas.

Estas nociones tienen su necesario correlato en la Convención Americana: las obligaciones de sus arts. 1 y 2, en tanto jurídicas y no meramente morales, no pueden quedar supeditadas al mero arbitrio de su sujeto pasivo. Es por ello que se instituye un mecanismo preciso de control de cumplimiento por medio de un tribunal internacional que tiene la función de declarar, a través de decisiones de obligado acatamiento, la responsabilidad por violación de los compromisos y conminar a tomar las medidas de reparación consecuentes. Esta comprensión sistémica atraviesa toda la comprensión del modelo interamericano, en tanto jurídico.

Como explicó la Corte IDH,<sup>116</sup> condicionar el acatamiento de sus sentencias a su conformidad con el orden interno no solo implicaría librar a la voluntad discrecional del

---

humano o a una libertad fundamental no proviene de la acción de un órgano o agente del Poder Ejecutivo de un Estado, sino de acciones u omisiones de otros poderes del Estado -que igualmente comprometen su responsabilidad internacional- la única forma de reparación posible es mediante el dictado de una nueva sentencia por parte del competente órgano judicial o el dictado de una ley por parte del Poder Legislativo”, OC. 15/97, 14/11/1997, “*Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, art. 51 Convención Americana sobre Derechos Humanos*”, solicitada por el Estado de Chile, voto disidente del juez Pacheco Gómez.

<sup>116</sup> Al privar de efectos a una reserva planteada por Trinidad y Tobago que reconocía el sometimiento a la jurisdicción obligatoria de la Corte Interamericana de Derechos Humanos “Sólo en la medida en que tal reconocimiento sea compatible con las secciones pertinentes de la Constitución de la República de Trinidad y Tobago, y siempre que una sentencia de la Corte no contravenga, establezca

Estado el grado de aceptación de las directivas del tribunal internacional, sino que conduciría a un escenario en que el análisis de ese tribunal tendría como primer parámetro de referencia al derecho interno del Estado y solo subsidiariamente a la Convención Americana. Esta situación acarrearía una fragmentación del orden jurídico internacional de protección de los derechos humanos y haría ilusorios el objeto y fin de la Convención.

Como consecuencia de la directiva del art. 27 de la Convención de Viena, en los supuestos o hipótesis de violación de las obligaciones internacionales asumidas por los Estados parte que resulten de una eventual contradicción entre sus normas de derecho interno y las de la Convención, aquellas serán evaluadas por la Corte IDH en los procesos contenciosos como simples hechos o manifestaciones de voluntad, susceptibles de ser ponderados solo respecto de las convenciones y tratados involucrados y con prescindencia de la significación o jerarquía que la norma nacional tenga dentro del ordenamiento jurídico del respectivo Estado.<sup>117</sup> Ello es así porque el juicio de ponderación que realiza la Corte IDH se limita a verificar si ha operado un supuesto de inobservancia de la Convención, siendo indiferente que el órgano o funcionario haya actuado en contravención de disposiciones del derecho interno o desbordado los límites de su propia competencia.<sup>118</sup>

Resultado de lo anterior es que la responsabilidad internacional del Estado se genera de inmediato con el ilícito internacional a él atribuido, aunque solo puede ser exigida después de que el Estado haya tenido la oportunidad de repararlo por sus propios medios.<sup>119</sup>

Ahora bien, todo ello tiene significancia dentro del control de convencionalidad interno justamente para fundamentar su existencia. Es esta herramienta la que permite de acuerdo al principio de subsidiariedad o complementariedad, veremos seguidamente, activar en sede doméstica la debida adecuación de la diversa experiencia nacional – criterios normativos, interpretativos, entre otros – a los estándares normativos e interpretativos del PSJCR. Especialmente en la figura del control de convencionalidad, desplegado por los jueces, quienes en su carácter de últimos intérpretes internos brindan eficacia cierta al sistema de derechos humanos. La armonización constitucional que permite la jurisdicción constitucional interna es similar a aquella que permite la jurisdicción convencional evitando

---

o anule derechos o deberes existentes de ciudadanos particulares”. Corte IDH, 01/09/2001, “*Hilaire vs. Trinidad y Tobago*”, Excepciones Preliminares.

<sup>117</sup> OC. 14/94, op. cit.

<sup>118</sup> Corte IDH, “*Velásquez Rodríguez*”, op. cit.

<sup>119</sup> Corte IDH, 08/07/2004, “*Los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*”, Fondo, Reparaciones y Costas.

así no tan solo el quiebre de la juridicidad sino antes bien la prevención del ilícito internacional por infracción a los deberes impuestos por el PSJCR.

Esta postura ha sido claramente sostenida por la Corte IDH, especialmente en su competencia de supervisión de sentencias, mecanismo propio para dotar de efectividad cierta, junto a otros, a sus sentencias.

Se ha expresado:

“La obligación de cumplir lo dispuesto en las decisiones del Tribunal corresponde a un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, respaldado por la jurisprudencia internacional, según el cual los Estados deben acatar sus obligaciones convencionales internacionales de buena fe (*pacta sunt servanda*) y, como ya ha señalado esta Corte y lo dispone el artículo 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 Partes vinculan a todos los poderes y órganos del Estado. Los Estados Partes en la Convención deben garantizar el cumplimiento de las disposiciones convencionales y sus efectos propios (*effet utile*) en el plano de sus respectivos derechos internos. Este principio se aplica no sólo en relación con las normas sustantivas de los tratados de derechos humanos (es decir, las que contienen disposiciones sobre los derechos protegidos), sino también en relación con las normas procesales, como las que se refieren al cumplimiento de las decisiones del Tribunal. Estas obligaciones deben ser interpretadas y aplicadas de manera que la garantía protegida sea verdaderamente práctica y eficaz, teniendo presente la naturaleza especial de los tratados de derechos humanos. Los Estados Partes en la Convención que han reconocido la jurisdicción contenciosa de la Corte tienen el deber de acatar las obligaciones establecidas por el Tribunal. Esta obligación incluye el deber del Estado de informar a la Corte sobre las medidas adoptadas para el cumplimiento de lo ordenado por el Tribunal en dichas decisiones. La oportuna observancia de la obligación estatal de indicar al Tribunal cómo está cumpliendo cada uno de los puntos ordenados por éste es

fundamental para evaluar el estado del cumplimiento de la Sentencia en su conjunto.”<sup>120</sup>

“Los Estados Parte en la Convención deben garantizar el cumplimiento de las disposiciones convencionales y sus efectos propios (*effet utile*) en el plano de sus respectivos derechos internos. Este principio se aplica no sólo en relación con las normas sustantivas de los tratados de derechos humanos (es decir, las que contienen disposiciones sobre los derechos protegidos), sino también en relación con las normas procesales, tales como las que se refieren al cumplimiento de las decisiones de la Corte. Estas obligaciones deben ser interpretadas y aplicadas de manera que la garantía protegida sea verdaderamente práctica y eficaz, teniendo presente la naturaleza especial de los tratados de derechos humanos.”<sup>121</sup>

### II.3.3.- La prevención de las violaciones a los derechos humanos: El principio de subsidiariedad o complementariedad

Tal como lo hemos expresado, el primer eslabón en el cumplimiento de las obligaciones internacionales reside en el deber de prevención de las violaciones a los derechos humanos,<sup>122</sup> que “abarca todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito.”<sup>123</sup>

El carácter preventivo de la acción estatal se transforma, así, en el primer criterio a tener en cuenta para evaluar su adecuación a los estándares exigibles en la materia.

El legislador tiene su papel asignado expresamente por el art. 2 del PSJCR respecto de la intervención del resto de los poderes del Estado. La adecuación normativa es

---

<sup>120</sup> Corte IDH, 17/05/2010, “*Ximenes Lopes vs. Brasil*”, Resolución de Supervisión de Cumplimiento de Sentencia.

<sup>121</sup> Corte IDH, 24/06/2015, “*De las Comunidades Indígenas Yakye Axa, Sawhoyamaya y Xákmok Kásek vs. Paraguay*”, Resolución de Supervisión de Cumplimiento de Sentencia Reparaciones Relativas a Identificación, Entrega y Titulación de Tierras Tradicionales. Se observa el mismo criterio en Corte IDH, 17/04/2015, “*García Lucero y otras vs. Chile*”, Resolución de Supervisión de Cumplimiento de Sentencia.

<sup>122</sup> Corte IDH, “*Velásquez Rodríguez*”, op. cit. Corte IDH, “*Godínez Cruz*”, op. cit.

<sup>123</sup> Corte IDH, 04/09/1996, “*El Amparo vs. Venezuela*”, Reparaciones y Costas, voto disidente del juez Cançado Trindade.

importante porque ella comporta el primer eslabón en una cadena de comportamientos estatales que permitirán analizar el rol del resto de los poderes internos en la actividad de prevención. Tan es así que, como ya lo hemos expuesto, activa el debido control de convencionalidad interno en manos del poder judicial para corregir en el sistema interno la falta de adecuación normativa interna que infracciona el sistema.

Pero el sistema también deposita en las Administraciones Públicas un rol importante en este tema: sus aplicaciones del ordenamiento jurídico, sus interpretaciones emitidas en el marco de sus propias competencias deben reflejar el adecuado nivel de compatibilidad con los compromisos internacionales asumidos. El papel de las Administraciones Públicas para el diseño de programas, la resolución de conflictos y peticiones desde el prisma de la prevención dota de nuevo sentido a los elementos fundamentales de la organización administrativa.

Para entender la dimensión social que posee la prevención es necesario atender a la estructura del sistema americano. Éste no es un modelo limitado a la institución de órganos supranacionales, por el contrario, se compone de dos niveles diversos de protección de relevancia en donde el nacional es el primero que está llamado a adecuarse al sistema internacional. Inicial y principalmente la tarea fundamental se encuentra en el plano nacional, donde los Estados deben dar vigencia a sus obligaciones. El segundo nivel del sistema, la CIDH y la Corte IDH, solo opera cuando el primero no ha cumplido su rol,<sup>124</sup> y es por ello subsidiario y coadyuvante de la labor nacional.<sup>125</sup>

Ese rasgo preventivo determina un nuevo abordaje de la nueva dinámica de los poderes y especialmente de las Administraciones Públicas, su relación con la ciudadanía y lógicamente respecto del consecuente control judicial de esas relaciones. Tal como recuerda Cassagne: “Nunca ha sido tarea fácil en el mundo la de controlar el ejercicio del poder público cuando se afectan derechos de los ciudadanos. Tuvieron que trascurrir muchos siglos hasta haberse podido consolidar sistemas que impidieran, con una mínima eficacia, el desborde de la actividad administrativa y legislativa del cauce del derecho y de la justicia.”<sup>126</sup>

---

<sup>124</sup> Corte IDH, “*Las Palmeras*”, op. cit.

<sup>125</sup> Corte IDH, 28/01/2009, “*Ríos y Otros vs. Venezuela*”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Allí se enfatizó que el Sistema Interamericano es “coadyuvante, subsidiario y complementario de la protección que debe ofrecer el derecho interno de los Estados partes”.

<sup>126</sup> CASSAGNE, Juan Carlos, GONZALEZ PEREZ, Jesús “*La Justicia Administrativa en Iberoamérica*”, Ed. Lexis Nexis Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, 2005, pág. 78.

A ello habremos de agregar que no lo será tampoco desde la práctica esta nueva mirada que proponemos.

El control de convencionalidad en la sede de las propias Administraciones Públicas, según explicaremos, es una expresión de la actividad preventiva. Tal como lo ha afirmado la Corte IDH<sup>127</sup>: “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”.

#### II.3.4.- La prevención de la responsabilidad internacional

Cabe recordar la manera en que ha construido la Corte IDH la visión del deber de responder desde el ámbito internacional, el cual importa una mirada distinta al deber genérico de responder adoptado por los sistemas nacionales. La regulación de los tipos de responsabilidad, quedan comprendidos dentro del margen de apreciación de cada Estado miembro siendo su límite la correcta correspondencia en materia de niveles de protección entre un sistema interno y el internacional.

Ahora, no debemos confundir dicho deber genérico interno y su regulación, con una perspectiva distinta como lo es el deber de responder por los hechos que infraccionan los distintos deberes internacionalmente asumidos por cada Estado miembro.

El deber de responder conlleva que las soberanías nacionales respeten las obligaciones internacionales a las que como atributo de la misma soberanía se han comprometido. Aquello que obliga a los Estados a cumplir las decisiones de los tribunales internacionales, pero lo más importante y lo que proponemos: prevenir a través de las Administraciones Públicas las violaciones de derechos humanos.

Dicho esto, debemos separar del estudio el control de convencionalidad interno de la cuestión vinculada a la responsabilidad internacional y los mecanismos de reparar e indemnizar.

---

<sup>127</sup> Corte IDH, 18/10/2017, “*Fontevechia*”, op. cit.

La Corte IDH ha sido clara en establecer tanto desde las bases del propio texto del PSJRC como desde la costumbre internacional, que el deber de responder es un principio general del derecho.

Ha expresado desde el caso *Velásquez Rodríguez*<sup>128</sup>:

“Es un principio de Derecho internacional, que la jurisprudencia ha considerado, incluso una concepción general de derecho”, que toda violación a una obligación internacional que haya producido un daño comporta el deber de repararlo adecuadamente. La indemnización, por su parte, constituye la forma más usual de hacerlo (Factory at Chorzów, Jurisdiction, Judgment No. 8, 1927, P.C.I.J., Series A, No. 9, pág. 21 y Factory at Chorzów, Merits, Judgment No. 13, 1928, P.C.I.J., Series A, No. 17, pág. 29; Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1949, pág. 184). La reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional consiste en la plena restitución (restitutio in integrum), lo que incluye el restablecimiento de la situación anterior y la reparación de las consecuencias que la infracción produjo y el pago de una indemnización como compensación por los daños patrimoniales y extrapatrimoniales incluyendo el daño moral. En lo que se refiere al daño moral, la Corte declara que éste es resarcible según el Derecho internacional y, en particular, en los casos de violación de los derechos humanos. Su liquidación debe ajustarse a los principios de la equidad. La indemnización por violación de los derechos humanos encuentra fundamento en instrumentos internacionales de carácter universal y regional. El Comité de Derechos Humanos, creado por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, ha acordado repetidamente, con base en el Protocolo Facultativo, el pago de indemnizaciones por violaciones de derechos humanos reconocidos en el Pacto (véanse por ejemplo las comunicaciones 4/1977; 6/1977; 11/1977; 132/1982; 138/1983; 147/1983; 161/1983; 188/1984; 194/1985; etc., Informes del Comité de Derechos Humanos, Naciones Unidas). Lo propio ha hecho la Corte Europea de Derechos Humanos con base en el art. 50 de la Convención para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. El art. 63.1 de la Convención Americana establece: 1. Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al

---

<sup>128</sup> Corte IDH, “*Velásquez Rodríguez*”, op. cit.

lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá, asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada. Ninguna parte de este art. hace mención ni condiciona las disposiciones de la Corte a la eficacia de los instrumentos de reparación existentes en el derecho interno del Estado Parte responsable de la infracción, de manera que aquélla no se establece en función de los defectos, imperfecciones o insuficiencias del derecho nacional, sino con independencia del mismo. Esto implica que la Corte, para fijar la indemnización correspondiente, debe fundarse en la Convención Americana y en los principios de Derecho internacional aplicables a la materia.”

En efecto en el caso de los “*Niños de la Calle*”<sup>129</sup> la Corte IDH ha sostenido que:

“Es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que todo Estado es internacionalmente responsable por todo y cualquier acto u omisión de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionalmente consagrados. El artículo 1.1 de la Convención Americana es de importancia fundamental en ese sentido.”

Respecto del art. 2 la Corte IDH en distintos pronunciamientos ha expresado:

“En relación con la obligación general de adecuar la normativa interna a la Convención, la Corte ha afirmado en varias oportunidades que “[e]n el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha celebrado un convenio internacional, debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar la ejecución de las obligaciones asumidas”. Este principio aparece en el art. 2 de la Convención, que establece la obligación general de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de la propia Convención, para garantizar los derechos reconocidos en ella, lo cual implica la necesidad de adoptar efectivas medidas de derecho interno en su sentido útil (principio de *effet utile*). Esa adopción de medidas opera en dos vertientes, a saber: i) supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención o que desconozcan los derechos allí reconocidos u

---

<sup>129</sup> Corte IDH, “*Niños de la Calle*”, op. cit.

obstaculicen su ejercicio, y ii) expedición de normas y desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías.”<sup>130</sup>

La sistemática del art. 1.1. junto al art. 2 del PSJCR que enmarca las pautas generales del deber de responder de los Estados pueden sintetizarse, entonces, bajo los siguientes aspectos:

- a. “Garantizar implica la obligación del Estado de tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos que el PSJCR reconoce.”<sup>131</sup>

Por consiguiente, no solo es ilícita toda forma de ejercicio del poder público que viole por sí misma los derechos reconocidos por el PSJCR, esto es, toda circunstancia en la cual un órgano o funcionario del Estado o de una institución de carácter público lesione indebidamente uno de tales derechos,<sup>132</sup> sino que también la tolerancia del Estado a circunstancias o condiciones que impidan a los individuos acceder al goce de los derechos, debe ser entendida como una violación del art. 1.1 de la Convención.<sup>133</sup>

- b. “En virtud del deber de respetarlos, el Estado no puede violarlos directamente, aunque no los haya reconocido en su derecho interno; y en virtud del deber de garantizarlos, tampoco puede violarlos indirectamente, negando a sus titulares el amparo jurisdiccional y gubernativo necesario para exigir su cumplimiento, tanto frente a las autoridades públicas como frente a los propios particulares, ni siquiera bajo el pretexto de que tal amparo no haya sido provisto por su orden interno. Con otras palabras, el solo irrespeto de tales derechos y la sola denegación de su amparo, gubernativo o jurisdiccional, constituirían violaciones directas de los mismos, en función del deber de respetarlos y garantizarlos establecido por el art. 1.1 de la Convención”.<sup>134</sup>

Como ya lo hemos explicado los arts. 1.1 y 2 expresan así el marco obligacional general a cargo de los mismos Estados, de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por el PSJCR a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción.<sup>135</sup>

---

<sup>130</sup> Corte IDH, 17/11/2009, “*Barreto Leiva vs. Venezuela*”, Fondo, Reparaciones y Costas.

<sup>131</sup> Corte IDH, 10/08/1990, “*Excepciones al Agotamiento de los recursos internos, art. 46.1, 46.2.a y 46.2.b Convención Americana sobre Derechos Humanos*”. OC. 11/90, op. cit.

<sup>132</sup> Corte IDH, “*Velásquez*”, op. cit.

<sup>133</sup> Corte IDH, “*Cinco Pensionistas*”, op. cit.

<sup>134</sup> OC. 7/86, op. cit. opinión separada del juez Piza Escalante, párr. 30.

<sup>135</sup> Corte IDH, 15/10/2014, “*Tarazona Arrieta y otros vs. Perú*”, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.

Luego y en diversos pronunciamientos, todos coincidentes, ha establecido la Corte IDH<sup>136</sup>:

“La reparación del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional requiere, siempre que sea posible, la plena restitución (*restitutio in integrum*), que consiste en el restablecimiento de la situación anterior. De no ser esto factible, como ocurre en la mayoría de los casos de violaciones a derechos humanos, el Tribunal determinará medidas para garantizar los derechos conculcados y reparar las consecuencias que las infracciones produjeron<sup>137</sup>. Por tanto, la Corte ha considerado la necesidad de otorgar diversas medidas de reparación, a fin de resarcir los daños de manera integral, por lo que además de las compensaciones pecuniarias, las medidas de restitución, satisfacción y garantías de no repetición tienen especial relevancia por los daños ocasionados. Este Tribunal ha establecido que las reparaciones deben tener un nexo causal con los hechos del caso, las violaciones declaradas, los daños acreditados, así como las medidas solicitadas para reparar los daños respectivos. Por lo tanto, la Corte deberá observar dicha concurrencia para pronunciarse debidamente y conforme a derecho”.

La sentencia de la Corte IDH tiene por finalidad no solo determinar la responsabilidad internacional del Estado, sino también restituir el derecho conculcado y, si esto no es posible reparar los daños. Faundez Ledesma realiza una nómina enunciativa de las reparaciones que hemos simplificado en:

- 1) Restitución de la situación jurídica infringida,
- 2) indemnización pecuniaria que sea procedente,
- 3) medidas reparadoras de carácter no pecuniario,
- 4) la investigación de los hechos y la correspondiente sanción de los responsables,
- 5) garantía de no repetición,
- 6) la adecuación de la normativa interna a lo dispuesto por el PSJCR.<sup>138</sup>

---

<sup>136</sup> Corte IDH, 28/08/2013, “*Del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador*”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.

<sup>137</sup> Corte IDH, “*Velásquez*”, op. cit.

<sup>138</sup> FAUNDEZ LEDESMA, Hector, “*El sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Aspectos institucionales y procesales*”, Ed. IIDH, ed. 3, San José de Costa Rica, 2004, pág. 811. En “*Mapiripán vs. Colombia*”, además de la determinación pecuniaria del daño material e

La Corte IDH determina las violaciones a los derechos humanos consagrados en el PSJCR, en primer término, para luego desde allí establecer si existe la configuración de los extremos exigidos por el derecho internacional para responder.

El hecho interno que infracciona al sistema generador de la responsabilidad internacional del Estado es el que se analiza en niveles de compatibilidad con el PSJCR a fin de saber si se ha dado cumplimiento a las obligaciones marcos establecidas en los arts. 1.1 y 2 en correspondencia con el deber impuesto por el resto de las disposiciones ya particulares del PSJCR.

En cambio, en aquello que venimos explicando en base al control de convencionalidad interno, este importa una herramienta al menos judicial del sistema interno – veremos que atraviesa a las propias Administraciones Públicas - que permite exigir las interpretaciones judiciales y administrativas sean aplicaciones de los principios establecidos en la jurisprudencia de la propia Corte IDH.<sup>139</sup>

La herramienta del control de convencionalidad interno viabiliza la aplicación internamente de los estándares del PSJCR a partir de la labor interpretativa efectuada por la

---

inmaterial, se determinó que Colombia debía realizar las siguientes acciones: a) obligación del Estado de investigar los hechos del caso, identificar, juzgar y sancionar a los responsables; b) identificación de las víctimas de la masacre de Mapiripán y sus familiares; c) mecanismo oficial de seguimiento del cumplimiento de las reparaciones ordenadas; d) tratamiento psicológico, por ejemplo, adecuado a los familiares de las víctimas; e) garantías estatales de seguridad para los ex habitantes del municipio de Mapiripán que decidan regresar; f) disculpa pública y reconocimiento de responsabilidad internacional; g) construcción de un monumento en lugar público apropiado en memoria de las víctimas; h) educación en derechos humanos a miembros de sus cuerpos militares y policíacos, y i) publicación de las partes pertinentes de la sentencia (sentencia del 15 de septiembre de 2005, párrs. 295-318). Como puede observarse del caso referenciado la Corte IDH recurre a medidas de satisfacción: las disculpas públicas, el monumento, la investigación de responsables, la publicación de extractos de la sentencia, que apuntan a redignificar la persona, van más allá de lo económico y político. Sin embargo, también las medidas de satisfacción o también denominadas reparaciones simbólicas pueden generar conflictos en vez de redignificar, como sucedió en el caso *"Castro Castro vs. Perú"*: que incluyó una reparación simbólica singular, que los nombres de los fallecidos en esa represión se incluyeran en las piedras que rodeaban al monumento denominado "El Ojo que Llorá", conmemorativo de los muertos por aquella organización, que deparó graves disturbios públicos (para un análisis detenido puede consultarse GELLI, María Angélica, *"Las reparaciones simbólicas por la violación estatal de los derechos humanos"* (A propósito del caso *"Castro Castro vs. Perú"*), Ed. La Ley, Suplemento Constitucional, Buenos Aires, 03/2007).

<sup>139</sup> Corte IDH, 31/08/2012, *"Furlán y Familiares vs. Argentina"*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.

Corte IDH. Generándose la obligación de adecuar internamente a través de los estándares establecidos por los arts. 8 y 25<sup>140</sup> en materia de garantías y protección judicial suficiente.

Mediante el control de convencionalidad el juez interno tiene la herramienta útil para controlar la vigencia efectiva de los diversos derechos y garantías establecidos en el SIDH<sup>141</sup>. Verificado desde el sistema internacional que el proceso en forma integral no se

---

<sup>140</sup> Art. 8. “Garantías judiciales 1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a). derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal; b). comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada; c). concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa; d). derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor; e). derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley; f). derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos; g). derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y h). derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior. 3. La confesión del inculcado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza. 4. El inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos. 5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.” Art. 25: “Protección Judicial 1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. 2. Los Estados Partes se comprometen a: a). garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b). desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y c). garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso”.

<sup>141</sup> Sobre el control de convencionalidad de jueces internos recomendamos consultar la publicación del IIDH, “*Diálogo jurisprudencial, Derecho Internacional de los Derechos Humanos- Tribunales Nacionales-Corte Interamericana de Derechos Humanos*”, Fund. Konrad Adenauer Stiftung; ver: IIDH, “*Efectos de la cosa juzgada internacional para determinar las reparaciones en el ámbito interno*”, Revista Diálogo Jurisprudencial, Fund. Konrad Adenauer Stiftung, julio-dic 2008, México, 2009, págs. 265-319; IIDH, “*Control de convencionalidad de normas jurídicas internas*”, revista Diálogo Jurisprudencial, Fund. Konrad Adenauer Stiftung, enero-junio 2009, México 2009, págs. 11-39; IIDH, “*Las garantías del imputado que conforman el debido proceso también son aplicables en materia administrativa*”, Revista Diálogo Jurisprudencial, Fund. Konrad Adenauer Stiftung, enero-julio 2009, México 2009, págs. 161/180, entre tantas otras. En relación a la temática en Chile consultar NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto “*Diálogo interjurisdiccional y control de convencionalidad entre los tribunales nacionales y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Chile*”, Anuarios de Derecho Constitucional Latinoamericano, año XIX, Bogotá, 2013, págs. 551 y ss. En Argentina: SABSAY, Daniel A.; PALACIO DE CAEIRO, Silvia B. (Dir), “*Tratado de Derechos Humanos y su influencia en el Derecho Argentino - Control de convencionalidad en la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina*”, Ed. La ley, Argentina, 2017, pág.

adecúa se activa el deber de responder en base a los alcances que la Corte IDH les otorga a dichas infracciones: infracción específica que necesariamente se sostendrá en la violación genérica de los arts. 1.1. o 2 del PSJCR según sean lo antecedentes del caso.

Es por este carril interpretativo que la Corte IDH analizará cualquier tipo de violación, tanto sustancial como procesal de los derechos y garantías cuyo deber de respeto y promoción han asumido los Estados parte.

El control de convencionalidad interno en el ámbito de aplicación de las Administraciones Públicas permite que estas se adecuen preventivamente a los estándares internacionales a fin de evitar posibles futuras responsabilidades.

### II.3.5.- El control de convencionalidad interno y la ejecución de las sentencias

Aparece en el escenario de control de convencionalidad como herramienta también de eficacia del sistema.

En el ámbito internacional se integra el cumplimiento de la sentencia con el principio de subsidiaridad de los Estados y con el propio del PSJCR cuál es el procedimiento de supervisión de cumplimiento de las sentencias de la Corte IDH.<sup>142</sup>

---

177. Los sistemas latinoamericanos de control de convencionalidad interno: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Guatemala, México, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela se describen en el Tratado de control de constitucionalidad y convencionalidad. AMAYA, Jorge Alejandro (Dir.) en la obra colectiva con; ARIAS LÓPEZ, Boris Wilson; AYALA CARAO, Carlos; BARRIOS GONZÁLEZ, Boris; CHACÓN CORADO, Mauro; ESPINOZA-SALDAÑA, Eloy; ESTEVA GALLICHIO, Eduardo; FIGUEROA, João; MANDOCA BONNET, Juan Carlos; QUIROGA NATALE, Edgar Andrés; RODRIGUEZ; SUÁREZ CROTHERS, Christian; VALVERDE VARGAS, Adriana, *“Tratado de control de constitucionalidad y convencionalidad”*, op. cit.

<sup>142</sup> Las decisiones de la Corte IDH han producido situaciones de conflicto en algunos de los países, ya nos hemos referido al caso *“Ministerio de Relaciones Exteriores y Cultos”* de la CSJN de Argentina, al caso *“Gelman vs. Uruguay”* y el caso de Venezuela que denunció el PSJCR en el año 2012 y se retiró de la OEA en el 2017. Más no han sido los únicos: Trinidad y Tobago denunció en 1999 al PSJCR con motivo de las denuncias al país en relación a la práctica de la pena de muerte; Perú hizo lo propio en el segundo semestre de 1999, volviendo al SIDH tras la finalización del Régimen de Fujimori en el año 2000; Brasil en el año 2010 desconoció la jurisprudencia de la Corte IDH establecida en el caso *“Barrios Altos”* de 2001; República Dominicana también desconoció las sentencias de la Corte IDH, en el año 2013 el tribunal constitucional en un caso relacionado con extranjeros en tránsito, la Corte IDH ordenó al Estado dominicano dejar sin efecto la sentencia por considerarla contraria a los derechos reconocidos en el PSJCR, medida que fue rechazada por el Estado, asimismo el tribunal constitucional declaró la inconstitucionalidad del instrumento mediante el cual la República Dominicana había aceptado la competencia de la Corte IDH; Costa Rica estuvo en conflicto con la Corte IDH a raíz del caso *“Artavia Murillo”*, luego de la sentencia en que la Corte

Es justamente el carácter obligatorio de las sentencias de la Corte IDH, en su más restringida versión, la que da anclaje suficiente de fundamento al control de convencionalidad interno, en tanto este se transforma tal como lo ha dicho la Corte IDH en el medio por el cual se aplica y se internaliza en el plano doméstico la sentencia de la Corte IDH:

“En su jurisprudencia reciente la Corte Interamericana ha precisado, respecto de la obligación de los Estados de ejercer el “control de convencionalidad”, que es posible observar dos manifestaciones distintas del mismo dependiendo de si la Sentencia ha sido dictada en un caso en el cual el Estado ha sido parte o no. Así, cuando existe una sentencia internacional dictada con carácter de cosa juzgada respecto de un Estado que ha sido parte en el caso sometido a la jurisdicción de la Corte, todos sus órganos, incluidos sus jueces y órganos vinculados a la administración de justicia, también están sometidos al tratado y a la sentencia de este Tribunal, lo cual les obliga a velar para que los efectos de las disposiciones de la Convención y, consecuentemente, las decisiones de la Corte Interamericana, no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin o por decisiones judiciales o administrativas que hagan ilusorio el cumplimiento total o parcial de la sentencia. Es decir, en este supuesto, se está en presencia de cosa juzgada internacional, en razón de lo cual el Estado está obligado a cumplir y aplicar la sentencia. Como consecuencia de la eficacia jurídica de la Convención Americana en todos los Estados Parte en la misma, un control dinámico y complementario de convencionalidad también posee un rol importante en el cumplimiento o implementación de una determinada Sentencia de la Corte Interamericana, especialmente cuando dicho acatamiento queda a cargo de los jueces nacionales. Bajo este supuesto, el órgano judicial tiene la función de hacer prevalecer la Convención Americana y los fallos de esta Corte sobre la normatividad interna, interpretaciones y prácticas que obstruyan el cumplimiento de lo dispuesto en un determinado caso. En cuanto a lo ocurrido

---

IDH declara inconvencional la sentencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Costa Rica sobre fecundación in vitro, el Parlamento se negó al dictado de la norma por entender que violaba la Constitución Nacional, fue el Poder Ejecutivo quien dictó un nuevo decreto habilitando la práctica, el que fue declarado inconstitucional por la Corte Suprema de Justicia del país, dictando un nuevo pronunciamiento la Corte IDH en el año 2016, la situación de conflicto se agravó con la emisión de la OC. 24/17, op. cit. Para un tratamiento pormenorizado del tema véase SANTIAGO, Alonso; BELLOCCHIO, Lucía, “*Historia de la Corte IDH (1978-218) Reflexiones finales*”, Ed. Thomson Reuters La Ley, Argentina, 06/2018, págs. 549-563.

respecto de la ejecución de esta medida de reparación ordenada a favor de las personas desplazadas, la Corte recuerda que el control de convencionalidad es una obligación de todos los órganos y autoridades estatales (...)"<sup>143</sup>.

Es oportuno recordar aquello que la Corte IDH<sup>144</sup> con meridiana claridad afirmó:

“Los Estados Parte en la Convención no pueden invocar disposiciones del derecho constitucional u otros aspectos del derecho interno para justificar una falta de cumplimiento de las obligaciones contenidas en dicho tratado<sup>2</sup>. En lo concerniente al cumplimiento de las sentencias de la Corte, no se trata de resolver el problema de la supremacía del derecho internacional sobre el nacional en el orden interno, sino únicamente de hacer cumplir aquello a lo que los Estados soberanamente se comprometieron.”

#### II.3.5.1.- En la Europa de los derechos humanos

El tema de la ejecución de las sentencias de TEDH prevista art. 46 es explicado por Retortillo Baquer<sup>145</sup>:

“Se ha venido diciendo desde los planteamientos iniciales que la sentencia tiene carácter declarativo, en cuanto es normal dejar en manos del Estado la manera de llevar a término la ejecución. Pero también hay supuestos cualificados, contando además con que el sistema de Estrasburgo es evolutivo y ampliatorio y se va integrando con la propia jurisprudencia del Tribunal. A este respecto, es de notar que, con carácter excepcional, y a la vista de las cualificadas circunstancias del caso, a veces el propio Tribunal predetermina de manera terminante la forma de ejecución. Esto es lo que ha sucedido en el caso “del Rio c. España” al decidir que el Estado debe asegurar la puesta en libertad de la recurrente en el plazo más breve posible.”<sup>146</sup>

---

<sup>143</sup> Corte IDH, 21/05/2013, “*De Las Masacres de Ituango vs. Colombia*”, Resolución de Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. En el mismo sentido se expidió en el caso “*Gelman vs. Uruguay*”.

<sup>144</sup> Corte IDH, “*Fontevicchia y D’Amico*”, op. cit.

<sup>145</sup> LORENZO, Martín, RETORTILLO, Baquer, “*El cómputo de las penas según la doctrina de Estrasburgo*”, Revista Española de Derecho Administrativo, Ed. Thomson Reuters Civitas, Nro. 168, enero – marzo 2015, págs. 169-190.

<sup>146</sup> La Audiencia Nacional correctamente se considera inmediatamente vinculada por la sentencia al recibir la solicitud de la recurrente para que ordenara su puesta en libertad, solicitud que presentaron automáticamente otras penas que se encontraban en situación similar. La Audiencia Nacional procedió a desactivar los efectos de la doctrina *Parot* y poner en libertad a los afectados por la misma.

Para completar:

“Desde otra perspectiva, quiero destacar mi opinión personal, compartida por no pocos autores, de que además de por los casos que afectan directamente a un Estado, todo los Estados del Convenio deben sentirse vinculados en general por la jurisprudencia del Tribunal. Algo similar a lo que sucede con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, cuando el artículo 164.1 de la Constitución proclama que, en general, las sentencias del TC “tienen pleno efectos frente a todos”. Además del plus interpretativo que representa el artículo 10.2 de la Constitución, el Convenio Europeo es una norma de nuestro propio ordenamiento, según el artículo 96 de la Constitución que, obviamente, se completa con la jurisprudencia interpretativa del propio Tribunal Europeo. De hecho, cada vez son más frecuentes como testimonio de esta fuerza vinculante general, las referencias de la jurisprudencia de los diversos jueces y tribunales a las líneas marcadas por el TEDH. Es muy significativo además que hoy esté abierto a la firma el Protocolo número 16, que prevé una modalidad de *cuestión* – y sería la tercera, más allá de la que nuestros Tribunales pueden dirigir llevar al Tribunal Constitucional (artículo 163 de la Constitución), o de la que pueden llevar al Tribunal de Justicia de la Unión Europea- de forma que los Tribunales interno que se contemplan puedan consultarle al de Estrasburgo si al resolver un asunto el Derecho nacional es compatible con la interpretación que se viene dando al Convenio.”

En otra posición se ha sostenido que:

“Los fallos del Tribunal de Estrasburgo carecen de ejecutoriedad *per se* en los ordenamientos jurídicos de las partes contratantes. Estas contraen una obligación de resultado teniendo discrecionalidad a la hora de elegir los medios para su adecuada ejecución. No obstante, hay casos en que el propio TEDH restringe la libertad de elección que gozan los Estados, indicándoles la forma de ejecutar correctamente sus sentencias (...). Por su parte, las precisiones que el Comité de Ministros del Consejo de Europa efectúa en la supervisión y seguimiento de la ejecución de las sentencias al amparo del art. 46.2 CEDH también son una fuente de limitación de la autonomía de las partes contratantes (...) En su Recomendación R (2000) 2, de 19 enero de 2000 el Comité de Ministros señalaba que hay casos excepcionales donde la única fórmula admisible de *restitutio in integrum* sería la revisión de un asunto o la

reapertura de los procedimientos ante los tribunales internos cuando el TEDH ha constatado la existencia de una violación de las disposiciones del CEDH. El Comité de Ministros anima a las partes en el CEDH a habilitar un cauce procesal específico en su legislación interna para permitir en estos supuestos la revisión de resoluciones firmes de sus órganos jurisdiccionales o la reapertura de procedimientos (...) <sup>147</sup>. Para completarse, “La entrada en vigor del Protocolo Adicional Nro. 14 al CEDH, el 1 de junio de 2010, ha contribuido a reforzar las competencias del Comité de Ministros en relación con la ejecución de las sentencias del Tribunal: el artículo 46.3 CEDH permite al Comité de Ministros solicitar por mayoría de dos tercios que el TEDH aclare los términos de una sentencia cuando no resulte claro identificar cuáles son las obligaciones que se derivan de la misma para la parte condenada. Además, en el artículo 46.4 CEDH se ha introducido una especie de recurso por incumplimiento ante la Gran Sala del TEDH. La finalidad de esta nueva vía de recurso ante el TEDH es que la parte condenada ejecute adecuadamente el fallo debido a la presión política y diplomática y sobre todo, al riesgo de una nueva sentencia condenatoria de la Gran Sala.” <sup>148</sup>

El control de la ejecución de las sentencias definitivas del TEDH:

“(...) compete al Comité de Ministros del Consejo de Europa de conformidad a lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 46 del Convenio. El Tribunal agota su función jurisdiccional con la notificación de la sentencia a las partes y su remisión al Comité de Ministros. Este, para el ejercicio de tal función, es asistido por sus servicios jurídicos y por el departamento de ejecución de las sentencias adscrito a la Dirección General de Derechos Humanos y Asuntos Legales del Consejo de Europa. En el Comité de Ministros los Estados representados han de dar cuenta de sus sentencias pendientes de ejecución y cada uno debe justificar frente a los demás su situación específica. Se trata de una asunción colectiva de responsabilidad, instrumentada en la presión política y moral que los Gobiernos pueden ejercer entre ellos, de manera particular cuando alguno de los miembros no acata las reglas de juego. El proceso de seguimiento y control de la ejecución de las sentencias, que abarca

---

<sup>147</sup> MARÍN ASÍS, Jose Rafael, “*La adhesión de la Unión Europea al Convenio de Roma. El cumplimiento de las obligaciones derivadas del Convenio Europeo de Derechos Humanos en el ordenamiento jurídico de la UE*”, Revista de Derecho Comunitario Europeo, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Nro. 44, enero-abril 2013, Madrid, págs. 239-264.

<sup>148</sup> *Ibíd.*, pág. 268.

las medidas individuales, las generales y la satisfacción equitativa, no escapa a ciertas dificultades. Y ello porque muchas veces (demasiadas a mi parecer) el TEDH se limita a constatar una infracción convencional y, en su tradicional actitud de prudencia, no es bastante explícito en cuanto a indicar al Estado las medidas concretas que convendría adoptar para reparar la violación y evitar que se reproduzca (...) ¿Y qué pasaría si un Gobierno rehusara rotundamente ejecutar una sentencia del TEDH? Difícilmente se presentará una oposición manifiesta y absoluta, pero sí que se puede producir la invocación de argumentos políticos o excusas que pueden constituir un rechazo implícito o encubierto. En tal supuesto, el Comité de Ministros podría recurrir a la aplicación del artículo 8 del Estatuto del Consejo de Europa, que prevé la posibilidad de expulsión de un Estado miembro de la organización. Se trata de una posibilidad ciertamente remota, pero que no se ha de excluir. El Comité de Ministros la insinuó por primera vez en el caso *Loizidou c. Turquía*.<sup>149</sup>

“El Protocolo 14 vino a reforzar la idea de la ejecución de las sentencias al añadirse tres nuevos apartados al art. 46. El nuevo párrafo 3 faculta al Comité de Ministros a solicitar al TEDH la interpretación de una sentencia definitiva a efectos de clarificar eventuales divergencias de lectura que se le puedan plantear en el control de la ejecución... Los nuevos párrafos 4 y 5 constituyen realmente una innovación en el sistema, en cuanto que instituyen un peculiar *procedimiento por falta* que el Comité de Ministros podrá utilizar cuando una Parte Contratante se oponga o no colabore en la ejecución de una sentencia definitiva que haya constatado una violación del Convenio. Así, mediante el voto de una mayoría calificada de dos tercios y previo requerimiento formal al Gobierno interesado, el Comité de Ministros podrá decidir someter a la Gran Sala del Tribunal la cuestión del respeto a la obligación que deriva del párrafo primero del artículo 46 del Convenio por parte del Estado que no se conforma a la ejecución. Si el TEDH decide que tal actitud es constitutiva de una violación del párrafo primero del artículo 46 así lo declarará en una nueva sentencia y remitirá nuevamente el asunto al Comité de Ministros y éste deberá adoptar las medidas que estime pertinentes.”<sup>150</sup>

---

<sup>149</sup> CASADEVALL, Josep, “*El Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Estrasburgo y su jurisprudencia*”, Ed. Tirant lo Blanch, ed. 1, Valencia, 2012, págs. 123-125.

<sup>150</sup> *Ibidem*. págs. 133-134.

España ha sido uno de los países que ha incorporado en los últimos tiempos la vía procesal interna que permite brindar eficacia a la sentencia dictada en el orden internacional.

Cabe recordar en este sentido la STC 240/2005 de 10/10/2005 incorpora con matices a la TEDH como un hecho nuevo a los efectos de la interposición de un recurso de revisión.

“La jurisdicción del TEDH tiene una especial naturaleza y un complejo encaje dentro de los ordenamientos internos de los Estado parte. Con carácter general, en los términos y con la regulación establecida en el CEDH, el TEDH se constituye como un tribunal internacional cuyas decisiones si bien son obligatorias (art. 46.1 CEDH) no son ejecutivas *per se* – es necesario que sean los Estados miembros los que las ejecuten-, aunque sea misión del Comité de Ministros del Consejo de Europa velar por el cumplimiento de dicha ejecución (art. 46.2 CEDH) y se haya establecido desde la entrada en vigor del Protocolo 14 un sistema más incisivo para hacer efectiva esa misión de control (art. 46.3 y 4 CEDH). De ese modo, ante una declaración de vulneración por el TEDH, es al Estado miembro a quien corresponde posibilitar la completa reparación de las consecuencias de dicha vulneración. En este contexto, hay que tomar en consideración que España es uno de los cada vez menos países del Consejo de Europa que todavía no ha arbitrado un recurso interno para hacer efectiva la ejecutividad de las resoluciones condenatorias del TEDH. España carece de una regulación procesal que, a semejanza de otros países parte del CEDH, establezca como causa para la revisión de una resolución firme el reconocimiento por parte del TEDH de una vulneración a las garantías del CEDH, lo que no ha dejado de ser puesto de relieve por el Comité de Ministros del Consejo de Europa y por el propio Consejo de Estado español. Esta insuficiencia se ha visto agravada por la imposibilidad real de hacer efectiva la reapertura de estos procedimientos a través de otros instrumentos procesales por las reticencias de los órganos judiciales internos para permitir dicha posibilidad a través, por ejemplo, del incidente de nulidad de actuaciones, el recurso de revisión o el propio recurso de amparo.”<sup>151</sup>

---

<sup>151</sup> SÁNCHEZ TOMÁS, José Miguel, “*La doctrina Parot ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Derechos a la legalidad penal y a la libertad (STEDH, as. Del Rio Prada vs. España, de 21.10.2013)*”, Revista Española de Derecho Europeo 50, Ed. Thomson Reuters Civitas, abril-junio 2014, págs. 185-186.

Por su parte Díaz Revorio ha explicado en relación a España que:

“El Tribunal Constitucional Español, enfrentándose a este problema, ha afirmado que el carácter obligatorio de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos implica, que, si éste constata una lesión de derechos, la misma debe ser reparada en el ordenamiento interno. Este Derecho interno debería prever mecanismos o procedimientos para hacer efectivas esas sentencias, pero el Tribunal Constitucional constata que ello no se produce en el caso español. Por ello el Tribunal señaló que, caso de no existir esos procedimientos o de denegarse el acceso a los mismo, sería él mismo, en vía de amparo, quien reconociera el Derecho vulnerado y adoptase las medidas necesarias para su restablecimiento incluyendo, en su caso, la anulación de las sentencias que lo vulneraron (STC 345/1991 caso Bulló). Con todo, esta solución, probablemente la mejor en el caso concreto, no es plenamente adecuada, ya que sería preciso el establecimiento de procedimientos específicos en el plano interno. Además, hay que tener en cuenta que la no coincidencia total entre los derechos del Convenio y los reconocidos en la Constitución no siempre permitiría este tipo de reparación.”<sup>152</sup>

Mas cercano en el tiempo, cabe recordar lo explicado por el TS sala penal<sup>153</sup>:

“Como ya se decía en el Auto de 24 de noviembre de 2014, en estas mismas actuaciones, esta Sala ha entendido que en los casos en los que el Tribunal de Derechos Humanos de Estrasburgo dicte sentencia en la que aprecie que a un condenado por los Tribunales españoles se le ha vulnerado con la condena un derecho reconocido en el Convenio, e igualmente en la Constitución como un derecho fundamental, es posible acudir al llamado recurso de revisión de los artículos 954 y siguientes de la LECrim con la finalidad de hacer efectiva la mencionada resolución en la medida procedente, evitando una lesión actual de los derechos del ciudadano. No se ha de interpretar esta posibilidad en el sentido de que, en todo caso, si el TEDH ha apreciado la vulneración de un derecho reconocido en el CEDH, haya de estimarse directamente la demanda y deba acordarse mecánicamente e ineludiblemente la nulidad de la sentencia cuya revisión se pretende. Pues la sentencia estimatoria del TEDH no acuerda la nulidad o la revocación de la sentencia interna, sino que se limita a declarar la

---

<sup>152</sup> DÍAZ REVORIO, Francisco Javier, “*El Tribunal Europeo de Derechos Humanos: significado y trascendencia*”, op. cit., págs. 16 y ss.

<sup>153</sup> TS, Sala Penal, 19/05/2015, Sentencia 220/2015, Nro. Recurso: 20590/2014.

vulneración de un derecho reconocido en el Convenio, aunque pueda contener, como ocurre cada vez con más frecuencia, una modalidad concreta de reparación o una satisfacción equitativa, como prevé el artículo 41 del Convenio. Por el contrario, lo que permite el llamado recurso de revisión, más bien proceso de revisión, es precisamente el examen o reapertura del caso, que ya había sido cerrado por la sentencia firme, en orden a la precisión de los efectos que necesariamente haya de producir la declaración del TEDH en el supuesto concreto que se examina. Pues es claro que la declaración de la existencia de vulneración de un derecho reconocido en el Convenio, bien en el desarrollo del proceso, bien en la obtención o práctica de una determinada prueba de cargo, no siempre determinará la nulidad de la sentencia condenatoria dictada contra quien acudió al Tribunal de Estrasburgo, pues puede que no haya sido afectado todo el proceso o que la declaración no se refiera a todas las pruebas, y que subsista material suficiente, independiente de la vulneración declarada, que autorice el mantenimiento de la condena, total o parcialmente. Será preciso, pues, en cada caso determinar el alcance de la declaración efectuada por ese Tribunal, en atención al contenido de su sentencia y de la sentencia que se pretende revisar. Y actualmente, al procederse a tal determinación a través de la revisión, la competencia corresponde a este Tribunal Supremo.”

El tema que hacía tiempo venía generando en España distintas posturas es finalmente resuelto al menos en este punto por la reforma a la Ley Orgánica del Poder Judicial<sup>154</sup> en cuya Disposición Final Cuarta se prevé:

“Trece. Se modifica el artículo 510, que queda redactado como sigue:

“Artículo 510. *Motivos.*

1. Habrá lugar a la revisión de una sentencia firme:

1. Si después de pronunciada, se recobraren u obtuvieren documentos decisivos, de los que no se hubiere podido disponer por fuerza mayor o por obra de la parte en cuyo favor se hubiere dictado.

2. Si hubiere recaído en virtud de documentos que al tiempo de dictarse ignoraba una de las partes haber sido declarados falsos en un proceso penal, o cuya falsedad declarare después penalmente.

---

<sup>154</sup> Ley Orgánica 7/2015 de España, op. cit.

3. Si hubiere recaído en virtud de prueba testifical o pericial, y los testigos o los peritos hubieren sido condenados por falso testimonio dado en las declaraciones que sirvieron de fundamento a la sentencia.

4. Si se hubiere ganado injustamente en virtud de cohecho, violencia o maquinación fraudulenta.

2. Asimismo se podrá interponer recurso de revisión contra una resolución judicial firme 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, sin que la misma pueda perjudicar los derechos adquiridos de buena fe por terceras personas.

Catorce. Se modifica el artículo 511, que queda redactado como sigue:  
Artículo 511. Legitimación activa.

Podrá solicitar la revisión quien hubiere sido parte perjudicada por la sentencia firme impugnada.

En el supuesto del apartado 2 del artículo anterior, la revisión sólo podrá ser solicitada por quien hubiera sido demandante ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.”

Quince. Se modifica el apartado 1 del art. 512, que queda redactado como sigue:

“1. En ningún caso podrá solicitarse la revisión después de transcurridos cinco años desde la fecha de la publicación de la sentencia que se pretende impugnar. Se rechazará toda solicitud de revisión que se presente pasado este plazo. Lo dispuesto en el párrafo anterior no será aplicable cuando la revisión esté motivada en una Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En este caso la solicitud deberá formularse en el plazo de un año desde que adquiera firmeza la sentencia del referido Tribunal.”

Cabe por último recordar aquellas expresiones pronunciadas por Gil Carlos Rodríguez Iglesias, designado presidente del *Grupo de Sabios* nombrados por el Comité de Ministros del Consejo de Europa, con el fin de elaborar un Informe recomendando

modificación al orden estructural del sistema jurisdiccional dirigidas a asegurar la eficacia a largo plazo del sistema<sup>155</sup>:

“El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (...) debería poder concentrar sus esfuerzos en el control del respeto de los derechos humanos por los Estados miembros, en la definición de principios y estándares comunes en materia de protección de los derechos humanos en la determinación del nivel de protección mínima que debe ser imperativamente respetado. A partir de estas premisas, en el Informe se proponen una serie de medidas de distinto tipo que, conjuntamente, deberían hacer posible el funcionamiento eficaz del sistema. Las propuestas no se refieren exclusivamente al funcionamiento del sistema de control jurisdiccional establecido por el Convenio, sino que también contemplan acciones descentralizadas en los Estados miembros. A este respecto el Informe subraya que el principio de subsidiariedad constituye uno de los elementos fundamentales del sistema de protección de los derechos humanos en Europa y que los recursos internos, que constituyen la primera frontera para la defensa del Estado de Derecho de los derechos humanos, deben ser efectivos y bien conocidos por las personas. Los jueces nacionales son los primeros encargados de tutear los derechos reconocidos por el Convenio y algunas propuestas contenidas en el Informe están dirigidas a reforzar esta función de los órganos jurisdiccionales internos.”

Se ha afirmado que:

“El Tribunal Europeo de Derechos Humanos no es un tribunal de casación; no anula sentencias de tribunales nacionales, ni ordena a las autoridades nacionales que lleven a cabo actividades concretas en cumplimiento de sus sentencias. La determinación de la forma en que se efectúe ese cumplimiento corresponde al ordenamiento interno de cada Estado, cuyas autoridades tienen la obligación, de acuerdo con el art. 46.1 del Convenio, de acatar las Sentencias definitivas del Tribunal, bajo la vigilancia de un órgano del Consejo de Europa, el Comité de Ministros, “que velará por su ejecución” (art. 46.2). En cualquier caso, la potestad del Tribunal es meramente declarativa: declara que un Estado ha vulnerado alguno o algunos de los derechos del

---

<sup>155</sup> RODRIGUEZ IGLESIAS, Gil Carlos, “¿Qué hacer para asegurar la eficacia del sistema de control judicial del convenio europeo de derechos humanos? Las propuestas del grupo de sabios”, *Revista Española de Derecho Europeo*, Ed. Thomson Reuters Civitas, Nro. 22., abril-junio 2007, págs. 177-185.

Convenio. Sí tiene, así y todo, la posibilidad de conceder una compensación económica al recurrente, si el ordenamiento estatal no puede reparar totalmente el daño causado. Los Estados, en el cumplimiento de sus obligaciones, ha utilizado maneras muy diversas de dar cumplimiento a las sentencias del Tribunal, bien mediante medidas generales, como la legislación, bien mediante actuaciones en el caso individual, como indultos, revisiones judiciales y otros (...).<sup>156</sup>

Cierto es que con la suscripción y puesta en vigencia del Protocolo Nro. 11 el TEDH asume un rol central de garantía de la CEDH: adquiere jurisdicción exclusiva, pues el Comité de Ministros mantiene únicamente su competencia en cuanto al seguimiento de la ejecución de las sentencias y, por otro, jurisdicción obligatoria para conocer de todos los asuntos que versen sobre la interpretación y aplicación del Convenio.

En un segundo aspecto, se habla de los efectos indirectos de las sentencias del TEDH el cual “derivan del principio de solidaridad que subyace a la garantía colectiva que representa el Convenio”<sup>157</sup>. Desde allí se explican los efectos más allá de las partes, para que los Estados partes pueden incorporar a su derecho interno los estándares interpretados de las disposiciones del CEDH.

“Estos efectos *erga omnes* de las sentencias se concretan en un efecto general de cosa interpretada que engloba, por una parte, los posibles cambios legislativos que provoque la necesidad de conformidad, entendida como compatibilidad, entre los ordenamientos internos y el orden público europeo que construye el TEDH; por otra parte, los reajustes que requieran ser llevados a cabo respecto de las prácticas administrativas internas por demostrarse a la luz de la jurisprudencia del TEDH contrarias o poco acordes con el CEDH; por último, la interpretación otorgada por el TEDH a los derechos recogidos por el CEDH deberá ser asumida por los jueces internos a la hora de aplicar los derechos reconocidos del CEDH que, como se dijo en otro punto, coinciden mayoritariamente con los derechos fundamentales garantizados en los respectivos ordenamientos nacionales.”<sup>158</sup>

---

<sup>156</sup> LÓPEZ GUERRA, Luís en el prólogo a la obra colectiva con ROJO, Guirao-Belaidez; SÁNCHEZ Tomás, (Coord.), “*Conflicto y diálogo con Europa. Las condenadas a España del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*”, Ed. Thomson Reuters Civitas, 2013, España, pág. 30.

<sup>157</sup> QUERALT JIMÉNEZ, Argelia, “*El Tribunal de Estrasburgo: una jurisdicción internacional para la protección de los derechos fundamentales*”; Ed. Tiant Lo Blanch, Valencia, 2003, pág. 244.

<sup>158</sup> *Ibidem*, pág. 244.

Como bien lo describe Alonso García:

“Desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, el 1 de diciembre de 2009, los jueces de los Estados miembros de la Unión Europea cuentan con tres catálogos de derechos fundamentales, directa o indirectamente operativos en muchos de los litigios de los cuales conocen: el propio catálogo interno, normalmente incorporado en una norma de rango constitucional; el Convenio Europeo de Derechos Humanos, firmado en el marco del Consejo de Europa en 1950; y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea que, proclamada en Niza en el año 2000 y adaptada en Estrasburgo en el 2007, fue dotada de naturaleza jurídica vinculante por el antes mencionado Tratado de Lisboa. Consecuencia de la referida multiplicidad, no sólo de catálogos de derechos fundamentales en juego, sino también de respectivos intérpretes supremos, es que el juez nacional puede verse arrastrado a una auténtica encrucijada en el supuesto de diferentes estándares de protección garantizados por dichos catálogos. Tal encrucijada sería probablemente la excepción en el escenario de un discurso puro y duro de derechos fundamentales, presidido tradicionalmente por la doctrina del estándar máximo de protección. Pero sucede que, a diferencia de los tratados internacionales circunscriptos a los derechos humanos, que tienen una clara vocación de complementariedad de los sistemas nacionales de protección, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea se enmarca en un contexto, el de la propia Unión, el cual, construido conceptualmente en términos de autonomía y con vocación integradora, tiende a desplazar, en aras a la uniformidad y a través del principio de primacía, las disparidades que los Estados miembros, incluidas las derivadas de hipotéticos niveles nacionales de superior protección, si comparados con los que derivarían de la Carta.”<sup>159</sup>

Para Roca<sup>160</sup> el CEDH posee una triple dimensión que a su vez es su propia vocación: tratado, garantía constitucional judicializada y garantía europea. “En definitiva, el Convenio Europeo es, amén de una “tratado”, una “garantía constitucional” de ciertos

---

<sup>159</sup> ALONSO GARCÍA, Ricardo, *“El juez nacional en la encrucijada europea de los derechos humanos”*, Ed. Thomson Reuters Civitas, Navarra, ESPAÑA, 2014 págs. 13-14.

<sup>160</sup> GARCÍA ROCA, Javier, *“El preámbulo contexto hermenéutico del Convenio: un instrumento constitucional del orden público europeo”*, págs. 26 y ss. en obra colectiva GARCÍA ROCA, Javier – SANTOLAYA, Pablo (Coord.) *“La Europa de los Derechos. El convenio Europeo de Derechos Humanos”*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005.

derechos por la forma jurisdiccional de su protección. Y, por otra parte, se convierte también una “garantía comunitaria” o en el ámbito de la Unión Europea (...).”

Analizando el caso *Irlanda vs. Reino Unido*<sup>161</sup> (STEDH, 18/01/1978) afirma Roca la existencia de la fuerza expansiva argumental de las decisiones del TEDH:

“(...) una dimensión objetiva que es inherente a los litigios sobre derechos, la convierte en una suerte de “cosa interpretada”, distinta de la “cosa juzgada” (arts. 42 y 44 CEDH), que las aproxima, pero – a mi juicio – sin llegar a confundirlas, a las sentencias de un verdadero Tribunal Constitucional y a las labores objetivas ( *supra partes* y *erga omnes* ) propias de la interpretación constitucional; y, en definitiva, a la misma idea procesal constitucional de “vinculación” de todos los poderes políticos a sus sentencias, aunque dicha “protección efectiva” no llegue a alcanzarla a su intensidad y lógica procesales”.

Para mostrar las diferencias y en relación al cumplimiento de las sentencias agrega:

“La efectividad de sus sentencias se limita a estimar o desestimar la violación y fijar en su caso una compensación (art. 41 CEDH) que trate de paliar – de forma necesariamente imperfecta – el daño derivado de la imposibilidad de reponer al justiciable en la situación previa a la lesión declarada. Si bien el art. 46 CEDH impone a los Estados el deber de dar cumplimiento y acatar las sentencias definitivas del Tribunal, pero no se dice cómo, y la efectiva eliminación de la vulneración queda en las manos de los Estados y puede acometerse por muy diversos medios.”

En la Europa de los derechos humanos como señala Díaz Revorio:

“El papel del Convenio Europeo, en particular del Tribunal de Estrasburgo, en la garantía internacional de los derechos ha sido, por tanto, decisivo (...). La jurisprudencia ha permitido ir aproximando la interpretación de los derechos en Europa, con lo que ello tiene también de acercamiento de los

---

<sup>161</sup> “Sin embargo, el TEDH sostuvo con buen criterio que “sus sentencias sirven no sólo para resolver los asuntos que se le someten, sino con más amplitud para aclarar, amparar y desarrollar las normas del Convenio y contribuir de esta manera a que los Estados respeten los compromisos contraídos como Partes contratantes -art19-”. Y más adelante, explicó que “a diferencia de los tratados internacionales clásicos, el Convenio comprende algo más que las recíprocas obligaciones entre los Estados contratantes. Crea, por encima por debajo, toda una red mutua de compromisos bilaterales y obligaciones objetivas que, en palabras del Preámbulo, se beneficia de una protección efectiva (...)”. GARCÍA ROCA, Javier, “*El preámbulo contexto*”, op. cit. pág. 26.

Ordenamientos nacionales, y de paso hacia la universalización de los valores contenidos en estos derechos. Se han establecido importantes criterios de interpretación que ha sido adoptados por muchos tribunales nacionales, como por ejemplo, entre tantos otros, los relativos a los tratos inhumanos y degradantes, a las privaciones y restricciones de libertad admisibles, a las garantías del proceso, o a los requisitos para que una injerencia en ciertos derechos sea admitida por el Convenio (previsión legal, finalidad prevista en el Convenio, necesidad de la medida en una sociedad democrática); incluso el Tribunal ha llegado a “crear” algunos nuevos derechos aparentemente no previstos de forma expresa en el Convenio, como protección frente a la contaminación acústica o por olores, o la identidad sexual.”<sup>162</sup>

### II.3.5.2.- El SIDH y sus características

En cambio, el SIDH posee un sistema un tanto diverso por doble razón: una internacional y la otra interna de los Estados partes. Si bien presenta al igual que sucede en la Europa de los Derechos Humanos determinadas críticas a la eficacia de la jurisdicción internacional en punto a hacer efectivo los mandatos de la Corte IDH, cierto es que el sistema se nutre de las siguientes reglas<sup>163</sup>:

“2. La Corte tiene la facultad inherente a su función jurisdiccional de supervisar el cumplimiento de sus decisiones, lo cual además se desprende de lo dispuesto en los artículos 33, 62.1, 62.3 y 65 de la Convención Americana, 30 de su Estatuto y 69 de su Reglamento. De conformidad con lo establecido en el artículo 67 de la Convención Americana, las sentencias de la Corte deben ser prontamente cumplidas por el Estado en forma íntegra. Asimismo, el artículo 68.1 de la Convención Americana estipula que “los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes”. Para ello, los Estados deben asegurar la implementación a nivel interno de lo dispuesto por el Tribunal en sus decisiones. La referida obligación de dar cumplimiento a lo dispuesto por la Corte incluye el deber del Estado de informar sobre las medidas adoptadas para cumplir cada uno de

---

<sup>162</sup> DÍAZ REVORIO, Francisco Javier, “*El Tribunal Europeo de Derechos Humanos: significado y trascendencia*”, op. cit. pg 16 y ss.

<sup>163</sup> Corte IDH, 31/03/2014, “*Del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*”, Resolución de Supervisión de Cumplimiento de Sentencia.

los puntos ordenados por este, lo cual es fundamental para evaluar el estado de cumplimiento de la Sentencia en su conjunto”.

La primera regla que surge del decisorio, es que la Corte IDH es el órgano del SIDH que supervisa el cumplimiento de sus sentencias, atribución inherente a su función jurisdiccional. La sustenta en el propio PSJCR (arts. 33<sup>164</sup>, 62.1<sup>165</sup>, 62.3<sup>166</sup> y 65<sup>167</sup>). Los Estados deben cumplir en tiempo y forma las sentencias, para ello deben articular a nivel interno entre sus órganos el cumplimiento e informar las medidas adoptadas.

“3 La obligación de cumplir lo dispuesto en las sentencias del Tribunal corresponde a un principio básico del Derecho Internacional, respaldado por la jurisprudencia internacional, según el cual los Estados deben acatar sus obligaciones convencionales internacionales de buena fe (*pacta sunt servanda*) y, como ya ha señalado esta Corte y lo dispone el artículo 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.”

Reitera que la obligación del cumplimiento de las sentencias se basa en el principio de buena fe internacional. Además, y por el mismo principio, que no pueden por razones de orden interno dejar de asumir la responsabilidad internacional a la que se obligaron libre y soberanamente.

“Las obligaciones convencionales de los Estados Partes vinculan a todos los poderes y órganos del Estado. Los Estados Parte en la Convención deben garantizar el cumplimiento de las disposiciones convencionales y sus efectos propios (*effet utile*) en el plano de sus respectivos derechos internos. Este

---

<sup>164</sup> Art. 33 “Son competentes para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes en esta Convención: a) la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, llamada en adelante la Comisión, y b) la Corte Interamericana de Derechos Humanos, llamada en adelante la Corte.”

<sup>165</sup> Art. 62.1: “Todo Estado parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión de esta Convención, o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial, la competencia de la Corte sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención.”

<sup>166</sup> Art. 62.3: “La Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido, siempre que los Estados Partes en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, ora por declaración especial, como se indica en los incisos anteriores, ora por convención especial.”

<sup>167</sup> Art. 65: “La Corte someterá a la consideración de la Asamblea General de la Organización en cada período ordinario de sesiones un informe sobre su labor en el año anterior. De manera especial y con las recomendaciones pertinentes, señalará los casos en que un Estado no haya dado cumplimiento a sus fallos.”

principio se aplica no sólo en relación con las normas sustantivas de los tratados de derechos humanos (es decir, las que contienen disposiciones sobre los derechos protegidos), sino también en relación con las normas procesales, tales como las que se refieren al cumplimiento de las decisiones de la Corte. Estas obligaciones deben ser interpretadas y aplicadas de manera que la garantía protegida sea verdaderamente práctica y eficaz, teniendo presente la naturaleza especial de los tratados de derechos humanos.”

Remarca que vinculan a todos los poderes y órganos del Estado con el objeto de garantizar el efecto útil del *corpus iuris* interamericano, tanto en lo sustantivo como en lo procesal, en forma pragmática y eficaz.

En el caso “*Radilla Pacheco vs. México s/ Supervisión de cumplimiento de sentencia*”<sup>168</sup> reafirmó las reglas:

1. “Es una facultad inherente a las funciones jurisdiccionales de la Corte supervisar el cumplimiento de sus decisiones.
2. De conformidad con lo establecido en el artículo 67 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (adelante “la Convención Americana” o “la Convención”), las sentencias de la Corte deben ser prontamente cumplidas por el Estado en forma íntegra. Asimismo, el artículo 68.1 de la Convención Americana estipula que “los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes”. Para ello, los Estados deben asegurar la implementación a nivel interno de lo dispuesto por el Tribunal en sus decisiones. La referida obligación de dar cumplimiento a lo dispuesto por la Corte incluye el deber del Estado de informar sobre las medidas adoptadas al respecto. La oportuna observancia de la obligación estatal de indicar al Tribunal cómo está cumpliendo cada uno de los puntos ordenados por este es fundamental para evaluar el estado de cumplimiento de la Sentencia en su conjunto.
3. La obligación de cumplir lo dispuesto en las sentencias del Tribunal corresponde a un principio básico del Derecho Internacional, respaldado por la jurisprudencia internacional, según el cual los Estados deben acatar sus

---

<sup>168</sup> Corte IDH, 14/05/2013, “*Radilla Pacheco vs. México*”, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia.

obligaciones convencionales internacionales de buena fe (*pacta sunt servanda*) y, como ya ha señalado esta Corte y lo dispone el artículo 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<sup>169</sup>. Las obligaciones convencionales de los Estados Partes vinculan a todos los poderes y órganos del Estado.

4. Los Estados Parte en la Convención deben garantizar el cumplimiento de las disposiciones convencionales y sus efectos propios (*effet utile*) en el plano de sus respectivos derechos internos. Este principio se aplica no sólo en relación con las normas sustantivas de los tratados de derechos humanos (es decir, las que contienen disposiciones sobre los derechos protegidos), sino también en relación con las normas procesales, tales como las que se refieren al cumplimiento de las decisiones de la Corte. Estas obligaciones deben ser interpretadas y aplicadas de manera que la garantía protegida sea verdaderamente práctica y eficaz, teniendo presente la naturaleza especial de los tratados de derechos humanos.”

Siguiendo tales reglas, fijadas para el cumplimiento de las sentencias, analizó el caso en particular. En primer término, se refirió al Acuerdo dictado por el Tribunal Pleno de la Suprema Corte Mexicana, donde se exponen las obligaciones concretas del Estado y, en particular, del poder judicial. Señaló:

5. “De manera preliminar, la Corte observa que el 14 de julio de 2011 la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México (en adelante “la Suprema Corte” o “la SCJN”) emitió un “Acuerdo del Tribunal Pleno” dentro del expediente “Varios 912/2010”<sup>170</sup>, mediante el cual expuso las obligaciones concretas del Estado mexicano, y en particular, del poder judicial de la Federación, a raíz de la Sentencia emitida en el caso Radilla Pacheco (supra Visto 1). Mediante dicho fallo, la SCJN manifestó que el poder judicial está obligado a ejercer un control de convencionalidad *ex officio* entre las normas internas y la

---

<sup>169</sup> Convención Americana sobre Derechos Humanos, “*Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención arts. 1 y 2*”. OC. 14/94, op. cit., serie A, Nro. 14, párr. 35, y Corte IDH, 13/02/2013, “*Vélez Loor vs. Panamá*”, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, Cdo. tercero.

<sup>170</sup> En la sesión privada celebrada de Ministros del 20 de septiembre de 2011, por unanimidad de once votos se aprobó el texto del engrose del expediente “*Varios 912/2010*”, Ponente Margarita Beatriz Luna Ramos”, Disponible en: [http://fuero militar.scjn.gob.mx/Resoluciones/Varios\\_912\\_2010.pdf](http://fuero militar.scjn.gob.mx/Resoluciones/Varios_912_2010.pdf), última consulta 08/09/2020.

Convención Americana, y que para ello, debe tener en cuenta el marco del artículo 1 de la Constitución mexicana, el cual, a partir de la reforma de 10 de junio de 2011, establece que “las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con la Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.”

Se observa en esta parte de la sentencia que la SCJN de México manifiesta que el poder judicial del Estado está obligado a ejercer el control de convencionalidad interno de oficio entre las normas mexicanas y el PSJCR, siempre a favor de la mayor protección de las personas.

“Además, en el mencionado Acuerdo se indicó que las decisiones de la Corte Interamericana con respecto a México, y en particular la Sentencia emitida en el caso Radilla Pacheco (supra Visto 1), “son obligatorias para todos los órganos del Estado (...) en sus respectivas competencias (...). Por tanto, para el Poder Judicial son vinculantes no solamente los puntos de resolución concretos de la sentencia, sino la totalidad de los criterios contenidos en la sentencia mediante la cual se resuelve ese litigio. Por otro lado, el resto de la jurisprudencia de la Corte Interamericana que deriva de las sentencias en donde el Estado mexicano no figura como parte, tendrá el carácter de criterio orientador de todas las decisiones de los jueces mexicanos, pero siempre en aquello que sea más favorecedor a la persona (...)”. Asimismo, mediante dicho Acuerdo, la SCJN también estableció que “el fuero militar no podrá operar bajo ninguna circunstancia frente a situaciones que vulneren derechos humanos de civiles”, ya que éstos tienen el derecho a “someterse a la jurisdicción de un juez o tribunal ordinario.”

Destaca que la SCJN de México reconoce a las sentencias de la Corte IDH como obligatorias para todos los órganos del Estado, incluido el judicial. Tanto los puntos de resolución concretos de la sentencia, como la totalidad de los criterios contenidos en la misma mediante la cual se resuelve ese litigio. Además, que la jurisprudencia de la Corte IDH que deriva de las sentencias en donde el Estado mexicano no figura como parte, “tendrá el carácter de criterio orientador” de todas las decisiones de los jueces mexicanos, siempre que sea más favorecedor a la persona.

6. “La Corte Interamericana resalta que este Acuerdo de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México constituye un avance importante en materia de protección de los derechos humanos, no sólo dentro del marco del presente caso, sino en todas las esferas internas del Estado mexicano. Por lo anterior, este Tribunal valora positivamente las consideraciones hechas por el máximo órgano judicial del Estado, las cuales son de gran trascendencia para la consolidación de los derechos humanos en la región.”

En concreto:

- 1) la Corte IDH es el órgano del SIDH que supervisa el cumplimiento de sus sentencias,
- 2) la supervisión del cumplimiento es atribución inherente a su función jurisdiccional,
- 3) la obligación del cumplimiento de las sentencias se basa en el principio de buena fe internacional,
- 4) vinculan a todos los poderes y órganos del Estado,
- 5) garantizar el efecto útil del *corpus iuris* interamericano, tanto en lo sustantivo como en lo procesal, en forma pragmática y eficaz.

La supervisión de cumplimiento de las sentencias de la Corte IDH implica, en primer término, que esta solicite información al Estado sobre las actividades desarrolladas para los efectos de dicho cumplimiento en el plazo otorgado por la Corte, así como recabar las observaciones de la CIDH y de las víctimas o sus representantes.<sup>171</sup>

Una vez que la Corte IDH cuenta con esa información, puede apreciar si hubo cumplimiento de lo resuelto, orientar las acciones del Estado para este fin y cumplir con la obligación de informar a la Asamblea General de la OEA sobre el estado de cumplimiento de los casos que se tramitan ante ella.

---

<sup>171</sup> Ver URBINA, Natalia, “*El proceso de supervisión de cumplimiento de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: breve recorrido por resoluciones emitidas entre 2013/2016*”, Revista IIDH, Nro. 65, San José de Costa Rica, 2017.

Asimismo, cuando lo considera pertinente, la Corte IDH convoca al Estado y a los representantes de las víctimas a una audiencia para supervisar el cumplimiento de sus decisiones y en esta escuchar el parecer de la CIDH y de las víctimas.

En palabras de la Corte IDH:

“(…) un mecanismo innovador que la Corte lleva a cabo desde el año 2007 son las audiencias de supervisión de cumplimiento de sentencias. En ellas el Tribunal procura que se produzca avenimiento entre las partes, sugiere algunas alternativas de solución, impulsa el cumplimiento, llama la atención frente a incumplimientos marcados de falta de voluntad, promueve el planteamiento de cronogramas de cumplimiento a trabajar entre todos los involucrados, e incluso, pone a disposición sus instalaciones para que las partes puedan tener conversaciones que muchas veces no son fáciles de concretar en el propio Estado involucrado. Por su parte, las partes tienen la oportunidad de conocer de manera directa sus posiciones y reaccionar frente a ellas, generando espacios participativos, de diálogo y concertación con las autoridades estatales y las víctimas o sus representantes.”<sup>172</sup>

Tales audiencias pueden ser públicas o privadas, lo que se busca es el diálogo entre las partes, incluso se han desarrollado audiencias estructurales<sup>173</sup>. Se ha permitido como buena práctica la presencia de amigos del tribunal, se ha invitado a terceros para que den información como las defensorías del pueblo, o se ha solicitado informe a los Ministerios Públicos Fiscales, entre otros organismos, sobre los inconvenientes que enfrenta el Estado para cumplir las sentencias. Además, la Corte IDH ha realizado visitas *in situ*.<sup>174</sup>

Por otra parte, y ya en el orden interno, la eficacia de la sentencia de la Corte IDH aparece al menos parcialmente fuera de duda: es que la misma en tanto importe condena de

---

<sup>172</sup> Corte IDH, 22/08/2013, “*Yatama vs. Nicaragua*”, Resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia.

<sup>173</sup> Ver Corte IDH, “*Cabrera García y Montiel Flores*”, op cit.; Corte IDH, 11/2015 y 11/2016, “*Chocrón Chocrón, Díaz Peña, Uzcátegui y otros, vs. Venezuela*”, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia; Corte IDH, 17/04/2015, “*Fernández Ortega y otros y Rosendo Cantú y otra vs. México*”, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia; entre tantas otras.

<sup>174</sup> Para un análisis pormenorizado del tema ver URBINA, Natalia, “*El proceso de supervisión de cumplimiento de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: breve recorrido por resoluciones emitidas entre 2013/2016*” op. cit.

dinero a favor de la víctima, esta se instrumenta por el mismo cauce procesal que en el sistema interno se prevé para la ejecución de sentencias contra el Estado.

Dice claramente el PSJCR en el art. 68: “1. Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes. 2. La parte del fallo que disponga indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado”.

Por nuestra parte creemos que ello no solamente es aplicable en dichos supuestos, si no en general en todos los casos de condena de contenido indemnizatoria compensatoria o de las otras que importen una obligación de hacer.

La remisión por parte del PSJCR en su art. 68, apdo. 2 debe leerse a nuestro criterio en forma evolutiva como la Corte IDH viene leyendo el resto de su articulado, no anclado en su interpretación originaria sino en aquella que se modifica según así lo indican los diversos tiempos de las sociedades en los cuales atraviesa la vigencia del PSJCR. Si aceptamos evolutivamente la protección de la tutela judicial en ámbitos expresamente no previstos y también lo hacemos creando la garantía de la tutela administrativa efectiva, según veremos más adelante, forzoso será concluir que ello es posible de ser ampliado en una porción de dichas garantías de la tutela judicial como es la ejecución de las sentencias.

En este sentido creemos que el mandato internacional de ejecutar las sentencias en la parte que disponga indemnización compensatoria debe leerse en sentido de cualquier condena que imponga obligaciones a cargo del Estado que no sean de orden penal – mecanismos propios por la naturaleza del proceso - puede otorgársele eficacia interna por el mecanismo vigente en cada Estado miembro para ejecutar las sentencias contra el Estado.

En los sistemas como el argentino, donde el PSJCR ha sido incorporado a nivel constitucional, es claro que la efectividad de las sentencias de la Corte IDH equivale a instrumentarlas al igual que se hace con las propias del sistema interno del orden constitucional. Nadie asume constitucionalmente la jurisdicción convencional para no cumplir las sentencias dictadas por el órgano máximo que aplica e interpreta.

La problemática más sencilla es aproximarnos desde la mirada del supuesto del Estado miembro condenado en la instancia internacional. Este debe acatar la parte resolutive del fallo de la Corte IDH e internalizarlo por las vías respectivas. Aquí el problema radica en el canal institucional interno que permita ello, y en el tema que nos interesa a nosotros,

las vías procesales y procedimentales de incorporar en el sistema interno el objeto de la condena.<sup>175</sup>

Muchas veces el tema no es sencillo, ya que depende tanto del contenido de la parte resolutive de la sentencia del tribunal internacional como el mecanismo interno que pueda internalizar aquella condena. Cumplir tal mandato judicial internacional es una obligación

---

<sup>175</sup> Conforme Miranda Burgo, Perú es “uno de los países que más ha procurado avanzar con relación al cumplimiento de sentencias de la Corte IDH”, la Constitución de 1993 “consagra en su art. 205 el derecho de la ciudadanía a recurrir a los tribunales u organismos internacionales constituidos según tratados o convenios de los que Perú es parte”. El procedimiento de ejecución de sentencias se encuentra regulado en la Ley 27775, promulgada el 05/07/2002, publicada el 07/07/2002. En Colombia “la Comisión Intersectorial Permanente para los Derechos Humanos y el Derecho Internacional es la institución más relevante en materia de asuntos internacionales. Fue creada en el año 2000 mediante Decreto No. 321, siendo presidida por el vicepresidente de la República” y tiene facultades para coordinar el cumplimiento de las sentencias de la Corte IDH, incluso con facultades para ordenar a las entidades estatales el cumplimiento efectivo de las medidas de reparación. Se ha creado un rubro en el presupuesto para el cumplimiento de las sentencias y se realiza un minucioso seguimiento interno de cumplimiento. En Guatemala, la solución es sencilla. “El decreto 512 del Congreso de la República estableció que, entre las funciones de la Procuraduría General de la Nación, se incluiría lo siguiente: Promover la oportuna ejecución de las sentencias que se dicten en los juicios (incluye organismos internacionales de los que Guatemala sea parte; PSJCR, Corte Interamericana de Derechos Humanos, etc.)”. En “casos en los que se ordena más que una reparación monetaria, la Procuraduría General de la Nación pone en conocimiento de la Corte Suprema de Justicia de Guatemala la decisión de la Corte IDH para su cumplimiento”. Ecuador ha dado un paso importante en cuanto al cumplimiento de las sentencias de la Corte IDH, a través del Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, organismo que tiene la facultad de coordinar las decisiones de la Corte. La ciudadanía de Ecuador “cuenta con la acción por incumplimiento, que procede con un reclamo previo a la autoridad responsable, de 40 días, para poder ser interpuesta. Si el Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos no inicia las reparaciones, esta garantía jurisdiccional sería viable, hecho que se constituiría en la judicialización de la sentencia. No se debe olvidar que la institucionalidad que ya ha sido creada o designada para que atienda el cumplimiento de las sentencias, debe procurar crear espacios de diálogo, especialmente con la víctima, y luego con las demás instituciones del Estado, para llegar a acuerdos y modalidades de cumplimiento que satisfagan los derechos de tales actores, brindándoles además, las seguridades para que puedan continuar con una vida normal” (MIRANDA BURGOS, Marcos José, “*La Ejecución de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el ordenamiento interno*”, Revista IIDH, Nro. 60, San José de Costa Rica, julio-diciembre de 2014). México constituyó un fideicomiso como mecanismo interno que facilita el cumplimiento de las sentencias de la Corte IDH, esto con fecha el 25 de octubre de 2012. El fideicomiso contribuye al cumplimiento del art. 10 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de la acción asumida en el Plan Nacional de Desarrollo 2013-2018, relativa a “dar cumplimiento a las recomendaciones y sentencias de los organismos nacionales e internacionales de derechos humanos y promover una política pública de prevención a violaciones de derechos humanos” y al compromiso asumido por el Estado Mexicano al firmar y ratificar la Convención Americana sobre Derechos Humanos y los demás tratados internacionales en la materia. De igual modo contribuye a reparar violaciones a los derechos humanos en casos que, por cualquier razón, no han llegado a las instancias internacionales en la materia (ver “*Reglas de Operación del fideicomiso para el cumplimiento de obligaciones en materia de derechos humanos*”, Diario Oficial de la Federación Mexicana, México, 29/05/2014).

esencial asumida por los Estados miembros consecuencia directa del principio – entre otros – de la buena fe que rige a los compromisos internacionales de los Estados.

En tal tarea el juez interno es claramente uno de los facilitadores, dentro del ámbito de sus competencias y por los carriles procesales existentes. Es esta interpretación acorde con el margen de libre apreciación que poseen los Estados miembros en la aplicación de los tratados de derechos humanos con el fin de otorgarle efectividad cierta a todo el sistema.

Cabe recordar lo expresado por la Corte IDH en una interesante decisión<sup>176</sup>:

“De conformidad con lo establecido en el artículo 67 de la Convención Americana “el fallo de la Corte será definitivo e inapelable”, el cual produce los efectos de autoridad de cosa juzgada internacional. El cumplimiento de lo dispuesto en la Sentencia es una obligación que no está sujeta a condiciones, ya que de conformidad con lo establecido en el artículo 68.1 de la Convención Americana, “los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes”. Dichos Estados tienen la obligación convencional de implementar tanto en el ámbito internacional como interno y de forma pronta e íntegra, lo dispuesto por el Tribunal en las Sentencias, y de no cumplirse se incurre en un ilícito internacional (...)”.

Es el control de convencionalidad interno el que le permite al juez internamente ejecutar la sentencia interna. Y es la actuación administrativa preventiva en la sede de las propias Administraciones Públicas la que permitirá brindarle ejecución a los criterios interpretativos y sentencias de la Corte IDH, y al propio texto del PSJCR.

#### II.3.5.3.- La mirada convergente

El enfoque de la protección internacional ha de ser la convergencia en la aplicación e interpretación de las obligaciones internacionales antes que la discusión que a veces se insinúa respecto de quién tiene la última palabra en materia de derechos humanos: si las Supremas Cortes internas 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

---

<sup>176</sup> Corte IDH, “*Fontevicchia y D’Amico*” op. cit.

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<sup>177</sup>. 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.

Así lo ha expresado al sostener la Corte IDH:

“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 las personas, por lo que, si se produce un acto violatorio de dichos derechos, es él quien debe de resolver el asunto a nivel interno y, de ser el caso, reparar, antes de tener que responder ante instancias internacionales. En 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

---

<sup>177</sup> Se ha explicado y aplicado este principio en CSJN, 25/03/2015, “*Faifman, Ruth Myriam y otros vs. Estado Nacional s/ daños y perjuicios*”, Fallos: 338:161 y CSJN, 02/11/1995 “*Priebke, Erich s/ solicitud de extradición - causa n° 16.063/94*”, Fallos: 318:2148.

(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.”<sup>178</sup>

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. Debieran 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 al derecho. Dinámicos en tanto las continuas y recíprocas referencias a los sistemas internos e internacionales permiten la circulación de

---

<sup>178</sup> Corte IDH 01/12/2016, “*Andrade Salmón vs. Bolivia s/ Fondo, Reparaciones y Costas*” - Si bien, a pie de nota 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. Corte IDH, “*Almonacid*”, op. cit., serie C Nro. 154, párr. 124, y Corte IDH, 17/11/2015, “*García Ibarra y otros vs. Ecuador*”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 103.

reglas y criterios jurisprudenciales basadas 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 que la maduración social y cultural respecto de ellos se produzcan en los diversos países.

En otras palabras, buscar 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.

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, respetuosas y reflexivas 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.

El margen de apreciación nacional es una categoría construida en el contexto de la interpretación del CEDH vinculado a la diversidad cultural de los Estados que integran el sistema. Ello no ha tenido mayor fuerza en el contexto el SIDH.<sup>179</sup>

Cierto es que mucho se discute y se seguirá discutiendo sobre los efectos en el orden interno de criterios y reglas determinadas 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. Estas 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.

---

<sup>179</sup> GARCÍA ROCA, Javier, *“Del diálogo entre los tribunales constitucionales y las cortes supranacionales de derechos: algunas cuestiones para disputar”*, op. cit, pág. 155.

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.

## II.4.- Recapitulación: afirmaciones y conclusiones de la Parte

### Primera

Estamos ahora en condición de sistematizar todo lo hasta aquí tratado:

1. El control de convencionalidad interno es exteriorización del principio evolutivo de los derechos humanos.

Diremos que la creación del control de convencionalidad obedece a una construcción propia del principio evolutivo 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. 1, 2 y 29 del PSJCR. Los términos de la convención no se analizan según su formulación histórica textual, si no actual y contextual.

2. El control de convencionalidad interno es un deber estatal y una garantía ciudadana.

Los sistemas constitucionales y convencionales se caracterizan muchos de ellos por iluminar derechos y garantías que en principio no percibimos contenidos expresamente en las constituciones. Los derechos implícitos, la necesidad 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 en 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 interno viene a ratificar esa tradición constitucional latinoamericana. A este fenómeno nosotros hemos de llamarlo derecho a nuevos derechos (incluyendo a las nuevas garantías). Sobre el tema ampliaremos en la Parte Segunda.

3. El control de convencionalidad interno se encuentra matizado.

En efecto, la propia Corte IDH lo enuncia condicionado a las propias reglas procesales y competenciales internas. 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 del mismo.

4. El control de convencionalidad interno es simétrico con el de constitucionalidad.<sup>180</sup>

No es posible 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. El control de convencionalidad es instrumental del efecto útil.

En tanto expresa 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. 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 interno posee una función pedagógica.

Emite un mandato educativo hacia el poder sobre el contenido en un tiempo dado de la juridicidad del obrar de las Administraciones Públicas. 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 interno la herramienta que concreta la aplicación, interpretación e impregnación de la convencionalidad de los derechos humanos.

Como sostiene Santamaría Pastor “(...) No hay en la Administración, pues, espacios exentos a la acción del Derecho: toda su actividad es siempre susceptible de ser

---

<sup>180</sup> Conforme así se argumenta CS, 27/11/2012, “*Rodríguez Pereyra vs. Ejército Argentino s/ Daños y Perjuicios*”, cdos. 11 a 13 especialmente.

valorada en base a su respeto de las normas escritas y, donde estas no existan, de los principios generales del Derecho.”<sup>181</sup>

7. El control de convencionalidad interno aporta mayores niveles de legitimidad.

Bajar los altos déficits democráticos de los tribunales es una tarea desafiante, posible, aunque a veces compleja. La recíproca cita de 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 irradian 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.

8. El control de convencionalidad interno es abierto y dinámico.

El control de convencionalidad interno así originariamente pensado por la Corte IDH encontrará dinamismo hacia su ampliación tanto en la influencia recíproca interna-internacional e internacional-interna de las construcciones como en la aptitud para ser desplegado más allá de los jueces y los ámbitos estrictamente judiciales según explicaremos. Es que el principio evolutivo ha permitido y nos permite fundar que el control de convencionalidad interno atraviesa distintas funciones del Estado ya que es la protección y promoción de los derechos fundamentales aquello que se antepone a cualquier obstáculo de orden orgánico o territorial de la organización del propio Estado. Claro, siempre dentro de los ámbitos competenciales respectivos.

En este punto pareciera que el control de convencionalidad desde su mismo inicio emerge como una herramienta que se nutre constantemente entre las jurisdicciones internas e internacionales con el fin de permearse recíprocamente y lograr con ello adecuar los comportamientos estatales internos al marco genérico obligacional del 1.1. y 2 del PSJCR.

---

<sup>181</sup> SANTAMARÍA, Pastor Juan Alfonso, *“Principios de Derecho Administrativo”*, Centro de Estudios Ramón Areces. S.A., ed. 4, 2002, Madrid, vol. 1, pág. 91.

9. El control de convencionalidad interno es una herramienta que aplica el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Permite la aplicación internamente de los estándares sostenidos por el PSJCR como por la labor interpretativa efectuada por la Corte IDH. Luego se activa la obligación interna de adecuarse a los estándares establecidos por el PSJCR y los criterios interpretativos de la Corte IDH. Ante la existencia de la cosa juzgada internacional se lo emplea para dar cumplimiento en su integridad y de buena fe a lo ordenado en la sentencia dictada por la Corte IDH.

10. El control de convencionalidad interno es una herramienta de recíproca influencia.

Permite la conformación de una zona de intersección de los derechos humanos entre los criterios de la Corte IDH y cada uno de los Estados miembros. Zona de intersección donde impacta transversalmente los derechos humanos tanto en el orden de la normatividad como de los criterios aplicables a los mismos en todo el orden común de los derechos humanos convencionales y constitucionales. Ello explica el error en que se incurre al tematizar desde jerarquías, es decir subordinaciones de uno sobre otros tribunales o ya de imposiciones. Es condición de vigencia y ejercicio de tal control de convencionalidad la recíproca influencia, el diálogo convergente entre distintas jurisdicciones en el plano horizontal de los derechos humanos. No estamos frente a la idea de imposición de un orden sobre otro. Estas afirmaciones nos llevarán a recorrer en toda nuestra investigación la manera de ejercerse y expresarse ese control de convencionalidad en los ámbitos propios de las Administraciones Públicas y en relación con la ciudadanía.

## II.5.- Nuestro concepto del control de convencionalidad interno

Podemos ahora si brindar nuestra definición sobre el control de convencionalidad.

Es un deber estatal y una garantía ciudadana. Es interno, diferenciándose del externo y propio que se desarrolla en la instancia internacional una vez agotado 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 sentencias en el plano interno. Su finalidad es el estudio de la compatibilidad entre el derecho común de los derechos humanos del SIDH (según es interpretado por la Corte IDH tanto en su función jurisdiccional como de opiniones consultivas) con el interno de los Estados miembros. Es simétrico y sinérgico del control de constitucionalidad.

## II.6.- Proyecciones en el ámbito de las Administraciones Públicas

El contexto de la convencionalidad analizado en esta Parte Primera, nos interpela a pensar a las Administraciones Públicas como autoridades obligadas por el propio SIDH, con proyecciones concretas dentro de sus propios ámbitos y en la relación con la ciudadanía.

Y en la búsqueda de tal respuesta aparecen los siguientes nuevos tópicos a manera de trazos gruesos de esa convencionalidad a ser tratados:

1. La persona, su dignidad y el derecho al desarrollo en la centralidad del sistema del Derecho Administrativo.
2. Las Administraciones Públicas como autoridades obligadas y la prevención administrativa.
3. Nuevas consecuencias interpretativas para las Administraciones Públicas.
4. La heterogeneidad de las Administraciones Públicas con mecanismos vinculares heterogéneos.
5. La intersección de la prevención administrativa con los deberes humanos: la cogestión como mandato convencional.
6. Los efectos “extra partes” de la Corte IDH y la prevención administrativa.

Efectuado este desarrollo crítico en esta Parte Primera, es que será ahora el momento de analizar el impacto de ello en el ámbito competencial de las Administraciones Públicas. El control de convencionalidad interno en su propia sede y las consecuencias del deber de garantía explicarán un nuevo rol de estas: el rol preventivo. De esto tratará la Parte Segunda.

### **III.- Parte Segunda. Administraciones Públicas y el control de convencionalidad interno en su propia sede**

### III.1.- La persona y su dignidad en la centralidad del sistema del Derecho Administrativo

Desde la doctrina se viene haciendo ya un tiempo postulando una transformación del Derecho Administrativo, cambios de enfoques o re-conceptualización de algunas de sus actividades y contenidos.<sup>182</sup>

Los procesos ya descritos de múltiples interconexiones de los ordenamientos jurídicos provocan que las Administraciones Públicas tengan que exteriorizar en parte ese nuevo orden.

Los efectos de la constitucionalización de las convenciones de derechos humanos colocan al Derecho Administrativo fuertemente desde la perspectiva de los derechos y garantías de las ciudadanías antes que del poder y sus competencias.

Las competencias públicas encuentran el punto de intersección con los derechos y garantías ciudadanas en el ya reconocido bienestar general. Este importa actualmente la ampliación de las dimensiones individuales, colectivas como sociales, según analizaremos. El impacto de los deberes fundamentales, es también la nota distintiva de estos tiempos.

Según veremos, todo ello no comporta meras afirmaciones axiológicas, por el contrario, son expresos mandatos convencionales que obligan a los Estados miembros del sistema del PSJCR.

Se observa un proceso de transformación que bien podría ser sintetizado en esta expresión: más ciudadanía antes que más poder, o más poder para mayor ciudadanía.

---

<sup>182</sup> En general se ha aceptado a la Revolución Francesa como el hecho que marcó el nacimiento del modelo de Administraciones Públicas contemporáneas. Fue a partir de este hito histórico que se identificó al Derecho Administrativo con el régimen jurídico especial de los poderes ejecutivos. Ivanega explica que la formación de la administración contemporánea tuvo en la obra de Napoleón su máxima expresión, al concebir al lado de una constitución política, una constitución administrativa. Consumada la centralización y autonomía jurídica de la administración, con la creación del Consejo de Estado francés, se genera una mística administrativa, propia de Francia. (IVANEGA, Miriam Mabel, *“Reflexiones acerca del Derecho Administrativo y el régimen exorbitante de derecho privado”*, Ed. RAP, Nro. 23, 2007). El proceso de transformación del Derecho Administrativo se encuentra minuciosamente descrito en BALBÍN, Carlos F., *“Tratado de Derecho Administrativo”*, Ed. Thomson Reuters La ley, ed. 2 ampliada, t. I, Argentina, 2015.

En el escenario actual, el poder público se explica desde la dignidad de la persona humana, derivando los límites desde los derechos humanos en tanto atributos inherentes a la dignidad humana.<sup>183</sup>

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 y/o distribución de bienes en una sociedad<sup>184</sup>. La centralidad es la persona y su dignidad en un desarrollo armonioso con su comunidad y la humanidad toda. Tal como así es reconocido por el propio PSJCR al tiempo de hablar de los deberes humanos.

La dignidad de la persona humana aparece como el fundamento del sistema universal y de los sistemas regionales de los derechos humanos, para explicar las bases mismas de los sistemas convencionales y constitucionales internos<sup>185</sup>. Las Administraciones Públicas han de ser expresión de ello.

Pasaremos ahora revista a algunas de las dimensiones convencionales y constitucionales que dan expreso tratamiento a tal enfoque.

### III.1.1- La positivización de la dignidad de la persona

1. En el preámbulo de la Carta de San Francisco que puso en marcha la Organización de las Naciones Unidas, las naciones que las suscriben reafirman su “fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas.”

2. También el Preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos proclamaba que “la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”, en su art. 1 “todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos.”

---

<sup>183</sup> Caso, Corte IDH, “*Velásquez Rodríguez*”, op. cit., párr. 165.

<sup>184</sup> GARZÓN VALDÉZ, Ernesto, “*Propuestas, ¿Cuál es la relevancia moral del concepto de dignidad humana?*”, op. cit., pág. 100.

<sup>185</sup> Sobre la dignidad de la persona humana y los derechos sociales en el sistema global, con especial enfoque en el derecho a la salud, se puede consultar DE DIOS VIEITEZ, María Victoria, “*Crisis sanitaria y derechos sociales a la luz del derecho público*” en “*Reflexiones jurídicas sobre la COVID-19*”, El ISBN es 978-980-7834-12-4, pendiente de publicación.

3. Los Estados Partes del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante PIDCP), y de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante PIDESC) en sus respectivos preámbulos, consideraron que conforme a los principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables y reconocieron que estos derechos se derivan de la dignidad inherente a la persona humana. El primero, en el microsistema de las personas privadas de libertad, establece que los Estados se obligan a su trato humano y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano<sup>186</sup>. El segundo, hace lo propio, con relación a la educación, se pacta que debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad, y debe fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales.<sup>187</sup>

4. La CEDH no menciona explícitamente en su texto el término “dignidad de la persona humana”. Sin embargo, el TEDH ha afirmado, en reiterados pronunciamientos, que “la esencia del Convenio consiste en la dignidad humana y la libertad humana”<sup>188</sup>. Además, que “la tolerancia y respeto por la igual dignidad de todos los seres humanos constituye la base de una sociedad democrática y pluralista.”<sup>189</sup>

5. La Ley fundamental de Bonn del año 1949, consagraba que la dignidad humana es intangible y que respetarla y protegerla es obligación de todo el poder público. En igual sentido la Constitución sudafricana del año 1996, sancionada al fin del régimen de *Apartheid*, que en su art. 1 establece: “La República de Sudáfrica es un Estado único, soberano y democrático, fundado sobre la base de los siguientes valores: a) La dignidad humana, el logro de la igualdad y el respeto por los derechos y las libertades humanas (...).”<sup>190</sup>

---

<sup>186</sup> Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), 16/12/1966, Entrada en vigor: 23/03/1976, art. 10.

<sup>187</sup> Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), 16/12/1966, Entrada en vigor: 3 de enero de 1976, art. 13.

<sup>188</sup> STEDH, 29/04/2002, “*Pretty vs. Reino Unido*”, párr. 65. STEDH, 10/06/2010, “*Testigos de Jehová de Moscú y otros vs. Rusia*”, párr. 135.

<sup>189</sup> STEDH, 04/12/2003, “*Gündüz vs. Turquía*”, párr. 40.

<sup>190</sup> Nos parece importante citarlas por el valor simbólico que estas detentan en la historia de la evolución del sistema de derechos humanos.

La CADH, ya desde su preámbulo afirma que los “derechos esenciales del hombre (...) tienen como fundamento los atributos de la persona humana”. Además, lo menciona en los arts. 5: “nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”. El 6: “el trabajo forzoso no debe afectar a la dignidad ni a la capacidad física e intelectual del recluso”. El 11 “toda persona tiene derechos al respeto de su honra y de su dignidad.”

La Corte IDH, desde sus primeros pronunciamientos ha aludido al concepto de dignidad de la persona humana:

“La primera obligación asumida por los Estados Partes, en los términos del citado art., es la de “respetar los derechos y libertades” reconocidos en la Convención. El ejercicio de la función pública tiene unos límites que derivan de que los derechos humanos son atributos inherentes a la dignidad humana y, en consecuencia, superiores al poder del Estado. Como ya lo ha dicho la Corte en otra ocasión, “la protección a los derechos humanos”, en especial a los derechos civiles y políticos recogidos en la Convención, parte de la afirmación de la existencia de ciertos atributos inviolables de la persona humana que no pueden ser legítimamente menoscabados por el ejercicio del poder público. Se trata de esferas individuales que el Estado no puede vulnerar o en los que sólo puede penetrar limitadamente.”<sup>191</sup>

La mayoría de las constituciones Latinoamericanas tienen como fundamento la dignidad de la persona humana;

- la Constitución de Bolivia establece como fin y función del Estado garantizar la dignidad de las personas, la que postula como inviolable (art. 22),
- la de Brasil<sup>192</sup> tiene por fundamento la dignidad de la persona humana (art. 1, Título I.III),
- la Constitución de Chile menciona que las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos (cap. I, art. 1),

---

<sup>191</sup> Corte IDH, “*Velásquez Rodríguez*”, op. cit., párr. 165.

<sup>192</sup> La dignidad de las personas como principio “fomentó nuevas perspectivas para el Derecho administrativo de postguerra, aunque demorado en su llegada a Brasil debido al lapso inherente al periodo dictatorial y la crisis económica que siguió al rápido crecimiento de los años 70. Con estos alcances, es posible concluir que un diálogo efectivo entre la función administrativa y los derechos fundamentales ocurrió después de la Constitución de 1988 (...)” (EMERSON, Gabardo, “*Interesse Público e Subsidiariedade*”, Ed. Fórum, Belo Horizonte, 2009, pág. 338).

- la de Colombia que es una república fundada en el respeto a la dignidad (Título I, art. 1),
- la de Costa Rica que no podrá practicarse discriminación alguna contraria a la dignidad humana (art. 33),
- la de Cuba garantiza, en el preámbulo, la dignidad plena de las personas y su desarrollo integral,
- los constituyentes de Ecuador expresaron, en el preámbulo, la decisión de construir una nueva forma de convivencia ciudadana que respete, en todas sus dimensiones, la dignidad de las personas y las colectividades,
- los constituyentes de El Salvador establecen los fundamentos de la convivencia nacional con base en el respeto a la dignidad de la persona humana (preámbulo),
- la Constitución de Guatemala postula que todos los seres humanos son libres e iguales en dignidad y derechos (art. 4),
- la Constitución de Honduras, que la persona humana es el fin supremo de la sociedad y del Estado, que la dignidad del ser humano es inviolable (art. 59),
- la Constitución de México, que corresponde al Estado la rectoría del desarrollo nacional para garantizar que este sea integral y sustentable, que fortalezca la Soberanía de la Nación y su régimen democrático y que, mediante la competitividad, el fomento del crecimiento económico y el empleo y una más justa distribución del ingreso y la riqueza, permita el pleno ejercicio de la libertad y la dignidad de los individuos, grupos y clases sociales (art. 25),
- la Constitución de Nicaragua establece como principio el respeto a la dignidad de la persona humana,
- la de Panamá en cuanto menciona en su preámbulo exaltar la dignidad humana,
- la Constitución de Paraguay reconoce la dignidad humana con el fin de asegurar la libertad, la igualdad y la justicia; adopta para su gobierno la democracia representativa, participativa y pluralista, fundada en el reconocimiento de la dignidad humana (preámbulo),
- la Constitución de Perú postula que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado (art. 1),

- los constituyentes de República Dominicana declararon, en el preámbulo que se regían por los principios fundamentales de la dignidad de la persona humana, la Constitución se fundamenta expresamente en el respeto a la dignidad humana,
- la de Venezuela que el Estado tiene por fin esencial el respeto de la dignidad de la persona (art. 3).

Las constituciones de Argentina y Uruguay contemplan a la dignidad de la persona humana en los tratados internacionales que ambas naciones incorporaron, en el caso de Argentina con rango constitucional, las fundamentan, así como la interpretación cruzada de distintos derechos y garantías reconocidas.

En Argentina, el orden público se encuentra fundado en la dignidad de la persona humana con sustento en el sistema universal e interamericano de derechos humanos, conforme los pactos internacionales con rango constitucional incorporados por el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional.

La CSJN ha afirmado que “el hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y, en tanto fin en sí mismo, más allá de su naturaleza trascendente, su persona es inviolable y constituye un valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental”. También ha afirmado: “la dignidad de la persona humana constituye el centro sobre el que gira la organización de los derechos fundamentales del orden constitucional”<sup>193</sup>. En los microsistemas trabajador, consumidores y usuarios, mujeres, niños, niñas y adolescentes, comunidades indígenas, entre otros, situó a la dignidad de la persona humana como un bien jurídico que se halla en un plano superior.<sup>194</sup>

---

<sup>193</sup> CSJN, 21/09/2004, “*Aquino, Isacio vs. Cargo Servicios Industriales S.A. s/ Accidente Ley 9688*”, Fallos 327:3753. Un análisis minucioso de la dignidad de la persona humana en la jurisprudencia de la CSJN puede consultarse en ALEXY, Robert; ALONSO, Juan Pablo; RABBI-BALDI, Cabanillas (Coords.), “*Argumentación, derechos humanos y justicia*”, publicado en Colección Filosofía y Derecho, Ed. Astrea, Buenos Aires-Bogotá-Porto Alegre, 2017.

<sup>194</sup> *Ibidem*. Asimismo, en CSJN, 09/05/2019, “*Ingenieros, María Gimena vs. Techint Sociedad Anónima Compañía Técnica Internacional s/ Accidente - Ley Especial*”, Fallos 342:761 se señaló: “La fuente de la responsabilidad en materia de delitos de lesa humanidad se encuentra en normas y principios del Derecho Internacional de los Derechos Humanos que persiguen la protección de un bien jurídico que se halla en un plano superior, la dignidad de la persona humana. De manera que la acción indemnizatoria derivada de estos delitos no es una simple acción patrimonial, sino que tiene carácter humanitario. Por tal motivo, a la hora de expedirse respecto de las reparaciones pecuniarias por delitos de lesa humanidad no corresponde aplicar institutos y soluciones establecidas por el ordenamiento jurídico interno para dar respuesta a situaciones que en modo alguno resultan equiparables”, Disidencia de los jueces Maqueda y Rosatti.

### III.1.2.- Alcances del concepto

Ahora bien, ¿Cuál es el alcance del concepto?

Al abordar la persona humana y su dignidad como centro del Derecho Administrativo y su desarrollo como el norte de las políticas públicas de los Estados, queremos preguntarnos: ¿Comprende solo personas individuales o también grupos sociales?, ¿Qué pasa con los animales y otros “bienes” de la naturaleza?, y ¿Las generaciones futuras?

No tenemos dudas de la subjetivización concreta en la persona humana, tanto en el ámbito interno como en el internacional.

De Casas y Toller<sup>195</sup> sintetizan la evolución:

“Muchos siglos de evolución tuvieron que pasar, y dos Guerras Mundiales, para que la persona humana viese reconocido su lugar en el Derecho Internacional Público, primero ante organismos internacionales y luego ante un tribunal internacional, tanto en calidad de sujeto pasivo responsable, como también como legitimado activo para poder denunciar o demandar a un Estado Soberano. Así el ser humano, sujeto de Derecho desde Roma -al menos los *sui iuris*- recién avanzada la segunda mitad del siglo XX ha llegado a ser sujeto de Derecho Internacional.”

Con relación al ámbito internacional Cançado Trindade<sup>196</sup> señala:

“La titularidad jurídica internacional del ser humano, tal como la antevieron los llamados “fundadores” del derecho internacional, es hoy día una realidad. En el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, en los sistemas europeo e interamericano de protección —dotados de tribunales internacionales en operación— hoy se reconoce, a la par de su personalidad jurídica, también la capacidad procesal internacional (*locus standi in iudicio*) de los individuos. Es éste un desarrollo lógico, por cuanto no parece razonable concebir derechos en el plano internacional sin la correspondiente capacidad procesal de vindicarlos; los individuos son efectivamente la verdadera parte demandante en el contencioso internacional de los derechos humanos. Sobre

---

<sup>195</sup> DE CASAS Ignacio; TOLLER, Fernando, “*Los Derechos Humanos de las personas jurídicas. Titularidad de derechos y legitimación en el Sistema Interamericano*”, Ed. Porrúa, México, 2015, pág. 1.

<sup>196</sup> CANCELADO TRINDADE, Antonio Augusto, “*La persona humana como sujeto del derecho internacional: avances de su capacidad jurídica internacional en la primera década del siglo XXI*”, Revista IIDH Nro. 46, San José de Costa Rica, julio-diciembre de 2007.

el derecho de petición individual internacional (cf. infra) se erige el mecanismo jurídico de emancipación del ser humano vis-à-vis el propio Estado para la protección de sus derechos en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos. En la base de todo ese notable desarrollo se encuentra el principio del respeto a la dignidad de la persona humana, independientemente de su condición existencial. En virtud de ese principio, todo ser humano, independientemente de la situación y de las circunstancias en que se encuentre, tiene derecho a la dignidad.”

En el sistema universal y, en especial, en el SIDH<sup>197</sup> se presupone la titularidad de los derechos en la persona humana, lo mismo pasa en el Derecho Administrativo. Sin embargo, y aún “sin hacer exégesis” de los pactos de los sistemas mencionados, en el estudio del orden nacional y convencional de los Estados democráticos que tienen como fundamento la dignidad de la persona humana, no puede soslayarse que la sociabilización arroja un amplio espectro de grupos y asociaciones.<sup>198</sup>

Uno de los derechos de las personas humanas es el de la libre asociación. La asociación está formada por personas, pero conforma un ente diferente de cada una de las personas que la integran por lo cual podrían reconocérsele titularidad de derechos que, por analogía con los de la persona humana, bien pueden entrar en una categoría afín.<sup>199</sup>

Como señala Birdart Campos: “El Estado democrático supone, entre otros rasgos, el pluralismo social en libertad -o sociedad pluralista- y la sociedad pluralista no es solo

---

<sup>197</sup> En el caso “*Velásquez Rodríguez*”, op. cit., la Corte IDH entiende que la dignidad humana es el fundamento de los derechos humanos y el límite a la acción del poder público. De igual modo en la OC. 6/86, 09/05/1986, “*La expresión leyes en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*”, solicitada por el gobierno de la República Oriental del Uruguay. Entiende la Corte IDH que “ninguna actividad del Estado puede fundarse sobre el desprecio de la dignidad humana”, Caso Corte IDH, 16/08/2000, “*Durand y Ugarte vs. Perú*”, Fondo, párr. 69. Posteriormente vincula la dignidad humana con los derechos a la vida y a la integridad de las personas, así en el caso Corte IDH, 17/06/2005, “*Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*”, Fondo, Reparaciones y Costas, y Corte IDH, 25/11/2006, “*Castro Castro vs. Perú*”, Fondo, Reparaciones y Costas. En los casos “*Atala Riffo y niñas*”, op. cit. y Corte IDH, 12/11/2012, “*Artavia Murillo y otros (Fecundación in Vitro) vs. Costa Rica*”, Excepciones Preliminares, Reparaciones y Costas, la relaciona con la autonomía personal y la privacidad. Para pormenorizado análisis de la dignidad de la persona humana en las sentencias de la Corte IDH ver SANTIAGO, Alfonso; BELLOCCHIO, Lucía (Dirs.), op. cit., LONDOÑO, María; FORERO, Brenda Forero; IBARZABAL, Milagros, “*Quinta Etapa (2007-2012) Nuevas fronteras, nuevos derechos*”, Ed. La Ley, Argentina, 06/2018, págs. 346 y ss. y LÓPEZ LATORRE, Andrés Felipe; IBARZABAL, Milagros, “*Sexta etapa La Corte de la igualdad*”, Ed. La Ley, Argentina, 06/2018 págs. 458-464.

<sup>198</sup> BIDART CAMPOS, Germán “*Teoría General de los Derechos Humanos*”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1991, págs. 42 y ss.

<sup>199</sup> Loc. Cit.

convivencia de hombres con derechos individuales, sino de hombres y grupos”. Así se mencionan a los sindicatos, partidos políticos, comunidades indígenas, comunidades religiosas, asociaciones de usuarios y consumidores, entidades culturales, profesionales, entre tantas otras.

Define el constitucionalista que: “(...) el término “sujetos plurales” alude a aquellos que, no siendo persona física, se componen de una pluralidad de ellas en membresía con la entidad de la que forman parte, pero dejando en claro que tal entidad es una realidad social que cobra investidura propia como centro o sujeto de actividad.”<sup>200</sup>

Estamos en presencia de grupos sociales para la persecución de un fin en la sociedad, que son titulares de derechos que pueden ser denominados por analogía derechos humanos.

Para De Casas y Toller:

“(...) diversos elementos de la Teoría general de los derechos humanos avalan la titularidad de derechos fundamentales por parte de personas jurídicas, con la consecuente necesidad de protegerlos. Entre ellos, se encuentra que las personas naturales se coligan para poder ejercitar sus derechos y obtener algunos de sus fines y bienes más deseados y necesarios, actualizando así el derecho de libre asociación. La persona jurídica entonces conformada actúa los derechos fundamentales de los seres humanos que la crearon o que la integran, que trasvasan a las personas morales sus propios derechos humanos. No tendría sentido, en efecto, que las personas naturales tengan menos derechos tras la congregación de individuos que sucede al asociarse, que momentos antes, en la individualidad propia de cada una. Por eso, una persona jurídica es titular de derechos fundamentales (o “derechos humanos por analogía”), como medio para lograr la efectiva realización de los derechos de las personas humanas que la integran y que actúan por ella.”<sup>201</sup>

Si bien en los Estados Latinoamericanos, las personas jurídicas detentan derechos y deberes en el marco convencional y constitucional en el que están insertas nuestras Administraciones Públicas, al momento de hacerlos efectivos ante los sistemas de derechos humanos supranacionales la cuestión está dividida.

---

<sup>200</sup> *Ibíd.*

<sup>201</sup> DE CASAS Ignacio; TOLLER, Fernando, “*Los Derechos Humanos de las personas jurídicas. Titularidad de derechos y legitimación en el Sistema Interamericano*”, op. cit., pág. 427.

### III.1.2.1.- Las personas jurídicas

En el sistema universal de derechos humanos con relación al PIDCP, la interpretación oficial es que solamente los individuos pueden someter una denuncia ante el Comité de Derechos Humanos (en adelante CDH). Sin embargo, permite que se presenten las personas individuales que se vieron afectadas indirectamente a través del “principio de conexidad en el daño, o de tutela por una lesión reflejada sobre el ser humano.”<sup>202</sup>

Conforme la OC 22/16:

“Al respecto, el CDH ha establecido que, de acuerdo con lo dispuesto por el art. 1 del Protocolo Facultativo del PIDCP, solamente los individuos pueden presentar denuncias ante este órgano<sup>203</sup>. Asimismo, la Observación General número 31 del CDH establece que “los beneficiarios de los derechos reconocidos por el Pacto son los individuos”<sup>204</sup>. En varias resoluciones, el Comité de Derechos Humanos, ha insistido en que, “independientemente de que pareciera que los alegatos tengan relación con cuestiones del Pacto”<sup>205</sup>, las personas jurídicas no cuentan con capacidad procesal ante el órgano. El Comité de Derechos Humanos exige que, quien presente la denuncia, sea al mismo tiempo la víctima de los derechos presuntamente violados”<sup>206</sup>.

La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, hace referencia expresa a la prohibición de discriminación en contra de grupos u organizaciones.<sup>207</sup>

---

<sup>202</sup> Ibidem pág 429.

<sup>203</sup> CDH, 31/10/2011, “*CDH vs Bielorrusia*”, párr. 7.3 donde se señala que dado el hecho que según el art. 1 del Protocolo Opcional solo los individuos podrán emitir una comunicación al Comité, se considera que el autor, al alegar una violación de los derechos de la Unión Religiosa, los cuales no son protegidos por el Pacto, no tiene pie según el art. 1 del Protocolo Opcional. (citado en la nota 86 de la OC. 22/16, op. cit.).

<sup>204</sup> CDH, 26/05/2004, “*Observación General Nro. 31*”, párr. 9.

<sup>205</sup> CDH, 14/07/1989, “*A newspaper publishing Company vs. Trinidad y Tobago*”, párr. 3.2. Una compañía incorporada por las leyes de un Grupo Estatal según el Protocolo Opcional, como tal, no tiene pie según el art. 1, sin importar si sus acusaciones parecen plantear cuestiones dentro del Pacto. CDH, 14/07/1989, “*A publication Company y A printing Company vs. Trinidad y Tobago*” y CDH, 06/04/1983, “*J.R.T. y el Partido W.G. vs. Canadá*”, citado en la nota 88 de la OC. 22/16 op. cit.

<sup>206</sup> CDH, 10/04/1984, “*A Group of Association For the Defence of The Rights of Disabled y Handicapped Persons in Italy vs. Italia*”, párr. 6.2, citado en la nota 89 de la OC. 22/16 op. cit.

<sup>207</sup> Ver Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 2106 A (XX), de 21 de diciembre de 1965, Entrada en Vigor el 4/01/1969.art. 2.1.

De acuerdo con la OC. 22/16:

“El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (en adelante CERD) ha establecido que las personas jurídicas pueden denunciar violaciones que afecten sus derechos, siempre y cuando estas hayan sido perjudicadas y puedan considerarse víctimas del caso<sup>208</sup>. En este sentido, el CERD ha reconocido la capacidad de las personas jurídicas de presentar denuncias por concepto de violaciones a sus propios derechos y también por violaciones a los derechos de sus miembros, accionistas y propietarios, tanto de manera individual como colectiva.”<sup>209</sup>

El PIDESC puede entenderse como extensivo a las personas jurídicas. El art. 2 del Protocolo adicional al PIDESC<sup>210</sup> establece que los “grupos de personas” pueden presentar denuncias en nombre de individuos o grupos de individuos. En igual sentido se encuentra normado en el art. 2 del Protocolo Facultativo de la Convención sobre la Eliminación de todas formas de Discriminación contra la Mujer (en adelante CEDAW<sup>211</sup>). En ambos casos los individuos deben alegar el estatus de víctimas de una violación de los derechos que reconocen los respectivos instrumentos.<sup>212</sup>

El sistema del CEDH no contiene una definición del término “persona”. En el Preámbulo del Convenio se destaca el valor de los derechos humanos como un medio para asegurar la justicia y la paz en Europa<sup>213</sup>. En el art. 34 del Convenio se hace alusión indirecta

---

<sup>208</sup> CERD, 26/08/2003, “*The Documentation and Advisory Centre on Racial Discrimination (DACRD) vs. Dinamarca*”, párr. 6.4, declarado inadmisibile y CERD, 15/08/2005, “*Caso La Comunidad Judía de Oslo y Otros vs. Noruega*”, párr. 7.4, citado en la nota 91 de la OC. 22/16 op. cit.

<sup>209</sup> CERD, 26/02/2013, “*TBB-Turkish Union in Berlin/Brandenburg vs. Alemania*”, párrs. 11.2 y 11.3, citado en la nota 92 de la OC. 22/16 op. cit.

<sup>210</sup> Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 2. “Comunicaciones. Las comunicaciones podrán ser presentadas por personas o grupos de personas que se hallen bajo la jurisdicción de un Estado Parte y que aleguen ser víctimas de una violación por ese Estado Parte de cualquiera de los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el Pacto. Para presentar una comunicación en nombre de personas o grupos de personas se requerirá su consentimiento, a menos que el autor pueda justificar que actúa en su nombre sin tal consentimiento”.

<sup>211</sup> Protocolo Facultativo de la Convención sobre la Eliminación de todas formas de Discriminación contra la Mujer, art. 2. “Las comunicaciones podrán ser presentadas por personas o grupos de personas que se hallen bajo la jurisdicción del Estado Parte y que aleguen ser víctimas de una violación por ese Estado Parte de cualquiera de los derechos enunciados en la Convención, o en nombre de esas personas o grupos de personas. Cuando se presente una comunicación en nombre de personas o grupos de personas, se requerirá su consentimiento, a menos que el autor pueda justificar el actuar en su nombre sin tal consentimiento.”

<sup>212</sup> OC. 22/16, op. cit.

<sup>213</sup> Convenio Europeo de Derechos Humanos, Preámbulo. “(...) Considerando que esta Declaración tiende a asegurar el reconocimiento y la aplicación universales y efectivos de los derechos en ella

a la persona jurídica<sup>214</sup>. El TEDH reconoce casos de personas jurídicas relacionados con el derecho a la propiedad, a la libertad de expresión<sup>215</sup> (art. 10 del Convenio Europeo)<sup>216</sup>, a la no discriminación<sup>217</sup> (art. 14 del Convenio)<sup>218</sup>, a un proceso equitativo<sup>219</sup> (art. 6 del Convenio)

---

enunciados; Considerando que la finalidad del Consejo de Europa es realizar una unión más estrecha entre sus miembros, y que uno de los medios para alcanzar esta finalidad es la protección y el desarrollo de los derechos humanos y de las libertades fundamentales; Reafirmando su profunda adhesión a estas libertades fundamentales que constituyen las bases mismas de la justicia y de la paz en el mundo, y cuyo mantenimiento reposa esencialmente, de una parte, en un régimen político verdaderamente democrático, y, de otra, en una concepción y un respeto comunes de los derechos humanos de los cuales dependen; (...).”

<sup>214</sup> *Ibíd*em, artículo 34, “Demandas individuales: El Tribunal podrá conocer de una demanda presentada por cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares que se considere víctima de una violación por una de las Altas Partes Contratantes de los derechos reconocidos en el Convenio o sus Protocolos. Las Altas Partes Contratantes se comprometen a no poner traba alguna al ejercicio eficaz de este derecho.”

<sup>215</sup> STEDH, 22/05/1990, “*Autronic AG vs. Suiza*”, Corte Plena, Serie A, *Fallo Nro. 178*, párr. 47, citado en la nota 75 de la OC. 22/16 op. cit.

<sup>216</sup> Art. 10: “Libertad de expresión 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa. 2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial.”

<sup>217</sup> STEDH, 31/07/2008, “*Religionsgemeinschaft der Zeugen Jehovas y Otros vs. Austria*”, *Fallo Nro. 40825/98*, párrs. 87 a 99, citado en la nota 76 de la OC. 22/16 op. cit.

<sup>218</sup> Art. 14: “Prohibición de discriminación El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación.”

<sup>219</sup> STEDH, 03/05/2007, “*Ern Makina Sanayi y Ticaret AS vs. Turquía*”, *Fallo Nro. 70830/01*, párrs. 28-30, y STEDH, 22/12/2004, “*Asunto Stoeterij Zangersheide N.V. y Otros vs. Bélgica*”, *Fallo Nro. 47295/99*, párr. 36, citados en la nota 77 de la OC. 22/16 op. cit.

<sup>220</sup>, de libertad de reunión y asociación<sup>221</sup> (art. 11 del Convenio)<sup>222</sup>, a libertad de pensamiento, conciencia y de religión<sup>223</sup> (art. 9 del Convenio)<sup>224</sup> o a la vida privada y familiar<sup>225</sup> (art. 8 del Convenio)<sup>226</sup>. Considera que la previsión expresa en el Protocolo Facultativo I con relación

---

<sup>220</sup> Art. 6: “Derecho a un proceso equitativo 1. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la sala de audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida en que sea considerado estrictamente necesario por el tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia. 2. Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada. 3. Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos: a) a ser informado, en el más breve plazo, en una lengua que comprenda y de manera detallada, de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada contra él; b) a disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa; c) a defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, si carece de medios para pagarlo, a poder ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia así lo exijan; d) a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren en su contra y a obtener la citación e interrogatorio de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra; e) a ser asistido gratuitamente de un intérprete si no comprende o no habla la lengua empleada en la audiencia.”

<sup>221</sup> STEDH, 21/06/2006, “*Asunto Syndicat Nationale Des Professionnels Des Procédures Collectives vs. Francia*”, *Fallo Nro. 70387/01*, citado en la nota 78 de la OC. 22/16 op. cit.

<sup>222</sup> Art. 11: “Libertad de reunión y de asociación 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión pacífica y a la libertad de asociación, incluido el derecho a fundar, con otras, sindicatos y de afiliarse a los mismos para la defensa de sus intereses. 2. El ejercicio de estos derechos no podrá ser objeto de otras restricciones que aquellas que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades ajenos. El presente artículo no prohíbe que se impongan restricciones legítimas al ejercicio de estos derechos por los miembros de las fuerzas armadas, de la policía o de la Administración del Estado.”

<sup>223</sup> STEDH, 05/05/1979, “*Church of Scientology vs. Suecia (D y R)*”, *Fallo Nro. 16*, párr. 68, citado en la nota 79 de la OC. 22/16 op. cit.

<sup>224</sup> Art. 9: “Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos. 2. La libertad de manifestar su religión o sus convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás.”

<sup>225</sup> STEDH, 16/04/2002, “*Colas Est y Otros vs. Francia*”, *Fallo Nro. 37971/97*, párrs. 40-41, y STEDH, 15/06/2003, “*Ernst y Otros vs. Bélgica*”, *Fallo Nro. 33400/96*, párr. 109, citado en la nota 80 de la OC. 22/16 op. cit.

<sup>226</sup> Art. 8: “Derecho al respeto a la vida privada y familiar 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la

al derecho de propiedad, se irradia sobre el resto de los derechos convencionales compatibles con la titularidad colectiva.<sup>227</sup>

Del sistema Africano de Derechos Humanos, la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos, al igual que el Convenio Europeo, no define el término “persona”.

En el SIDH, la Corte IDH interpretó, en la OC. 22/16 del año 2016 que las personas jurídicas no son titulares de los derechos consagrados en la Convención Americana de Derechos Humanos. Interpretaciones tanto literal del término personas y ser humano como teleológica, sistemática, evolutiva y a través de métodos complementarios de la Convención, arrojan con claridad la conclusión de que las personas jurídicas no son titulares de derechos convencionales. En la mirada de la Corte IDH estas no pueden ser consideradas como presuntas víctimas en el marco de los procesos contenciosos ante el sistema interamericano. Es decir, carecen de la garantía trasnacional propia del SIDH.

Sin embargo, la Corte IDH efectúa un distingo nada menor, brindando tutela a las Comunidades Indígenas y las Organizaciones sindicales.

La Corte IDH admitió la titularidad de derechos por parte de las comunidades indígenas<sup>228</sup> con cita del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (en

---

prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.”

<sup>227</sup> Protocolo Adicional al Convenio Para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Art. 1. Protección de la propiedad: “Toda persona física o moral tiene derecho al respeto de sus bienes (...)”.

<sup>228</sup> Así por ejemplo, en el Caso de la Corte IDH, 23/05/2017, “*Los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus Miembros vs. Panamá*”, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, la Corte concluyó que el Estado había violado el derecho a la propiedad, el deber de adoptar disposiciones de derecho interno, y derecho al plazo razonable de la Convención Americana en perjuicio de las comunidades Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y de sus miembros; y el derecho a un recurso judicial efectivo en perjuicio de las comunidades indígenas Emberá y sus miembros. En los casos de la Corte IDH, 08/10/2015, “*Comunidad Garífuna Triunfo De La Cruz y Sus Miembros vs. Honduras*”, Fondo, Reparación y Costas y el Caso de la Corte IDH, 08/10/2015, “*Comunidad Garífuna De Punta Piedra y Sus Miembros vs. Honduras*”, Excepción Preliminares, Fondo, Reparaciones, y Costas, la Corte declaró las violaciones a los derechos a la propiedad, a las garantías judiciales y a la protección judicial en perjuicio de las respectivas comunidades. Asimismo, en el Caso de la Corte IDH, 20/11/2013, “*Las Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) vs. Colombia*”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, la Corte encontró que el Estado había violado los derechos de circulación y residencia, y a la integridad personal, en perjuicio de las comunidades afrodescendientes de la cuenca del río Cacarica (citado por la OC. 22/16). Recientemente en el caso de la Corte IDH, “*Comunidades indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra)*”, op. cit., declaró al Estado responsable por la violación a) del derecho a la propiedad, establecido en el art. 21 de la Convención

adelante OIT), la Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas y de la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.<sup>229</sup>

Con relación a los sindicatos consideró que la interpretación más favorable del art. 8.1.a del protocolo de San Salvador<sup>230</sup> conlleva entender que allí se consagran derechos a favor de los sindicatos, las federaciones y las confederaciones, dado que son interlocutores de sus asociados y buscan salvaguardar y velar por sus derechos e intereses.

Los países latinoamericanos reconocen directamente derechos fundamentales a las personas jurídicas. Según la información analizada por la Corte IDH en la OC. 22/16, los

---

Americana sobre Derechos Humanos, en relación con los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial, establecidos en los arts. 8.1 y 25.1 del mismo tratado, y con los deberes establecidos en los arts. 1.1 y 2 del mismo instrumento; b) por la violación al derecho a la propiedad y a los derechos políticos, establecidos en los arts. 21 y 23.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el art. 1.1 del mismo tratado, c) por la violación a los derechos a participar en la vida cultural, en lo atinente a la identidad cultural, al medio ambiente sano, a la alimentación adecuada y al agua, establecidos en el art. 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el art. 1.1 del mismo tratado, d) al derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica ni de las libertades de pensamiento y de expresión, de asociación y de circulación y de residencia de 132 Comunidades indígenas de Argentina.

<sup>229</sup> Si bien el PSJCR no reconoce expresamente el derecho a la diversidad cultural; el tema siempre estuvo en la agenda de la política internacional de los Estados Americanos miembros de la OEA, organismo que en el año 1989 encargó a su Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos la preparación de un Proyecto de Declaración Americana de Derechos de los Pueblos Indígenas. Se dio participación a la CIDH, al Comité Jurídico Interamericano y al Instituto Interamericano de Derechos Humanos, con el propósito de que fuera promulgada en el año 1992. La Declaración Americana de los Pueblos Indígenas recién fue aprobada por la Asamblea General de la OEA el 15 de junio del año 2016, en Santo Domingo, República Dominicana.

<sup>230</sup> El Protocolo Facultativo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, es conocido también como el Protocolo San Salvador por haber sido firmado en dicha ciudad en noviembre de 1988. Es interesante aquello que apunta a partir del mismo Jaime Rodríguez-Arana Muñoz: “Los derechos fundamentales de la persona, en efecto, son una categoría general del Derecho que admiten varias funciones. Es un concepto, el de los derechos humanos, multifuncional o plurifuncional, pero con el mismo régimen jurídico en todos los casos. Los derechos fundamentales individuales y los derechos fundamentales sociales son derechos fundamentales de la persona porque la categoría se predica de ambos con la misma intensidad. Que históricamente los derechos de libertad hayan venido antes a este mundo no quiere decir más que eso, porque los derechos de prestación que permiten unas condiciones elementales de vida digna son igualmente derechos fundamentales de la persona. El protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador de 17 de noviembre de 1988) recuerda que ambas modalidades de derechos humanos “constituyen un todo indisoluble que encuentra su base en el reconocimiento de la dignidad de la persona humana, por lo cual exigen una tutela y promoción permanente con el objeto de lograr su plena vigencia sin que jamás pueda justificarse la violación de unos en aras de la realización de otros” (RODRIGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, “*Los derechos sociales fundamentales de los Ciudadanos Iberoamericanos*”, publicado en Anuario Iberoamericano de Derecho Administrativo Social, Nro. 1, 2018).

derechos que reconocen a las personas jurídicas son los de propiedad<sup>231</sup>, libertad de expresión<sup>232</sup>, petición<sup>233</sup> y asociación<sup>234</sup>.

La Corte observó en el mencionado instrumento que estos derechos no necesariamente se garantizan para todo tipo de personas jurídicas, dado que algunos están orientados a proteger tipos especiales de las mismas, como es el caso de algunos derechos que les son otorgados únicamente a los sindicatos<sup>235</sup>, a los partidos políticos<sup>236</sup>, a los pueblos

---

<sup>231</sup> Al respecto ver: OC. 22/16, op. cit., Constitución de Barbados, art. 16; Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, arts. 14, 56, y 315.I; Corte Constitucional de Colombia, 16/09/1993, Sentencia Nro. T-396/93; Corte Suprema de Costa Rica, Saña Primera, 16/12/1998, *Sentencia: 00128*, Expediente: 98-000128-0004-CI; Constitución de El Salvador, art. 2; y Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Constitucional, 09/03/2011, *Proceso de Amparo 948-2008*; Constitución Política de la República de Guatemala, art. 39; Constitución de la República de Haití, art. 36; Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, 21/04/2014, *Contradicción de Tesis 360/2013*; Constitución Política de la República de Nicaragua, art. 103; Tribunal Constitucional del Perú, “*PA/TC, La Libertad, Corporación Meier S.A.C. y Persolar S.A.C.*”, Exp. Nro. 4972-2006.; Constitución Política de la República de Panamá, art. 47; Constitución de Surinam, art. 34; y Tribunal Constitucional de República Dominicana, 29/11/2013, *Sentencia TC/0242/13*.

<sup>232</sup> Al respecto ver: OC. 22/16, op. cit., Constitución Política de la República de Guatemala, art. 35; Corte Constitucional de Colombia, 16/09/1993, op. cit.; Tribunal Constitucional del Perú, 2006, “*PA/TC, La Libertad, Corporación Meier S.A.C. y Persolar S.A.C.*”, Exp. Nro. 4972-2006-PA/TC; y Constitución Nacional de Paraguay, art. 26.

<sup>233</sup> Ver: OC. 22/16, op. cit., Corte Constitucional de Colombia, 16/09/1993, op. cit.; Corte Suprema de Justicia de El Salvador, Sala de lo Constitucional, 07/11/2008, *Proceso de amparo 103-2006*; Constitución de Honduras, art. 80; Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, “*Contradicción de Tesis 360/2013*” op. cit.; Tribunal Constitucional del Perú, “*La Libertad, Corporación Meier S.A.C. y Persolar S.A.C.*”, Exp. Nro. 4972-2006-PA/TC; Constitución Política de la República de Panamá, art. 41, y Constitución Nacional de Paraguay, art. 40.

<sup>234</sup> Ver OC. 22/16, op. cit., Constitución Política de la República de Guatemala, art. 34; Corte Constitucional de Colombia, 16/09/1993, op. cit.; Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Sala Constitucional, 08/09/2009, *Sentencia Nro. Expediente: 08-007986-0007-CO*; Corte Suprema de Justicia de El Salvador, Sala de lo Constitucional, 08/10/1998, “*Ramírez y Marcelino vs. Concejo Municipal de San Juan Opico*”, Proceso Constitucional 23-R-96, Constitución de la República de Haití, arts. 31 y 31.1; Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, “*Contradicción de Tesis 360/2013*”, op. cit; y Tribunal Constitucional del Perú, “*La Libertad, Corporación Meier S.A.C. y Persolar S.A.C.*”.

<sup>235</sup> Ver: Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, art. 51; Constitución de la República Federativa de Brasil, arts. 8, 74. IV. y 103 IX; Constitución Política de Honduras, art. 128.14; Constitución Política de la República de Nicaragua, art. 87; Constitución Política de la República de Panamá, arts. 68 y 69; Constitución Nacional de Paraguay, arts. 96-98; Constitución Política del Perú, arts. 28 y 42, y Constitución de Surinam, art. 32. (OC. 22/16 op. cit.).

<sup>236</sup> Ver: Constitución Nacional de la República Argentina, art. 38; Constitución de la República Federativa de Brasil, arts. 17, 74. IV. 2º, y 103.VIII; Constitución Política de Colombia, arts. 107 y 108; Constitución de la República de Haití, art. 31.1; Constitución Política de Honduras, art. 47; Constitución Política de la República de Nicaragua, arts. 55, 173.7, 173.11, 173.12, 173.13; Constitución Política de la República de Panamá, art. 140; Constitución Nacional de Paraguay, arts. 124-126; y Constitución Política de Perú, art. 35. (OC. 22/16 op. cit.).

indígenas<sup>237</sup>, a las comunidades afrodescendientes<sup>238</sup> o a instituciones o grupos específicos<sup>239</sup>. Asimismo, observó que en gran parte de los países de la región americana a las personas jurídicas se les otorga la posibilidad de interponer una acción de amparo o recursos análogos en defensa de los derechos que les son reconocidos.<sup>240</sup>

---

<sup>237</sup> Ver: Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, arts. 30 y 32 entre otros; Constitución de la República Federativa de Brasil, arts. 231 y 232; Constitución Política de Colombia art. 329; Constitución Política de la República de Nicaragua, arts. 121 y 103; Constitución Política de la República de Panamá, arts. 124 y 127; y Constitución Nacional de Paraguay, art. 62-67.

<sup>238</sup> Ver: Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, arts. 32,100.I y 395.I; y Constitución Política de la República de Nicaragua, arts. 89, 90 y 121.

<sup>239</sup> OC. 22/16, op. cit., nota 107 se citan como ejemplos: En Perú, por ejemplo, se reconoce el derecho a la inafectación de todo impuesto que afecte bienes, actividades o servicios propios en el caso de las universidades, institutos superiores y demás centros educativos (art. 19 de la Constitución Política). En Chile, se le otorga derecho a las iglesias, confesiones e instituciones religiosas con respecto a los bienes que otorgan y reconocen las leyes en vigor (art. 19.6 de la Constitución Política). En Nicaragua a los centros educativos privados de orientación religiosa a impartir religión como materia extracurricular, así como a las universidades y centros de educación técnica superior a gozar de autonomía académica, financiera, orgánica y administrativa, y exención de impuestos. Los bienes y rentas de las universidades y centros de educación técnica superior no pueden ser objeto de intervención, expropiación ni embargo, se garantiza la libertad de cátedra, el Estado promueve y protege la libre creación, investigación y difusión de las ciencias, la tecnología, las artes y las letras, y garantiza y protege la propiedad intelectual (arts. 124 y 125 de la Constitución Política); también en Nicaragua, se establece la exención de impuestos en relación con importaciones específicas que hagan los medios de comunicación social así como la prohibición de censurarlos previamente (art. 68 de la Constitución Política); asimismo, en Nicaragua se otorga el derecho a “los campesinos y demás sectores productivos” a participar mediante sus propias organizaciones en la definición de políticas de transformación agraria (arts. 108 y 111 de la Constitución Política). En Panamá se le reconoce derechos a la Universidad Oficial de Panamá (arts. 103 y 104 de la Constitución Política).

<sup>240</sup> Ver: Constitución Nacional de la República Argentina, art. 43; Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, arts. 128 y 129. Ver también: Tribunal Constitucional del Bolivia, 20/05/2011, *Sentencia 0763/2011 R*; Constitución de la República Federativa de Brasil, art. 5, LXX; Constitución Política de la República de Chile, art. 20; Corte Constitucional Colombia, 17/06/1992, *Sentencia T-411/92*; Constitución Política de la República de Costa Rica, art. 48 y Ley Nro. 7135 “*de la Jurisdicción Constitucional*” Publicada en el Diario Oficial la Gaceta Nro. 198 el 19/10/1989 alcance 34, art. 57 y art. 58, [http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm\\_texto\\_completo.aspx?param1=N\\_RTC&nValor1=1&nValor2=38533&nValor3=87797&strTipM=TC](http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=N_RTC&nValor1=1&nValor2=38533&nValor3=87797&strTipM=TC) última consulta 01/09/2020; Constitución de la República de Ecuador, arts. 86 y 88; Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional de Ecuador, Publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial Nro. 52 del 22/10/2009, art. 9. También ver: Corte Constitucional del Ecuador, 23/04/2014, *Sentencia N°001-14-PJO-CC*, Caso Nro. 0067-11-JD; El Constitución de El Salvador, art. 247. En relación ver: Corte Suprema de Justicia de El Salvador, Sala de lo Constitucional, “*Proceso de Amparo 948-2008*” op. cit.; Constitución Política de Honduras, art. 183 y Ley sobre Justicia Constitucional de Honduras, Publicado en el Diario Oficial La Gaceta Nro. 30792 el 30/08/2004, art. 44; Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, arts. 8 y 9. Ver al respecto: Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, “*Contradicción de Tesis 360/2013*” op. cit.; Constitución Política de la República de Nicaragua, art. 45; Ley Nro. 49 Nicaragua, “*Ley de Amparo con Reformas Incorporadas*”, Publicada en el Diario Oficial La Gaceta el 08/04/2013, art. 26 y art. 88 <https://www.poderjudicial.gob.ni/pjupload/scons1/pdf/texto.pdf> , última consulta 01/09/2020; Constitución Nacional de Paraguay, art. 134; Ley 1337, “*Código Procesal Civil de Paraguay*”, Promulgada el 20/10/1998, art. 568; Constitución Política de Perú, art. 200; Código Procesal

### III.1.2.2.- Los seres no humanos: los animales

Amplio es el debate sobre si los animales son titulares de derechos y la contrapartida de deberes requeridos a nuestras Administraciones Públicas.

El concepto jurídico de persona tanto desde la perspectiva constitucional, convencional como civil, han dado pie al amplio debate doctrinario sobre la materia.

De la mano de Peter Singer y R.J Frey se postula la teoría de los derechos morales de los animales. Para los líderes del movimiento denominado *animal liberation* los no humanos tienen intereses dada su capacidad para experimentar placer y sufrir dolor<sup>241</sup>, luego y por el principio de igual consideración cuando los intereses son iguales se les debe otorgar el mismo valor. Esta teoría concluye de ello que el interés de evitar un sufrimiento físico se comparte tanto por los humanos como por los no humanos y tienen derechos.

La Declaración Universal de los Derechos de los Animales proclamada por la Liga Internacional de los Derechos del Animal en 1978, señala en sus considerandos que todo animal posee derechos, que el desconocimiento de esto conduce a su violación por el hombre, que los humanos deben reconocer el derecho a la existencia de otras especies en el mundo. En la parte dispositiva se establece que todos los animales nacen iguales ante la vida, tienen igual derecho a la existencia y a ser respetados.<sup>242</sup>

La Constitución Europea de 2004, en el art. III.121, dispone: “Cuando definan y ejecuten la política de la Unión en los ámbitos de la agricultura, la pesca, los transportes, el mercado interior, la investigación y el desarrollo tecnológico y el espacio, la Unión y los

---

Constitucional (Ley 28237), Publicada Boletín Oficial Gaceta 01/12/2004, art. 26; Constitución de la República Dominicana, art. 72; Ley 137/11 “Orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucionales”, publicada en la Gaceta Oficial Nro. 10622 el 15/06/2011, art. 67; Ley Nro. 137-11 de Republica Dominicana “*del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucionales*”, Publicada en la Gaceta Oficial Nro. 10622 del 15/06/11, [file:///C:/Users/GUS/Dropbox%20\(Anterior\)/Mi%20PC%20\(DESKTOP-ELEQHQ9\)/Downloads/Ley%20137-11%20Ley%20Organica%20del%20Tribuna%20Constitucional%20y%20De%20los%20procedimientos%20constitucionales%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/GUS/Dropbox%20(Anterior)/Mi%20PC%20(DESKTOP-ELEQHQ9)/Downloads/Ley%20137-11%20Ley%20Organica%20del%20Tribuna%20Constitucional%20y%20De%20los%20procedimientos%20constitucionales%20(1).pdf), última consulta 01/09/2020, art. 67, y Ley Nro. 16011 Uruguay, “*Regulación de Disposiciones relativa a la Acción de Amparo*”, Promulgada el 19/12/1988, Publicada el 29/12/1988, art. 1; (OC. 22/16, op. cit., nota 108).

<sup>241</sup> Para complementar el tema ver: RIGHETS, Frey R. D., “*Killing and Suffering-Moral Vegetarism and Applied Ethies*”, Ed. Basil Blackwell, Oxford, 1983, pág. 27; SINGER P., “*Not for Human Only: The Place on Nonhumans in Enviromental Issues*”, en “*AA.VV, Ethies & Problems of the 21 st. Century*, K.E. Goodpaster & K.M. Sayre”, Ed. Notre Dame University Press, Indiana, 1979, pág. 196.

<sup>242</sup> Ver: Declaración Universal de los Derechos de los Animales, Proclamada por la Liga Internacional de los Derechos del Animal el 15/10/1978, arts. 1 y 2.

Estados miembros tendrán plenamente en cuenta las exigencias del bienestar de los animales como seres sensibles (...).”

Desde la jurisprudencia de Argentina se ha reconocido a los animales como sujetos de derecho no humanos.

En el caso “*Orangutana Sandra*” el decisorio señala:

“(…) a partir de una interpretación jurídica dinámica y no estática, menester es reconocerle al animal el carácter de sujeto de derechos, pues los sujetos no humanos (animales) son titulares de derechos, por lo que se impone su protección en el ámbito competencial correspondiente.”<sup>243</sup>

En igual sentido se falló en el caso de la chimpancé Cecilia, de la justicia de Mendoza<sup>244</sup>.

En reciente fallo la Sala Plena de la Corte Constitucional de Colombia<sup>245</sup> por mayoría, determinó que:

“(…) el recurso de habeas corpus no es el mecanismo para resolver la controversia planteada en relación con la permanencia del oso andino Chucho en un zoológico, en la medida en que se trata de un instrumento de protección de la libertad de los seres humanos, que es un derecho que no se puede predicar de los animales”<sup>246</sup>.

La Magistrada Diana Fajardo Rivera en su voto salvado y apartado de la mayoría consideró que:

“(…) los animales sí son titulares de intereses jurídicamente relevantes para nuestro ordenamiento, intereses que pueden ser denominados derechos. Esta postura se fundamenta en (i) la construcción jurisprudencial existente, a partir de la afirmación de los animales como seres sintientes con un valor intrínseco; (ii) los avances que se han dado legislativamente en democracia, como la

---

<sup>243</sup> Caso, Cámara Federal de Casación Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 18/12/2014, “*Orangutana Sandra S/ Recurso de Casación s/ Habeas Corpus*”, <http://www.saij.gob.ar/camara-federal-casacion-penal-considera-una-orangutana-sumatra-es-sujeto-derechos-nv9953-2014-12-18/123456789-0abc-d35-99ti-lpssedadevon>, última consulta 20/09/2020.

<sup>244</sup> Ver: <http://www.saij.gob.ar/declara-chimpance-cecilia-sujeto-derecho-humano-ordenando-su-traslado-nv15766-2016-11-03/123456789-0abc-667-51ti-lpssedadevon>, última consulta 20/09/2020.

<sup>245</sup> Expediente T-6.480.577, Sentencia SU-016/20.

<sup>246</sup> <https://www.corteconstitucional.gov.co/comunicados/Comunicado%20No.%20003%20del%2023%20de%20enero%20de%202020.pdf>, última consulta el 20/09/2020.

expedición de la Ley 1774 de 2016 que acoge la categoría de sintiencia e incorpora los mandatos de bienestar animal; (iii) las experiencias de derecho comparado, como los habeas corpus concedidos en Argentina a la orangutana Sandra y a la chimpancé Cecilia; (iv) el compromiso humano con la conservación del medio ambiente, que se expresa en varios instrumentos internacionales como la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres -CITES-; y, (v) las aportaciones teóricas, filosóficas y científicas que dan cuenta, por un lado, de que las categorías jurídicas deben permitir comprender y dar respuesta a verdaderos problemas constitucionales, como el trato que debemos a los animales; y, por el otro, de la riqueza que se encuentra en otras especies, de sus propias experiencias de vida e, incluso, de las semejanzas que respecto de algunas de las capacidades humanas exhiben varios animales. Dar este paso, concluyó la Magistrada, es un asunto necesario y de justicia.<sup>247</sup>

Pareciera entonces un desafío en estos tiempos explorar desde las Administraciones Públicas sus posiciones vinculares más allá de los seres únicamente humanos, e incluir en su ámbito de impacto a los animales en tanto seres no humanos.

### III.1.2.3.- La dimensión ambiental

En la misma senda corresponde que nos preguntemos si la naturaleza tiene derechos en la escala de valores de los seres humanos. No tenemos dudas de la importancia del derecho ambiental, ahora bien: ¿Es la naturaleza persona sujeto de derechos en el sistema de derechos humanos que alumbra al Derecho Administrativo?

En el ámbito internacional se encuentra la Carta de la Naturaleza del año 1982, que reconoce el valor intrínseco de la naturaleza. Todo se ve reforzado con la emergencia ambiental del planeta.

La Constitución de Ecuador, reformada en 2008, expresamente establece en su art. 10 que la naturaleza será sujeto de los derechos que reconozca la Constitución.

---

<sup>247</sup> Loc. Cit.

En el caso de Bolivia, la Ley de Derechos de la Madre Tierra Nro. 71/2010<sup>248</sup> y la Ley de Derechos de la Madre Tierra y Desarrollo Integral para el Vivir Bien Nro. 300/2012<sup>249</sup> le ha dado en su momento derechos a la Madre Tierra como sujeto colectivo de interés público.

La jurisprudencia colombiana declaró a la Amazonia colombiana como sujeto de derecho frente a una acción de tutela de un grupo de niños y jóvenes que, con fundamento en el derecho constitucional a un ambiente sano, alegaron la inoperancia de los entes estatales para tutelar la Amazonia colombiana por su importancia para el equilibrio del clima planetario<sup>250</sup>. La sentencia declara al Amazonia colombiana como sujeto de derecho siguiendo el fallo de la Corte Constitucional del mismo país que declaró al río Atrato como sujeto de derecho.<sup>251</sup>

En el mismo sentido, en un fallo reciente la CSJN Argentina señaló:

“El paradigma jurídico actual que ordena la regulación del agua no tiene en cuenta solamente los intereses privados o estatales, sino los del mismo sistema (...) el ambiente es un bien colectivo, de pertenencia comunitaria, de uso común e indivisible (Fallos: 329:2316 y 340:1695). Además del ambiente como macro bien, el uso del agua es un micro bien ambiental y, por lo tanto, también presenta los caracteres de derecho de incidencia colectiva, uso común e indivisible (cfr. causa *"Buenos Aires, Provincia de c/ Santa Fe, Provincia de"*, Fallos: 342:2136 y sus citas).”<sup>252</sup>

---

<sup>248</sup> Ley 71/2010 Bolivia, “*Ley de Derechos de la Madre Tierra*”, Publicada en la Gaceta Oficial Nro. 205NEC, el 22/12/2010.

<sup>249</sup> Ley 300/2012 Bolivia, “de Derechos de la Madre Tierra y Desarrollo Integral para vivir Bien”, Publicada en la Gaceta Oficial Nro. 431NEC, el 15/10/2012.

<sup>250</sup> Ver: Corte Suprema de Colombia, 05/04/2018, *STC 4360-2018*.

<sup>251</sup> Ver: Corte Suprema de Colombia, *T 622-2016*. “(...) La justicia con la naturaleza debe ser aplicada más allá del escenario humano y debe permitir que la naturaleza pueda ser sujeto de derechos. Bajo esta comprensión es que la Sala considera necesario dar un paso adelante en la jurisprudencia hacia la protección constitucional de una de nuestras fuentes de biodiversidad más importantes: el río Atrato. Esta interpretación encuentra plena justificación en el interés superior del medio ambiente que ha sido ampliamente desarrollado por la jurisprudencia constitucional y que está conformado por numerosas cláusulas constitucionales que constituyen lo que se ha denominado la “Constitución Ecológica” o “Constitución Verde”. Este conjunto de disposiciones permite afirmar la trascendencia que tiene el medio ambiente sano y el vínculo de interdependencia con los seres humanos y el Estado”. Incluso desde la sentencia se llama a un pacto intergeneracional por la vida del Amazonia colombiano.

<sup>252</sup> CSJN Argentina, 16/07/2020, “*La Pampa, Provincia de vs. Mendoza, Provincia de s/ uso de aguas*”, 243/2014 (50-L)/CS1 Originario.

El Tribunal reiteró:

“(…) el paradigma jurídico que ordena la regulación de los bienes colectivos biantales es ecocéntrico o sistémico, y no tiene en cuenta solamente los intereses privados o estadauales, sino los del sistema mismo (...) debiendo conjugar el territorio ambiental, de base natural, con el territorio federal, de base cultural o política (doctrina de Fallos: 342:2136, entre otros) (...). En suma, resulta con suficiente evidencia, aun en esta instancia cautelar del proceso, que hay una afectación severa de un recurso ambiental o ecológico de naturaleza interjurisdiccional; que hay efectiva degradación ambiental o afectación del Delta del Río Paraná, que compromete seriamente su funcionamiento y sustentabilidad; que su conservación es prioritaria, no sólo en interés de las generaciones presentes, sino también en defensa de las generaciones futuras; y que como consecuencia de estos incendios, hay afectación en la calidad del aire (...).”<sup>253</sup>

Por su parte la Corte IDH, mediante la opinión consultiva OC. 23/17 del 15 de noviembre de 2017 solicitada por Colombia, respecto a la relación entre los derechos humanos y el derecho a un ambiente sano según lo dispuesto por la Convención Americana de Derechos Humanos y por el art. 11 del Protocolo de San Salvador, señaló:

"Esta Corte considera importante resaltar que el derecho al medio ambiente sano como derecho autónomo, a diferencia de otros derechos, protege los componentes del medio ambiente, tales como bosques, ríos, mares y otros, como intereses jurídicos en sí mismos, aun en ausencia de certeza o evidencia sobre el riesgo a las personas individuales. Se trata de proteger la naturaleza y el medio ambiente no solamente por su conexidad con una utilidad para el ser humano o por los efectos que su degradación podría causar en otros derechos de las personas, como la salud, la vida o la integridad personal, sino por su importancia para los demás organismos vivos con quienes se comparte el planeta, también merecedores de protección en sí mismos. En este sentido, la Corte advierte una tendencia a reconocer personería jurídica y, por ende, derechos a la naturaleza no solo en sentencias judiciales sino incluso en ordenamientos constitucionales".

---

<sup>253</sup> CSJN de Argentina, 11/08/2020, “*Equística Defensa del Medio Ambiente Aso. Civ. vs. Santa Fe, Provincia de y Otros s/ Amparo Ambiental*”, 468/2020 Originario.

Para continuar expresando:

“(…) Diversos organismos de derechos humanos han analizado temas relativos al medio ambiente en relación con diferentes derechos particularmente vulnerables. Por ejemplo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha introducido la protección del medio ambiente a través de la garantía de otros derechos, tales como los derechos a la vida, al respeto a la vida privada y familiar y a la propiedad (supra párr. 50). En este sentido, por ejemplo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado que los Estados tienen la obligación de evaluar los riesgos asociados a actividades peligrosas al medio ambiente, como la minería, y de adoptar las medidas adecuadas para proteger el derecho al respeto a la vida privada y familiar y permitir el disfrute de un medio ambiente sano y protegido.”

Es una construcción que se diferencia de la efectuada en la Europa de los derechos humanos<sup>254</sup>. En el SIDH la protección al ambiente asume la calidad de un derecho propio más allá del contenido ambiental posible dentro de otros derechos asegurados por el propio PSJCR. Este es el punto central, y que genera en cabeza de las Administraciones Públicas de atención preventiva de ese derecho autónomo, sin descuidar acciones directas que se vinculen con otros derechos que posean, en el supuesto concreto, contenido ambiental.

El primer caso contencioso en el que la Corte IDH se pronunció sobre el derecho a un medio ambiente sano (art. 26 PSJCR)<sup>255</sup>, es decir como derecho autónomo, fue el caso “*Comunidades indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina*”. También incluyó referencia directa a tres nuevos derechos: a la alimentación adecuada, al agua y a participar en la vida cultural.

Como adelantamos, la Corte ya se había referido al contenido y alcance del derecho a un ambiente sano como derecho autónomo en la OC. 23/17, por lo que en competencia contenciosa se remite a dicho pronunciamiento:

---

<sup>254</sup> Corte IDH, OC. 23/17, op. cit.

<sup>255</sup> Art. 26. Desarrollo Progresivo: “Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados”.

“El derecho a un medio ambiente sano constituye un interés universal y es un derecho fundamental para la existencia de la humanidad (...) como derecho autónomo (...) protege los componentes del ambiente, tales como bosques, mares, ríos y otros, como intereses jurídicos en sí mismos, aun en ausencia de certeza o evidencia sobre el riesgo a las personas individuales. Se trata de proteger la naturaleza, no solo por su utilidad o efectos respecto de los seres humanos, sino por su importancia para los demás organismos vivos con quienes se comparte el planeta. Lo anterior no obsta, desde luego, a que otros derechos humanos puedan ser vulnerados como consecuencia de daños ambientales.”<sup>256</sup>

En cambio, en Europa aparece una protección cruzada del derecho ambiental desde otros derechos, pero que no alcanza, en nuestro criterio, a convertirse aún en un derecho autónomo.

El TEDH ha dotado de protección al medio ambiente como parte integrante de la vida privada y familiar del art. 8 de la Convención y, en menor grado, del derecho a la vida consagrado en el art. 2. El punto de partida ha sido la necesidad de asegurar por parte del Estado un adecuado equilibrio entre los intereses del individuo y de la comunidad en su conjunto.<sup>257</sup>

Es así que el Tribunal ha trasladado el ámbito de aplicación del art. 8 a la materia ambiental a partir de entender que la contaminación ambiental severa puede afectar el bienestar de las personas e impedirles el disfrutar de sus hogares de un modo tal que se afecte negativamente su vida privada y familiar aun sin poner en riesgo, sin embargo, su salud.<sup>258</sup>

---

<sup>256</sup> Corte IDH, “Comunidades indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra)”, op. cit., párr. 192, Con anterioridad a dicho pronunciamiento y a la OC. 23/17, la Corte había desarrollado una vasta jurisprudencia en la materia medioambiental, pero no en forma autónoma sino cruzada desde otros derechos, en especial al derecho comunitario indígena. En ese sentido: El Caso de la Corte IDH, “Comunidad Indígena Yakye Axa”, op. cit., párr. 135; el Caso de la Corte IDH, “Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros”, op. cit., Caso de la Corte IDH, 2014, “Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus Miembros vs. Panamá”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas; el Caso de la Corte IDH, 31/08/2001, “Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua”, Fondo, Reparaciones y Costas. Un análisis minucioso de la primera etapa se puede ver en CALDERÓN GAMBOA, Jorge, “Medio ambiente frente a la Corte Interamericana de derechos humanos: una ventana de protección” <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r37170.pdf>, última consulta 02/09/2020.

<sup>257</sup> El art. 8 reconoce el derecho al respeto de la vida privada y familiar como ya lo hemos detallado anteriormente, Caso de la Corte Europea, 21/02/1990, “Powell y Rayner vs. The United Kingdom”.

<sup>258</sup> STEDH, 09/12/1994, “López Ostra vs. España”; STEDH, 19/02/1998, “Guerra y Otros vs. Italy”; STEDH, 22/05/2003, “Kyrtatos vs. Greece”; STEDH, 10/11/2004, “Taskin y Otros vs. Turkey”; STEDH, 02/11/2006, “Giacomelli vs. Italy”; STEDH, 21/02/1990, “Power y Rayner vs.

El Tribunal ha destacado que tanto, cuando el asunto es analizado en términos de obligaciones positivas en cabeza del Estado de adoptar medidas razonables y apropiadas para asegurar el derecho a la vida privada y familiar (art. 8.1), como cuando se analiza la justificación de una interferencia por parte de la autoridad pública (art. 8.2), los principios son esencialmente similares. Ya que en ambos el estándar fundamental consiste en la necesidad de garantizar un adecuado equilibrio entre los intereses particulares y los de la comunidad, para lo cual el Estado detenta un cierto margen de apreciación.

Como bien se sabe el caso “*López Ostra*”<sup>259</sup> presenta elementos de especial gravitación, pues refiere a una afectación sufrida por el presentante originado en los ruidos y olores molestos provocados por una planta de tratamiento de residuos sólidos y líquidos instalados en Lorca-Murcia, España.

En tal caso el Tribunal afirmó que, si bien la planta fue construida para solucionar un serio problema de contaminación, la misma causaba molestias y problemas de salud a varios vecinos. Especialmente se destacó que, si bien las autoridades nacionales, y en

---

*The United Kingdom*”; STEDH, 28/02/2012, “*Kolyadenko y otros vs. Rusia*”; STEDH, 24/01/2019, “*Cordella y otros vs. Italia*”.

<sup>259</sup> Sobre el trascendente caso STEDH, 09/12/1994, “*López Ostra vs. España*” se ha explicado “(...) afirma no obstante de modo resuelto y por primera vez la conexión que a juicio del TEDH existe entre la vida privada y familiar y el medio ambiente y la obligación positiva del Estado de adoptar las correspondientes medidas a fin de asegurar el efectivo respeto a los derechos garantizados por el art. 8 del Convenio, supuesto que su finalidad es garantizar derechos “prácticos y efectivos” y no, por tanto, meramente “teóricos o ilusorios”. RUBIO CASINO, Miguel, en la obra colectiva “*Conflicto y diálogo con Europa. Las condenas a España del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*”, GUIRAO-BELAIDEZ; ROJO-SÁNCHEZ Tomás (Coords.), Ed. Thomson Reuters Civitas, España, 2003, pág. 30. Esta doctrina luego se afirmó en diversos casos del STEDH, 18/01/2001, “*Coster vs. Reino Unido*”; STEDH, 18/10/2011, “*Martínez Martínez y otro vs. España*”; STEDH, 02/10/2001, “*Hatton y otros vs. Reino Unido*”; STEDH, 10/01/2012; “*Di Sarno y otros vs. Italia*”, entre muchos posibles de ser citados. En todos ellos y siguiendo a Rubio “(...) Aunque el Tribunal reconoce que el Estado dispone de un razonable margen de decisión para determinar las medidas que mejor sirven al cumplimiento del Convenio y admite también la importancia del desarrollo urbano o industrial, subraya, en cualquier caso, que estas medidas deben observar un “justo equilibrio” entre el interés general comprometido en las actividad, generalmente privada, con consecuencias desfavorables para la calidad de vida, y el particular de los interesados a disfrutar del citado derecho del art. 8 del Convenio”. En palabras de Rebato Peño, en la obra arriba citada, “(...) al Tribunal no le basta con constatar la existencia de la intromisión en la vida privada y familiar en el domicilio de los demandantes, sino que para declarar la vulneración del art. 8 del CEDH requiere que esta intromisión no sea necesaria en una sociedad democrática para garantizar el bien, el orden público o simplemente el bienestar económico del país. No obstante, el resultado de ponderación entre el interés colectivo de la sociedad, en el plano económico y el interés individual del ciudadano en concreto, no siempre es el mismo, como en el caso “*Powell y Rayner contra Reino Unido*” – 21.02.1990 -, en la que el Tribunal consideró que el bienestar del país dependía en gran parte de la explotación de un aeropuerto, siendo de menor importancia la incidencia negativa que esto pudiera tener en el medio ambiente o en los ciudadanos (...)”.

especial la municipal, no eran directamente responsables de las emisiones contaminantes, cierto era que el Municipio había permitido, por su parte la construcción de la planta en su ejido, habiendo el Estado subsidiado dicho emprendimiento.

En virtud de ello el TEDH sostuvo que, a todo evento, aun suponiendo que el municipio cumplió las funciones conferidas por el ordenamiento doméstico, lo relevante del caso consistía en determinar si las autoridades nacionales habían adoptado las medidas necesarias para proteger el derecho del afectado, al respeto de su hogar y su vida privada y familiar, de acuerdo al art. 8 del Convenio de Roma.

De acuerdo a tal marco de análisis, y aun reconociendo la legitimidad del curso de acción adoptado por parte de las autoridades internas y del margen de apreciación propio de aquellas, la Corte concluyó en la existencia de una violación al art. 8 teniendo en miras la falla del Estado en lograr un adecuado equilibrio entre los intereses del bienestar del municipio consistente en contar con una planta de tratamiento de desechos, y el derecho del afectado a disfrutar de su hogar y su vida privada y familiar.

En asuntos posteriores se reiteró tal criterio, destacándose un caso en el cual se denunciaba la omisión estatal en adoptar acciones apropiadas para reducir el riesgo de contaminación de una planta química y evitar así el riesgo de accidentes. Todo ello a la luz de los arts. 2 y 8 de la Convención. Si bien en tal caso no podía sostenerse que el Estado hubiera interferido con el derecho a la privacidad de los denunciantes - aun cuando el objeto del art. 8 radica esencialmente en la protección de los individuos contra la interferencia arbitraria en la vida privada por parte de las autoridades públicas - dicha norma no se limita tan solo a imponer al Estado el deber de abstenerse de determinadas interferencias. Por el contrario, tal abordaje inicialmente negativo debe complementarse con la existencia de diversas obligaciones de carácter positivas inherentes al efectivo respeto a los derechos reconocidos en el art. 8.<sup>260</sup> Por ello, a los efectos de verificar la sujeción a las mandas convencionales, era necesario corroborar si las autoridades nacionales habían adoptado las

---

<sup>260</sup> STEDH, “*Guerra*”, op. cit. En el caso, STEDH, “*Cordella y otros*”, op. cit., a causa de emisiones de una fábrica siderúrgica en la localidad de Tarente (Italia) el TEDH señaló que para que exista vulneración del art. 8 del CEDH, resulta necesario que la interferencia sea lo suficientemente relevante, atendiendo a la intensidad, duración, así como la severidad de los daños, en tanto no permita disfrutar a los particulares de su domicilio, vida privada y familiar. Asimismo, recordó que el art. 8 no garantiza el derecho a un ambiente saludable y que las injerencias ambientales solo se toman en consideración si atentan sobre la vida privada y familia, ver <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-189645>, última consulta 30/08/2020.

medidas necesarias encaminadas a asegurar la efectiva protección del derecho a la vida privada y familiar, y no solamente a constatar la ausencia de una interferencia.

Si bien el enfoque dado al art. 8 por la CEDH denota inicialmente una gran amplitud, el Tribunal ha precisado que el elemento crucial a efectos de vincular la afectación del medio ambiente con la protección de dicha norma reside en determinar la presencia de un efecto nocivo de la contaminación en la esfera privada o familiar de la persona, no alcanzando a esos fines con acreditar el solo deterioro del medio ambiente. En efecto, postula el TEDH que ni el art. 8 ni ninguna otra norma de la Convención se encuentran específicamente previstos para proveer una protección general del medio ambiente como tal.<sup>261</sup>

Desde el art. 8 se efectúa el estudio desde dos vertientes, una sustancial, la otra procedimental. Como ha expresado el TEDH, en un caso que involucra decisiones estatales relativas a la materia ambiental existen dos aspectos a dilucidar. En primer lugar, el TEDH debe evaluar los méritos sustanciales de la decisión de las autoridades nacionales para asegurar que la misma sea compatible con el art. 8. En segundo lugar, el tribunal debe escrutar el proceso de toma de la decisión para verificar que se haya acordado la importancia debida a los intereses del individuo.<sup>262</sup>

Desde el punto de vista sustancial se destaca, por una parte, el margen de apreciación conferido a cada Estado, limitado en definitiva por el deber de asegurar el debido equilibrio entre los intereses individuales y los comunitarios, parámetro que debe ser

---

<sup>261</sup> STEDH, “*Kyrtatos*”, op. cit. Así lo confirmó en el caso “*Cordella*”, Loc. cit.

<sup>262</sup> STEDH, “*Hatton y Otros*”, op. cit. y caso del STEDH, “*Taskin y Otros*”, op. cit. En el caso STEDH, 19/06/2018, “*Bursa Barosu Başkanlığı y otros c/ Turquía*”, sobre la construcción y explotación de una fábrica de hormigón en la localidad de Orhangazi (Turquía), donde los reclamantes -21 particulares y una asociación para la protección del medio ambiente- entendían que al permitir la actividad de esta empresa, el Estado había vulnerado varios derechos de la CEDH, junto con el art. 8 CEDH, también los arts. 2 (derecho a la vida) y el 6 (derecho a un juicio justo), el TEDH afirmó que no era necesario pronunciarse sobre la posible vulneración de los arts. 2 y 8 de la CEDH pues, en su opinión, en este caso se trataba principalmente de una falta de ejecución administrativa de las sentencias judiciales nacionales. Esta decisión, motivó una opinión parcialmente disidente y parcialmente concordante de uno de los magistrados del Tribunal, que consideró que existía una vulneración del art. 6.1 CEDH, pero que debió entrarse a valorar la vulneración de los arts. 2 y 8 de la CEDH puesto que la parte sustantiva del caso refería a los efectos que la actividad de la empresa tenía para el medio ambiente y la salud. Estas consideraciones, por tanto, hubieran merecido un examen serio y bien fundado. Ver el fallo en <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-184293>, última consulta 30/08/2020.

alcanzando tanto mediante la abstención de interferencias arbitrarias, como mediante la adopción de medidas positivas tendientes a garantizar el disfrute efectivo de los derechos.

Por su parte, desde el punto de vista procedimental, la Corte tiene dicho que aun cuando el art. 8 no contiene requisitos procedimentales explícitos, el proceso de toma de decisiones encaminado a la adopción de medidas de interferencia debe ser equitativo de modo tal de permitir el debido respeto a los derechos de la persona salvaguardados por el art. 8. Resulta, por lo tanto, necesario considerar todos los aspectos procedimentales, incluido el tipo de decisión o política involucrada, la extensión en que las opiniones de los individuos fueron tomadas en cuenta a lo largo del proceso de adopción de la decisión.

Dicha circunstancia permite afirmar que en el plano del procedimiento y el proceso administrativo la directa incidencia del plexo internacional de derechos conlleva a la proporcional ampliación del concepto de afectado o interesado, de cara a valorar la legitimación administrativa y judicial para impugnar las medidas que involucren el goce del derecho en cualquier forma.

Vale destacar que el plexo jurídico que se ha aplicado para la tutela del medio ambiente no es solo el art. 8 de la Convención, sino también el art. 2 que protege el derecho a la vida. Tiene dicho así el TEDH que la protección de este derecho puede invocarse en relación al medio ambiente cuando los riesgos potenciales de la actividad en juego lo ameritan. De tal forma, rigen en materia de riesgo ambiental las obligaciones positivas del Estado tendientes a la adopción de medidas adecuadas para preservar las vidas de aquellos sujetos a su jurisdicción establecidas en el art. 2.<sup>263</sup>

Es importante destacar que el art. 8 se aplica en casos ambientales tanto cuando la contaminación es causada por el Estado, como cuando la responsabilidad estatal surge de la falta en regular las actividades del sector privado adecuadamente. Es por ello que tanto, si el caso es analizado en términos de obligaciones positivas del Estado de adoptar las medidas razonables y apropiadas para asegurar los derechos bajo el art. 8.1, como si se lo enfoca en términos de interferencia de la autoridad pública de acuerdo al art. 8.2, los principios son similares.

---

<sup>263</sup> STEDH, 30/11/2004, “*Öneryıldız vs. Turkey*”. En el ya citado caso “*Cordella y otros vs. Italia*”, op. cit. el TEDH señaló que el Estado cuenta con una obligación positiva de adoptar las medidas necesarias para que terceras personas no produzcan interferencias o menoscabos en otros, debiendo guardar equilibrio entre los intereses individuales y los de la sociedad.

En ciertos casos el TEDH ha manifestado que, dada la gravedad del problema ambiental analizado, el Estado tenía la carga de probar como ha afrontado el mismo. Por tal razón, resulta central que la política estatal tendiente a revertir procesos de contaminación resulte obligatoria para el sector privado. El factor esencial en esos casos consiste en corroborar como el Estado protege los derechos de los individuos por medio de la regulación de la industria privada. Debe valorarse, por lo tanto, la capacidad de reacción del Estado ante la persistencia de situaciones de daño ambiental, esto es, cuáles son los mecanismos legales empleados para reducir la contaminación a niveles aceptables o, al menos, excluir a los afectados de sus efectos.<sup>264</sup>

La responsabilidad internacional del Estado por la omisión en la regulación de las actividades privadas nocivas para el medio ambiente no resulta, como vemos, discutible. Es a esta altura claramente insuficiente considerar que el deber estatal en la materia se limita a la abstención de incurrir en actividades nocivas; es clara la obligación positiva de regular y monitorear la actividad de los particulares de modo de evitar que aquellos lesionen el medio ambiente. Las omisiones en este plano determinan la responsabilidad.

De tal manera, el TEDH considera que se configura una violación al art. 8 cuando, pese al margen de apreciación dispensado al Estado, aquel no logra un equilibrio adecuado entre el interés de la comunidad en contar con determinados emprendimientos industriales y el derecho de los individuos al disfrute de la vida privada y familiar. Ello ocurre, especialmente, cuando se priva de efecto útil a la maquinaria procedimental provista por el derecho doméstico para la protección de los derechos individuales. Especialmente aquella que impone la obligación de llevar a cabo una evaluación de impacto ambiental, en forma previa a cualquier proyecto con consecuencias ambientales potencialmente nocivas y de brindar a los particulares la posibilidad de participar en el proceso de autorización del emprendimiento y de presentar sus impugnaciones a las autoridades judiciales para obtener, en su caso, una orden de suspensión de la actividad riesgosa.<sup>265</sup>

---

<sup>264</sup> Caso, STEDH, 26/10/2006, "*Ledyayeva, Dobrokhotova, Zolotareva y Romashina vs. Russia*".

<sup>265</sup> Caso, "*Giacomelli*", op. cit.

### III.2.- Las Administraciones Públicas como autoridades obligadas y la prevención administrativa

Este orden constitucional y convencional que venimos describiendo cuyo fundamento es la dignidad de la persona humana con los alcances y nuevas miradas que nos conduce a analizar nuevas perspectivas jurídicas, tanto en el derecho público como privado, sin duda ha cambiado el Derecho Administrativo.

Este nuevo escenario tiene a la ciudadanía como protagonista del Derecho Administrativo y a la dignidad de la persona humana como umbral mínimo del diseño y aplicación de las políticas públicas. En el que aparece como exteriorización del deber de garantía la función preventiva de las Administraciones Públicas. El control de convencionalidad interno se transforma en una herramienta de prevención, operativizando el deber de garantía en el ámbito propio de las Administraciones Públicas. Esa función de prevención tiene por centralidad la persona y su dignidad en la triple dimensión individual, social y de humanidad según así se desprende del mandato de deberes humanos del propio PSJCR que explicaremos. Aparece, así, el rol preventivo de las Administraciones Públicas.

En este contexto las funciones administrativas también deben redefinirse alumbradas por las construcciones del sistema de derechos humanos. Estas han adquirido especial importancia en el marco del Derecho Administrativo. Incluso parte de la doctrina ha definido al Derecho Administrativo a partir de las funciones, de las actividades que realizan las Administraciones Públicas.<sup>266</sup>

Fiorini lo concibe como la "rama del derecho público (estatal) que tiene por objeto el estudio de la actividad en la función administrativa estatal"<sup>267</sup> y Comadira bien se explaya anunciando que el Derecho Administrativo constituye el derecho específico de aquella función "(...) como tal supone dos elementos (...) la exigibilidad exterior de las normas que regulan la actividad administrativa y, en segundo lugar, la configuración de esas normas a

---

<sup>266</sup> Cassagne destaca en el contenido del Derecho Administrativo el estudio de las funciones administrativas (ver CASSAGNE, Juan Carlos, "*Curso de Derecho Administrativo*", Ed. Thomson Reuters La Ley, ed. 11° actualizada, t. I, Buenos Aires, 2016).

<sup>267</sup> FIORINI, Bartolomé, "*Derecho Administrativo*", Ed. Abeledo Perrot, t. I, pág. 34

tenor de un contenido diferente de las de derecho privado que rigen las relaciones entre los particulares."<sup>268</sup>

En esa senda postulamos como pieza fundamental a la prevención como parte sustancial de la función administrativa.

Rafael Valim<sup>269</sup> diferencia las vías técnico-jurídicas de acción administrativa de las actividades administrativas. Señala que las primeras constituyen los instrumentos formales por medio de los cuales operan las Administraciones Públicas (acto administrativo, contrato administrativo, procedimiento administrativo, etc.), la segunda traduce el contenido típico de las acciones administrativas. En palabras de Santamaría Pastor, las actividades administrativas traducen "qué cosas hace la Administración", al paso que las vías técnico-jurídicas significan "cómo las hace."<sup>270</sup>

Recordemos que en la evolución histórica las funciones administrativas se han identificado con el servicio público, con posterioridad se extienden a la tipología clásica: fomento, policía administrativa y servicio público fundadas en las enseñanzas de Luís Jordana de Pozas<sup>271</sup>, luego se las ha ido desdoblado, de las que han emergido otras mucho más puntuales, desde el presupuesto, que administrar implica efectuar una serie de heterogéneas actividades.<sup>272</sup>

Los cambios trascendentes que implicaron desde el paso del Estado decimonónico construido después de la revolución francesa y donde el derecho se identificaba con la ley,

---

<sup>268</sup> COMADIRA, Julio R., "El derecho administrativo como régimen exorbitante en el servicio público", en "Servicio Público, Policía y Fomento", Ed. RAP; mayo 2004, págs. 17 y ss.

<sup>269</sup>Ver: VALIM, Rafael, "La Subvención en el Derecho Administrativo", Ed. IBdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2017, págs. 22.

<sup>270</sup> SANTAMARIA PASTOR, Juan Alfonso, "Principios de Derecho Administrativo general" op. cit., t. II, pág. 19.

<sup>271</sup> JORDANA DE POZAS, Luís, "Ensayo de una teoría del fomento en el Derecho Administrativo", Revista de Estudios Políticos, Nro. 48, 1949.

<sup>272</sup> En una posición intermedia Celso Antônio Bandeira de Mello identifica las siguientes actividades administrativas: Servicios públicos; intervención del Estado en el dominio económico y social; limitaciones administrativas a la libertad y a la propiedad o al "poder de policía"; imposición de las sanciones previstas para las infracciones administrativas; sacrificios de derechos; y finalmente, gestión de bienes públicos. A la que nosotros le agregamos la función preventiva, que en la actualidad es trascendental para no transgredir el umbral mínimo de la dignidad de la persona humana en las regulaciones para la adjudicación y/o distribución de bienes en una sociedad. (ver BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio, "Curso de Direito Administrativo", Ed. Malheiros, ed. 31, Sao Paulo, 2014, pág. 684).

hacia al Estado Constitucional de Derecho, también influyeron sobre las funciones del Estado y la actividad administrativa.

La visión clásica de las funciones administrativas, más allá de los profundos cambios que la irrupción del convencionalismo implicó sobre todo en los Estados Latinoamericanos, sigue presente en nuestras Administraciones Públicas, con más críticas desde la teoría que en la práctica. Sin embargo, el cambio ha sido radical, como se trata de mostrar en el presente e implica también una reacción de las Administraciones Públicas, donde la función preventiva subyace como complementaria de las heterogéneas actividades que cumple en la sociedad.

Los cambios en nuestras Administraciones Públicas son consecuencia de los cambios de la visión del Estado. El Estado ha transitado por diferentes estadios. Protector del orden público y la seguridad, con la preponderancia de la función de policía administrativa<sup>273</sup>. Gestor de los servicios públicos, donde justamente ocuparon la centralidad de las funciones administrativas<sup>274</sup>. Hasta la etapa del Estado social y solidario del derecho, desde donde interviene en la economía con reglas y control, con la participación de la ciudadanía y con la mira en la solidaridad social, garantizando que no haya excesos y que las personas vulnerables accedan a las prestaciones básicas con la centralidad en la dignidad de la persona humana.

En esa evolución, desde el Derecho Administrativo, resultan hitos insoslayables la teoría francesa de la soberanía (desarrollada por Carre de Malberg)<sup>275</sup>, la alemana del poder público (consolidada en la obra de Otto Mayer)<sup>276</sup>, donde el Estado dejaba hacer, en lo económico, con el único objetivo del orden y la seguridad pública. Teorías que fueron

---

<sup>273</sup> El tema es de un desarrollo exponencial en el Derecho Administrativo pero excede el presente, para ampliar: GARRIDO FALLA, Fernando, “*Sobre el derecho administrativo y sus ideas cardinales*”, Ed. RAP 7-1952 F:/Usuario/Downloads/Dialnet-SobreElDerechoAdministrativoYSusIdeasCardinales-2111834.pdf, última consulta 28/08/2020; GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo; RAMÓN FERNANDEZ, Tomás, “*Curso de Derecho Administrativo*”, Ed. Civitas, ed. Séptima, España, 1996, t. I, págs. 25-58; DIEZ, Manuel María, “*Derecho Administrativo*”, Ed. Plus Ultra, ed. Segunda, Buenos Aires, 1987, págs. 35 y ss.; CASSAGNE, Juan Carlos (Dir.), “*Servicios públicos y policía*”, Ed. El Derecho, Buenos Aires, 2006, pág. 378; BALBÍN, Carlos F., “*Tratado de Derecho Administrativo*”, op. cit., t. II; entre otras obras.

<sup>274</sup> Loc. cit.

<sup>275</sup> CARRÉ DE MALBERG, R., “*Teoría General del Estado*”, trad. de José Lión Depetre, prefacio de Héctor Gros Espiell, FCE-UNAM, Facultad de Derecho, ed. 2 en español, México, 1998.

<sup>276</sup> MASUCCI, Alfonso, “*Formación y evolución del derecho administrativo en Francia y Alemania*”, Revista de Administración Pública ISSN: 0034-7639, Nro. 184, Madrid, enero-abril 2011, págs. 9-39.

superadas, así la prevalencia de la policía administrativa se vio superada y morigerada con la intervención del Estado en la economía privada y por la concepción del servicio público (Hauriou, Duguit y la escuela de Burdeos). Fue también la preponderancia de institutos fundados en facultades exorbitantes, que luego necesitó de un debido equilibrio entre prerrogativas y garantías que fue impuesto por la jurisprudencia, en especial la del Consejo de Estado Francés. Etapa que también entró en crisis, tanto en Europa como en Iberoamérica, dando lugar al Estado constitucional de derecho con base en lo social y el principio de solidaridad.<sup>277</sup>

Por otra parte, y coetáneamente a la evolución histórica descrita, en el desarrollo doctrinario se recurrió a los criterios orgánicos, materiales, negativos y mixtos para definir a la función administrativa.<sup>278</sup>

Desde el criterio orgánico se sostuvo que es la que realizan los poderes ejecutivos<sup>279</sup>, más contemporáneamente se considera que constituye un sector o una zona de las actividades de los ejecutivos<sup>280</sup>. Desde el criterio residual o también denominado negativo se afirmó que es la actividad estatal que queda luego de excluidas la legislación y la jurisdicción<sup>281</sup>. Desde el criterio material, como “la actividad práctica que el Estado desarrolla para cuidar, de modo inmediato, los intereses públicos que asume en los propios fines”<sup>282</sup>, desde esta conceptualización, no solo el Poder Ejecutivo las ejecuta, sino también el legislativo y el judicial.

Bajo el tamiz del criterio orgánico, material e incluso del residual, la función preventiva cumple los requerimientos que la doctrina ha sistematizado sobre la actividad

---

<sup>277</sup> Es que como señalara García de Enterría: “La historia de la reducción de estas inmunidades, de esta constante resistencia que la Administración ha opuesto a la exigencia de un control judicial plenario de sus actos mediante la constitución de reductos exentos y no fiscalizables de su propia actuación, podemos decir que es, en general, la historia misma del Derecho Administrativo”. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *“La lucha contra las inmunidades del poder”*, Ed. Civitas, Madrid, 1993, pág. 22.

<sup>278</sup> Se pueden consultar, entre tantos otros: GARRIDO FALLA, Fernando, *“Tratado de Derecho Administrativo”*, Ed. Tecnos, 1994; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ. Tomás Ramón, *“Curso de Derecho Administrativo”*, op. cit.

<sup>279</sup> SANTAMARIA DE PAREDES, *“Curso de Derecho Administrativo”*, Establecimiento Tipográfico de Ricardo Fe, Madrid, 1903, pág. 34.

<sup>280</sup> Ver GARRIDO FALLA, Fernando, *“Tratado de Derecho Administrativo”*, op. cit. t. I, pág. 34, ENTRENA CUESTA, Rafael, *“Curso de Derecho Administrativo”*, Ed. Tecnos, Madrid, 1970, pág. 25.

<sup>281</sup> FLEINER, Fritz, *“Instituciones de Derecho Administrativo”*, Ed. Labor, Barcelona, 1933, pág. 7.

<sup>282</sup> ZANOBINI, Guido, *“Corso di Diritto Amministrativo”*, Ed. Dott. A Giuffrè, Milán, 1958, t. I, pág. 13.

administrativa. La que proponemos es una actividad a realizar por nuestras Administraciones Públicas que se dirige a satisfacer el interés público, entendido como el reconocimiento, tutela y garantía de los derechos humanos, como el medio para promover y proteger tales derechos lo que deviene indispensable para la distribución de bienes y servicios en la sociedad actual.

Los cambios que implican en el derecho los sistemas de derechos humanos constitucionalizados necesitan una respuesta desde el Derecho Administrativo y ella viene de la mano de la actividad preventiva de las Administraciones Públicas. Las desigualdades sociales, las vulnerabilidades, la pobreza extrema, la globalización y la integración regional, la irrupción de la tecnología y con ella de la informática, el cambio climático, la preponderancia de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales no son ajenos a nuestras Administraciones Públicas, sino que estas conviven con esta realidad en la formulación y ejecución de las políticas públicas.

Postulamos que el concepto de las funciones administrativas clásicas que persisten en nuestro Estado de Derecho<sup>283</sup> y que son el objeto y el sentido del Derecho Administrativo es insuficiente en el marco del Estado Social y Democrático de Derecho.

Es interesante, en este sentido, ver la nueva conceptualización que efectúa sobre una de las actividades clásicas Rafael Valim<sup>284</sup>:

“(…) La actividad administrativa de fomento se presenta como un valioso instrumento del Estado Social de Derecho brasileño para lograr sus propósitos. No se trata de una actividad subsidiaria, incidente en las deficiencias del mercado, sino de una acción planificada del Estado destinada a la realización de los intereses públicos. Dada la necesidad de una definición positiva y restringida de la actividad de fomento, nos parece que puede ser configurada como la transferencia de bienes y derechos a favor de los individuos, sin contraprestación o con contraprestación en condiciones facilitadas, con el fin de satisfacer directa o indirectamente los intereses públicos”.

---

<sup>283</sup> Hace tiempo, Calamandrei afirmaba “En el estado de derecho también la libertad de la autoridad está limitada por la ley, para evitar que sobrepase los confines de las libertades individuales de los ciudadanos”, CALAMANDREI, Piero, “*Sin legalidad no hay libertad*”, Ed Trota, Bologna Italia, 2016, pág. 36.

<sup>284</sup> VALIM, Rafael, “*La Subvención en el Derecho Administrativo*”, op. cit., pág. 18.

Para agregar:

“Obsérvese que el último elemento de la definición revela el propósito de la actividad de fomento. Aunque a primera vista la expresión "para la satisfacción directa o indirecta de los intereses públicos" puede parecer una obviedad, contiene un rasgo decisivo del concepto de fomento que formulamos. Contrariamente a lo que la mayoría de la doctrina defiende, sostenemos que, en el derecho brasileño, la actividad de fomento no se limita a salvaguardar indirectamente los intereses públicos, sino que incluye instrumentos muy importantes de satisfacción directa de intereses públicos. Así, al lado de las transferencias de bienes y derechos con el fin de estimular las actividades de interés público -*satisfacción indirecta de intereses públicos*- tenemos las transferencias de bienes y derechos destinadas a proteger los derechos fundamentales -*satisfacción directa de los intereses públicos (...)*”.

Es necesario una nueva mirada de las funciones administrativas<sup>285</sup> incorporando la función preventiva que ilumina todo el Derecho Administrativo nucleadas en el nuevo rol de las Administraciones Públicas: el rol preventivo.

La función preventiva es, en este sentido, complementaria de las demás funciones que cumplen las Administraciones Públicas.

El desafío del Derecho Administrativo, en este sentido, es diseñar un mecanismo institucional efectivo para asegurar que desde la división territorial del poder -el gobierno federal (como los gobiernos provinciales), o el gobierno unitario-, como desde la división horizontal de poderes y funciones se garantice la vigencia de los derechos humanos, con base en los principios de prevención y participación ciudadana. Los Estados federales (como

---

<sup>285</sup> Es interesante aquello que se apunta sobre el tema Kingsbury y Stewart: “En el Derecho interno se parte de una visión compartida o consensuada de lo que ha de entenderse por acción administrativa, aun cuando se haga primariamente en términos negativos o residuales - lo que no es legislativo ni judicial – y pese a que las fronteras entre estas categorías se encuentren cada vez más difuminadas. Sin embargo, esa diferenciación funcional no resulta ya tan clara fuera del ámbito estatal, donde el panorama institucional resulta mucho más heterogéneo”. Para los autores el derecho administrativo global es el “(...) conjunto de instrumentos, principios, prácticas y concepciones sociales, que promueven, o influyen en, la rendición de cuentas y en la supervisión ( *accountability* ) de las organizaciones administrativas que se sitúan en el plano global, a través, primero, del cumplimiento de estándares adecuados, tales como la transparencia la participación, la motivación de las decisiones, y el principio de igualdad; y segundo , mediante el efectivo control y revisión de las decisiones que tales organizaciones adoptan”. KINGSBURY, Benedict; STEWART, Richard “*Hacia el derecho administrativo global: fundamentos, principios y ámbito de aplicación*”, Ed. Derecho Global, Sevilla, 2016, pág. 90.

sus unidades territoriales que los conforman), de igual modo los Estados unitarios, deben respetar el umbral mínimo que les imponen los tratados de derechos humanos.

Emerge, entonces, esta nueva actitud activa de las Administraciones Públicas en proteger y promocionar los compromisos internacionales. Toman la iniciativa para remover cualquier valla a la efectividad de los derechos.

Regla que se ve reflejada en los pronunciamientos de la Corte IDH en cuanto impone a los Estados el deber de prevenir la violación de los derechos humanos.

Para la Corte IDH el deber de prevención abarca todas las medidas, de distinto carácter, que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean efectivamente consideradas y susceptibles de acarrear sanciones e indemnizaciones por sus consecuencias perjudiciales.<sup>286</sup>

La Corte IDH ha establecido que el deber de prevención abarca todas aquellas medidas de carácter político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito que, como tal, es susceptible de acarrear sanciones para quien las cometa, así como la obligación de indemnizar a las víctimas por sus consecuencias perjudiciales.<sup>287</sup>

Siendo entonces las Administraciones Públicas una de las personas que se integran bajo el Estado en tanto obligado por el PSJCR, sumado a su deber de remoción de todo tipo de medidas reglamentarias y comportamientos que violen los compromisos internacionales y de adoptar comportamientos y medidas reglamentarias que prevengan futuras violaciones a los derechos humanos, cabe concluir sin más que estamos frente a un nuevo rol de las Administraciones Públicas: el rol preventivo.

Tal como lo sostiene la Corte IDH y que hemos ya apuntado sobre el tema:

“La Corte ha interpretado que la adecuación de la normativa interna a los parámetros establecidos en la Convención implica la adopción de medidas en dos vertientes, a saber: a) la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención o que desconozcan los derechos allí reconocidos u obstaculicen su ejercicio, y

---

<sup>286</sup> Corte IDH, 27/11/2012, “*Castillo González y otros vs. Venezuela*”, Fondo.

<sup>287</sup> Corte IDH, 16/11/2009, “*González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*”, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 252.

b) la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías. La primera vertiente se satisface en la reforma, la derogación, o la anulación de las normas o prácticas que tengan esos alcances, según corresponda. La segunda, obliga al Estado a prevenir la recurrencia de violaciones a los derechos humanos y, por eso, debe adoptar todas las medidas legales, administrativas y de otra índole que sean necesarias para evitar que hechos similares vuelvan a ocurrir en el futuro.”<sup>288</sup>

Es por ello que afirmamos los alcances del control de convencionalidad en la propia sede de las Administraciones Públicas en doble dirección al menos: a) de supresión de normas (reglamentarias) y prácticas administrativas que infraccionan el SIDH y b) de emisión de normas y adopción de prácticas que efectivicen derechos y garantías. Esta última en especial porque importa un verdadero rol preventivo de las Administraciones Públicas.

### III.2.1.- La función preventiva y la buena fe administrativa

Actualmente las nuevas limitaciones, funciones y reconceptualizaciones de las Administraciones Públicas se expresan dentro de un gran sistema constitucional y convencional. En este coexisten diversos subsistemas internacionales – de integración, tratados bilaterales de inversiones recíprocas<sup>289</sup>, 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.

En nuestro ámbito de estudio referido solo al subsistema internacional de los derechos humanos, podemos afirmar que el impacto del PSJCR genera<sup>290</sup> un nuevo control de las actividades de las Administraciones Públicas, si bien de manera subsidiaria y complementaria, y este es de doble vía:

---

<sup>288</sup> Corte IDH, “*Fontevicchia y D’Amico*”, op. cit, párr. 85.

<sup>289</sup> 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 de la CIADI, 27/07/2017, “*(Aerolíneas Argentinas) LAUDO Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. y Autobuses Urbanos del Sur S.A. (DEMANDANTES) vs. La República Argentina (DEMANDADA)*”; b) Resolución 598/2013 del Ministerio de Economía de la Nación Argentina, que efectiviza el cumplimiento interno de una decisión del CIADI.

<sup>290</sup> *Ibídem* cita 1.

1. Control de convencionalidad internacional en la propia sede de la Corte IDH. 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 y,

2. Control de convencionalidad interno en la propia sede de las Administraciones Públicas. 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.

Es en la segunda dimensión del nuevo control indicada en el punto 2, donde se desarrolla plenamente la actividad preventiva de las Administraciones Públicas, aunque proyecta sus consecuencias en el primer plano, esto es el del control internacional en el subsistema del PSJCR.

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

En otras palabras, emerge una actitud activa antes que pasiva en la protección y promoción de los compromisos internacionales. Se debe tomar la iniciativa para remover cualquier valla a la efectividad de los derechos, según hemos explicado al tiempo de describir los alcances del art. 2 del PSJCR. Para ello es necesario que las Administraciones Públicas revisen sus mecanismos vinculares con la ciudadanía ya que les son exigibles atender los derechos desde la diversidad. La homogeneidad cede terreno hacia la heterogeneidad.

La actividad continua, directa, inmediata y con gran anclaje territorial y sociológico permite a las Administraciones Públicas 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 los gobiernos tienen por principalísima función en estos tiempos la de hacerle la vida más fácil, justa y armónica a las personas en una convivencia ciudadana.

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

Es esta función preventiva, la exteriorización del deber de garantía al haber asumido obligaciones al tiempo de firmar el PSJCR. Obligaciones generales contenidas en los arts. 1.1 y 2, pero también específicas contenidas en sus distintas previsiones convencionales según hemos explicado. El control de convencionalidad interno en el propio ámbito de las Administraciones Públicas es la herramienta que nos permite concretarlo.

La Corte IDH ha establecido que el deber de prevención abarca todas aquellas medidas de carácter político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito que, como tal, es susceptible de acarrear sanciones para quien las cometa, así como la obligación de indemnizar a las víctimas por sus consecuencias perjudiciales.<sup>291</sup>

En particular, la Corte IDH ha destacado la importancia de contar con un adecuado marco jurídico de protección, y lo más importante, con una aplicación efectiva del mismo y con políticas de prevención y prácticas que permitan actuar de una manera eficaz ante las denuncias.

La estrategia de prevención debe ser integral, es decir, debe prevenir los factores de riesgo y a la vez fortalecer las instituciones para que puedan proporcionar una respuesta efectiva a los casos en que determinadas mujeres y niñas pueden ser víctimas de violencia. En este sentido, en casos de violencia contra la mujer, los Estados tienen, además de las obligaciones genéricas contenidas en la Convención Americana, una obligación reforzada a partir de la Convención Belém do Pará, con el fin de asegurar el efectivo ejercicio y goce de este tipo de derechos.

En materia de niños, niñas y adolescentes, la Corte IDH ha llegado a la misma conclusión, en cuanto ha señalado que se exige una protección especial que debe ser entendida como un derecho adicional y complementario a los demás derechos que la Convención Americana reconoce a toda persona. La prevalencia del interés superior del niño debe ser entendida como la necesidad de satisfacción de todos los derechos de la infancia y la adolescencia, que obliga al Estado e irradia efectos en la interpretación de todos los demás derechos del PSJCR cuando el caso se refiera a menores de edad.<sup>292</sup>

---

<sup>291</sup> Corte IDH, “González y otras (“Campo Algodonero”)”, op. cit., párr. 252.

<sup>292</sup> Corte IDH, “González y otras (“Campo Algodonero”)”, op. cit.

Ello se anuda con lo expresado por la Corte IDH<sup>293</sup> y que hemos ya indicado:

“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”.

Como hemos señalado, las acciones u omisiones estatales se encuentran delimitadas por la regla general impuesta al Estado por los arts. 1.1 y 2 de la Convención Americana, los cuales constituyen la base para la determinación de la responsabilidad internacional. En efecto, el art. 1.1 prevé la obligación estatal de respetar y garantizar en forma genérica los derechos previstos en la Convención Americana, mientras que el art. 2 obliga al Estado y a cada uno de sus órganos a remover cualquier obstáculo para el goce de aquellos y, por consiguiente, a llevar adelante medidas positivas tendientes a asegurar y efectivizar los derechos consagrados en ese tratado.

El rol preventivo de las Administraciones Públicas pareciera estar llamado a brindar efectiva vigencia en el orden interno a tales mandatos. Es que conforme el principio de buena fe las Administraciones Públicas deben seguir una estrategia de prevención integral de los derechos humanos, es decir, se deben prevenir los factores de riesgo y a la vez fortalecer las instituciones.

Las Administraciones Públicas tienen el deber de adoptar medidas de prevención y protección de los particulares en sus relaciones entre sí y con el Estado, para que las personas no vivan situaciones de riesgo real e inmediato de vulneración de los derechos humanos, se deben de prevenir o evitar esos riesgos.<sup>294</sup>

La Corte IDH, en este sentido, ha sido consistente en señalar que en los Estados está el deber jurídico de prevenir, razonablemente, las violaciones a los derechos humanos.<sup>295</sup>

En el ámbito internacional de los derechos humanos un conjunto de instituciones, se ocupan de la prevención imponiéndole deberes éticos a los Estados en función del principio de buena fe en la gobernanza.

---

<sup>293</sup> Corte IDH, “*Fontevicchia y D’Amico*”, op. cit.

<sup>294</sup> Corte IDH. 31/01/2006, “*Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*”, Sentencias, párr. 123.

<sup>295</sup> Corte IDH, “*Velásquez Rodríguez*”, op. cit., párr. 174.

El Comité para la Eliminación de Discriminación contra la Mujer ha recomendado a los Estados situar una perspectiva de género en el centro de todas las políticas y los programas que afecten a la salud de la mujer y hacer participar a esta en la planificación, la ejecución y la vigilancia de dichas políticas y programas y en la prestación de servicios de salud a la mujer; y además, garantizar la eliminación de todas las barreras al acceso de la mujer a los servicios, la educación y la información sobre salud, inclusive en la esfera de la salud sexual y genésica y, en particular, asignar recursos a programas orientados a las adolescentes para la prevención y el tratamiento de enfermedades venéreas, incluido el virus de inmunodeficiencia humana/síndrome de inmunodeficiencia adquirida (VIH/SIDA). El mismo Comité ha recomendado a los Estados dar prioridad a la prevención del embarazo no deseado a través de la planificación de la familia y la educación sexual, así como reducir las tasas de mortalidad derivada de la maternidad mediante servicios de maternidad sin riesgo y asistencia prenatal.<sup>296</sup>

En otro orden, las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riad)<sup>297</sup> señalan que, los gobiernos deberán adoptar una política que permita a los niños criarse en un ambiente familiar de estabilidad y bienestar. Deberán facilitarse servicios adecuados a las familias que necesiten asistencia para resolver situaciones de inestabilidad o conflicto. En este sentido, las citadas Directrices agregan que, “(...) los gobiernos y la sociedad deben tratar de preservar la integridad de la familia, incluida la familia extensa”; al mismo tiempo que “la sociedad tiene la obligación de ayudar a la familia a cuidar y proteger al niño y asegurar su bienestar físico y mental. Deberán prestarse servicios apropiados, inclusive de guarderías.”

El Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, aprobado en 2002 y que entró en vigor en junio de 2006, prevé un sistema de visitas periódicas de mecanismos internacionales y nacionales para prevenir la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes infligidos a personas privadas de libertad. Dispone el establecimiento del Subcomité para la Prevención de la Tortura como mecanismo internacional de prevención con una misión mundial, y exige

---

<sup>296</sup> <https://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/recomm-sp.htm>, última consulta 11/09/2020.

<sup>297</sup> Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil, Adoptadas y proclamadas por la Asamblea General en su resolución 45/112, de 14 de diciembre de 1990, <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/preventionofjuveniledelinquency.aspx>, última consulta 11/09/2020.

que cada Estado parte establezca, designe o mantenga uno o varios mecanismos nacionales de prevención u órganos de visitas para la prevención de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

Como dispone el art. 11, el Subcomité:

- a) Visita lugares en los que haya o pueda haber personas privadas de libertad;
- b) Asesora y ayuda a los Estados partes, cuando sea necesario, en la labor de establecer mecanismos nacionales de prevención; mantiene contacto directo con estos mecanismos en la evaluación de las necesidades y las medidas destinadas a aumentar las salvaguardias contra los malos tratos; y hace recomendaciones y observaciones a los Estados partes con miras a reforzar la capacidad y el mandato de los mecanismos nacionales de prevención;
- c) Cooperar con los órganos competentes de las Naciones Unidas, así como con organismos internacionales, regionales y nacionales, en la prevención de los malos tratos.

El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial<sup>298</sup> estableció un procedimiento de alerta temprana y acción urgente para la prevención de las violaciones graves de discriminación racial. A tal efecto, puede recabar información de los Estados parte y puede adoptar una decisión en que exprese preocupaciones concretas, dirigida no solo a los Estados de que se trate, sino también al Consejo de Derechos Humanos y sus procedimientos especiales, el Asesor Especial sobre la Prevención del Genocidio, así como el Alto Comisionado para los Derechos Humanos y el Secretario General, con una recomendación de que el asunto se someta a la consideración del Consejo de Seguridad. El Comité puede adoptar medidas en virtud de este procedimiento a iniciativa propia o basándose en la información presentada por terceros.

En el orden interno, sabido es que los tratados de derechos humanos son instrumentos jurídicos que establecen normas internacionales para promover y proteger los derechos humanos en todo el mundo. Con la ratificación de los tratados, los Estados manifiestan su acuerdo con estas normas y se comprometen a hacer efectivos los derechos a nivel nacional.

---

<sup>298</sup> [https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CERD/ICERDManual\\_sp.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CERD/ICERDManual_sp.pdf), última consulta 11/09/2020.

Los órganos creados en virtud de los tratados brindan las directrices a los Estados en esa labor. En ese contexto las Administraciones Públicas de cada Estado cumplen el papel más importante en la prevención y protección de los derechos humanos para que todas las personas puedan disfrutar de sus derechos. Los órganos creados en virtud de tratados prestan un importante apoyo a las iniciativas para fortalecer la protección de los derechos humanos en el plano nacional.

Bajo tales directrices signadas por el principio de buena fe, las Administraciones Públicas deben poner en marcha el deber de prevención: las medidas administrativas, entre otras, que aseguren los derechos fundamentales y el deber de responder ante las infracciones. Y ello lo hacen desde la actividad preventiva concretada en el control de convencionalidad interno en sus propias sedes.

### III.2.2.- Las Administraciones Públicas como sujetos obligados

Esta función preventiva se explica en cabeza de las Administraciones Públicas en tanto estas son uno de los sujetos obligados en las convenciones internacionales de derechos humanos. Cabe recordar que estas obligan a los Estados y sus distintos órganos, al tiempo que generan derechos a quienes no han sido parte: la ciudadanía.

El deber de prevención, según hemos adelantado en palabras de la propia Corte IDH, abarca todas las medidas, de distinto carácter, que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean efectivamente consideradas y susceptibles de acarrear sanciones e indemnizaciones por sus consecuencias perjudiciales.

De entre ellas están aquellas que las propias Administraciones Públicas deben adoptar, sabiendo, por cierto, que:

“(…) un Estado no puede ser responsable por cualquier violación de derechos humanos cometida entre particulares dentro de su jurisdicción. En efecto, las obligaciones convencionales de garantía a cargo de los Estados no implican una responsabilidad ilimitada de los Estados frente a cualquier acto o hecho de particulares, pues sus deberes de adoptar medidas de prevención y protección de los particulares en sus relaciones entre sí se encuentran condicionados al conocimiento de una situación de riesgo real e inmediato

para un individuo o grupo de individuos determinado y a las posibilidades razonables de prevenir o evitar ese riesgo. Es decir, aunque un acto u omisión de un particular tenga como consecuencia jurídica la violación de determinados derechos humanos de otro particular, aquél no es automáticamente atribuible al Estado, pues debe atenderse a las circunstancias particulares del caso y a la concreción de dichas obligaciones de garantía”.

Es claro, a su vez, que la obligación de prevenir es de medio o comportamiento y no se demuestra su incumplimiento por el mero hecho de que un derecho haya sido violado<sup>299</sup>. El deber de garantía se expresa, entre otras maneras, en la prevención de los poderes del Estado, de entre ellos de las Administraciones Públicas. Una manifestación del deber de garantía es la actividad preventiva, tal como hemos dicho<sup>300</sup>, concretada en la aplicación en el ámbito propio por medio del control de convencionalidad interno.

Tal como la Corte IDH lo ha indicado<sup>301</sup>:

“La Corte ha reconocido en casos anteriores la necesaria relación que existe entre el deber general de garantía señalado en el artículo 1.1 de la Convención y los derechos específicos protegidos por este instrumento. Como consecuencia de dicho deber de garantía, surgen obligaciones que recaen sobre el Estado a fin de asegurar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción. Este deber de garantía, al estar vinculado con derechos específicos, puede ser cumplido de diferentes maneras, dependiendo del derecho que el Estado tenga el deber de garantizar y de la situación particular del caso.”

“La obligación de investigar violaciones de derechos humanos se encuentra dentro de las medidas positivas que deben adoptar los Estados para garantizar los derechos reconocidos en la Convención. La Corte ha sostenido que para

---

<sup>299</sup> Caso, “*Masacre de Pueblo Bello*”, op. cit., párr. 123; Caso “*González y otras (“Campo Algodonero”)*”, op. cit. párr. 280; y Caso Corte IDH, 10/10/2013, “*Luna López vs. Honduras*”, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 120. Todo citado en el Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Nro. 5: “*Niños, Niñas y Adolescentes*”, Elaborado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos con la colaboración de la Cooperación Alemana (GIZ), 2018, <http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/ninosninas-2018.pdf>, última consulta 02/09/2020.

<sup>300</sup> Corte IDH, “*Velásquez Rodríguez*”, op. cit., párr. 175; Corte IDH, “*González y otras (“Campo Algodonero”)*”, op. cit., párr. 252; y Caso Corte IDH, “*Luna López*”, op. cit., párr. 118. (Todos citados en el Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Nro. 5: “*Niños, Niñas y Adolescentes Elaborado por la Corte Interamericana de Derechos*”, op. cit., pág. 19).

<sup>301</sup> Corte IDH, 23/09/2009, “*Garibaldi vs. Brasil*”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, entre múltiples posibles de ser citados.

cumplir con la obligación de garantía los Estados deben, no solo prevenir, sino también investigar las violaciones a los derechos humanos reconocidos en ese instrumento, como las alegadas en el presente caso y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por las violaciones de los derechos humanos (...).”

Este deber de garantía importa el deber de prevención de las Administraciones Públicas, ya que estas deben adoptar espontánea y de buena fe diversas medidas administrativas con la finalidad de que “promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito que, como tal, es susceptible de acarrear sanciones para quien las cometa, así como la obligación de indemnizar a las víctimas por sus consecuencias perjudiciales.”<sup>302</sup>

La tarea de las Administraciones Públicas es constitucional y convencional. Aplica de oficio los parámetros de los derechos humanos ya que internamente su principio de oficialidad junto a la función tuitiva preventiva propia del PSJCR. Esta función preventiva, es expresión del deber de garantía genérico, concretada en el despliegue en su propia sede del control de convencionalidad interno. La Corte IDH ha sido consistente en señalar que en los Estados está el deber jurídico de prevenir, razonablemente, las violaciones a los derechos humanos.<sup>303</sup>

---

<sup>302</sup> La Corte IDH ha dicho “Una manifestación del deber de garantía es el deber de prevención que, como la Corte ha afirmado: abarca todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito que, como tal, es susceptible de acarrear sanciones para quien las cometa, así como la obligación de indemnizar a las víctimas por sus consecuencias perjudiciales. Es claro, a su vez, que la obligación de prevenir es de medio o comportamiento y no se demuestra su incumplimiento por el mero hecho de que un derecho haya sido violado. Corte IDH, “*Velásquez Rodríguez*”, op. cit., párr. 175; Corte IDH, “*González y otras (“Campo Algodonero”)*”, op. cit., párr. 252; y Corte IDH, “*Luna López*”, op. cit., párr. 118.; todo citado en el Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 5: “*Niños, Niñas y Adolescentes*”, op. cit., pág. 19.

<sup>303</sup> Corte IDH, “*Velásquez Rodríguez*”, op. cit., párr. 174.

### III.2.3.- Control de convencionalidad en la sede de las propias Administraciones Públicas

La constitucionalización de los tratados de derechos humanos permite, según introducíamos, adicionar una nueva esfera de control de la actividad administrativa, la cual se ubica por fuera de sus propias fronteras en el sistema de protección de los derechos humanos<sup>304</sup>. Pero que al mismo tiempo se presenta como un novedoso control interno de las Administraciones Públicas.

Partimos, desde nuestra mirada, de considerar al control de convencionalidad tanto como una garantía de las personas frente a sus Administraciones Públicas, como una obligación de estas, ya que se integra dentro del principio de juridicidad.

Como lo menciona Muñoz Machado:

“El principio de legalidad, por su parte, tiene en el constitucionalismo vigente una estructura muy compleja, ya que implica no solo el sometimiento de la Administración a las determinaciones de la Constitución y de la ley formal, sino también a otras normas generadas en ordenamientos externos (el internacional o el comunitario europeo), en ordenamientos infraconstitucionales (el autonómico o local ) y asimismo a los principios generales que , positivizados o no, forman parte integrante del ordenamiento jurídico.”<sup>305</sup>

Cierto es que coexisten en nuestras realidades legales, administrativas y judiciales que rodean a la actividad de las Administraciones Públicas, tensiones propias de los tiempos de cambios, donde los dogmas de un Derecho Administrativo autoritario, tal como bien ha

---

<sup>304</sup> “El requisito de agotamiento de los recursos internos es una manifestación del principio de la colaboración o complementariedad del derecho internacional público (...). En este sentido, la forma de constatar que el Estado, como primer llamado a proteger y garantizar los derechos humanos, tuvo conocimiento de las violaciones y la posibilidad de actuar al respecto, es precisamente a través de la regla sobre el agotamiento de los recursos internos (...). De manera reiterada, esta Corte ha fijado algunos criterios procesales y materiales que deben ser cumplidos en relación con la excepción de falta de agotamiento de recursos internos (...). Asimismo, considera importante enfatizar la importancia de los criterios de disponibilidad, idoneidad y efectividad que han sido mencionados de manera reiterada en la jurisprudencia de la Corte frente al requisito de agotamiento de recursos internos”. OC. 22/16, op. cit.

<sup>305</sup> MUÑOZ MACHADO, Santiago, “*Constitución*”, op. cit., pág. 145.

indicado Cassagne<sup>306</sup>, perviven en tiempos en que la tutela administrativa y judicial se ha transformado en una de las notas más fuertes que nos ha legado nuestro moderno constitucionalismo y que nos indican la imposibilidad de que subsistan formulaciones legales, jurisprudenciales y doctrinarias ajenas al nuevo orden jurídico.

Reyes Aragón señala:

“Lograda ya la sumisión de la Administración pública al Derecho a través del control judicial de sus actos y normas, la coronación del Estado constitucional de Derecho se ha producido mediante la progresiva implantación contemporánea del control de constitucionalidad de las leyes. La justicia constitucional confiada a los tribunales ordinarios (en unos sistemas) o a un tribunal especial (en otros) se manifiesta así como el instrumento congruente (por no decir indispensable) para hacer posible que todos los poderes (incluido el propio Parlamento) queden sometidos al control. Se ha discutido (y se sigue discutiendo por algunos) si la jurisdicción constitucional es requisito de la democracia; en todo caso, el control constitucional de la ley sí parece, desde luego, una exigencia del Estado constitucional democrático en la medida en que sólo a su través puede evitarse el dominio absoluto de la mayoría parlamentaria y garantizarse la efectiva vigencia de la Constitución.”<sup>307</sup>

Nuestro sistema quizás presente desde siempre algunas ventajas comparadas, al menos en la teoría, respecto del sistema Europeo, el cual no hace mucho tiempo atrás viene a reconocer la fuerza constitucional y ya no tan sola la estrictamente legal<sup>308</sup> del ordenamiento jurídico. La fuerza constitucional comprende desde siempre la invocación y aplicación de la norma constitucional por parte del juez al tiempo de resolver un caso, y el despliegue de ese orden de constitucionalidad dentro del ámbito competencial propio de las

---

<sup>306</sup> "(...) La aparición de estos nuevos paradigmas, aplicados conforme a las exigencias de la razón práctica, trae consigo la caída de antiguos dogmas que estaban anclados en una concepción autoritaria del Derecho Administrativo, aunque la tarea de erradicarlos no corra pareja en los diferenciales sistemas comparados ni la transformación se proyecte de la misma manera en cuanto a su intensidad.", CASSAGNE, Juan Carlos, en *"La proyección de los principios generales al acto administrativo"*, LL diario, 18/06/2012, pág. 4.

<sup>307</sup> REYES ARAGÓN, Manuel, *"Estado y democracia"*, en la obra colectiva *"El Derecho Público de finales de siglo. Una perspectiva Iberoamericana"*. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; CLAVERO ARÉVALO, Manuel (Direc.), Fund. BBV, Ed. Civitas, Madrid, 1997, Pág. 45.

<sup>308</sup> Esto lo ha expuesto claramente CASSAGNE, Juan Carlos, *"La proyección de los principios generales al acto administrativo"*, op. cit., pág. 1. Allí nos brinda una elocuente explicación comparativa de cómo ha construido Europa y América la normatividad de la Constitución y de cómo ello ha incidido en determinadas áreas del Derecho Administrativo.

Administraciones Públicas. Pues este alcance del principio de juridicidad hoy integra la dimensión de la convencionalidad, bajo los alcances que venimos explicando.

Como quedó explicado en la Primera Parte, 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 la construcción evolutiva del control de convencionalidad, la Corte IDH lo compara con el control de constitucionalidad. Si bien, son institutos distintos comparten el método y los efectos en cuanto a la invalidez de la norma inferior opuesta a la norma superior.

Recordemos que el control de constitucionalidad comenzó a construirse también evolutivamente desde el precedente de la Suprema Corte Norteamericana “*Marbury vs. Madison*” del año 1803. Mientras que la jurisdicción constitucional irrumpe con la *Oktoberverfassung* Austriaca<sup>309</sup> de 1920 y sus escuelas, y se consolida tras la segunda guerra mundial dando nacimiento a las cortes o Tribunales constitucionales.<sup>310</sup>

Sin duda América fue quien presentó la mayor contribución a la defensa de la constitución a través de la *judicial review*, sistema difuso de control de constitucionalidad, que en un primer momento siguieron los países Latinoamericanos.

Beltrán de Felipe y González García describen en forma concreta el sistema:

“En líneas generales, el sistema jurídico norteamericano parte del principio *stare decisis*, o sea, de la vinculación del juez a sus decisiones anteriores, de tal manera que los Tribunales de justicia deben dictar las sentencias atendiendo a cómo se resolvieron en el pasado casos iguales o semejantes. La

---

<sup>309</sup> Constitución Austriaca.

<sup>310</sup> CARNOTA, WALTER, “*La diferenciación entre control de constitucionalidad, control de convencionalidad y control de compatibilidad*”, op. cit.

vinculación para los Tribunales posteriores actúa en un doble sentido, tanto respecto al resultado como a la argumentación.”<sup>311</sup>

En el sistema difuso como señala Brewer-Carías:

“(…) la facultad de declarar la inconstitucionalidad de las leyes se atribuye a todos los jueces de un país determinado, pues si la Constitución es la ley suprema del país y si se reconoce el principio de su supremacía, la Constitución se impone a cualquier otra ley que le sea incoherente. En consecuencia, las leyes que violan la Constitución o que, de una u otra manera, sean contrarias a sus normas, principios o valores, son nulas y no pueden ser aplicadas por los jueces, quienes deben darle prioridad a la Constitución. Como lo afirmó el juez Marshall, en el caso *Marbury vs. Madison* en 1803, todos los jueces y todos los tribunales deben decidir sobre los casos concretos que les son sometidos "de conformidad con la Constitución, desistiendo de la ley inconstitucional" lo que constituye "la verdadera esencia del deber judicial". Sin embargo, en este sistema de control de la constitucionalidad, este papel les corresponde a todos los tribunales y no a uno en particular, y no debe considerarse sólo como un poder, sino como un deber que les está impuesto para decidir sobre la conformidad de las leyes con la Constitución, inaplicándolas cuando sean contrarias a sus normas.”

El modelo Europeo es conocido como el modelo de control concentrado o abstracto, en palabras de Elena Highton<sup>312</sup>, “que centraliza el ejercicio del control de constitucionalidad en un único órgano, que no forma parte del Poder Judicial, está fuera de su estructura normativa y se denomina Tribunal Constitucional.”

En una primera etapa, se ponía el acento en la jurisdicción constitucional como defensora de la Constitución. Luego aparece y toma mayor envergadura la función interpretativa de la Constitución, aportando los Tribunales Constitucionales interpretación y creación constitucional.

---

<sup>311</sup> BELTRÁN DE FELIPE, Miguel; GONZÁLEZ GARCÍA, Julio V., “*Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*”, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales–BOE, Madrid, 2006, pág. 43.

<sup>312</sup> HIGHTON, Elena, “*Sistemas concentrado y difuso de control de constitucionalidad*”, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2894/10.pdf>, última consulta 15/09/2020.

Así lo explica López Guerra<sup>313</sup>:

“La creación de la jurisdicción constitucional se vincula así al deseo de conseguir estabilidad democrático-constitucional frente a peligros pasados o presentes para evitar que los mandatos constitucionales se vean erosionados y paulatinamente suprimidos por una (eventual) mayoría parlamentaria anticonstitucional. El objetivo inicial de la jurisdicción constitucional sería pues defender la Constitución ante previsibles situaciones de riesgo.”

Para agregar: “La labor preventiva (frente a la puramente defensiva) tiene una proyección positiva: suministra criterios generales, y guías de conducta para la actuación de los poderes públicos.”

Aláez Corral y Álvarez Álvarez describen los inicios:

“El nacimiento en 1951 del Tribunal Constitucional Federal alemán aparece como algo novedoso tanto en el contexto histórico interno alemán como en el comparado (...) creado por la Ley Fundamental de Bonn de 1949 (...). El mismo responde a la idea de un ordenamiento en que el texto jurídico – positivo de la Constitución es la norma suprema, es tarea del Tribunal Constitucional, concebido como órgano jurisdiccional y no como órgano político, hacer valer frente a todas las instancias de poder público la supremacía de las normas que integran el texto constitucional con independencia de a quienes vayan dirigidas (ciudadanos o poderes públicos) y cual sea su estructura normativa (principios o reglas ) o su redacción (más o menos abstracta).”<sup>314</sup>

El modelo Europeo, con jurisdicción específica, se hace sentir en Latinoamérica recién a partir de la mitad del siglo pasado, siendo el que más ha trascendido, tal vez en la búsqueda incesante de acortar la brecha entre la validez normativa y la vigencia sociológica, que sigue latente en el seno de los países que conforman el SIDH.

---

<sup>313</sup> LÓPEZ GUERRA, Luís, “*Las sentencias básicas del Tribunal Constitucional*”, ed. 3, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales -BOE, Madrid, 2008, págs. 18-19.

<sup>314</sup> ALÁEZ CORRAL, Benito; ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Leonardo, “*Las decisiones básicas del Tribunal Constitucional Federal Alemán en las encrucijadas del cambio del milenio*”, op. cit., págs. 28-29.

Elena Highton señala que en América aparece un tercer modelo:

“(…) que instala dentro del Poder Judicial a jueces especializados que, actuando como sala dentro del Tribunal Supremo, como corte independiente, o aun situando en el máximo órgano de justicia nacional la función de controlar la constitucionalidad, decide que sea un único organismo el que tenga la palabra final sobre la interpretación constitucional, aun permitiendo el control difuso de los jueces comunes.”<sup>315</sup>

Así en Latinoamérica los tribunales constitucionales están ubicados dentro del Poder Judicial (Bolivia, Colombia, Ecuador, Guatemala, República Dominicana) o fuera del mismo (Chile, Perú). Ejercen el control concentrado de constitucionalidad en forma exclusiva como por ejemplo Chile y Bolivia o combinado con el método difuso Colombia, Ecuador, Guatemala, Perú, República Dominicana.<sup>316</sup>

También las Cortes Supremas de Justicia con jurisdicción constitucional, ya sea el control concentrado a través de una sala constitucional (Costa Rica, El Salvador, Honduras, Paraguay, Venezuela) o en pleno (Brasil, México, Nicaragua, Panamá, Uruguay), “y con independencia de que ejerzan dicho control de constitucionalidad concentrado en forma exclusiva (Costa Rica, El Salvador, Honduras, Panamá, Paraguay y Uruguay) o combinado con el método difuso (Venezuela, Nicaragua)”. Ejercen un control difuso de la constitucionalidad, en forma única (Argentina) o en forma combinada con el método concentrado (Colombia, Ecuador, Guatemala, Perú, Nicaragua, México, República Dominicana, Venezuela).<sup>317</sup>

La justicia constitucional ha ido evolucionando y nos presenta hoy un observatorio de sentencias desde las clásicas estimativas y desestimativas, hasta las típicas manipulativas y exhortativas con sus múltiples variables, según la clasificación de Sagües<sup>318</sup>, estudiadas por el Derecho Procesal Constitucional Latinoamericano, motivadas en el principio de la

---

<sup>315</sup> HIGHTON, Elena, “*Sistemas concentrado y difuso de control de constitucionalidad*”, op. cit.

<sup>316</sup> BREWER-CARIAS, Allan R. y SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, “*El control de convencionalidad y responsabilidad del Estado*”, op. cit

<sup>317</sup> Loc. cit.

<sup>318</sup> SAGÜES, Néstor P., “*Las sentencias constitucionales exhortativas (apelativas o con aviso), y su recepción en Argentina*”, Ed. La Ley. 2005-F, 1461.

interpretación conforme. Obsérvese que por múltiples razones<sup>319</sup> la declaración de inconstitucionalidad aparece como última *ratio*<sup>320</sup> del proceso. Primero se intenta hacer la "interpretación conforme", si ello no es posible recién procede la declaración de inconstitucionalidad.

La diferencia entre el control de constitucionalidad y el control de convencionalidad está en que, mientras el primero implica el análisis de congruencia de las normas infraconstitucionales con la norma constitucional, el segundo, control de convencionalidad, detecta la inconsistencia de la normativa interna con un *corpus iuris* interamericano de los derechos humanos.

Ahora bien, comparten el mismo método. En la interpretación constitucional y convencional de los derechos humanos coexisten, por un lado, teorizaciones generales y aplicaciones jurisprudenciales. Por otro, metodologías de análisis y toma de decisiones tanto judiciales como administrativas y legislativas que conllevan al estudio de conflictos y límites de derechos, relaciones entre derechos individuales entre sí y con bienes públicos, y del control constitucional de razonabilidad.

---

<sup>319</sup> SAGÜES señala: "(...) sea en aras de conservar en lo posibles el vigor de las normas infraconstitucionales, sea por aplicación del principio de "cortesía constitucional" o de "deferencia razonada", sea por razones pragmáticas y de funcionalidad, para evitar vacíos normativos jurídica y socialmente muy costosos si se descalifica a una regla por inconstitucional (...)" *Ibidem*.

<sup>320</sup> La CSJN Argentina postula desde sus primeros fallos hasta los más recientes que: "la declaración de inconstitucionalidad constituye la última *ratio* del orden jurídico, a la que solo cabe acudir cuando no existe otro modo de salvaguardar algún derecho o garantía amparado por la Constitución, si no es a costa de remover el obstáculo que representan normas de inferior jerarquía". (CSJN, 30/04/2020, "C. J. C. vs. EN - M<sup>o</sup> Defensa Ejército s/ daños y perjuicios", Fallos: 343:264; CSJN, 23/04/2019, "Aballay, Eduardo Elías vs. EN -M Seguridad- Direcc. Nac. de Seg. de Espectáculos s/ amparo ley", Fallos:342:685; entre tantos otros). El Tribunal Constitucional de Chile, Rol 567/10 del 3 de junio de 2010, cdo. 41 estableció: "(...) La declaración de una organización política como inconstitucional sólo podría tener lugar en los casos más graves, como última *ratio*, frente a un riesgo o amenaza real para la Constitución". Desde la doctrina Gelli señala, como regla de la CSJN que "el control de constitucionalidad —sea a petición de partes o de oficio— es la última *ratio* a la que se debe recurrir" (GELLI, María Angélica "Constitución de la Nación Argentina, Comentada y Concordada", LL, ed. 5 ampliada y actualizada, Bs. As., Argentina, 2018", pág. 651). En igual sentido Silvia B. Palacio de Caeiro indica "(...) previamente a la declaración de inconstitucionalidad, se debe intentar realizar una interpretación del texto legal compatible con los preceptos constitucionales, por la calidad de "remedio de última *ratio*". Se aseveró que "sólo es practicable como razón ineludible del pronunciamiento que la causa requiere, de manera que no debe llegarse a una declaración de inconstitucionalidad, sino cuando ello es de estricta necesidad". PALACIO DE CAEIRO, Silvia B.: "Controles de constitucionalidad de oficio y de convencionalidad ex officio en el principio iura novit curia", JA 2013-IV SJA, 09/10/2013.

Una tarea nada sencilla en la práctica que requiere conocimientos no solo jurídicos, sino también filosóficos, sociológicos y antropológicos. Por lo cual nuestras Administraciones Públicas requieren profesionalización para co-construir ciudadanía con mirada constitucional-convencional signada por la dignidad de la persona humana individual o en su dimensión colectiva.

Nuestro doble enfoque, obligación estatal y garantía ciudadana, creemos que es desde el mismo inicio de nuestro trabajo al menos novedoso, tal como lo hemos referido en la Parte Primera de nuestra investigación. Es que desde el surgimiento evolutivamente del control de convencionalidad, este ha sido mirado casi específicamente desde la perspectiva de la tensión entre tribunales internos con los tribunales internacionales, en este caso la Corte IDH y Altas Cortes internas de cada Estado.

En nuestro criterio, ha pasado desapercibido esta doble característica que a su vez es expresión de la faz preventiva de las Administraciones Públicas en tanto expresión del deber de garantía. Ello nos lleva a sostener: a) la obligatoriedad de practicar con determinados alcances el control de convencionalidad en la propia sede de las Administraciones Públicas y b) el uso de tal garantía por parte de la ciudadanía ante las Administraciones Públicas principalmente a través de la tutela administrativa efectiva.

Esta doble funcionalidad del control de convencionalidad es la exteriorización del deber de garantía en su faz preventiva del Estado<sup>321</sup> al haber asumido obligaciones al tiempo de firmar el PSJCR. Obligaciones generales contenidas en los arts. 1.1 y 2<sup>322</sup> y las específicas contenidas en sus distintas previsiones convencionales.

---

<sup>321</sup> Una manifestación del deber de garantía es el deber de prevención que, como la Corte ha afirmado: abarca todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito que, como tal, es susceptible de acarrear sanciones para quien las cometa, así como la obligación de indemnizar a las víctimas por sus consecuencias perjudiciales. Es claro, a su vez, que la obligación de prevenir es de medio o comportamiento y no se demuestra su incumplimiento por el mero hecho de que un derecho haya sido violado, Corte IDH, “*Velásquez Rodríguez*”, op. cit., párr. 175; Corte IDH, “*González y otras (“Campo Algodonero”)*”, op. cit., y Corte IDH, “*Luna López*”, op. cit., párr. 118. (todos citados en el Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 5: “*Niños, Niñas y Adolescentes*”, op. cit. pág. 19).

<sup>322</sup> Las acciones u omisiones estatales se encuentran delimitadas por la regla general impuesta al Estado por los arts. 1.1 y 2 de la Convención Americana, los cuales constituyen la base para la determinación de la responsabilidad internacional. En efecto, el art. 1.1 prevé la obligación estatal de respetar y garantizar en forma genérica los derechos previstos en la Convención Americana, mientras que el art. 2 obliga al Estado y a cada uno de sus órganos a remover cualquier obstáculo

Es en tal alcance que la aplicación, interpretación y análisis de compatibilidad de las normas e interpretaciones convencionales con las internas son tareas que han de realizarse en el ámbito de la actuación competencial de las propias Administraciones Públicas y del resto de los poderes del Estado. Siguiendo en este sentido aquel criterio de la Corte IDH por el cual el Poder Ejecutivo tiene el deber de cumplir de buena fe con el derecho internacional.<sup>323</sup>

Aparece así un nuevo orden del control de la actividad administrativa: el del control de convencionalidad de la actividad administrativa en su propia sede tanto como obligación estatal cuanto como garantía de la ciudadanía ante sus Administraciones Públicas.

Esta nueva especie del control general de nuestras Administraciones Públicas no es un dato menor ante sistemas con tradiciones fuertemente presidencialistas, antes que parlamentaristas, tal como adelantáramos. Existe una alta presencia de las Administraciones Públicas y sus competencias, especialmente desde lo “normativo” en el concierto de la vida institucional y ciudadana. Es común en nuestros sistemas latinoamericanos observar una intensa potestad reglamentaria de las Administraciones Públicas. Cabe recordar que la discrecionalidad administrativa se expresa desde el límite que los derechos humanos imponen y dentro de estos el debido proceso se presenta como garantía propia, tanto de la decisión administrativa como de la judicial. Es en este contexto, según explicaremos, que la construcción evolutiva de la Corte IDH en materia de tutela administrativa efectiva vino a atenuar los efectos de esta amplia presencia de las Administraciones Públicas exigiendo que sean expresión de un estándar de derechos fundamentales determinado: la tutela administrativa efectiva.

---

para el goce de aquellos y, por consiguiente, a llevar adelante medidas positivas tendientes a asegurar y efectivizar los derechos consagrados en ese tratado.

<sup>323</sup> Conforme doctrina sentada en el caso Corte IDH, “*Fontevicchia y D’Amico*”, op. cit.

### III.2.4.- ¿Pueden las Administraciones Públicas 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.

Podrá inaplicarse una norma por inconvencional si es posible inaplicarla por inconstitucional. Podrá declararse inconvencional una norma si esta es posible ser declarada inconstitucional en la propia sede de las Administraciones Públicas.

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<sup>324</sup> como el argentino<sup>325</sup>. Por principio general le corresponde a este y no a las Administraciones Públicas 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.

Es en este contexto que ha de interpretarse aquello que la Corte IDH expresara en el Caso de *“Personas Dominicanas y Haitianas Expulsadas vs. República Dominicana”*<sup>326</sup>: “Finalmente, esta Corte considera pertinente recordar, sin perjuicio de lo ordenado, que en

---

<sup>324</sup> Desde el origen mismo del sistema constitucional Argentino este ha sido un principio básico de la división de poderes – art. 109 de la Constitución de la Nación Argentina -. Explica GELLI, María Angélica 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”*, op. cit. pág. 535.

<sup>325</sup> Cassagne ha explicado con claridad el tema: “En los países iberoamericanos ha prevalecido el sistema judicialista que confía a jueces encuadrados en la organización judicial el conocimiento de las causas contencioso administrativas, lo cual ha sido consagrado en normas de rango constitucional” CASSAGNE, Juan Carlos, *“La Justicia Administrativa en Iberoamérica”*, op. cit., pág. 79.

<sup>326</sup> Corte IDH, 28/08/2014, *“Personas Dominicanas y Haitianas Expulsadas vs. República Dominicana”*.

el ámbito de su competencia “todas las autoridades y órganos de un Estado Parte en la Convención tienen la obligación de ejercer un ‘control de convencionalidad.’”<sup>327</sup>

El control de convencionalidad impacta en la actividad de las Administraciones Públicas porque ellas han de ajustar su comportamiento a la convencionalidad, principio de juridicidad amplio. El salto de legalidad a juridicidad de nuestras Administraciones Públicas impactó en la evolución del control judicial<sup>328</sup>. Y 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.

Al explicar el modelo actual del Derecho Administrativo de los Estados Unidos, Stewart<sup>329</sup> afirma:

“Las funciones del Derecho Administrativo van por tanto más allá de lo que era su núcleo originario, consistente en asegurar el cumplimiento de legalidad, y se extienden ahora a asegurar un objetivo más ambicioso, como es el de fomentar la capacidad de dar respuesta y, de garantizar también la rendición de cuentas, ante los intereses y los valores sociales.”

Previo a ello explica:

“(…) El núcleo del Derecho Administrativo de EE.UU. persigue garantizar el imperio de la ley (el Estado de Derecho, o *rule of law*), el respeto a los derechos de los individuos, y la protección de la libertad y de la prosperidad de los ciudadanos, sirviéndose para ello del procedimiento administrativo y del control judicial, a fin de que las agencias actúen en el marco de los límites constitucionalmente establecidos y dentro del ámbito competencial y de las

---

<sup>327</sup> Caso Corte IDH, “*Masacre de Santo Domingo*”, op. cit., párr.142, y Caso Corte IDH, 29/05/2014, “*Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Mapuche) vs. Chile*”, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 427.

<sup>328</sup> “El sometimiento no solo a la ley sino al Derecho rebasa la mera relación del interés general con la legalidad. Es con todo el ordenamiento jurídico, encabezado por la Constitución y, por tanto, con los principios constitucionales y, por supuesto, con los principios generales del Derecho. El carácter pleno del sometimiento – con el que se refuerza el cometido servicial de la Administración - barre de un plumazo toda inmunidad de poder” – MEILÁN GIL, José Luís, “*Intereses generales e interés público desde la perspectiva del derecho público español*”, Revista de Derecho Administrativo & Constitucional-A&C, Nro. Especial 10 años, Ed. Fórum, Belo Horizonte, 2003, pág.178.

<sup>329</sup> STEWART B., Richard, “*El derecho administrativo de los Estados Unidos: ¿Un modelo para el derecho administrativo global?*”, en Kingsbury Benedict-Stewart B. Richard, “*Hacia el derecho administrativo global: fundamentos, principios y ámbitos de aplicación*”, Ed. Derecho Global, Sevilla, 2016. págs. 218-219.

potestades que les hayan sido atribuidos por parte del legislador...En las últimas décadas, el Derecho Administrativo de los EE.UU. ha ampliado su alcance y funciones desarrollando un Derecho Administrativo que se basa en el modelo de representación de intereses (*interest-representation model*). En su virtud, se han elaborado nuevos criterios procedimentales más inclusivos y se ha fomentado la transparencia en la elaboración de las resoluciones administrativas y de las normas reglamentarias. También se ha ampliado el derecho a participar en los procedimientos de toma de decisiones y se ha incrementado el alcance del control judicial, lo que permite el acceso a los tribunales de una amplia gama de intereses sociales y económicos que van más allá de los directamente afectados por la regulación de que se trate. El alcance del control judicial se ha extendido para englobar, además, el enjuiciamiento sustantivo del ejercicio de potestades discrecionales de las agencias (...).”

Ello así en tanto las Administraciones Públicas se encuentran atravesadas por el moderno constitucionalismo: aplicación, interpretación e impregnación constitucional al obrar de nuestras Administraciones Públicas.

Al ser simétrico lo constitucional con lo convencional, es claro que ese orden interno hoy está atravesado por el del orden de la convencionalidad. 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. El control de convencionalidad y el de constitucionalidad son conectores a nuestro criterio que permiten sostener la mirada sistémica en una multiplicidad de subsistemas.

De allí que nuestras Administraciones Públicas 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 las Administraciones Públicas es constitucional y convencional. Aplica de oficio los parámetros de los derechos humanos ya que internamente su principio de oficialidad junto a la función tuitiva preventiva propia del PSJCR así lo indican.

Ello interpela a las Administraciones Públicas a adoptar distintas medidas dentro del margen de su propia competencia para lograr en tiempo oportuno y de manera razonable

la adopción de medidas que: a) promuevan y protejan los derechos fundamentales, b) prevengan posibles futuras responsabilidades internacionales.

### III.2.5.- La aplicación interna de la convencionalidad supone nuevas consecuencias interpretativas para las Administraciones Públicas

Como es sabido, es habitual aceptar y reconocer una notable ampliación de derechos y de regímenes protectorios de la dignidad de las personas junto al ensanche del deber de garantías y de responder de los países en cada subsistema regional al menos de derechos humanos.

La práctica interpretativa evolutiva, de derechos cruzados<sup>330</sup> y/o de derechos implícitos permite alumbrar derechos y garantías no previstos “visiblemente”. También aparecen nuevos contenidos autónomos de determinados derechos que en principio están integrados dentro de otros.

El control de convencionalidad importa la aparición de una nueva garantía ciudadana, más allá de ser una obligación asumida por los Estados con fundamento en el principio evolutivo.

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 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 en habitual la presencia de derechos y garantías que no existían en su enunciación expresa. En este sentido el control de convencionalidad interno viene a ratificar esa tradición constitucional y convencional latinoamericana.

Según hemos explicado el principio evolutivo de los derechos humanos posee sus consecuencias en el ámbito de aplicación de las propias Administraciones Públicas. Aquí el principio de juridicidad<sup>331</sup> es expresión de aquel principio, posicionando a las

---

<sup>330</sup> Esto ha sido explorado intensamente por la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, por ejemplo, en la protección ambiental.

<sup>331</sup> Sobre el principio de legalidad y de juridicidad sugerimos ver por todos, CASSAGNE, Juan Carlos “*El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*”, Ed. Marcial Pons, Buenos Aires, 2009. Afirma Delpiazzo “(...) cobra especial significación la servicialidad de la

Administraciones Públicas a interpretar evolutivamente. Claro, siempre dentro de sus ámbitos competenciales. Desde allí es exigible a las Administraciones Públicas una interpretación evolutiva en sus propios ámbitos competenciales, siendo una de entre otras consecuencias la tutela de derechos que “superficialmente” no se encuentran tutelados.

A este fenómeno nosotros lo denominamos derecho a nuevos derechos (y garantías)<sup>332</sup>, como expresión de ese principio evolutivo expresado materialmente en la competencia preventiva de las Administraciones Públicas. Esto es el derecho a poder alumbrar interpretativamente nuevos derechos y garantías, protección y aseguramiento de aquellos, que en apariencia no están previstos.

Algunas construcciones en este punto de la Corte IDH han sido:

1. El derecho autónomo al medio ambiente.

La construcción al ambiente sano como derecho autónomo, ha sido uno de los nuevos derechos alumbrados por la Corte IDH. Sobre el tema ya nos hemos extendido.

---

Administración que proviene de su propia etimología ya que la palabra “administrar” proviene del latín “*ad*” y “*ministrare*”, que significa “servir a”. Quiere decir que la propia génesis de la palabra está poniendo de relieve el carácter servicial de la Administración para la procura del bien común, entendido como el conjunto de condiciones de la vida social que posibilitan a los individuos y a las comunidades intermedias que ellos forman el logro más pleno de su perfección” -DELPIAZZO, Carlos E., “*La Constitución como fuente principal del Derecho Administrativo uruguayo*”, Revista de Derecho Administrativo & Constitucional-A&C, Nro. Especial 10 años, Ed. Fórum, Belo Horizonte 2003, pág.83.

<sup>332</sup> Sobre la creación pretoriana de garantías, y que nosotros hemos llamado derecho a nuevos derechos y garantías, Lorenzetti ha explicado: “Cuando el bloque de constitucionalidad descrito como norma de reconocimiento y como fuente de ordenamiento describe una garantía procesal y el Congreso no la ha desarrollado en una legislación, la Corte Suprema de Justicia – argentina – declaró que es posible crearla en el caso. Este proceso es de “integración” y no sólo de “interpretación” de la norma. El primer paso se dio cuando el tribunal interpretó que la operatividad de las normas de la Constitución permitía crear la “acción de amparo” en protección de derechos individuales ...El segundo paso se dio cuando la Corte consideró que podía aplicar el “derecho de réplica” si está previsto por un tratado de derechos humanos, aunque no esté una ley que lo implemente, porque las garantías constitucionales son directamente operativas y el juzgador debe suplir las omisiones del legislador (...) El tercer paso ocurre cuando recientemente la Corte, utilizando el mismo principio de la operatividad de las garantías constitucionales, dispone que se puede hacer lugar a una acción colectiva orientada hacia la protección de los derechos individuales homogéneos. La Corte aplica, una vez más, inveterada doctrina según la cual allí donde hay derecho hay un remedio legal para hacerlo valer toda vez que sea desconocido; principio del que ha nacido la acción de amparo, pues las garantías constitucionales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar en la Constitución e independientemente de sus leyes reglamentarias, cuyas limitaciones no pueden constituir obstáculo para la vigencia efectiva de dichas garantías” – LORENZETTI, Ricardo Luís, “*Justicia Colectiva*”, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2010, Buenos Aires, págs. 82-83.

2. El derecho a la identidad. Ha dicho sobre el tema la Corte IDH<sup>333</sup>:

“La Corte ha establecido que el derecho a la identidad puede ser conceptualizado, en general, como el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad y, en tal sentido, comprende varios otros derechos según el sujeto de derechos de que se trate y las circunstancias del caso. La identidad es un derecho que comprende varios elementos, entre ellos y sin ánimo de exhaustividad, la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares. Si bien la Convención Americana no se refiere de manera particular al derecho a la identidad bajo ese nombre expresamente, incluye sin embargo otros derechos que lo componen. Al respecto, la Corte recuerda que la Convención Americana protege estos elementos como derechos en sí mismos. No obstante, no todos estos derechos se verán necesariamente involucrados en todos los casos que se encuentren ligados al derecho a la identidad. El derecho a la identidad no puede reducirse, confundirse, ni estar subordinado a uno u otro de los derechos que incluye, ni a la sumatoria de los mismos. Ciertamente el nombre, por ejemplo, es parte del derecho a la identidad, pero no es su único componente. Este derecho está íntimamente ligado a la persona en su individualidad específica y vida privada, sustentadas ambas en una experiencia histórica y biológica, así como en la forma en que se relaciona con los demás, a través del desarrollo de vínculos en el plano familiar y social.”

3. El derecho autónomo a la salud.

La Corte IDH ha considerado que el derecho a la salud es un derecho protegido por el art. 26 del PSJCR, derecho respecto del cual, sea en la esfera privada como en la pública, el Estado tiene el deber de asegurar todas las medidas necesarias a su alcance, a fin de garantizar el mayor nivel de salud posible, sin discriminación.<sup>334</sup>

---

<sup>333</sup> Corte IDH, “Ramírez Escobar y otros”, op. cit.

<sup>334</sup> Corte IDH, 08/03/2018, “Poblete Vilches y otros vs. Chile”. La evolución del reconocimiento al derecho autónomo a la salud como DESC y su relación con otros derechos se puede ver en: Corte IDH, “Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Nro. 28 : Derecho a la salud”, Corte Interamericana de Derechos Humanos y Cooperación Alemana (GIZ), San José, C.R. : Corte IDH, 2020 <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo28.pdf>, última consulta 18/08/20.

4. La garantía de la tutela administrativa efectiva.

Abordaremos en detalle en apartado específico más adelante. Adelantamos que es una clara expresión de la actividad preventiva de las Administraciones Públicas aplicada mediante el control de convencionalidad interno.

5. La garantía del control de convencionalidad.

Esta ha sido abordada a lo largo de la Parte Primera de nuestra investigación. Claro ejemplo de cómo desde el principio evolutivo se permite el surgimiento, no solo de nuevos derechos, sino también de nuevas garantías.

6. El derecho autónomo a la seguridad social.

La Corte consideró al derecho a la seguridad social protegido en el art. 26 del PSJCR. Postuló que el derecho a la seguridad social tiene como finalidad asegurar a las personas una vida, salud y niveles económicos decorosos en su vejez, o ante eventos que las priven de su posibilidad de trabajar; es decir, en relación con eventos futuros que podrían afectar el nivel y calidad de sus vidas.<sup>335</sup>

7. Derecho común de los derechos humanos.

También se ha incorporado, ya en términos más generales, la protección de las personas por una suerte de un derecho común de los derechos humanos, a partir de considerar la jurisdicción de la Corte IDH como habilitada a interpretar y aplicar el resto de los tratados de derechos humanos.

---

<sup>335</sup> Corte IDH, 06/03/2019, “*Muelle Flores vs. Perú*”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 176 (por cuatro votos positivos y dos negativos). Resulta muy interesante el Voto razonado del Juez Ferrer Mac-Gregor Poisot.

Así ha sostenido al tiempo de emitir su opinión respecto de la protección ambiental:

“En suma, al dar respuesta a la presente consulta, la Corte actúa en su condición de tribunal de derechos humanos, guiada por las normas que gobiernan su competencia consultiva y procede al análisis estrictamente jurídico de las cuestiones planteadas ante ella, conforme al derecho internacional de los derechos humanos teniendo en cuenta las fuentes de derecho internacional relevantes. Al respecto, corresponde precisar que el *corpus iuris* del derecho internacional de los derechos humanos se compone de una serie de reglas expresamente establecidas en tratados internacionales o recogidas en el derecho internacional consuetudinario como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho, así como de los principios generales de derecho y de un conjunto de normas de carácter general o de *soft law*, que sirven como guía de interpretación de las primeras, pues dotan de mayor precisión a los contenidos mínimos fijados convencionalmente. Asimismo, la Corte se basará en su propia jurisprudencia.”<sup>336</sup>

Aquello que realiza la Corte IDH es realizar una interpretación sistemática, teleológica y evolutiva, recurriendo al *corpus iuris* internacional en la materia que se trate en concreto para dar contenido específico al alcance de los derechos tutelados por el PSJCR y así derivar el alcance de las obligaciones específicas de cada derecho.<sup>337</sup>

La Corte IDH refiere al *corpus iuris* internacional de los derechos humanos, el que definió ya desde la OC. 16/99<sup>338</sup> y reafirmó con posterioridad tanto en su función contenciosa como consultiva:

“El *corpus juris* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones). Su evolución dinámica ha ejercido un impacto positivo en el Derecho Internacional, en el sentido de afirmar y desarrollar la aptitud de este último para regular las relaciones entre los Estados y los seres humanos bajo sus

---

<sup>336</sup> OC 23/17, op. cit.

<sup>337</sup> Conforme argumentación Corte IDH, “*Poblete Vilches*”, op. cit.

<sup>338</sup> OC. 16/99, 01/10/1999, “*El derecho a la información sobre la Asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*”, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos, párr. 115.

respectivas jurisdicciones. Por lo tanto, esta Corte debe adoptar un criterio adecuado para considerar la cuestión sujeta a examen en el marco de la evolución de los derechos fundamentales de la persona humana en el derecho internacional contemporáneo”.

Si bien el concepto adquiere importancia para el Derecho internacional de los derechos humanos, genera resistencia en el proceso dialógico con los Estados en el marco del control de convencionalidad. Es que el concepto incluye instrumentos vinculantes y no vinculantes para los Estados, el consenso parecería encontrarse en el concepto de *corpus iuris* interamericano de los derechos humanos.

Ahora bien, el *corpus iuris* internacional de los derechos humanos, comprensivo de instrumentos vinculantes y no vinculantes para los Estados, ha sido empleado a través de lo que se denomina “interpretación autorizada”, los instrumentos no vinculantes lo fueron en la interpretación de los vinculantes<sup>339</sup>. En otras palabras, en el SIDH se recurre a instrumentos en sentido amplio, tanto vinculantes como no vinculantes para los Estados, integrándolos en la interpretación de los derechos humanos reconocidos en el SIDH.

Ello importa una notable ampliación de derechos y de regímenes protectorios de la dignidad de las personas, y un importante ensanche del deber de garantías y de responder de los Estados miembros.

Nos parece oportuna en este punto la reflexión de Cassese<sup>340</sup>:

“La jurisdicción se halla limitada por el Tratado por el que se crea el Tribunal.  
Sin embargo, el tratado no limita el ámbito del Derecho aplicable (al contrario,

---

<sup>339</sup> Son muchos los ejemplos donde en el SIDH se invoca el *corpus iuris* internacional. Uno de ellos se corresponde en materia de Comunidades indígenas donde fue aplicado el convenio 169 OIT incluso a Estado no signatarios como es el caso de Belice. En el Caso de la “Comunidad Indígena “Yakye Axa”, op. cit., párrs. 127 y 130, la Corte IDH consideró a los efectos de interpretar el alcance del derecho de propiedad comunitaria, y de los derechos a la vida y al debido proceso y a la protección judicial, el Convenio 169 OIT (en el caso de Paraguay el convenio había sido ratificado y se encontraba en vigor). El tema se puede ampliar en COURTIS, Christian, “Apuntes sobre la aplicación del Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos indígenas por los Tribunales de América Latina”, Sur – Revista Internacional de Derechos Humanos, Año 6, Nro. 10, São Paulo, 06/2009, <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r23739.pdf> última consulta 03/09/2020. Ejemplos en materias múltiples se pueden consultar en O’DONNELL, Daniel, “Derecho internacional de los derechos humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano”, Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, ed. Primera, Bogotá, 04/2004.

<sup>340</sup> CASSESE, Sabino, “El Derecho Global. Justicia y Democracia más allá del Estado”, Ed. Editorial Derecho Global, Sevilla 2010, pág. 257.

en ocasiones el mismo Tratado hace una regulación expansiva del Derecho aplicable, disponiendo la aplicabilidad de otras normas de Derecho Internacional que no resulten incompatibles con el tratado). Por tanto, los jueces recurren a principios extraídos del Derecho Internacional general, de otras convenciones internacionales, o incluso de tradiciones constitucionales o legislativas estatales. Por esta vía introducen principios comunes en los distintos regímenes reguladoras globales, como los de respeto a concretos derechos fundamentales (derechos humanos), el principio de legalidad, el principio de proceso debido, de obligación de motivar las decisiones, transparencia, “justiciabilidad” (derecho a una tutela judicial efectiva)”.

8. A la alimentación adecuada y al agua.

En reciente fallo la Corte IDH reconoce con anclaje en el art. 26 del PSJCR, en relación con el art. 1.1 del mismo tratado a la alimentación y al agua como derechos protegidos. Señaló:

“Los Estados tienen el deber no solo de respetar, sino también de garantizar el derecho a la alimentación, y debe entenderse como parte de tal obligación el deber de “protección” del derecho, tal como fue conceptualizado por el Comité DESC: “la obligación de proteger requiere que el Estado Parte adopte medidas para velar por que las empresas o los particulares no priven a las personas del acceso a una alimentación adecuada”.

Con relación al agua indicó:

“El derecho al agua se encuentra protegido por el artículo 26 de la Convención Americana. Ello se desprende de las normas de la Carta de la OEA, en tanto las mismas permiten derivar derechos de los que, a su vez, se desprende el derecho al agua 218. Al respecto, baste señalar que entre aquellos se encuentran el derecho a un medio ambiente sano y el derecho a la alimentación adecuada, cuya inclusión en el citado artículo 26 ya ha quedado establecida en esta Sentencia, como asimismo el derecho a la salud, del que también este Tribunal ya ha indicado que está incluido en la norma.”<sup>341</sup>

---

<sup>341</sup> Corte IDH, “Comunidades indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra)”, op. cit.

Sin embargo, la sentencia fue fallada por tres votos a favor, incluido el Presidente, y tres votos en contra, por lo cual la doctrina que emerge no se encuentra consolidada.

9. Derecho a la ciudad.

Por nuestra parte, hemos sugerido en tal línea evolutiva el posible anclaje en el PSJCR del denominado “derecho a la ciudad”, el cual emerge como un valor moderno en estos tiempos actuales, dentro de una perspectiva social y compuesta por diversas dimensiones.

Representa un nuevo paradigma, un nuevo marco político filosófico de cómo percibir, pensar y comprender la ciudad y la urbanización.

Es, la ciudad, un espacio colectivo culturalmente rico y diversificado que pertenece a todos sus habitantes y donde todas las personas tienen derecho a la ciudad sin discriminaciones. En tal espacio se promueven las condiciones de hábitat que hacen a la dignidad de las personas y la sostenibilidad social, económica y ambiental en una perspectiva colectiva de la ciudadanía.

En algún punto central, se trata del estudio de la ciudad a escala humana entendida a esta como la realización individual, colectiva y social de la persona bajo las condiciones que aseguren su buen vivir.

Algunas de las características de aquello que queremos tematizar bajo la expresión derecho a la ciudad son:

a. Pese a la expresión elegida para su representación, “derecho” a la ciudad, el concepto no es legal. Tan solo una de sus múltiples dimensiones es la legal. De allí la necesidad de desjuridizar el concepto para no quedar atrapados erróneamente en una mirada legalista. El derecho a la ciudad es la síntesis de diversas disciplinas, múltiples enfoques y la concurrencia de distintas personas hacedoras.

b. Es un derecho colectivo, no parte de miradas individuales menos aún posee anclajes individualistas.

c. Se presenta en continua construcción, no es estático ni definitivo en su enunciación, aplicación y efectos.

d. Sintetiza la construcción de una recíproca influencia entre lo global y lo local en un espacio colectivo de la ciudadanía.

e. Asume a la ciudad como un bien común cuyo titular es la sociedad en su conjunto. Es el espacio de la articulación ciudadana.

f. La ciudad es un bien común, sus habitantes son visibilizados como ciudadanos, antes que usuarios, clientes o administrados. Ciudadanos son todas las personas que habitan en forma permanente o transitoria las ciudades. Todos ellos pueden y deben ser protagonistas en la construcción del contenido de ese derecho a la ciudad.

g. Las políticas públicas de la ciudad se construyen democráticamente con la intervención necesaria de cada sector de la población en los que impactarán. Así, por dar un ejemplo, se combate la pobreza, la marginalidad y las discriminaciones con y desde los sectores afectados.

h. Expresa, si se quiere, a escala de ciudad la humanidad, sus conquistas y sus desafíos.

Esta idea de derecho a la ciudad nos interpela a adoptar miradas flexibles, abiertas y permeables.

Es el encuentro de las diversas disciplinas en un espacio común, la ciudad, donde también se hacen presentes los múltiples saberes de las diversas personas constituidas en hacedoras ciudadanas. La necesidad de una fuerza articuladora de dicha multiplicidad de disciplinas, movimientos sociales y construcciones ciudadanas aparece como un nuevo desafío. Estamos, realmente, frente a una transformación del orden cultural. De allí la necesidad de viabilizar tales transformaciones mediante las políticas públicas culturales, con diferentes propósitos de intervención y transformación social. En este punto la cultura no se limita a la gestión de eventos y espectáculos, por el contrario, se dimensiona hacia una agenda de participación y construcción ciudadana de esa nueva ciudad. Es un gran desafío ciudadano y una interpelación a los gobiernos<sup>342</sup> ya que deben buscar nuevas maneras de construir, gestionar e impactar las políticas públicas que hacen al derecho a la ciudad. Es

---

<sup>342</sup> Ver, entre otros, MOLANO CAMARGO, Frank: *“El Derecho a la ciudad: de Henri Lefebvre a los análisis sobre la ciudad capitalista contemporánea”*, Universidad Pedagógica Nacional, Facultad de Humanidades, Segunda época, Nro. 44, segundo semestre de 2016, págs. 3-19.

este derecho a la ciudad el que creemos ver como una posible deducción lógica interpretativa.

De regreso al derecho a la ciudad, es como hemos dicho un derecho de contenido colectivo. Emerge en parte de la vinculación de cada persona con su propia comunidad, expresado en derechos y deberes que trascienden las dimensiones individualistas y patrimonialistas de los derechos. Esto supone la limitación de determinada zona de confort de la dimensión individual de los derechos hacia la realización solidaria de los derechos de toda la comunidad. La limitación de los derechos individuales emerge, en parte, de la realización de otras dimensiones de los derechos de las personas. Es que el desarrollo sostenible social, económico y ambiental remite a la realización de determinadas condiciones de desarrollo equitativas de la humanidad toda, y en especial de la comunidad a la que pertenecen las personas. Aquí reside parte del fundamento posible del derecho a la ciudad en el anclaje de los derechos humanos.<sup>343</sup>

Coincidimos aquello apuntado por Almudena Fernández Carballal:

“(…) En los modelos de Estado Social que instauran las Constituciones de los Estados miembros, se proclama como un valor y derecho fundamental la calidad de vida es esencial para el desarrollo integral de las personas acorde con la dignidad del ser humano. En la Constitución española, se proclama en su art. 45. La remisión al legislador para concretar su contenido esencial se dispersa en distintos ordenamientos sectoriales. Por referencia a los servicios esenciales de agua potable, saneamiento, energía eléctrica, las leyes sobre el suelo o sobre el régimen del suelo y la ordenación urbana ocupan un lugar relevante. La calidad de vida y la cohesión social y territorial se alcanzan con un nivel mínimo y en condiciones normales de sistemas generales en el territorio (comunicaciones, zonas verdes y espacios libres, equipamientos comunitarios e infraestructura de servicios), a cuyo fin el Derecho urbanístico y el Derecho de la contratación pública habilita a la Administración de potestades para alcanzar una cohesión social y un estándar normal en dichos

---

<sup>343</sup> Un abordaje del derecho a la ciudad con relación a una de las personas vulnerables protegidas por el sistema internacional de los derechos humanos, como son las personas con discapacidad, desde el derecho español, se visibiliza en GARCIA PEREZ, Marta, “*El reto de una ciudad inclusiva para las personas con discapacidad: algunas claves desde el Derecho público español*”, en “*Los desafíos del derecho público en el siglo XXI*”, libro conmemorativo del XXV aniversario del acceso a la Cátedra del Profesor RODRIGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime (Coord.) por DEL GUAYO CASTIELLA, Íñigo; FERNANDEZ CARBALLAL, Almudena, 2019, págs. 471-498.

sistemas de seguridad, salubridad, funcionalidad, accesibilidad y ornato públicos. El Pilar europeo de derechos sociales expresa los principios y derechos esenciales para el buen y justo funcionamiento de los sistemas de bienestar de la Europa del siglo XXI”.<sup>344</sup>

El PSJCR en un apartado especial de los deberes humanos expresa que las personas poseen deberes para con toda la humanidad. Y que estos deberes limitan a los derechos de las personas, y su conexión con el bienestar general (apdo. 2 del art. 32)<sup>345</sup>. Pero a la dimensión universal de esos derechos, también el propio PSJCR los enuncia limitados por los deberes que cada uno posee respecto de su comunidad. Este apartado nos parece sumamente trascendente, ya que brinda un anclaje de la efectividad de los derechos al desarrollo de las personas en los ámbitos de su propia comunidad.

Es en este contexto normativo e interpretativo que reconocemos al derecho a la ciudad como un emergente del deber para con la comunidad que tienen las personas, el cual se integra por los derechos enunciados en el PSJCR pero que a su vez se encuentran limitados por los deberes de las mismas personas para con su comunidad y especialmente por las previsiones del art. 32 inc. 2 al decir: “Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática.”

### III.2.6.- Tutela administrativa efectiva

La tutela administrativa efectiva debe ser entendida como una expresión de la prevención administrativa y una consecuencia concreta de la aplicación del control de convencionalidad interno. Es un deber (jurídicamente exigible) de las Administraciones Públicas asegurar en todas sus actuaciones la posibilidad real, concreta y sin excepciones de goce efectivo de los derechos fundamentales de la persona, en un plazo razonable en el que

---

<sup>344</sup> FERNÁNDEZ CARBALLAL, Almudena, “Un aspecto de la planificación en la contratación pública como garantía de la realización del derecho social fundamental a la calidad de vida y el acceso a los servicios esenciales”, Anuario Iberoamericano de Derecho Administrativo Social, Nro. 1, 2018.

<sup>345</sup> Art. 32 Deberes de las Personas: “Correlación entre Deberes y Derechos, 1. Toda persona tiene deberes para con la familia, la comunidad y la humanidad. 2. Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática”.

se garantice el derecho a ser oído en sentido amplio para luego emitir una decisión suficiente y razonablemente fundada.

El sistema del PSJCR posee una consolidada línea argumental con estándares sumamente interesantes que avalan tal afirmación.

Tiene dicho que:

“El debido proceso se refiere al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado, adoptado por cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que pueda afectarlos. El debido proceso se encuentra, a su vez, íntimamente ligado con la noción de justicia, que se refleja en: a) un acceso a la justicia no sólo formal, sino que reconozca y resuelva los factores de desigualdad real de los justiciables; b) el desarrollo de un juicio justo y c) la resolución de las controversias de forma tal que la decisión adoptada se acerque al mayor nivel de corrección del derecho, es decir que se asegure, en la mayor medida posible, su solución justa.”<sup>346</sup>

Para desde allí estructurar que la garantía del debido proceso recogido en su art. 8 de la tutela judicial efectiva, no solo es para procesos judiciales sino también para aquellos otros en los cuales existe la determinación de derechos y obligaciones, materialmente judiciales. Más precisamente a las decisiones de órganos administrativos a los cuales les corresponda la determinación de los derechos de las personas o cuando ejerzan funciones de carácter materialmente jurisdiccional<sup>347</sup>. Para agregar que han de respetarse determinadas

---

<sup>346</sup> Corte IDH, 05/10/2015, “*Ruano Torres y Otros vs. El Salvador*”, Fondo, Reparaciones y Costas. En la Europa de los Derechos Humanos el derecho a un proceso equitativo se prevé en el art. 6.1 CEDH. En un interesante caso se dijo: “El artículo 6 § 1 del Convenio “consagra (...) el “derecho a un tribunal”, del que el derecho de acceso, a saber, el derecho a recurrir a un tribunal en materia civil sólo constituye un aspecto” (STEDH, 21/02/1975, “*Golder vs. Reino Unido*”, serie A Nro. 18, pág. 18, § 36). La efectividad del Derecho a la tutela judicial exige que una persona goce de una posibilidad clara y concreta de recurrir un acto que constituya una injerencia en sus derechos (STEDH, 22/06/2006, “*Díaz Ochoa vs. España*”, Nro. 423/03, § 41)”, STEDH, 10/01/2017, “*Aparicio Navarro Reverter y García San Miguel y Orueta vs. España*”, Demanda Nro. 39433/11).

<sup>347</sup> Corte IDH, “*Tribunal Constitucional*”, op. cit; Corte IDH, 13/10/2011, “*Barbani Duarte y Otros vs. Uruguay*”, Fondo, Reparaciones y Costas; Corte IDH, “*Baena Ricardo y otros*”, op. cit., entre otros posibles de ser citados.

garantías mínimas las cuales en los procedimientos de orden administrativos coinciden con los del apdo. 2 del art. 8 del PSJCR.<sup>348</sup>

En un voto ampliado y de por más interesante emitido por el Juez Diego García-Sayán en el caso “*Barbani Duarte y otros vs. Uruguay*”<sup>349</sup>, se ha resumido quizás de forma excepcional el estado actual de la jurisprudencia de la Corte IDH:

"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. Este 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."

Ello se anuda con la jurisprudencia de la Corte IDH fundamentalmente desde los casos “*Tribunal Constitucional vs. Perú*” y “*Baena Ricardo y otros vs. Panamá*”<sup>350</sup> por la cual se construye una teoría expansiva de la aplicación directa del elenco de garantías del debido proceso legal del art. 8 del PSJCR tanto a los ámbitos judiciales de los casos en que las Administraciones Públicas son demandadas, como para los asuntos tramitados internamente en sede de las propias Administraciones Públicas.

Lo determinante para la Corte IDH es la presencia de toda autoridad estatal que al desplegar su actividad provoque la determinación de derechos y obligaciones de las personas. Tal criterio ha sido luego ampliamente consolidado por diversas decisiones.

“El principio general para la Corte IDH en la materia adquiere el siguiente alcance: “(...) el elenco de garantías mínimas establecido en el numeral 2 del

---

<sup>348</sup> Corte IDH, 23/11/2010, “*Vélez Loor vs. Panamá*”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. y Corte IDH, 25/11/2013, “*Familia Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional de Bolivia*”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 132.

<sup>349</sup>Corte IDH, “*Barbani Duarte y otros*”, op. cit.

<sup>350</sup> Corte IDH, 31/01/2001, “*Tribunal Constitucional vs. Perú*”, Fondo, Reparaciones y Costas; y Corte IDH, “*Baena Ricardo y otros*” op. cit.

art. 8 de la Convención se aplica a los órdenes mencionados en el numeral 1 del mismo art., o sea, la determinación de derechos y obligaciones de orden “civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”. Esto revela el amplio alcance del debido proceso; el individuo tiene el derecho al debido proceso entendido en los términos del art. 8.1 y 8.2, tanto en materia penal como en todos estos otros órdenes.”<sup>351</sup>

En este sentido la Corte IDH asume y proyecta interpretativamente en forma correcta la cláusula abierta del art. 8 del PSJCR que lo diferencia de su similar Europeo<sup>352</sup> en doble dirección: respecto a la autoridad que debe aplicar en plenitud la garantía del debido proceso como a la naturaleza del derecho u obligación cuya determinación efectúa dicha autoridad. El principio evolutivo ya aludido junto al *pro homine* son conjugados por la Corte IDH a fin de ampliar derechos y no restringirlos con interpretaciones que contraríen la cláusula de clausura contenida en el art. 29 PSJCR. Ampliamos esta idea, antes de continuar con los alcances del art. 8 del PSJCR.

Aparece la “norma de clausura” del sistema de protección de los derechos humanos contenida en el art. 29 del PSJCR como un dato claramente diferencial. La dignidad de la persona resume el objeto y fin del mismo ordenando al intérprete orientar su labor en el sentido más favorable al destinatario de la protección internacional. En esa tarea, el PSJCR presenta una norma no solo novedosa sino de indudable valor sistémico: el art. 29.

---

<sup>351</sup> Corte IDH, “*Baena Ricardo y otros*”, op. cit.

<sup>352</sup> Los alcances del apdo. 8 del PSJCR - proceso equitativo - en amplias competencias judiciales y en las propias sedes de las Administraciones Públicas como ejemplo de la interpretación evolutiva, tuvo en España su crisis respecto del trámite por ante el Tribunal Constitucional, luego en parte superado. Allí el TEDH, previo calificar de “Tribunal” a este, proyectó “(...) las exigencias que, en virtud del art. 6.1. el CEDH, resultan aplicables al resto de los órganos jurisdiccionales ordinarios – (STEDH, 23.06.1993, “*Ruiz vs. España*”). Luego ya llegaría por reforma Ley Orgánica del Tribunal Constitucional – Ley Orgánica 6/2007 en nuevo art. 37.2 pero ya en todo caso en que exista una cuestión de inconstitucionalidad. Recogiendo de esta manera el criterio del TEDH sobre la aplicación del art. 6.1 - garantías proceso equitativo - a los procesos por ante el Tribunal Constitucional. Tal como lo explica en esos términos VIDAL FUEYO, María Del Camino al comentar la sentencia indicada en la obra colectiva “*Conflicto y diálogo con Europa. Las condenadas a España del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*”, GUIRAO; BELAIDEZ ROJO; SÁNCHEZ TOMÁS, (Coords), Ed. Thomson Reuters Civitas, 2013, España, pág. 150.

Ese precepto fija las “normas de interpretación” del PSJCR, de acuerdo con las cuales ninguna disposición de ese instrumento puede entenderse en el sentido de:

- a) permitir la supresión del goce y ejercicio de un derecho reconocido en el PSJCR;
- b) permitir una limitación de ese goce y ejercicio en mayor medida a la permitida por el PSJCR;
- c) limitar el goce y ejercicio de un derecho reconocido por la normativa interna;
- d) limitar el goce y ejercicio de un derecho reconocido por cualquiera de los Estados parte;
- e) limitar el goce y ejercicio de un derecho reconocido en otra Convención en que sea parte cualquiera de los Estados sometidos a la primera;
- f) excluir otros derechos y garantías que sean inherentes al ser humano;
- g) excluir otros derechos y garantías que se deriven de la forma democrática representativa de gobierno;
- h) excluir o limitar el efecto de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre;
- i) excluir o limitar el efecto de actos internacionales de igual naturaleza a la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre.

La disposición transcrita posee una importancia mayúscula, en tanto opera como una “cláusula de cierre” para el intérprete que impide la existencia de lagunas en el SIDH.

Al respecto, ha destacado la Corte IDH: “(...) la redacción de esta disposición está hecha con el criterio central de que no se entienda que la misma tuvo por objeto, de alguna

manera, permitir que los derechos y libertades de la persona humana pudieran ser suprimidos o limitados, en particular aquellos previamente reconocidos por un Estado.”<sup>353</sup>

En consecuencia, ante el conflicto normativo siempre debemos tener presente que debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana.<sup>354</sup>

Ello se desprende de aquel principio inherente a la naturaleza misma de los derechos humanos que obliga a interpretar extensivamente las normas que los consagran o amplían y restrictivamente las que los limitan o restringen. Este criterio fundamental, principio *pro homine* del derecho de los derechos humanos, conduce a la conclusión de que su exigibilidad inmediata e incondicional es la regla, y su condicionamiento la excepción.<sup>355</sup>

Tal razonamiento unido a determinados principios del sistema de derechos humanos, nos indican con plena certeza la existencia de un núcleo fuerte de garantías y derechos del PSJCR que se aplican en forma transversal e integral en toda actuación estatal que determine derechos y obligaciones.

Dos de los principios, entre otros, que dan sustento son:

a) *Pro homine*: el cual refiere a la obligación del intérprete en 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, esferas individuales que el Estado no puede vulnerar o en las que solo puede penetrar limitadamente<sup>356</sup>. 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

---

<sup>353</sup> Corte IDH, OC 4/84, 19/01/1984, “*Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*”.

<sup>354</sup> El art. 53 del Convenio Europeo establece que “Ninguna de las disposiciones del presente Convenio será interpretada en el sentido de limitar o perjudicar aquellos derechos humanos y libertades fundamentales que podrían ser reconocidos conforme a las leyes de cualquier Alta Parte Contratante o en cualquier otro Convenio en el que ésta sea parte”. A partir de tal disposición, la Corte de Estrasburgo ha entendido que el Tratado de Roma *refuerza*, de acuerdo al principio de subsidiariedad, la protección brindada a nivel nacional pero *nunca la limita* (STEDH, 12/04/2005, “*Shamayev y Otros vs. Georgia y Rusia*”).

<sup>355</sup> OC 7/86, cit. op., opinión separada del juez *Piza Escalante*.

<sup>356</sup> OC. 6/86, op. cit.

dimensión desde la consagración de los tratados de derechos humanos, en tanto 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 de los mismos está necesariamente comprendida la noción de restricción al ejercicio del poder estatal, 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.”<sup>357</sup>

En el ámbito americano, el principio comentado tiene sustento normativo específico en los arts. 29 y 30 de la Convención, entendiendo su Corte que, especialmente la primera disposición “prohíbe una interpretación restrictiva de los derechos” de resultas de lo cual “si a una situación son aplicables dos normas distintas, debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana.”<sup>358</sup>

Esto significa que, si alguna ley del Estado u otro tratado internacional del cual aquel sea parte otorgan una mayor protección o regulan 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<sup>359</sup>, y ello alcanza tanto a la selección de la norma aplicable al caso, cuanto, al modo de interpretarla, vedando que de las diferentes opciones se adopte para la resolución de un asunto aquella que menor grado de resguardo depara al individuo.

b) Evolutivo: el sentido, tal como ya lo hemos explicado, es brindar a la persona un instrumento más de tutela.

El abordaje evolutivo, desde el cual el objetivo del intérprete del PSJCR debe ser el de ampliar su zona de protección, es el que en definitiva se desprende de una lectura armónica de los arts. 1, 2 y 29 de la Convención Americana.

Es en este contexto sistémico de la convencionalidad y del orden moderno constitucional que corresponde tematizar proyecciones a determinadas áreas que integran la actividad administrativa como expresión de la efectiva aplicación en el obrar estatal direccionado a determinar derechos y obligaciones.

---

<sup>357</sup> OC. 7/86, op. cit.

<sup>358</sup> OC. 18/03, op. cit

<sup>359</sup> Corte IDH, 08/11/1999, “*Baena, Ricardo y Otros vs. Panamá*”, Excepciones Preliminares.

Retomando el elenco de garantías previstas en el art. 8 del PSJCR se aplican en los ámbitos judiciales a todas las materias: en este punto la justicia en términos de organización judicial integralmente queda atrapada por la normativa del PSJCR en materia de garantías no pudiendo válidamente oponer determinada competencia en razón de la materia para justificar la no aplicación del PSJCR a determinadas zonas del poder.

Ello comporta un dato diferencial con la Europa de los derechos humanos, ya que expresamente el art. 8 del PSCRJ posee una cláusula abierta al expresar que las garantías se aplicarán a las materias civiles, laborales, penales y de cualquier otra naturaleza. Esta expresión es la que ha permitido acertadamente a la Corte IDH entender que dichas garantías son atraídas por ante cualquier proceso judicial en que se determinen derechos y obligaciones con independencia de la materia y su regulación en el sistema interno.

La Corte IDH en este punto se muestra coherente en ampliar derechos y garantías bajo la premisa general de que estos no pueden estar limitados o subordinados a cuestiones organizacionales internas del poder. Excluir de la aplicación del orden de las garantías a determinada actividad estatal bajo la excusa de ser materia penal, administrativa, civil, laboral, ambiental, de la seguridad social, entre otras posibles de enunciar, importaría contrariar la letra y espíritu del PSJCR.

También, la Corte IDH, ha construido su idea de la inoponibilidad de la organización del poder interno estatal frente a la vigencia de los derechos fundamentales y sus garantías. Ha explicado que el Estado parte no puede alegar razones de derecho interno para dejar de tomar medidas firmes, concretas y efectivas en cumplimiento de las medidas ordenadas ni alegar la descoordinación entre autoridades federales y provinciales para evitar la ocurrencia de nuevas violaciones.

La unidad del obligado internacional impone relativizar la multiplicidad federal porque más allá de la estructura unitaria o federal, del Estado parte en el PSJCR, ante la jurisdicción internacional es el Estado como tal el que comparece ante los órganos de supervisión de aquel tratado y es este el único obligado a adoptar las medidas. La falta de adopción por el Estado de las medidas compromete la responsabilidad internacional del mismo<sup>360</sup>. Y ello es coherente en la sistemática internacional ya que el objetivo convencional

---

<sup>360</sup>Corte IDH, 30/03/2006, “*Las Penitenciarías de Mendoza*”, Resolución de Medidas Provisionales.

es asegurar el goce uniforme –evitando tratos diversos- de la sustancia de los derechos fundamentales.

La multiplicidad de regulaciones propia del federalismo parece encontrar un límite en la necesidad de nivelar las materias que involucren a esos derechos fundamentales. La distribución territorial del poder puede explicar la articulación de competencias entre las distintas jurisdicciones internas, más carece de aptitud alguna para justificar tratos diferenciales entre personas del mismo Estado en lo que a los estándares mínimos de derechos refiere.

En suma, es inoponible a la vigencia y eficacia del sistema de derechos humanos y en particular de los efectos del art. 8 tanto la distribución territorial del poder como, en aquello que hace a la justicia, la división en materias bajo las cuales se conocen y resuelven las causas el poder judicial.

En un segundo momento de la evolución esta visión ampliada, aunque acotada a espacios orgánicamente judiciales, cederá y se abrirá hacia una nueva e interesante discusión en el mundo de los derechos humanos: la aplicación a espacios externos a lo orgánico judicial, con independencia de la sustancia del derecho afectado, como son a los sectores materialmente judiciales, las Administraciones Públicas, los tribunales especiales constitucionales, políticos y en general a toda otra actividad de la autoridad pública que esencialmente determine derechos y obligaciones. En este último aspecto, la aplicación del art. 8 del PSJCR a todas las materias y respecto a todas las autoridades públicas en la medida que se trate de una actividad estatal que determine derechos y obligaciones, es una interpretación coherente en la mirada de los derechos y el poder por parte de la Corte IDH.

Y aparece así impactado el procedimiento interno de las Administraciones Públicas el cual habrá de ser una expresión del art. 8 del PSJCR, esto es un actuar administrativo que se resuelva dentro de los bordes de la tutela administrativa efectiva.

La Corte IDH<sup>361</sup> ha confirmado una vez más su posición en el tema al explicar:

“Si bien el art. 8 de la Convención Americana se titula “Garantías Judiciales”, su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, “sino el

---

<sup>361</sup> Corte IDH, “*Del Tribunal Constitucional (Camba Campos y Otros)*”, op. cit.

conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales” a efecto de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos. Ya la Corte ha dejado establecido que a pesar de que el citado art. no especifica garantías mínimas en materias que conciernen a la determinación de los derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter, el elenco de garantías mínimas establecido en el numeral 2 del mismo precepto se aplica también a esos órdenes y, por ende, en ese tipo de materias el individuo tiene también el derecho, en general, al debido proceso que se aplica en materia penal. De conformidad con la separación de los poderes públicos que existe en el Estado de Derecho, si bien la función jurisdiccional compete eminentemente al Poder Judicial, otros órganos o autoridades públicas pueden ejercer funciones del mismo tipo. Es decir, que cuando la Convención se refiere al derecho de toda persona a ser oída por un “juez o tribunal competente” para la “determinación de sus derechos”, esta expresión se refiere a cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas. Por la razón mencionada, esta Corte considera que cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal en los términos del art. 8 la Convención Americana.”

En aquello que se refiere a la actividad de las Administraciones Públicas se encuentran eclipsadas por la plena y directa aplicación tanto al asunto administrativo tramitado por ante ellas, como al posterior caso judicial, del elenco de garantías del art. 8vo del PSJCR. Ello se desprende certeramente de la letra del PSJCR, así como de la propia jurisprudencia ya consolidada en este punto por parte de la Corte IDH según venimos exponiendo.

La justicia de los derechos humanos del PSJCR ha consolidado aquella idea nacida del principio evolutivo interpretativo de llevar a la zona de las Administraciones Públicas la aplicación de las garantías del art. 8. Estas han avanzado en los regímenes latinoamericanos hacia la mayor intervención en los derechos ciudadanos; parece por ello lógico y acertado requerir la necesaria vigencia del debido proceso legal en la toma de decisiones administrativas en sentido amplio.

Esta afirmación no es menor por doble razón.

En primer término, cabe recordar una vez más que las Administraciones Públicas en Latinoamérica poseen, por lo general, una fuerte presencia en la vida ciudadana y frecuentemente los derechos de las personas se ven afectados directa o indirectamente por la actividad administrativa. Ello es producto del fuerte presidencialismo, tal como lo hemos expuesto, antes que parlamentarismo vigente en la mayoría de los países alcanzados por el SIDH. La aplicación de las garantías del PSJCR viene a traducirse en un censor fundamental en el control de las decisiones administrativas y por consiguiente un límite imprescindible en el ejercicio del poder.

En segundo orden, por la incorporación a diversos sistemas Latinoamericanos del denominado recurso directo, esto es el control judicial de las decisiones administrativas depositado en una segunda instancia y bajo el concepto de una revisión más acotada que en el resto de los casos que por regla general se ventilan por ante las primeras instancias y con control judicial pleno. En estos casos, la doble instancia judicial como garantía debería indicar la necesidad de una tercera instancia que revise el control judicial efectuado por la instancia proveniente vía recurso directo<sup>362</sup>, cosa que a menudo no sucede ya que la tercera instancia y última por lo general lo es excepcionalísima o de resorte de control únicamente constitucional. En estos supuestos pareciera operar la actividad llevada a cabo en sede de las Administraciones Públicas como “primera instancia” y ello nos debería obligar a repensar el transitar por el ámbito administrativo bajo los principios de imparcialidad e independencia<sup>363</sup>

---

<sup>362</sup> En la materia recomendamos la obra de FEDRIANI, Pablo Gallegos, *"Recursos directos. Aspectos sustanciales y procesales"*, colección Thesis, Ed. RAP, Bs.As. 2008.

<sup>363</sup> La Corte IDH ha explicado el alcance de la independencia especialmente en perspectiva judicial en el caso *"Del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros)"*, op. cit. "(...) En efecto, en el caso Reverón Trujillo Vs. Venezuela, el Tribunal señaló que el derecho a un juez independiente consagrado en el art. 8.1 de la Convención solo implicaba un derecho del ciudadano de ser juzgado por un juez independiente. Sin perjuicio de ello, es importante señalar que la independencia judicial no sólo debe analizarse en relación con el justiciable, dado que el juez debe contar con una serie de garantías que hagan posible la independencia judicial. La Corte considera pertinente precisar que la violación de la garantía de la independencia judicial, en lo que atañe a la inamovilidad y estabilidad de un juez en su cargo, debe analizarse a la luz de los derechos convencionales de un juez cuando se ve afectado por una decisión estatal que afecte arbitrariamente el período de su nombramiento. En tal sentido, la garantía institucional de la independencia judicial se relaciona directamente con un derecho del juez de permanecer en su cargo, como consecuencia de la garantía de inamovilidad en el cargo. Finalmente, la Corte ha señalado que el ejercicio autónomo de la función judicial debe ser garantizado por el Estado tanto en su faceta institucional, esto es, en relación con el Poder Judicial como sistema, así como también en conexión con su vertiente individual, es decir, con relación a la persona del juez específico. El Tribunal estima pertinente precisar que la dimensión objetiva se relaciona con aspectos esenciales para el Estado de Derecho, tales como el principio de separación de poderes, y el importante rol que cumple la función judicial en una democracia. Por ello, esta dimensión objetiva trasciende la figura del juez e impacta colectivamente en toda la sociedad. Asimismo, existe una relación directa entre la dimensión objetiva de la independencia judicial y el

a fin de que la misma comporte una instancia neutral que controle y revise la afectación a los derechos en su propia sede.

Ello impone pensar en un nuevo diseño institucional de nuestras Administraciones Públicas.<sup>364</sup>

Pero en lo específico de aquello que nos interesa en la presente investigación, supone expresar las Administraciones Públicas tanto su actividad como el procedimiento impugnatorio ante sí bajo la expresión de la tutela administrativa efectiva.

### III.2.6.1.- La tutela administrativa efectiva en siete afirmaciones

1. De acuerdo con el art. 8 del PSJCR, al sustanciarse cualquier tipo de proceso o actuación, la persona afectada tiene derecho a contar con una red de garantías mínimas que pueden dividirse en procedimentales (ser oído con las debidas garantías en un plazo razonable) y orgánicas (quien oye a la persona en ese trámite compuesto por las debidas garantías y llevado adelante con una duración razonable debe ser imparcial, independiente y encontrarse dotado de competencia con anterioridad al nacimiento del caso). Es aplicable a las Administraciones Públicas.

2. El texto del art. 8 no da lugar a las polémicas que sí se han generado en Europa en relación al tipo de derechos tutelados por la directiva del debido proceso, pues la primera sección de esa disposición presenta como particularidad una cláusula residual que, luego de aludir a materias laborales o fiscales, reconduce su ámbito a la protección de cualquier derecho. Esta forma de delimitar el espectro de cada garantía se advierte también en los arts.

---

derecho de los jueces a acceder y permanecer en sus cargos en condiciones generales de igualdad, como expresión de su garantía de estabilidad. Teniendo en cuenta los estándares señalados anteriormente, la Corte considera que: i) el respeto de las garantías judiciales implica respetar la independencia judicial; ii) las dimensiones de la independencia judicial se traducen en el derecho subjetivo del juez a que su separación del cargo obedezca exclusivamente a las causales permitidas, ya sea por medio de un proceso que cumpla con las garantías judiciales o porque se ha cumplido el término o período de su mandato, y iii) cuando se afecta en forma arbitraria la permanencia de los jueces en su cargo, se vulnera el Derecho a la independencia judicial consagrado en el art. 8.1 de la Convención Americana, en conjunción con el derecho de acceso y permanencia en condiciones generales de igualdad en un cargo público, establecido en el art. 23.1.c de la Convención Americana.”

<sup>364</sup> RODRIGUEZ ARANA-MUÑOZ se ha ocupado temprana y profundamente sobre el tema de la buena administración y del buen gobierno dentro de una nueva mirada de las Administraciones Públicas y la gestión del bien común; ver por todos sus trabajos: “*El Buen Gobierno y la Buena Administración de Instituciones Públicas*”, op. cit.

10 y 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos<sup>365</sup>, marcando la diferencia con el PIDCP, seguido en este punto por el art. 6 del TEDH, que introduce en su art. 14 la calificación “civil” al referirse al tipo de obligaciones en cuya determinación deben resguardarse las garantías allí previstas.

3. La norma regional americana que en una lectura literal aparentaba la aplicación del elenco de garantías tan sólo a las relaciones entre el individuo y el Estado en el ámbito de un proceso judicial, por medio de la correcta interpretación evolutiva del precepto adquirió una nueva dimensión: la intención mínima –el piso- de los redactores fue asegurar el acceso a la justicia, pero hoy la protección debe extenderse a otros ámbitos de actuación del poder cuyas decisiones poseen incidencia directa en el goce de los derechos allí reconocidos. El principio evolutivo traccionó hacia la aplicación directa en el ámbito de las Administraciones Públicas las garantías del art. 8 bajo el nombre de tutela administrativa efectiva.

4. El estándar interpretativo que sintetiza este enfoque ha sido consagrado con extrema lucidez por la Corte IDH tal como hemos dicho al sostener que el art. 8– pese a titularse garantías judiciales–: “(...) se aplica al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales, cualesquiera que ellas sean, a efecto de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos.”<sup>366</sup>

En efecto, si bien inicialmente la aplicación del art. 8 se extendió al caso de ejercicio de facultades materialmente jurisdiccionales<sup>367</sup> la Corte IDH siguió avanzando, y llegó al punto actual de su evolución, en el cual aplica directamente esa norma ante el ejercicio de funciones materialmente administrativas.<sup>368</sup>

---

<sup>365</sup> Art. 10: “Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal” y Art. 11: “1. Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa. 2. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito.”

<sup>366</sup> Corte IDH, “*Baena, Ricardo y otros*”, op. cit.; Corte IDH, “*Tribunal Constitucional*”, op. cit.

<sup>367</sup> Corte IDH, “*Tribunal Constitucional*”, op. cit.

<sup>368</sup> Corte IDH, 19/09/2006, “*Claude Reyes y Otros vs. Chile s/ Fondo, Reparaciones y Costas*”.

Este hito evolutivo se resume como hemos explicado en que: “(...) las garantías mínimas deben respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier otro procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas”<sup>369</sup> porque las Administraciones Públicas no están relevadas del deber que para el Estado supone el derecho humano de obtener todas las garantías que permitan alcanzar decisiones justas.

5. De esta manera, al no presentarse la limitación en el texto respecto del tipo de derechos protegidos, y sorteada la inicial restricción de su vigencia al plano judicial, el art. 8 del PSJCR se nos muestra como el catálogo de garantías básicas exigible en el desarrollo de cualquier actuación estatal que pueda afectar cualquier derecho.

6. El acto de definición de derechos u obligaciones, cualquiera sea la autoridad de la cual emane, atrae irremediabilmente en su plenitud la aplicación directa de las garantías del art. 8. Cualquier autoridad pública se encuentra obligada a acatarlas siempre que su decisión conlleve definir el derecho de los solicitantes, o las obligaciones de las personas. Las Administraciones Públicas deben instrumentar procedimientos internos orgánicos a fin de asegurar efectivamente la vigencia de este estándar ante cualquier actuación que implique dicha afectación de derechos y obligaciones en el marco de los derechos especialmente protegidos por el PSJCR.

7. La tutela administrativa efectiva es una garantía *ius* fundamental que no puede ser suspendida ni en tiempos de emergencia. Es que es una expresión del derecho al recurso, en sentido evolutivo; por ende no puede ser suspendido en etapas de emergencias.<sup>370</sup>

---

<sup>369</sup> Corte IDH, “*Baena, Ricardo y Otros*”, op. cit.

<sup>370</sup> “El artículo 25.1. de la Convención contempla la obligación de los Estados Partes de garantizar, a todas las personas bajo su jurisdicción, un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales. La existencia de esta garantía “constituye uno de los pilares básicos, no sólo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática”. Lo contrario, es decir, la inexistencia de tales recursos efectivos, coloca a una persona en estado de indefensión. (...) Adicionalmente, el artículo 25 de la Convención se encuentra íntimamente ligado con las obligaciones generales contenidas en los artículos 1.1 y 2 de la misma, las cuales atribuyen funciones de protección al derecho interno de los Estados Partes, de lo cual se desprende que el Estado tiene la responsabilidad de diseñar y consagrar normativamente un recurso eficaz, así como la de asegurar la debida aplicación de dicho recurso por parte de sus autoridades judiciales” (CIDH, 24/08/2010, “*Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*”). Esta afirmación que efectuamos se encuentra en concordancia con lo afirmado por la Corte IDH al expresar “(...) Relacionado el art. 8 con los arts. 7.6, 25 y 27.2 de la Convención, se concluye que los principios del debido proceso legal no pueden suspenderse con motivo de las situaciones de excepción en cuanto constituyen

### III.2.6.2.- Tutela administrativa efectiva y debido proceso

Tematizar a la tutela administrativa efectiva implica aceptar la trascendencia de revalorizar el papel del procedimiento administrativo como instrumento de toma de decisiones estatales y en su dimensión impugnatoria.

Como tempranamente sostuvo Cassagne:

“(…) no obstante la similitud que guardan las garantías constitucionales clásicas con la tutela judicial efectiva, esta última como aconteció con la garantía constitucional innominada del debido proceso adjetivo, se caracteriza por su mayor amplitud no sólo en el plano garantístico sino también en cuanto a la protección del interés general en procurar una buena Administración proyectándose también al procedimiento administrativo”<sup>371</sup>.

En efecto, pareciera, en algún punto que la teoría tradicional del procedimiento administrativo impugnatorio en especial se ha desarrollado en torno a los mecanismos de preparación del conflicto judicial, es decir, de los instrumentos de control a *posteriori* de lo actuado por las Administraciones Públicas. Es por ello por lo que las vías impugnatorias y reclamatorias, el agotamiento de la vía administrativa y, en general, los condicionantes de la habilitación de la instancia judicial han sido los protagonistas en esta materia.

Sin embargo, el abordaje de este instituto no debe quedar acotado a posibilitar el control posterior de las decisiones ya adoptadas. Por el contrario, se trata de condicionar a priori el modo en que se toman las resoluciones administrativas, esto es, de fijar mecanismos de prevención a posibles afectaciones no permitidas a los derechos.

Ello sin dejar de lado que la finalidad principal en abstracto, de ese procedimiento impugnatorio, es la correcta gestión de los asuntos administrativos desde la organización vertical y piramidal de la burocracia administrativa. Insistimos, al menos desde la teoría, que la instancia administrativa interna tiene el sentido de la revisión – a fin de revocar o confirmar – de la decisión administrativa hasta por la máxima autoridad de las Administraciones Públicas. Pese a ello, la realidad es que este procedimiento impugnatorio en la mayoría de los países con regímenes presidencialistas fuertes, se ha convertido en un

---

condiciones necesarias para que los instrumentos procesales, regulados por la Convención, puedan considerarse como garantías judiciales” – OC. 9/87, 06/10/1987, “*Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (Arts. 27., 25 y 8 Convención Americana s/ Derechos Humanos)*”, Solicitada por el Gobierno de la República Oriental del Uruguay, párr. 30.

<sup>371</sup> CASSAGNE, Juan Carlos, “*La Justicia Administrativa en Iberoamérica*”, op. cit., pág. 49.

simple mecanismo formal para lograr llegar a la instancia judicial. Para desde allí lograr la revisión y control de una decisión administrativa por un tercero ajeno a la relación Administraciones Públicas - ciudadanía.

Más allá de ello, es importante destacar que este cambio de enfoque que genera la tutela administrativa efectiva provoca que el procedimiento administrativo tenga una relevancia constitucional propia y no meramente accesoria de la llegada al juez, y que por ello sea necesario enfrentarlo al sistema de garantías instituido por los pactos internacionales.

No se trata solamente de encontrar la protección de esas garantías en el juez, sino de establecer mecanismos de acción que aseguren la validez convencional de la decisión de modo directo, de indagar en las formas necesarias para sujetar a priori la acción administrativa a las obligaciones estatales internacionales. Esta es la expresión preventiva ya referida de las Administraciones Públicas, cuya aplicación convencional se logra mediante la tutela administrativa efectiva como aplicación concreta del control de convencionalidad en el ámbito propio de estas. La realización del deber de garantía aparece nítido.

Las Administraciones Públicas deben tener un papel propio en esta materia y es a partir de la noción de tutela administrativa efectiva que debemos idear el modo de adopción de la decisión administrativa. Las modalidades aplicables en ese campo adquieren su entidad característica y nos obligan a procurar salidas nuevas desde principios tales como la transparencia, la participación ciudadana, la intervención multilateral en la definición de políticas públicas y, en fin, todas aquellas formas que permitan el mayor grado de aportes antes de decidir.

¿Significa esto debilitar el control judicial? De ningún modo. Se trata en realidad de obtener una actuación oficiosa de las Administraciones Públicas en la defensa de los derechos respaldada por una tutela judicial efectiva de aquello que operará solamente cuando la tutela administrativa haya fallado. Aquí nuevamente la faz preventiva de las Administraciones Públicas se hace presente.

Esa actuación preventiva debe ser abordada desde dos frentes:

a) El cambio conceptual, cultural, si se quiere de la acción administrativa, esto es, la actuación de todos los agentes desde una perspectiva diferente a la actual respecto de las finalidades propias de esa organización y,

b) El cambio procedimental para la toma de decisiones.

La formación de la decisión administrativa debe rodearse de directivas, tanto interpretativas como normativas, que tiendan a la tutela efectiva, adecuándose las pautas procedimentales y las reglas de gestión. Esto es posible y convencionalmente exigible a partir de los criterios evolutivos de la Corte IDH que han logrado establecer la vigencia y eficacia del sistema de derechos humanos. En particular los efectos del art. 8 y sus efectos más allá del modelo de distribución territorial interna del poder y de la propia organización de la justicia con los alcances que Gordillo<sup>372</sup> explica, en división de materias bajo las cuales se conocen y resuelven las causas en el poder judicial.

Determinadas garantías contenidas en los tratados de derechos humanos y generalmente reconocidas en diversas constituciones son especialmente preferidas por el moderno constitucionalismo. Comportan quizás la explicación misma del sistema moderno de derecho, una suerte de núcleo duro de la protección y promoción de los derechos, las libertades, la igualdad y la solidaridad de las personas.<sup>373</sup>

El debido proceso es una de las preferidas, de entre ellas. En realidad, desde nuestra conceptualización es algo más que una garantía el debido proceso, ya que en sentido general ella constituye en sí mismo un principio general del derecho: el debido proceso como principio general del derecho constitucionalizado e internacionalizado impone sus consecuencias tanto ante la comunidad internacional como internamente ante cada Estado.

Enunciarlo de tal forma permite separarlo de aquellas miradas que desde el positivismo exagerado solo ven aquello que se encuentra regulado como única fuente de invocación posible de reglas para la aplicación e interpretación del derecho.

---

<sup>372</sup> “(...) al tiempo de discutir los alcances del valor del acceso a la justicia como valor internacionalmente aceptado y sus vinculaciones con las Administraciones Públicas insistía en el contenido mínimo del mismo: Mecanismo que asegure el carácter imparcial e independiente al tiempo de dictar una decisión suficientemente fundada que tenga razonable sustento de derecho y que sostenga el control judicial”. GORDILLO, Agustín, “*Los tribunales administrativos como alternativa a la organización administrativa*”, en [http://www.gordillo.com/pdf\\_tomo11/secc4/lostribunales.pdf](http://www.gordillo.com/pdf_tomo11/secc4/lostribunales.pdf) última consulta 02/09/2020.

<sup>373</sup> En estos temas es obligada la referencia a BANDEIRA DE MELLO, C., “*Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais*”, Ed. Malheris Editores, Brasil, 2010.

Cabe recordar que el debido proceso como garantía constitucional en las actuales democracias importa una serie de condicionantes al ejercicio del poder<sup>374</sup>: deber de escuchar a los posibles afectados en una medida de gobierno, acceso a la información, mayores y crecientes niveles de participación, influencia concreta por mecanismos idóneos en las agendas de gobierno desde la opinión consultada, control social efectivo, deber de fundar toda decisión de poder, reconocimiento del derecho de toda persona a peticionar y consiguiente obligación de responder, impregnación constitucional en todo el obrar estatal, efectiva vigencia de la garantía de la jurisdicción materialmente constitucional – judicial o no -, entre otras posibles de indicar.<sup>375</sup>

Pero este no es el objeto principal de nuestra investigación, sino más bien la perspectiva individual de dicha garantía, es decir el mecanismo por el cual se resguarda la vigencia y eficacia de determinados derechos inherentes a la dignidad de las personas. Especial atención prestamos aquí a la tutela administrativa efectiva en tanto garantía en la actuación administrativa ante una decisión estatal que determina derechos y obligaciones en asuntos especialmente protegidos por el SIDH. Todo ello por fuera de los espacios penales y dentro de un concepto amplio de autoridad pública y no tan solo del poder judicial.

En tal línea de trabajo cabe recordar que los tratados de derechos humanos, y en especial sus diversas garantías, han tenido al principio mayormente evolución desde el campo de la ciencia del derecho penal, y una suerte de indiferencia exhibida por parte de las otras ramas del derecho. Ello así quizás por ser el poder punitivo penal del Estado una suerte de zona crítica de los derechos humanos como se ha indicado generalmente. De allí el énfasis en especial que se le ha brindado al tema de las garantías en el área del derecho penal. En tal perspectiva, las garantías contenidas en el denominado debido proceso desde el SIDH fueron, sin dudas, extensa y provechosamente abordadas por el derecho penal.

Si bien el camino recorrido ha sido bien utilizado por otras ramas del derecho, es sabido por todos que en una correcta mirada normativa y hermenéutica los tratados de derechos humanos importan obligaciones estatales a favor de las personas mediante el deber de hacer, remover, preservar y promover determinado piso mínimo del contenido de los

---

<sup>374</sup> Sugerimos una lectura detenida de los distintos aportes efectuados en estos temas en VALIM-MALHEIROS-BACARICA, (Coord.), *“Acceso á informação pública”*, Ed. Forum, Belo Horizonte, 2015.

<sup>375</sup> Ver nuestra opinión sobre estos temas en GUTIÉRREZ COLANTUONO, P., *“El control social”*, RAP XXXIV-403, Nro. Especial, IV Congreso Internacional de Derecho Disciplinario y II Jornadas Provinciales de Control Público, Buenos Aires, 12 y 13 de abril 2012.

derechos y la efectiva vigencia de las garantías que los preservan y hacen efectivos. Sin distinción alguna ya que la centralidad de la dignidad de la persona es la base antropológica del sistema de derechos humanos y, por consiguiente, de las regulaciones constitucionales estatales internas.

Tal como afirma Bacellar Filho “(...) la base antropológica común que fluye de la Constitución: el principio de dignidad del ser humano, principal justificación para la existencia de cualquier norma”, este valor atraviesa transversalmente a todas las ramas del derecho.<sup>376</sup>

Si bien en tiempos anteriores se ha utilizado el razonamiento de extender por traspolación desde el derecho penal hacia otra rama – por ejemplo, el derecho sancionador administrativo<sup>377</sup> - el conjunto de garantías construidas en el derecho penal, actualmente no existen dudas en que ellas son propias de cualquier sistema constitucional de derechos<sup>378</sup>.

Es importante destacar que la Corte IDH en el caso “*Del Tribunal Constitucional (Camba Campos y Otros) vs. Ecuador*”<sup>379</sup> tuvo oportunidad de ratificar su postura en materia de debido proceso en ámbitos administrativos y materialmente judiciales y no tan solo en el ámbito del poder judicial<sup>380</sup>:

---

<sup>376</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe, “*Reflexoes sobre Direito Administrativo*”, Ed. Fòrum Belo Horizonte, 2009, pág. 19.

<sup>377</sup> Por dar un ejemplo, “la reiterada doctrina de este Tribunal, desde la STC 18/1981, de 8 de junio (FJ 2), que ha declarado, no solo la aplicabilidad a las sanciones administrativas de los principios sustantivos derivados del art. 25.1 CE, considerando que los principios inspiradores del orden penal son de aplicación con ciertos matices al Derecho Administrativo sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado, sino que también ha proyectado sobre las actuaciones dirigidas a ejercer las potestades sancionadoras de la Administración las garantías procedimentales ínsitas en el art. 24.2 CE, no mediante su aplicación literal, sino en la medida necesaria para preservar los valores esenciales que se encuentran en la base del precepto. Ello, como se ha afirmado en la STC 120/1996, de 8 de julio (FJ 5), constituye una inveterada doctrina jurisprudencial de este Tribunal y, ya, postulado básico de la actividad sancionadora de la Administración en el Estado social y democrático de Derecho” - STC español, 24/03/2003, 54/2003, (RTC 2003/54).

<sup>378</sup> Sobre el marco general posible del nuevo orden de discusión en temas constitucionales, nos permitimos sugerir la lectura LORENZETTI, Ricardo Luís, “*Teoría de la decisión judicial*”, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2006.

<sup>379</sup> Corte IDH, “*Del Tribunal Constitucional (Camba Campos y Otros)*”, op. cit.

<sup>380</sup> Tal como hemos expuesto, esto posee innegables proyecciones en el campo del Derecho Administrativo, más aún en aquellos países en los cuales el tránsito en la sede administrativa es obligatorio y sujeto a determinadas condiciones para luego acceder a la protección de sus derechos ya en el ámbito estrictamente judicial. A propósito, cabe recordar que la garantía de recurrir, en sede de las propias Administraciones Públicas sus decisiones, es una herramienta ciudadana que permite ejercer el control social sobre aquellas y no tan solo promover y proteger los derechos individuales en el asunto administrativo concreto. Es un espacio institucional para prevenir posibles conflictos y

“La Corte se ha pronunciado sobre las garantías judiciales respecto al proceso de destitución de magistrados de un Tribunal Constitucional en el marco de un juicio político llevado a cabo por el Congreso solo en el caso Tribunal Constitucional Vs. Perú. La Corte ratifica los siguientes criterios mencionados en dicho caso. 68.El respeto a los derechos humanos constituye un límite a la actividad estatal, lo cual vale para todo órgano o funcionario que se encuentre en una situación de poder, debido a su carácter oficial, respecto de las demás personas. Es, así, ilícita, toda forma de ejercicio del poder público que viole los derechos reconocidos por la Convención. Esto es aún más importante cuando el Estado ejerce su poder sancionatorio, pues éste no solo presupone la actuación de las autoridades con un total apego al orden jurídico, sino implica además la concesión de las garantías mínimas del debido proceso a todas las personas que se encuentran sujetas a su jurisdicción, bajo las exigencias establecidas en la Convención”.

En el párrafo citado se reafirma que el ejercicio de la función pública tiene como límite los derechos humanos como atributos inherentes a la dignidad de la persona y, en consecuencia, superiores al poder del Estado<sup>381</sup>. En especial, que en el ejercicio del poder sancionatorio las autoridades deben garantizar el debido proceso. En otras palabras, todas las autoridades estatales deben actuar conforme al orden público.

Continúa:

“Si bien el artículo 8 de la Convención Americana se titula “Garantías Judiciales”, su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, “sino el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales” a efecto de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos.”

En este estadio del análisis establece la extensión de las garantías del debido proceso judicial a los procesos y procedimientos administrativos. Las personas cuentan con garantías procedimentales con el objeto de obtener decisiones justas.

“Ya la Corte ha dejado establecido que a pesar de que el citado artículo no especifica garantías mínimas en materias que conciernen a la determinación

---

resolver controversias entre los derechos ciudadanos y el poder – competencias públicas - generalmente sin patrocinio letrado y sin mayores formalismos.

<sup>381</sup> Caso, Corte IDH, “*Velásquez Rodríguez*”, op. cit., párr. 165.

de los derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter, el elenco de garantías mínimas establecido en el numeral 2 del mismo precepto se aplica también a esos órdenes y, por ende, en ese tipo de materias el individuo tiene también el derecho, en general, al debido proceso que se aplica en materia penal.”

Aclara que las garantías no son solo para el proceso penal, sino que se aplican también en las demás materias: civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter, donde corresponde incluir a la administrativa.

“De conformidad con la separación de los poderes públicos que existe en el Estado de Derecho, si bien la función jurisdiccional compete eminentemente al Poder Judicial, otros órganos o autoridades públicas pueden ejercer funciones del mismo tipo. Es decir, que cuando la Convención se refiere al derecho de toda persona a ser oída por un “juez o tribunal competente” para la “determinación de sus derechos”, esta expresión se refiere a cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas. Por la razón mencionada, esta Corte considera que cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal en los términos del artículo 8 de la Convención Americana (...).”

Precisa que el debido proceso no se aplica solo a jueces y tribunales judiciales, sino que las garantías deben ser observadas en los distintos procesos y/o procedimientos en los que los órganos estatales adoptan decisiones donde determinan derechos de las personas, como el procedimiento administrativo.

A continuación, con el objeto de ratificar las reglas ya sentadas en el caso “Baena”<sup>382</sup> lo transcribe:

“(...) el caso Baena Ricardo Vs. Panamá se estableció que: La Corte observa que el elenco de garantías mínimas establecido en el numeral 2 del artículo 8 de la Convención se aplica a los órdenes mencionados en el numeral 1 del mismo artículo, o sea, la determinación de derechos y obligaciones de orden “civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”. Esto revela el amplio alcance del debido proceso; el individuo tiene el derecho al debido proceso

---

<sup>382</sup> Corte IDH, “Baena Ricardo y otros”, Op. cit.

entendido en los términos del artículo 8.1 y 8.2, tanto en materia penal como en todos estos otros órdenes. En cualquier materia, inclusive en la laboral y la administrativa, la discrecionalidad de la administración tiene límites infranqueables, siendo uno de ellos el respeto de los derechos humanos. Es importante que la actuación de la administración se encuentre regulada, y esta no puede invocar el orden público para reducir discrecionalmente las garantías de los administrados. Por ejemplo, no puede la administración dictar actos administrativos sancionatorios sin otorgar a los sancionados la garantía del debido proceso. Es un derecho humano el obtener todas las garantías que permitan alcanzar decisiones justas, no estando la administración excluida de cumplir con este deber. Las garantías mínimas deben respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier otro procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas. (...). La justicia, realizada a través del debido proceso legal, como verdadero valor jurídicamente protegido, se debe garantizar en todo proceso disciplinario, y los Estados no pueden sustraerse de esta obligación argumentando que no se aplican las debidas garantías del artículo 8 de la Convención Americana en el caso de sanciones disciplinarias y no penales. Permitirle a los Estados dicha interpretación equivaldría a dejar a su libre voluntad la aplicación o no del derecho de toda persona a un debido proceso”.

Es entonces desde estos casos, “*Tribunal Constitucional vs. Perú*”<sup>383</sup> y “*Baena*”<sup>384</sup>, a través de los cuales la Corte IDH lanzó fuertemente una interpretación evolutiva del art. 8 que alumbró la creación de esta nueva garantía: la tutela administrativa efectiva.

En síntesis, la tutela administrativa efectiva en tanto evolución de la tutela judicial efectiva como dimensiones del debido proceso con sus respectivas sub garantías que lo integran son inherentes al sistema y no a una rama del derecho: se aplican en la toma de decisión, y su posterior control de cualquier naturaleza de la actividad de autoridad estatal que determine derechos y obligaciones.

---

<sup>383</sup> Corte IDH, “*Tribunal Constitucional vs. Perú*”, op. cit.

<sup>384</sup> Corte IDH, “*Baena Ricardo y otros*”, op. cit.

### III.2.6.3.- La tutela administrativa efectiva como expresión de la prevención

La Corte IDH, como hemos expuesto, ha establecido que el deber de prevención abarca todas aquellas medidas de carácter político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito que, como tal, es susceptible de acarrear sanciones para quien las cometa, así como la obligación de indemnizar a las víctimas por sus consecuencias perjudiciales.<sup>385</sup>

Las Administraciones Públicas tienen el deber de adoptar medidas de prevención como expresión de ese deber de garantía<sup>386</sup>. Estas cumplen un papel fundamental tuitivo en la prevención y protección de los derechos humanos.

Ello convive con otra realidad: los fuertes presidencialismo que generan una presencia importante de la actividad administrativa en el orden de la vida cotidiana de la ciudadanía, en las actividades económicas, productivas, sociales, culturales, deportivas, científicas e innovativas, entre muchas de las que son posible de nombrar.

La tutela administrativa efectiva importa la directa interdicción de la arbitrariedad desde lo procedimental en la construcción y exteriorización de la voluntad administrativa.

Pero a su vez es esta una herramienta a través de la cual se efectiviza el control de convencionalidad interno ya que es ella misma fruto de la interpretación evolutiva de la Corte IDH, por una parte. Por otra parte, comporta una garantía de quién solicita y /o impugna ante las propias Administraciones Públicas. Su participación habrá de ser expresión adecuada al debido derecho a ser oído, peticionar, ofrecer y producir pruebas, que estas sean valoradas y finalmente que la decisión que se adopta sea suficientemente motivada y justa en términos de los derechos fundamentales<sup>387</sup>. Y todo ello dentro de un plazo razonable, sobre el cual la Corte IDH ha explicado:

“La Corte reitera que, para determinar la razonabilidad del plazo se debe tomar en cuenta la afectación generada por la duración del procedimiento en la situación jurídica de la persona involucrada en el mismo, considerando, entre otros elementos, la materia objeto de controversia. En este sentido, este Tribunal ha establecido que, si el paso del tiempo incide de manera relevante

---

<sup>385</sup> Corte IDH, “González y otras (“Campo Algodonero”)”, op. cit., párr. 252.

<sup>386</sup> Corte IDH, “Masacre de Pueblo Bello”, op. cit., Serie C Nro. 140, párr. 123.

<sup>387</sup> Por solo indicar uno de los tantos aspectos que podemos señalar: el plazo razonable.

en la situación jurídica del individuo, resultará necesario que el procedimiento avance con mayor diligencia a fin de que el caso se resuelva en un tiempo breve”<sup>388</sup>.

Es el deber de mayor diligencia el estándar exigible en estos supuestos y aquello que determinará finalmente la infracción o no a determinadas obligaciones internacionales asumidas respecto de los procedimientos y procesos internos tanto administrativos como judiciales.

En palabras de la Corte IDH:

“La Corte reitera que, para determinar la razonabilidad del plazo se debe tomar en cuenta la afectación generada por la duración del procedimiento en la situación jurídica de la persona involucrada en el mismo, considerando, entre otros elementos, la materia objeto de controversia. En este sentido, este Tribunal ha establecido que, si el paso del tiempo incide de manera relevante en la situación jurídica del individuo, resultará necesario que el procedimiento avance con mayor diligencia a fin de que el caso se resuelva en un tiempo breve.”<sup>389</sup>

Pero todo lo aquí citado respecto del plazo razonable no es más que un ejemplo de aquello que venimos sosteniendo en la diversidad dentro de la unidad. Lo importante es pensar en el “paso por las Administraciones Públicas” desde una mirada integral de los mecanismos tuitivos de protección de los derechos fundamentales y no desde la mecánica estatal formal. Ello nos permite, incluso, analizar el tránsito por ante las Administraciones Públicas junto aquel otro del poder judicial todo como una unidad.<sup>390</sup>

Se trata de mirar desde la perspectiva de los derechos las competencias propias de cada poder estatal en la prevención de la posible infracción a determinados deberes asumidos internacionalmente y la realización de los valores comprometidos<sup>391</sup>. Todo ello estructurado como una unidad en la realización, protección y promoción de la dignidad de las personas

---

<sup>388</sup> Corte IDH, “*Furlán vs. Argentina*”, op. cit.

<sup>389</sup> Corte IDH, 22/06/2015, “*Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela*”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.

<sup>390</sup> Si bien esto ha sido sostenido en diversos supuestos tanto por la Corte IDH como por el TEDH respecto al plazo razonable, creemos que estamos frente a una dimensión mayor del tema.

<sup>391</sup> Ampliar en: RODRIGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime; YSERN RIVERO, E., “*El Compromiso Social del Derecho Administrativo*”, Ed. Derecho Público Global, La Coruña, España.

como valor central. La mirada desde los derechos permite sostener una continuidad administrativa-judicial en la adecuación estatal a los deberes en materia de debido proceso.<sup>392</sup>

### III.2.7.- Administraciones Públicas heterogéneas con mecanismos vinculares heterogéneos

Consecuencia de la convencionalidad y constitucionalidad de las Administraciones Públicas es sin dudas un modelo heterogéneo de aquellas con maneras vinculares también heterogéneas.

Existe a nuestro criterio una cierta diversidad que es reconocida en el plano constitucional y convencional, la cual desemboca necesariamente en los 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 Administraciones Públicas han de ser reflejo de estos microsistemas con mecanismos adecuados, de allí que propiciemos el abandono de la denominación “administrados” para indicar a las personas y sus circunstancias en relación a las

---

<sup>392</sup> La Corte IDH se ha expedido sobre los alcances concreto del control judicial suficiente en dimensión de decisiones administrativas previas: “Este Tribunal se referirá a algunos factores relevantes tratándose de casos como el presente, en donde se somete a los órganos judiciales el conocimiento de una decisión administrativa previa que se alega violatoria de los derechos de una presunta víctima. Para ello, la Corte toma en cuenta el desarrollo jurisprudencial realizado por la Corte Europea de Derechos Humanos sobre esta materia. Al respecto, el Tribunal considera que resulta importante analizar factores tales como: a) la competencia del órgano judicial en cuestión; b) el tipo de materia sobre la cual se pronunció el órgano administrativo, teniendo en cuenta si esta involucra conocimientos técnicos o especializados; c) el objeto de la controversia planteado ante el órgano judicial, lo cual incluye los alegatos de hecho y de derecho de las partes, y d) las garantías del debido proceso ante el órgano judicial. Sobre esto último, la Corte ha establecido, a través de su jurisprudencia reiterada, que para que se preserve el derecho a un recurso efectivo, en los términos del artículo 25 de la Convención, es indispensable que dicho recurso se tramite conforme a las reglas del debido proceso, consagradas en el art. 8 de la Convención. Este Tribunal coincide con la Corte Europea, en términos generales, en entender que existe una revisión judicial suficiente cuando el órgano judicial examina todos los alegatos y argumentos sometidos a su conocimiento sobre la decisión del órgano administrativo, sin declinar su competencia al resolverlos o al determinar los hechos. Por el contrario, esta Corte estima que no hay una revisión judicial si el órgano judicial está impedido de determinar el objeto principal de la controversia, como por ejemplo sucede en casos en que se considera limitado por las determinaciones fácticas o jurídicas realizadas por el órgano administrativo que hubieran sido decisivas en la resolución del caso”. - Corte IDH, “*Barbani Duarte y otros*”, op. cit.

Administraciones Públicas<sup>393</sup>. Lo reemplazamos por ciudadanías y Administraciones Públicas, que exterioriza esa heterogeneidad conceptual que percibimos ya no como una construcción académica si no antes bien una exigencia del orden jurídico. Personas antes que masas, ciudadanía antes que administrados.<sup>394</sup>

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 Públicas habrán de construir un sistema organizacional y competencial que refleje ese reconocimiento de 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 importante es que las Administraciones Públicas 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 quién.

---

<sup>393</sup> En otro orden hemos hecho especial énfasis en los desafíos que para el Derecho Administrativo representan algunos temas como son la pobreza y la creciente aglomeración poblacional en espacios urbano. Tal como se ha dicho “(...) parecería estar fuera de discusión que la vida es cada vez más urbana, que las ciudades se vuelven más complejas y que esta es una tendencia que tiende a consolidarse y a crecer. El fenómeno que -según nuestro entender- requiere ser abordado en forma más apremiante es el vinculado a la pobreza extrema, la desigualdad y exclusión estructurales que se presentan en los ámbitos o espacios urbanos informales. Estas situaciones de exclusión estructural producen –ciertamente- violaciones masivas o colectivas a derechos fundamentales, en particular a Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Los conflictos que plantea tal estado de cosas son susceptibles de ser analizados y abordados desde múltiples perspectivas y disciplinas. El derecho, a nuestro entender, tiene para realizar en este ámbito varios aportes. En esa línea, los operadores del derecho debemos contribuir a que la elaboración, implementación y seguimiento de políticas públicas en la materia se realice desde un enfoque de derechos. En segundo lugar, el ordenamiento jurídico debe proveer mecanismos -administrativos y jurisdiccionales- adecuados para la tutela de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados en el ámbito urbano ya sea por ausencia de políticas públicas o por deficiencias en su elaboración o implementación” – PEÑALVA, Gerónimo Leandro, “*Ciudades, Políticas Públicas Urbanas y Derechos*”; Revista Derecho Público-2017-2, “*Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales*”, Ed. Rubinzal Culzoni, Argentina. Para mayor desarrollo del tema sugerimos ver nuestro trabajo GUTIERREZ COLANTUONO, Pablo Ángel, “*El derecho a la ciudad y un anclaje posible desde el Pacto de San José de Costa Rica*”, op. cit.

<sup>394</sup> Es importante destacar la Ley de la Jurisdicción contenciosa administrativa española que habla de personas y no de administrados, incluso realiza una importante distinción de distintos sectores vulnerables y no vulnerables. Ley Nro. 29/1998 España, de 13 de julio, “*Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*”, Publicada en el Boletín Oficial de Estado Nro. 167 el 14/07/1998, texto consolidado julio 2020, <https://www.boe.es/buscar/pdf/1998/BOE-A-1998-16718-consolidado.pdf>, última consulta 01/09/2020.

Reconocernos, conocernos, sensibilizarnos, comprendernos y dialogar son todos gestos verbales que conducen en la libertad democrática de nuestros Estados constitucionales, convencionales y sociales de derecho a menores niveles de injusticia y mayores niveles de igualdad. Aquí, luego, las Administraciones Públicas 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.

No es posible en este punto, entonces, sostener e imaginar organizaciones administrativas que neutralicen la diversidad existente, por el contrario, las deben potenciar. Y este es un mandato jurídico al cual las Administraciones Públicas han de efectivizar con fundamento en su función preventiva ya anunciada.

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 Públicas pensadas y organizadas desde esa heterogeneidad. Con dispositivos heterogéneos y no homogéneos. Es desde esta concepción que los ordenamientos constitucionales y convencionales han delimitado y construido protecciones especiales para consumidores y usuarios; niños, niñas y adolescentes; pueblos indígenas; ambiente incluso con mirada intergeneracional; personas con discapacidad; migrantes; mujeres; personas mayores; personas en situación de pobreza estructural entre otras personas y/o circunstancias especialmente protegidas, incluso con una mirada intersectorial.

La priorización de las políticas públicas para los sujetos de protecciones especiales son una exigencia de un doble orden: ético y jurídico para nuestras Administraciones Públicas.

El plano convencional y constitucional nos determina la dimensión de las políticas públicas y su priorización. Es, en general, en esa priorización que recae la obligación de los Estados de adoptar medidas de acción positiva. Son las personas y determinadas circunstancias propias cuyas tutelas, promociones, protecciones y restituciones de derechos han sido preferidas sobre otros sujetos y circunstancias las que se integran dentro de esa priorización. Todo ello determina un contenido determinado de las agendas públicas, y una nueva manera de transitar y organizarse los espacios de las Administraciones Públicas.

Las acciones positivas entendidas como técnicas de actividad estatal de igualación e intervención en el plano constitucional son demandadas prioritariamente al poder legislativo. Y, en menor intensidad, al resto de los poderes dentro lógicamente de los límites y alcances de sus propias competencias. Ponemos especial énfasis en decir prioritariamente ya que desde la sistemática convencional existe un mandato de deber genérico expresado en el art. 2 del PSJCR. Y este pareciera ampliar ese deber de injerencia estatal positiva a todos los órganos estatales, ya que desde allí poco interesa la asignación territorial y orgánica interna del poder frente a las obligaciones y sus efectividades a las que se han obligado los Estados. Este es el alcance que en nuestro criterio tiene el deber de remover cualquier obstáculo que no efectivice el deber de garantía.

Mirando el fenómeno que describimos desde el sistema argentino y que se repite en casi todos los países pertenecientes al SIDH, se ha brindado nivel constitucional a la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Por otra parte, la misma Constitución ha resguardado a los consumidores y usuarios, al ambiente, los adultos mayores, se reconoce la propiedad colectiva y la preexistencia de las comunidades indígenas, entre otros señalamientos de la amplia diversidad ciudadana.<sup>395</sup>

Estas previsiones tienen por finalidad mostrar esa diversidad, pero también mediante la técnica de la injerencia estatal elevar los niveles de protección y promoción de los derechos de aquellos sectores de la sociedad que por multiplicidad de factores aparecen en desigualdad de origen. Las convenciones internacionales en tal sentido proponen el marco

---

<sup>395</sup> Con relación al sistema argentino señala Gelli que: “Las disposiciones constitucionales y legales acerca de las acciones positivas no entrañan de modo necesario discriminaciones inversas, pero usualmente las establecen. Esas providencias suscitan muchas dudas desde la perspectiva de la igualdad clásica y desde la real conveniencia y eficacia que tendrían para derribar barreras culturales, dado que pueden producir el efecto inverso al buscado, al solidificar categorías, afianzando los prejuicios diferenciadores. El establecimiento de cuotas o cupos a favor de determinadas categorías de personas en perjuicio de otras, suscita cuestionamientos justiciables mediante los cuales se puede cuestionar la razonabilidad de los medios empleados para diferenciar entre aquellas cuotas. Las pautas de proporcionalidad entre el sacrificio de los derechos de quienes deben cederlos para resolver discriminaciones pasadas y el interés estatal urgente en favorecer la igualdad de oportunidades, suministran instrumentos adecuados de control. Desde otra perspectiva las cuotas o cupos colisionan con el principio de idoneidad, salvo que se apliquen a favor de individuos de la categoría beneficiada cuando reúnan los mismos requisitos o cualidades de los postpuestos”. GELLI, María Angélica, “*Constitución de la Nación Argentina - Comentada y Concordada*”, op. cit., págs. 289/290.

mínimo de actuación estatal con fines de protección, promoción y garantía de determinados derechos. La prevención administrativa es la herramienta de esa igualdad en la propia sede de las Administraciones Públicas.

En este punto la convencionalidad constitucionalizada nos ha colocado en las puertas de los procedimientos y procesos administrativos y judiciales respectivamente tuitivos de los derechos fundamentales como garantía *ius fundamental*. La tutela judicial y administrativa efectivas, centran el eje de su razón de ser en las personas y sus circunstancias en tanto unas y otras son objeto de protecciones específicas por parte del orden de la convencionalidad y la constitucionalidad.

En el marco de la tutela judicial actualmente nos encontramos frente a un proceso judicial de pretensores antes que de pretensiones.

Así lo afirma García Pullés:

“(…) Sería más adecuado pensar que el régimen argentino está migrando del “juicio al acto” a un “juicio de pretensiones”, bien que con las dificultades que este tipo de traslaciones presentan ordinariamente en la evolución jurídica. No obstante, entiendo que al influjo del desarrollo del derecho y del principio de legalidad, así como su encarnadura y un sistema de control contencioso independiente y pleno ya parece necesario que reexaminemos nuestras viejas tradiciones y empecemos a pensar en justicia de pretensores”<sup>396</sup>.

También Sanmartino cuando sobre el proceso judicial administrativo actual postula:

“Ser derecho constitucional y convencional concretizado, con clave de bóveda en el deber jurídico fundamental de garantizar la dignidad de las personas y la plenitud de los derechos que le son inherentes - en el marco de la división constitucional de los poderes - es, pues, la matriz actual del régimen administrativo argentino. Por consiguiente, es sobre el plexo de potestades y garantías que emanan de ese Derecho Administrativo que se deberá concebir y vertebrar, normativamente, el proceso administrativo.”<sup>397</sup>

---

<sup>396</sup> GARCÍA PULLÉS, F., “*El contencioso administrativo en la Argentina*”, (Dir.), Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, t. 1, 2012, pág. 3.

<sup>397</sup> “Derecho Administrativo que se deberá concebir y vertebrar, normativamente, el proceso administrativo”. En SANMARTINO, P., “*Proceso administrativo en el Estado constitucional social de derecho. Apuntes iniciales.*”, Ed. Infojus Id SAIJ: DACF150672, Argentina, 2015, pág. 135.

Es que tal como lo ha explicado la jurisprudencia constante de la Corte IDH la centralidad de la mirada procesal se posa en la persona, su situación y si una u otra es destinataria de una protección específica en el orden internacional de los derechos humanos<sup>398</sup>. Ello es absolutamente trasladable y aplicable al ámbito de tutela de las Administraciones Públicas justamente por vehículo de la tutela administrativa efectiva con los alcances y los orígenes que hemos indicado.

Este fenómeno de tutela diferencial – insistimos administrativa y judicial - se observa también en el moderno constitucionalismo al identificar sujetos sobre los cuales se proyectan microsistemas procesales diferenciales. Así consumidores, usuarios, infancias, mujeres, mayores adultos, personas con discapacidad, generaciones próximas o venideras y el disfrute de un medio ambiente sostenible, son destinatarios de un trato diferencial tanto desde la construcción de las políticas públicas como de la actuación por parte de las Administraciones Públicas y de los poderes judiciales.

Los procesos judiciales contenciosos administrativos deben ser lo suficientemente permeables a las circunstancias que rodean a quién ocurre en protección jurisdiccional según aquellas sean objeto de especial tratamiento por parte del PSJCR. Posar la mirada procesal y sustancial en la persona y sus circunstancias que las rodean a fin de transformar los procesos y procedimientos estandarizados en otros distintos, que sean eficaces y oportunos en términos de la efectiva protección del valor justicia perseguido en el caso concreto<sup>399</sup>, es el desafío.

La diversidad así buscada y pensada se expresa dentro de una unidad sistémica permitiendo ello escapar a la idea de la posible fragmentación del nuevo orden jurídico constitucional y convencional. La tutela administrativa y judicial extemporánea y

---

<sup>398</sup> “Como lo ha establecido en otras ocasiones este Tribunal, y conforme al principio de no discriminación consagrado en el art. 1.1 de la Convención Americana, para garantizar el acceso a la justicia de los miembros de comunidades indígenas, es indispensable que los Estados otorguen una protección efectiva que tome en cuenta sus particularidades propias, sus características económicas y sociales, así como su situación de especial vulnerabilidad, su derecho consuetudinario, sus valores, sus usos y costumbres. Además, el Tribunal ha señalado que “los Estados deben abstenerse de realizar acciones que de cualquier manera vayan dirigidas, directa o indirectamente, a crear situaciones de discriminación de jure o de facto”. – Corte IDH, 30/08/2010, “*Fernández Otega y otros vs. México*”, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.

<sup>399</sup> Según dice: RODRIGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, “*Sobre el concepto de los derechos sociales fundamentales*”, Anuario de Facultad de Derecho de la Universidad de Coruña, 2015.

homogénea generan mayor vulnerabilidad y por consiguiente responsabilidad estatal en el ámbito internacional.

En los pronunciamientos de la Corte IDH se ven reflejadas estas tutelas especiales que venimos referenciando, exigiéndose en este sistema regional medidas positivas a los Estados con el objeto de que sustenten políticas para una mayor igualdad social. Las tutelas especiales están interrelacionadas entre sí, dado que los diferentes sujetos especialmente protegidos en función de su vulnerabilidad se interrelacionan. Se observa la obligación de plasmar estas tutelas especiales tanto en la protección administrativa como en la judicial.

La Corte IDH ha señalado ya desde el año 1984:

“(…) que existen ciertas desigualdades de hecho que legítimamente pueden traducirse en desigualdades de tratamiento jurídico sin que tales situaciones contraríen la justicia. No todo tratamiento jurídico diferente es propiamente discriminatorio, porque no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva por sí misma a la dignidad humana.”<sup>400</sup>

Desde sus inicios acuña el concepto de vulnerabilidad (por condición social, edad, género, capacidad) lo que puede exigir una respuesta correctiva diferenciada del derecho, la falta de ella implicaría una discriminación<sup>401</sup>. Conforme Basset “(…) la Corte IDH advierte la necesidad de partir de la diferencia para corregir la posición relativa desigual.”<sup>402</sup>

La Corte IDH se refiere a una pluralidad de grupos o sujetos bajo la denominación de “vulnerables”. En la jurisprudencia la vulnerabilidad aparece como una categoría que requiere una protección especial.<sup>403</sup>

---

<sup>400</sup> OC. 4/1984, op. cit., párr. 55.

<sup>401</sup> BASSET Úrsula C., *“La vulnerabilidad como perspectiva: una visión latinoamericana del problema. Aportes del sistema interamericano de derechos humanos”*, Tratado de la vulnerabilidad, Ed. Thomson Reuters La Ley, Buenos Aires 2017, págs.19/40; BASSET Úrsula; FULCHIRON Hugues; LAFFERRIERE, Jorge N (Direc.), *“Tratado de la vulnerabilidad”*, Ed. Thomson Reuters La Ley, Buenos Aires, 2017.

<sup>402</sup> Ibídem donde se cita que en el caso *“Comunidad Indígena Yaky Axa vs. Paraguay”*, op. cit., párr. 51, resaltó que “para garantizar efectivamente esos derechos, al interpretar y aplicar su normativa interna, los Estados deben tomar en consideración características propias que diferencian a los miembros de los pueblos indígenas”. También que “las condiciones del entorno familiar del niño, la situación económica y de integración familiar, la falta de recursos materiales, situación educacional, etc, pasan a ser factores centrales respecto al tratamiento cuando un niño o adolescente es puesto bajo jurisdicción penal o administrativa” (OC. 17/02, 28/08/2002, *“Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño”*, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, párr. 3).

<sup>403</sup> Para ampliar sobre la vulnerabilidad en la jurisprudencia de la Corte IDH se puede consultar ESTUPIÑAN-SILVA, Rosmerlín, *“La vulnerabilidad en la jurisprudencia de la Corte*

Ha señalado el Tribunal que la vulnerabilidad puede agravarse si hay factores de vulnerabilidad que se añaden a otros.<sup>404</sup>

El Órgano Jurisdiccional Interamericano, en el caso “*Furlán vs. Argentina*” indicó que los menores de edad se encuentran en una “situación agravada de vulnerabilidad”<sup>405</sup> especialmente cuando se trata de “menores de edad con discapacidad viviendo en una familia de bajos recursos económicos”<sup>406</sup>. Y, añade la Corte, que corresponde al “Estado el deber de adoptar todas las medidas adecuadas y necesarias para enfrentar dicha situación.”<sup>407</sup>

Podemos observar que, en el pronunciamiento, por una parte, se marca la situación de agravada vulnerabilidad en la condición de un sujeto menor de edad, persona con discapacidad y pobreza. Por la otra, la exigencia al Estado de medidas para afrontar esa situación.

Los migrantes, sobre todo los indocumentados o en situación irregular, han sido identificado por la Corte IDH como grupo en situación de vulnerabilidad. A tal efecto consideró la exposición de los mismos a violaciones potenciales o reales de derechos, sobre todo por las diferencias al acceso de los recursos administrados por los Estados si se los compara con los residentes o los nacionales<sup>408</sup>. Se destacó que el deber de respetar y

---

*Interamericana de Derechos Humanos: esbozo de una tipología (Vulnerability in the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights: sketch of a typology)*. en “*Derechos humanos y políticas públicas*”, L. Bourgorgue-Larsen et, International Meeting on Public Policies and Human Rights, 193-231, Alfa III Project of the European Union, Ed.-Serveis, Barcelona, Universidad de Los Andes, 13/12/2013, Bogotá, Colombia (en español); BASSET Úrsula, C, “*La vulnerabilidad como perspectiva: una visión latinoamericana del problema. Aportes del sistema interamericano de derechos humanos*”, op. cit.; BASSET Úrsula; FULCHIRON Hugues; LAFFERRIERE, Jorge N (Direc.), “*Tratado de la vulnerabilidad*”, op. cit.

<sup>404</sup> Estos factores multiplicadores de vulnerabilidad se denominan “interseccionalidad de la discriminación” se puede ampliar de VARGAS VERA, Georgina, “*Interseccionalidad de la discriminación, formas agravadas de vulnerabilidad*”, Revista Iurisdictio 18, 2016, págs. 143 y ss.

<sup>405</sup> Corte IDH, “*Furlán y Familiares*”, op. cit, párr. 269.

<sup>406</sup> Loc. cit.

<sup>407</sup> Loc. cit.

<sup>408</sup> La Corte destaca en los casos “*Vélez Loor vs. Panamá, Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia y Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana*” que, en particular, “los migrantes indocumentados o en situación irregular han sido identificados como un grupo en situación de vulnerabilidad”. Además, señala que “(...) es de notar que las violaciones de derechos humanos cometidas en contra de los migrantes quedan muchas veces en impunidad debido, *inter alia*, a la existencia de factores culturales que justifican estos hechos, a la falta de acceso a las estructuras de poder en una sociedad determinada, y a impedimentos normativos y fácticos que tornan ilusorios un efectivo acceso a la justicia”. Por lo último “es permisible que el Estado otorgue un trato distinto a los migrantes documentados en relación con los migrantes indocumentados, o bien entre migrantes y nacionales, siempre que ese trato sea razonable, objetivo y proporcional y no lesione derechos humanos” (OC. 18/2003, op. cit.).

garantizar el principio de la igualdad ante la ley y no discriminación es independiente del estatus migratorio de una persona en un Estado.<sup>409</sup>

Por su parte la CIDH también ha brindado especial protección de los migrantes, considerándoles personas en situación de vulnerabilidad en forma intersectorial con otros grupos especialmente protegidos como los niños, niñas y adolescentes, las personas de edad avanzada y el principio de protección familiar.

Las mujeres también han recibido especial protección por la Corte IDH estableciendo las obligaciones de los Estados para casos de investigación penal por violencia sexual.<sup>410</sup> La Corte IDH impuso a los Estados la obligación de implementar programas y políticas públicas orientadas a combatir la violencia de género y estableció la necesidad de capacitación específica en la materia.<sup>411</sup>

Con relación a los niños, niñas y adolescentes la Corte IDH ha destacado la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran y le ha impuesto deberes específicos a la sociedad y el Estado para garantizarles el ejercicio de sus derechos.<sup>412</sup>

---

<sup>409</sup> Corte IDH, 23/11/2006, “*Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*”, Demanda de Interpelación de Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.

<sup>410</sup> En el caso “*González y otras (“Campo Algodonero”)*”, op. cit., señaló que “el deber de investigar efectivamente, tiene alcances adicionales cuando se trata de una mujer que sufre una muerte, maltrato o afectación a su libertad personal en el marco de un contexto general de violencia contra las mujeres”. Con más detalle, la Corte indica en los casos “*Fernández Ortega*”, op. cit. y Corte IDH, 15/05/2011, “*Rosendo Cantú y otra vs. México*”, Interpretación de la Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, que “(...) en una investigación penal por violencia sexual es necesario que: i) la declaración de la víctima se realice en un ambiente cómodo y seguro, que le brinde privacidad y confianza; ii) la declaración de la víctima se registre de forma tal que se evite o limite la necesidad de su repetición; iii) se brinde atención médica, sanitaria y psicológica a la víctima, tanto de emergencia como de forma continuada si así se requiere, mediante un protocolo de atención cuyo objetivo sea reducir las consecuencias de la violación; iv) se realice inmediatamente un examen médico y psicológico completo y detallado por personal idóneo y capacitado, en lo posible del sexo que la víctima indique, ofreciéndole que sea acompañada por alguien de su confianza si así lo desea; v) se documenten y coordinen los actos investigativos y se maneje diligentemente la prueba, tomando muestras suficientes, realizando estudios para determinar la posible autoría del hecho, asegurando otras pruebas como la ropa de la víctima, investigando de forma inmediata el lugar de los hechos y garantizando la correcta cadena de custodia, y vi) se brinde acceso a asistencia jurídica gratuita a la víctima durante todas las etapas del proceso”. En “*Rosendo Cantú y otra vs. México*” advierte que “en casos de violencia sexual, la investigación debe intentar evitar en lo posible la revictimización o reexperimentación de la profunda experiencia traumática cada vez que la víctima recuerda o declara sobre lo ocurrido”.

<sup>411</sup> Un análisis específico y completo sobre igualdad y género surge en IVANEGA, Miriam (Dir.), “*Igualdad y Género*”, Ed. Thomson Reuters La Ley, Argentina 2019.

<sup>412</sup> En el caso señaló: “los niños poseen los derechos que corresponden a todos los seres humanos – menores y adultos– y tienen además derechos especiales derivados de su condición, a los que

A las Administraciones Públicas y los sistemas de justicia les impuso el deber de diligencia y celeridad en los procedimientos relacionados con niños, niñas y adolescentes, en especial los relacionados con adopción, guarda y custodia.<sup>413</sup>

Con relación a los niños y niñas migrantes, la OC. 21/14 dijo:

“Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional (...) al diseñar, adoptar e implementar sus políticas migratorias relativas a personas menores de 18 años de edad, los Estados deben priorizar el enfoque de los derechos humanos desde una perspectiva que tenga en cuenta en forma transversal los derechos de niñas y niños y, en particular, su protección y desarrollo integral, los cuales deben primar por sobre cualquier consideración de la nacionalidad o el estatus migratorio, a fin de asegurar la plena vigencia de sus derechos.”<sup>414</sup>

También señaló la especial gravedad que reviste la situación de los niños indígenas<sup>415</sup>. Sobre las personas indígenas las consideró vulnerables y obligó a los Estados a implementar mecanismos administrativos efectivos y expeditivos para proteger y garantizar su derecho sobre los territorios, el reconocimiento de su personería, y la obligación de consultarlos antes de llevar adelante políticas públicas que los incluyan. Interrelacionando y estableciendo deberes de mayor protección para los colectivos de niños, niñas y adolescentes indígenas y de mujeres indígenas.<sup>416</sup>

---

corresponden deberes específicos de la familia, la sociedad y el Estado”, porque los niños, “en razón de su inmadurez y vulnerabilidad, requieren protección que garantice el ejercicio de sus derechos”.

<sup>413</sup> La Corte afirma en el caso “*Formerón e hija Vs. Argentina*” que “en vista de la importancia de los intereses en cuestión, los procedimientos administrativos y judiciales que conciernen la protección de los derechos humanos de personas menores de edad, particularmente aquellos procesos judiciales relacionados con la adopción, la guarda y la custodia de niños y niñas que se encuentran en su primera infancia, deben ser manejados con una diligencia y celeridad excepcionales por parte de las autoridades.”

<sup>414</sup> Corte IDH, OC 21/14, cit. párr. 68.

<sup>415</sup> Ver Corte IDH, “*Comunidad indígena Yakye Axa*”, op. cit., párr. 172.

<sup>416</sup> La Corte IDH reiteró en la OC. 21/14, op. cit., que la asistencia de un intérprete “debe ser particularmente respetada en el caso de niñas o niños pertenecientes a comunidades indígenas a fin de respetar su identidad cultural y garantizar un efectivo acceso a la justicia”. Y la Corte IDH precisa que en “un caso como el presente en el que la víctima, mujer e indígena, ha tenido que enfrentar diversos obstáculos en el acceso a la justicia, el Estado tiene el deber de continuar proporcionando los medios para que la víctima acceda y participe en las diligencias del caso, para lo cual debe asegurar la provisión de intérprete (...) en consideración de sus circunstancias de especial vulnerabilidad”. En el reciente caso “*Comunidades indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra)*”, op. cit., la Corte estableció que: “para materializar los derechos territoriales de los pueblos indígenas cobijados en el art. 21 de la Convención, los Estados deben prever un mecanismo efectivo, mediante la adopción de medidas administrativas necesarias” (párr.

La Corte IDH consideró también a las personas con discapacidad como vulnerables y le exigió a los Estados medidas positivas para prevenir todas las formas de discriminación posible contra este colectivo, debiéndosele tratamiento preferencial y apropiado. Consideró que debían tener en cuenta el modelo social para abordar la discapacidad, tal como lo establece la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Les obligó a los Estados a propender a la inclusión de las personas con discapacidad por medio de la igualdad de condiciones, oportunidades y participación en todas las esferas de la sociedad, con el fin de garantizar que no tengan limitaciones. Los instó a promover prácticas de inclusión social y adoptar medidas de diferenciación para remover las barreras, además a capacitar a los funcionarios en tal sentido<sup>417</sup>.

Dicho Tribunal ha destacado la situación de vulnerabilidad de los pobladores criollos de Argentina, relacionándolos a las consideraciones que, en el ámbito de las Naciones Unidas, se han hecho respecto de campesinos, a través de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Campesinos y de Otras Personas que Trabajan en las Zonas Rurales<sup>418</sup>.

El documento señala que en general los campesinos “sufren de manera desproporcionada pobreza, hambre y malnutrición”; tienen o suelen tener, por “varios factores”, “dificultades para hacerse oír y defender sus derechos humanos”, inclusive para “acceder a los tribunales, los agentes de policía, los fiscales y los abogados.”

---

116), además condenó al Estado por la violación a los derechos a participar en la vida cultural, en lo atinente a la identidad cultural, al medio ambiente sano, a la alimentación adecuada y al agua, establecidos en el art. 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el art. 1.1 del mismo tratado.

<sup>417</sup> Ver “*Furlán y familiares*”, op cit. Es interesante también consultar lo resuelto por TEDH en el caso STEDH, 25/07/2019, “*Stoiane vs. Rumania*”, sobre el Derecho a la educación de una persona con discapacidad. Con relación a salud mental y relacionado con la discapacidad se pronunció en el caso Corte IDH, 04/07/2006, “*Ximenes Lopes vs. Brasil*”, Sentencias, párr. 103. En el caso “*Artavia Murillo y otros (Fecundación in Vitro)*”, op. cit. la Corte clasifica la discapacidad reproductiva como una hipótesis de vulnerabilidad.

<sup>418</sup> Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Campesinos y de Otras Personas que Trabajan en las Zonas Rurales, aprobada el 17 de diciembre de 2018, por la Asamblea General de la ONU, Resolución A/RES/73/165. El art. 1 define al individuo campesino como “toda persona que se dedique o pretenda dedicarse, ya sea de manera individual o en asociación con otras o como comunidad, a la producción agrícola en pequeña escala para subsistir o comerciar y que para ello recurra en gran medida, aunque no necesariamente en exclusiva, a la mano de obra de los miembros de su familia o su hogar y a otras formas no monetarias de organización del trabajo, y que tenga un vínculo especial de dependencia y apego a la tierra”. Corresponde destacar que el texto aclara que su contenido se aplica también, entre otros, a “los pueblos indígenas y las comunidades locales que trabajan la tierra, a las comunidades trashumantes, nómadas y seminómadas”.

En particular, la Declaración sobre campesinos señala que el “acceso” a la tierra y recursos naturales “es cada vez más difícil” para los “habitantes de zonas rurales”, y que hay diversos “factores que dificultan” que esas personas puedan “defender (...) sus derechos de tenencia y garantizar el uso sostenible de los recursos naturales de los que dependen”. Expresa también que las “normas y principios internacionales de derechos humanos” deben “interpretarse y (...) aplicarse de forma coherente” con la “necesidad de que se proteja mejor los derechos de los campesinos”. Bajo tal conceptualización la Corte le impone deberes respecto de la población criolla al Estado, en tanto que, dada su situación de vulnerabilidad, debe adoptar acciones positivas tendientes a garantizar sus derechos.<sup>419</sup>

La Corte IDH exige un plan de acción a nuestras Administraciones Públicas para la protección de estos y demás grupos vulnerables. Así ha señalado que además de expedir normas, los Estados deben desarrollar “prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías”<sup>420</sup> ya que “la existencia de una norma no garantiza por sí misma que su aplicación sea adecuada. Es necesario que la aplicación de las normas o su interpretación, en tanto prácticas jurisdiccionales y manifestación del orden público estatal, se encuentren ajustadas al mismo fin que persigue el art. 2 de la Convención”.<sup>421</sup>

---

<sup>419</sup> Ver caso Corte IDH, “Comunidades indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra)” op. cit., párr. 136 y 137.

<sup>420</sup> OC. 18/03, op. cit.; OC. 21/2014, 19/08/2014, “Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional.”, solicitada por la República Argentina, La República Federativa de Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay, Corte IDH, 30/05/1999, “Castillo Petruzzi y otros vs. Perú”, Fondo, Reparaciones y Costas, Corte IDH, “Durand y Ugarte” op. cit.; Corte IDH, 18/08/2000, “Cantoral Benavides vs. Perú”, Fondo; Corte IDH, “Baena Ricardo y otros” op. cit.; Corte IDH, “La Última Tentación de Cristo”, op. cit. Corte IDH, “Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni”, op. cit. Corte IDH, 27/02/2002, “Trujillo Oroza vs. Bolivia”, Reparaciones y Costas; Corte IDH, 21/06/2002, “Hilaire, Constantine y Benjamín y otros vs. Trinidad y Tobago”, Fondo, Reparaciones y Costas; Corte IDH, 28/11/2002, “Cantos vs. Argentina”, Fondo, Reparaciones y Costas. Corte IDH, “Cinco Pensionistas”, op. cit.; Corte IDH, “Bulacio”, op. cit.; Corte IDH, 02/09/2004, “Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas; Corte IDH, 25/11/2004, “Lori Berenson Mejía vs. Perú”, Fondo, Reparaciones y Costas; Corte IDH, 23/06/2005, “Yatama vs. Nicaragua”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas; Corte IDH, 15/09/2005, “Masacre de Mapiripán vs. Colombia”, Sentencia; Corte IDH, 22/11/2005, “Gómez Palomino vs. Perú”, Fondo, Reparaciones y Costas; Corte IDH, 19/09/2006, “Claude Reyes” op. cit.; Corte IDH, “Almonacid Arellano y otros”, op. cit.; Corte IDH, “La Cantuta” op. cit.; Corte IDH, 04/07/2004, “Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador”, Fondo, Reparaciones y Costas; entre tantas otras.

<sup>421</sup> Corte IDH, “Radilla Pacheco” op. cit.; Corte IDH, “Fernández Ortega”, op. cit.; Corte IDH, 31/08/2010, “Rosendo Cantú y otra vs. México”, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Corte IDH, 27/11/2013, “J. vs. Perú”, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.

En palabras de la Corte IDH: “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”.<sup>422</sup>

En la misma senda la CSJN ha señalado que “quienes deciden políticas públicas deben tender a garantizar medidas de diferenciación positiva que apunten a la finalidad tuitiva de aquellos sectores que se hallan en situación de vulnerabilidad (cf. doctrina de *Fallos: 335:452*, op. cit. y doctrina de *Fallos: 327:4607*, cdos. 6 y 8; asimismo, caso “*Furlán y familiares v. Argentina*”, op. cit., párr. 134)”.<sup>423</sup>

En otro pronunciamiento, destacando la situación de vulnerabilidad de un menor de edad, resguardó un crédito por un privilegio en un plano superior al de los demás créditos privilegiados. Lo fundó en “(...) el fin de garantizar - en alguna medida- el goce de su derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud y de una vida plena y decente en condiciones que aseguren su dignidad”.<sup>424</sup>

La CSJN al definir razonabilidad señaló: “(...) los poderes deben atender a las garantías mínimas indispensables para que una persona sea considerada como tal en situaciones de extrema vulnerabilidad”. Esta interpretación permite hacer compatible la división de poderes, la discrecionalidad política del Poder Ejecutivo y del Congreso, con las necesidades mínimas de los sectores más desprotegidos cuando éstos piden el auxilio de los jueces.<sup>425</sup>

Tutelas administrativas y judiciales efectivas de las personas y sus diversas circunstancias constitucional y convencionalmente promovidas y protegidas.

Es este el mandato jurídico interno e internacional que ha de estructurar los procedimientos administrativos y la organización de las propias Administraciones Públicas. Es consecuencia de su rol preventivo la adecuación de los mecanismos – procedimientos –

---

<sup>422</sup> Corte IDH, 26/09/2006, “*Vargas Areco vs. Paraguay*”.

<sup>423</sup> CSJN, 2018, “*González Victorica, Matías y otros vs. En - AFIP DGI - dto. 1313/93 s/proceso de conocimiento*”, *Fallos 341:1625*, voto de los Ministros Maqueda y Lorenzetti.

<sup>424</sup> CSJN, 2019, “*Institutos Médicos Antártida s/ quiebra s/ inc. de verificación (R.A.F. y L.R.H. de F)*”, *Fallos 342:459*, cdo. 13.

<sup>425</sup> CSJN, 2012, “*Q.C.S.Y. vs. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y otro s/ Amparo*”, *Fallos 335:452*, cdo. 22.

que protegen los derechos fundamentales, según estos pertenecen a las más heterogéneas circunstancias que rodean a la persona.

### III.2.8.- La intersección de la prevención administrativa con los deberes humanos: la cogestión como mandato convencional

Este es uno de los aportes que creemos de mayor significancia inadvertida del PSJCR en el campo de nuestras Administraciones Públicas y la relación con la ciudadanía. Es que ha dejado de ser una construcción axiológica o del ámbito doctrinario la concurrencia de unas y otra en la realización del bienestar general.

Es convencionalmente exigible internamente a los Estados en sus Administraciones Públicas – competencias - y a las personas - deberes humanos - la concurrencia en un mismo espacio con mismas finalidades: la cogestión del bienestar general.

Veremos que no se trata de un planteo filosófico, ni valorativo; por el contrario, es un mandato del orden de la convencionalidad internamente exigible por parte del derecho interno.

Los deberes humanos 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 solo en la dimensión liberal de los mismos. Aparecen los deberes humanos, los cuales se proyectan desde los derechos hacia la familia, la comunidad y la humanidad. Y estos poseen rango de convencionalidad (art. 32 inc. 2 del PSJCR).

La realización colectiva y universal de los derechos se explica desde los propios deberes de cada persona, de sabernos limitados en nuestros derechos. Estas limitaciones tienen por finalidad la realización del bienestar general tanto de nuestra comunidad como de la propia humanidad. Aquí es donde aparece la intersección entre derechos y deberes humanos con la propia finalidad de las Administraciones Públicas.

Expresado de otra manera, aparece así la cogestión del mismo interés por la ciudadanía y las Administraciones Públicas, como mandato convencional. Este interés consiste en la realización del bienestar común en tanto ampliación de derechos de la comunidad toda y de la propia humanidad. Estos son rasgos que caracterizan una función

novedosa ya constitucional y convencional de nuestras Administraciones Públicas que hemos denominado rol preventivo.

Es en este contexto normativo e interpretativo que reconocemos los derechos siempre en dimensión de las limitaciones de los deberes impuestos de las mismas personas para con su comunidad y humanidad. Y también muy especialmente por las previsiones del art. 32 inc. 2 del PSJCR al decir: “Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática.”

La realización colectiva y universal de los derechos se explica desde los propios deberes de cada persona, de sabernos limitados en nuestros derechos. Estas limitaciones tienen por finalidad la realización del bienestar general tanto de nuestra comunidad como de la propia humanidad. Aquí es donde aparece la intersección entre derechos y deberes humanos con la propia finalidad de las Administraciones Públicas.

Expresado de otra manera, aparece así la cogestión del mismo interés por la ciudadanía y las Administraciones Públicas, como exigencia de la convencionalidad. Este interés consiste en la realización del bienestar común en tanto ampliación de derechos de la comunidad toda y de la propia humanidad.<sup>426</sup>

Para ello es necesario describir la finalidad legítima que es posible perseguir en la intervención administrativa preventiva según el propio PSJCR.

Y es en las restricciones a los derechos donde aparece explicado estas finalidades legítimas.

Si bien los tratados brindan cierto margen de apreciación a los Estados al momento de establecer restricciones<sup>427</sup>, posibilitando los arts. 30 y 32.2 de la Convención Americana la persecución del interés general, la seguridad de todos o el bien común por una sociedad democrática, es importante hacer algunas precisiones en este plano para evitar llegar a conclusiones equivocadas. La armónica interpretación efectuada por la Corte IDH lleva a

---

<sup>426</sup> “En definitiva ni el titular del poder – Gobierno o Administración- deben apropiarse del interés general o el interés público, como si fueran dominio de ellos, ni pueden desentenderse a favor del interés privado, abdicando ilegítimamente de su función (...)” MEILÁN GIL, José Luis, “*Intereses generales e interés público desde la perspectiva del derecho público español*”, op. cit. pág. 174.

<sup>427</sup> STEDH, 19/12/1997, “*Brualla Gómez de la Torre vs. España*”, párr. 33.

desechar esa posibilidad, pues en términos convencionales el bien común<sup>428</sup> en una sociedad democrática es el disfrute de los derechos en dimensión individual, colectiva y universal.

Para la Corte IDH el bien común “ha de interpretarse como elemento integrante del orden público del Estado democrático, cuyo fin principal es la protección de los derechos esenciales del hombre y la creación de circunstancias que le permitan progresar espiritual y materialmente y alcanzar la felicidad.”<sup>429</sup>

Es esa protección de los “derechos de los demás” previsto por el art. 32.2 de la Convención Americana como fundamento de las limitaciones del fin que el Estado debe exhibir cuando quiere ingresar en el círculo de derechos que reconocen al individuo las constituciones y tratados. Conforme tales premisas, debe considerarse que: “en la confrontación entre privilegios de la Administración y derechos fundamentales de la persona prevalecen éstos. De otro modo la Administración no estaría utilizando su potestad al servicio del interés general, definido primariamente por los derechos fundamentales (...).”<sup>430</sup>

Las actividades de las Administraciones Públicas deben visualizar los derechos de las personas y articularlos con los deberes. En esta reconceptualización aparece la cogestión con la ciudadanía, una nueva dimensión social de la realización institucional del bienestar común en tanto ampliación de derechos de la comunidad toda.

Estamos frente a un derecho ciudadano, pero que también es parte de los deberes asumidos. El derecho a incidir y controlar posee su propia contracara en materia de deberes. Es un deber humano de la persona contribuir efectivamente en lograr el bien común según se desprende del mismo texto del PSJCR. El control implica fiscalización, pero al mismo tiempo también significa injerencia válida y eficaz sobre aquello que se controla.<sup>431</sup>

Como señala Meilán Gil “La consecución del interés general requiere, en definitiva, una relación de Estado y sociedad que no se encuentre perturbada por el radicalismo de uno

---

<sup>428</sup> En dimensión de las Administraciones Públicas: “El principio general que domina toda la actividad estatal, ejercida a través de la Administración Pública es el bien común (...). La existencia de la Administración Pública solo tiene sentido en función de una justa y equitativa distribución, entre los ciudadanos, de los derechos y las prestaciones sociales. Las elevadas y numerosas tareas administrativas no resultarían exitosas sin la dirección de principios de actuación capaces de ofrecer garantías exigibles de un Estado justo e igualitario”, BACELLAR FILHO, Romeu Felipe, “*Reflexões sobre Direito Administrativo*”, Ed. Fórum Belo Horizonte, 2009, pág. 21.

<sup>429</sup> Corte IDH, OC 6/86, op. cit., párr. 29.

<sup>430</sup> MEILÁN GIL, José Luís, “*Intereses generales e interés público desde la perspectiva del derecho público español*”, op. cit., pág.182.

<sup>431</sup> Ver la opinión de IVAGENA, Miriam, “*Control del poder*”, LL 2010-B, 1290.

u otro sentido. Sobre esta relación público-privada, pesan planteamientos ideológicos que no han de ignorarse. Es deseable una colaboración” Para finalmente afirmar: “Volvemos a la noción del bien común mencionada al principio “como idea integradora de intereses públicos y privados”. Si el Estado se desentendiese del interés general, no sería social, si lo monopolizase, no será democrático.”<sup>432</sup>

Cabe detenernos más que no sea brevemente sobre estos aspectos del control vinculado a la información pública.

### III.2.8.1.- Control social y acceso a la información

Si hablamos de control queremos significar la posibilidad de incidir en la “cosa pública” y para ello es condición previa conocer. Y esto también nos lleva a la búsqueda de los estándares convencionales que operan en la esfera competencial de las Administraciones Públicas.<sup>433</sup>

El acceso a la información que la persona y/o grupos sociales puedan tener a los expedientes públicos es un tema de primerísimo orden en nuestro moderno constitucionalismo. La informatización, la digitalización y la despapelización de la gestión administrativa, se ha convertido en una exigencia de primer orden ya que es condición necesaria más no única del acceso a la información en tiempo real y oportuno.

El conocimiento de las actuaciones públicas, los informes, dictámenes y toda otra exteriorización de la voluntad pública en expedientes administrativos es un deber de las autoridades públicas como contracara del derecho a la buena administración que posee la persona.

El derecho que posee toda persona a buscar información pública, recibirla, procesarla y transmitirla, posee un anclaje claro en el PSJCR, específicamente en su art.

---

<sup>432</sup> MEILÁN, Gil, José Luis, *“Intereses generales e interés público desde la perspectiva del derecho público español”*, págs. 197-198.

<sup>433</sup> GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo Ángel, *“El acceso a la información pública – Una doble mirada convencional y del derecho argentino”*, en VALIM, Rafael, et al. (Coords.), *“Acesso à informação pública”*, Ed. FORUM, Belo Horizonte, 2015.

13<sup>434</sup>. Se establece así un marco mínimo homogéneo en todos los Estados miembros, a partir de los cuales estos están obligados a:

- a) promover tal derecho,
- b) eliminar cualquier traba en el sistema interno que impida directa o indirectamente su validez y eficacia,
- c) interpretar los alcances de tal derecho conforme las pautas que proporciona el sistema convencional o en su caso el interno, según sea de mayor protección uno u otro,
- d) aumentar los niveles internos de protección más no a disminuirlos, siendo posible su reglamentación sólo bajo los principios y mecanismos que el propio PSJCR establece<sup>435</sup>.

A partir de ello es que tanto la CIDH como la Corte IDH se han encargado de brindar un amplio contenido al acceso a la información, a través de la descripción tanto de su dimensión individual como social.

El derecho de acceso a la información pública posee, como integrante del derecho a libre expresión, una dimensión individual y una dimensión social: requiere, por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento

---

<sup>434</sup> Art. 13. “Libertad de Pensamiento y de Expresión 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración e fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección. 2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas. 3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones (...).”

<sup>435</sup> En el caso “*Furlán y Familiares vs. Argentina*”, op. cit. la Corte IDH aplicó tal principio hermenéutico como estructurante de todo el SIDH y las normas internas de cada Estado miembro, a fin de invocar una norma más favorable en el derecho interno que en el propio sistema internacional. La Corte IDH expresamente sostuvo: “Al respecto, la Corte Interamericana ha establecido que, en términos generales, se entiende por “niño” a toda persona que no ha cumplido 18 años de edad. No obstante lo anterior, el Tribunal tiene en cuenta que al momento de la ocurrencia de los hechos se encontraba vigente el art. 126 del Código Civil de Argentina que establecía que eran “menores de edad las personas que no hubieren cumplido la edad de veintiún años”, razón por la cual en aplicación del principio *pro persona* (art. 29.b de la Convención) se entenderá que Sebastián Furlán adquirió la mayoría de edad solo al cumplir los 21 años de edad, es decir, el 6 de junio de 1995.”

y representa, por tanto, un derecho de cada individuo; pero implica también un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno.<sup>436</sup>

Reafirmando el carácter personal de tal derecho, podemos ocuparnos también desde una perspectiva mayor, la cual encierra su propia dimensión social por ser funcional a la democracia como sistema de gobierno en el marco de nuestros modernos Estados constitucionales, convencionales y sociales de derecho. Y ello hace que este derecho al igual que el de la libertad de expresión del cual emerge, sean de aquellos que bien podemos calificar de derechos preferidos en nuestros sistemas democráticos.

Tal ubicación en el plano del sistema democrático de gobierno es el que nos permite adoptar una mirada restrictiva frente a la posibilidad de regulación del mismo; existe a nuestro criterio una suerte de sospecha de inconvencionalidad en todo intento por restringir tal derecho, generando por ello en quien restringe una mayor necesidad de argumentar la convencionalidad y constitucionalidad de la medida.

El tema del acceso a la información es de suma actualidad y trascendencia. El ocultamiento de la información o registros públicos, la obstrucción en el acceso a los documentos estatales, son prácticas que aún residen en alguno de los poderes públicos de nuestra Latinoamérica pese a la fuerte regulación positiva tanto en el plano internacional como doméstico de los diversos Estados miembros del PSJCR.

Es un problema, a nuestro criterio, de orden cultural institucional y no de regulación normativa. Esta por lo general existe y en abundancia, es de variada especie y, ciertamente, exquisita en algunos ordenamientos en punto a su formulación. A veces quienes se encuentran en posición de poder frecuentemente deniegan el acceso a la información pública, ya que acceder a la misma es aquello que permite activar el debido control ciudadano de la gestión pública. Sin información no existe tal control, es claramente una precondition. Menos aún, la posibilidad de incidir en las políticas públicas cuando estas encierran

---

<sup>436</sup> Corte IDH, 01/02/2006, “*López Álvarez vs. Honduras*”, Fondo, Reparaciones y Costas; Corte IDH, 22/11/2005, “*Palamara Iribarne vs. Chile*”, Fondo, Reparaciones y Costas; Corte IDH, 31/08/2004, “*Ricardo Canese vs. Paraguay*”, Fondo, Reparaciones y Costas; Corte IDH, 02/07/2004, “*Herrera Ulloa vs. Costa Rica*”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas; Corte IDH, “*Ivcher Bronstein*”, op. cit.; Corte IDH, “*La Última Tentación de Cristo*”, op. cit.; y OC. 5/85, 13/11/1985, “*La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*”, solicitada por el gobierno de Costa Rica; Corte IDH, 02/05/2008, “*Kimel vs. Argentina*”, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 53; Corte IDH, “*Caso Fontevecchia y D’Amico*”, op. cit.

regulación de sectores vulnerables o especialmente protegidos por los textos constitucionales internos.

Nótese que por estos tiempos es común observar una notable discusión sobre los alcances del control ciudadano sobre las políticas públicas de contenido sociales, culturales y económicas. Parece no ser sencillo aceptar que las mismas puedan ser sometidas al control de razonabilidad como cualquier otra actividad de nuestras Administraciones Públicas, con el fin de despejar sospechas de arbitrariedad en el manejo de los asuntos públicos.

La CSJN sentó algunos principios sobre el tema que bien pueden proyectar alguna teoría general sobre las políticas públicas en derecho sociales, su finalidad y el control que sobre las mismas se puede activar ante las afectaciones concretas.

En referencia al derecho a la vivienda sostuvo el Tribunal:

a. el derecho a la vivienda como derecho social se encuentra contenido en una norma constitucional cuya naturaleza es de operatividad derivada en tanto consagra obligaciones de hacer a cargo del Estado.

b. los derechos fundamentales que consagran obligaciones de hacer a cargo del Estado con operatividad derivada, están sujetos al control de razonabilidad por parte del Poder Judicial y,

c. la razonabilidad significa entonces que, sin perjuicio de las decisiones políticas discrecionales, los poderes deben atender a las garantías mínimas indispensables para que una persona sea considerada como tal en situaciones de extrema vulnerabilidad.<sup>437</sup>

Nos hemos expresado a favor de aceptar como regla, que los programas sociales de las agendas gubernamentales bien pueden ser controlados vía la razonabilidad, según nuestro sistema de derechos. Y ello, en parte, es consecuencia de entender en igualdad de jerarquía a los derechos, independientemente de sus clasificaciones, y todos plenamente exigibles. Ello es de especial importancia en aquellos derechos económicos, sociales y culturales sobre los cuales existen siempre fuertes discusiones sobre los niveles de exigibilidad de los mismos, transformándolos algunos en derechos sujetos al diseño previo de determinadas políticas públicas en la materia.

---

<sup>437</sup> CSJN, 24/04/2012, “*Recurso de Hecho Q. C., S. Y. vs. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo*”.

Conocer, participar, incidir y controlar son todas acciones ciudadanas cuya efectividad dependerá de los niveles reales de acceso a la información pública que cada gobierno exhiba.

### III.2.8.1.1.- El acceso a la información pública desde el plano convencional: sus principios y reglas

El derecho a recibir y difundir información contemplado en el art. 13 del PSJCR comprende, según la Corte IDH el derecho a acceder a la información y documentación pública.

En el reconocido caso “*Claude Reyes*”<sup>438</sup> la Corte IDH explicó las pautas precisas de este derecho<sup>439</sup>:

“(...) el artículo 13 de la Convención, al estipular expresamente los derechos a "buscar" y a "recibir" "informaciones", protege el derecho que tiene toda persona a solicitar el acceso a la información bajo el control del Estado, con las salvedades permitidas bajo el régimen de restricciones de la Convención. Consecuentemente, dicho artículo ampara el derecho de las personas a recibir información y la obligación positiva del Estado de suministrarla, de forma tal que la persona pueda tener acceso a conocer esa información o de recibir una respuesta fundamentada cuando por algún motivo permitido por la Convención el Estado pueda limitar el acceso a la misma para el caso concreto. La información debe ser entregada sin necesidad de acreditar un interés directo para su obtención o una afectación personal, salvo en los casos en que se aplique una legítima restricción. Su entrega a una persona puede permitir a su vez que esta circule en la sociedad de manera que pueda conocerla, acceder a ella y valorarla. De esta forma, el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión contempla la protección del derecho de acceso a la información bajo el control del Estado, el cual también contiene de manera clara las dos dimensiones, individual y social, del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, las cuales deben ser garantizadas por el Estado de forma simultánea”.

---

<sup>438</sup> Corte IDH, “*Claude Reyes*”, op. cit.

<sup>439</sup> Corte IDH, “*Cabrera García y Montiel Flores*”, op. cit.

Derecho que por cierto también se encuentra en otros instrumentos internacionales, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos y el PIDCP, al establecer el derecho positivo a buscar y a recibir información.

El derecho al acceso a la información pública en la opinión de la Corte IDH<sup>440</sup>:

“(…) no es un derecho absoluto, pudiendo estar sujeto a restricciones. Sin embargo, estas deben, en primer término, estar previamente fijadas por ley – en sentido formal y material- como medio para asegurar que no queden al arbitrio del poder público. En segundo lugar, las restricciones establecidas por ley deben responder a un objetivo permitido por el artículo 13.2 de la Convención Americana, es decir, deben ser necesarias para asegurar “el respeto a los derechos o a la reputación de los demás” o “la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas”. Las limitaciones que se impongan deben ser necesarias en una sociedad democrática y orientadas a satisfacer un interés público imperativo. Ello implica que de todas las alternativas deben escogerse aquellas medidas que restrinjan o interfieran en la menor medida posible el efectivo ejercicio del derecho de buscar y recibir la información.”

La Corte en su OC. 5/85<sup>441</sup> al establecer que el art. 13 del PSJCR "comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole", permite concluir que quienes están bajo la protección del PSJCR tienen no solo el derecho y la libertad de expresar su propio pensamiento, sino también el derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole. Por tanto, cuando se restringe ilegalmente la libertad de expresión de un individuo, no solo es el derecho de ese individuo el que está siendo violado, sino también el derecho de todos a "recibir" informaciones e ideas, de donde resulta que el derecho protegido por el art. 13 tiene un alcance y un carácter especial.

Se ponen así de manifiesto las dos dimensiones de la libertad de expresión. En efecto, esta requiere, por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto, un derecho de cada individuo; pero implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno.

---

<sup>440</sup> Corte IDH, 24/11/2010, *“Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil”*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.

<sup>441</sup> OC. 5/85, op. cit.

### III.2.8.1.2.- El principio de máxima divulgación

La Corte IDH luego de establecer que tal derecho se encuentra contemplado en el PSJCR se ha encargado de delinear los principios y reglas bajo los cuales se rige este derecho. Y allí aparecen como centrales al menos dos principios que les son específicos: el de máxima divulgación y el de la amplia legitimidad para solicitar tal información.

Tiene dicho la Corte IDH: “(...) en una sociedad democrática es indispensable que las autoridades estatales se rijan por el principio de máxima divulgación, el cual establece la presunción de que toda información es accesible, sujeto a un sistema restringido de excepciones.”

Este principio de máxima divulgación establece entonces la presunción de que toda información en poder del Estado es accesible. Ese acceso resulta por lo tanto una condición esencial de validez de la actuación de las autoridades estatales en una sociedad democrática.<sup>442</sup>

La trascendencia de este principio reside en garantizar el contacto directo del público con todas las actuaciones estatales, lo cual hace que la accesibilidad de los terceros a la sustanciación y resolución de un procedimiento trascienda el mero interés del afectado y se presente como una garantía republicana invocable por la ciudadanía.

Es que el principio de máxima divulgación impone al Estado, no solamente una obligación negativa consistente en el deber de abstenerse de toda práctica que tenga por resultado retacear la accesibilidad pública a la información, sino también una obligación positiva consistente en adoptar todas las medidas necesarias para asegurar que este derecho pueda ser ejercido en la práctica por la ciudadanía.

En cuanto a su contenido, el principio de máxima divulgación se encuentra delineado por diferentes reglas.

En primer lugar, se encuentra sujeto a un sistema restringido de excepciones<sup>443</sup> que deben estar previamente fijadas por ley como medio tendiente a asegurar que aquellas no queden libradas al mero arbitrio del poder público en cada caso. Dichas leyes deben serlo en

---

<sup>442</sup> Corte IDH, “*Claude Reyes y otros*”, op. cit.

<sup>443</sup> Corte IDH, 01/02/2006, “*López Álvarez*” op. cit.

sentido formal, esto es, dictadas por el Poder Legislativo “por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas.”<sup>444</sup>

En segundo lugar, la restricción establecida por ley debe responder a un objetivo permitido por el PSJCR. Al respecto, el art. 13.2 de ese tratado permite que se realicen restricciones necesarias para asegurar “el respeto a los derechos o a la reputación de los demás” o “la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas”. Fuera de estas causales no cabe admitir restricciones al principio de máxima divulgación, siendo deber del Estado acreditar en qué supuesto se encuadra cada limitación.

Finalmente, las restricciones que se impongan deben ser necesarias en una sociedad democrática, y este depende de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo. Entre varias opciones para alcanzar ese objetivo, debe escogerse aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido de acceso a la información.<sup>445</sup>

Corresponde a las Administraciones Públicas demostrar que, al establecer restricciones respecto del acceso a la información bajo su control, ha cumplido con los anteriores requisitos para lo cual la decisión sobre el punto deberá satisfacer la garantía de debida fundamentación.

En palabras de la Corte IDH<sup>446</sup>:

“(…) para garantizar el ejercicio pleno y efectivo de este derecho es necesario que la legislación y la gestión estatal se rijan por los principios de buena fe y de máxima divulgación, de modo que toda la información en poder del Estado se presuma pública y accesible, sometida a un régimen limitado de excepciones. Igualmente, toda denegatoria de información debe ser motivada y fundamentada, correspondiendo al Estado la carga de la prueba referente a la imposibilidad de relevar la información, y ante la duda o el vacío legal debe primar el derecho de acceso a la información. Por otro lado, la Corte recuerda lo indicado sobre la obligación de las autoridades estatales de no ampararse en mecanismos como el secreto de Estado o la confidencialidad de la información en casos de violaciones de derechos humanos (supra párr. 202).”

---

<sup>444</sup> OC. 6/86, op. cit.

<sup>445</sup> Corte IDH, “*Herrera Ulloa*” op. cit.; Corte IDH OC. 5/85, op. cit.

<sup>446</sup> Corte IDH, “*Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”)*”, op. cit.

### III.2.8.1.3.- Acceso real y efectivo

Quizás sea por ello que hace tiempo insistamos en que las formas de publicidad del acto administrativo – notificación para los individuales y publicidad para los generales – deben necesariamente incluirse dentro de los requisitos que hacen a su validez.

El acto administrativo no notificado o cuya publicación hubiese sido omitida, no puede generar efecto alguno desde la validez misma del acto. La distinción efectuada en países como Argentina, en que su sistema federal considera a la falta de publicidad del acto como un vicio que afecta a la eficacia, pero no su validez, es impropia de los modernos tiempos de nuestro constitucionalismo.

Sin acceso real y efectivo no se puede hablar en términos modernos de unas Administraciones Públicas convencionales y constitucionales. La ciudadanía por estos tiempos se involucra directamente en las políticas públicas, las asume como propias en tanto puede ejercer el control de las mismas e incidir en la planificación y en la corrección de los desvíos de las mismas.

Un diseño del gobierno, un buen diseño en términos constitucionales debe mostrarse abierto y permeable al acceso a la información, pero también al impacto a las políticas públicas a partir del resultado de ese acceso y esa participación.

El control social<sup>447</sup> de la gestión pública es, entonces, un realizador de principios constitucionales mayores como el republicano y el democrático. En este último, la

---

<sup>447</sup> Para Aragón Reyes los controles pueden ser de diversas naturalezas: social, política y jurídica. “Los controles sociales operan de manera no institucionalizada, simplemente a través del juego permanente de la opinión pública y de las presiones de los grupos de interés (...). Tales controles están asegurados en la medida en que estén garantizados los derechos fundamentales (...). Son, a la postre, el sostén más importante de la democracia, en cuanto suponen una fiscalización espontánea, cotidiana y permanente de la acción de los gobernantes (...). Los controles políticos son controles institucionalizados, previstos como tales por el propio ordenamiento y ejercitados a través de instrumentos y procedimientos específicos (...). Sus dos formas principales son el control electoral y el control parlamentario (...). Los controles jurisdiccionales suponen la última garantía del Estado democrático, que necesariamente también es de Estado de Derecho. A diferencia de los controles sociales y políticos, se trata de unos controles objetivados, en los que no se frena al poder por el poder, sino el poder por el Derecho (...)”. ARAGÓN REYES, Manuel, “*Estado y Democracia*”, en obra colectiva con GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; CLAVERO AREVALO, Manuel (Dir.) “*El Derecho Público de finales de siglo. Una perspectiva Iberoamericana*”, Ed. Civitas, Fund. BBV, Madrid, 1997, págs. 43-44.

participación de la ciudadanía, la libertad de prensa y la difusión de las ideas son derechos de máxima protección ya que sin ellos la democracia se debilita sensiblemente.<sup>448</sup>

Cabe entonces bajo tales fundamentos preguntarnos ¿Existe un derecho a controlar efectivamente las políticas públicas y sus contenidos de desarrollo económico, social y cultural por parte de la sociedad?

Creemos que sí y es el principio de igualdad<sup>449</sup> y trato no discriminatorio justamente el que nos permite transversalmente fiscalizar cualquier acto de gobierno en términos generales con el fin de corregir las asimetrías existentes. Sostener lo contrario importa vedar a la ciudadanía la posibilidad de verificar los niveles de acatamiento del poder al deber de garantizar y remover cualquier obstáculo estatal en la vigencia de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales. Y ello en tanto infracción a las obligaciones marco del PSJCR, permite que el afectado directo y/o quienes representan el interés de un sector vulnerable puedan acudir eficazmente por ante las autoridades públicas en la tutela administrativa y efectiva de sus derechos o el del grupo afectado en términos de desigualdad y políticas discriminatorias. Desde tal conceptualización, se puede hablar de la exigibilidad

---

<sup>448</sup> La Corte IDH posee un firme criterio sobre el tema, justamente destacando el valor instrumental que tiene el acceso a la información pública, a los documentos, actuaciones y registros públicos. Y la Corte Federal argentina ha convalidado tales criterios enfatizando la trascendencia institucional del acceso a la información y el libre debate y difusión de las ideas. Remitimos por todos al caso CSJN, 05/09/2007, “*Editorial Río Negro contra Provincia de Neuquén*”, *Fallos*: 330:3908.

<sup>449</sup> Tal como lo ha expresado la Corte IDH en su OC 18/03, op. cit.: “La noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona”, por lo que “No es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza (...)”. Para afirmar “(...) Si ello es así, y el propio preámbulo de ese Pacto lo reafirma, la calidad de nacional de un Estado no es un elemento que en la dinámica de la Convención Americana permita justificar un menor resguardo de derechos. En otros términos, si como expresa la Corte Interamericana el principio de la igualdad y no discriminación, “(...) significa que los ciudadanos deben ser tratados justamente en el sistema legal y que se les debe garantizar un trato igual ante la ley así como el disfrute por igual de los derechos disponibles para todos los demás ciudadanos (...)”. Finalmente razona “(...) El principio de igualdad ante la ley y no discriminación impregna toda actuación del poder del Estado, en cualquiera de sus manifestaciones, relacionada con el respeto y garantía de los derechos humanos. Dicho principio puede considerarse efectivamente como imperativo del derecho internacional general, en cuanto es aplicable a todo Estado, independientemente de que sea parte o no en determinado tratado internacional, y genera efectos con respecto a terceros, inclusive a particulares. Esto implica que el Estado, ya sea a nivel internacional o en su ordenamiento interno, y por actos de cualquiera de sus poderes o de terceros que actúen bajo su tolerancia, aquiescencia o negligencia, no puede actuar en contra del principio de igualdad y no discriminación, en perjuicio de un determinado grupo de personas. En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *jus cogens*”.

de determinados mínimos esenciales de los derechos económicos, sociales y culturales de la ciudadanía.

#### III.2.8.1.4.- Las Administraciones Públicas, el procedimiento administrativo y el principio de máxima divulgación

El principio de máxima divulgación, de acuerdo con el cual se presume que toda información en poder del Estado es accesible, tiene en el procedimiento administrativo un gravitante campo de influencia en lo atinente a la publicidad<sup>450</sup> del expediente administrativo, noción que abarca a las vistas y a la notificación.

Al ser expresiones de este principio, estos elementos de la publicidad del trámite se encuentran condicionados a diferentes reglas. En tanto reglamentación de una garantía fundamental protegida por el art. 13 del PSJCR, todo lo relativo al acceso al expediente, vistas, notificaciones y elementos vinculados debe ser regulado por ley en sentido formal y no por vía reglamentaria. Esa ley debe cumplir naturalmente con los requisitos de proporcionalidad, persiguiendo una finalidad legítima por medios adecuados y necesarios.

El sistema perfila al derecho a la información como un derecho preferido, bajo la presunción de la máxima divulgación y por ende acceso a los registros e informaciones públicas y con una legitimación en términos procesales para exigir tal derecho también de base amplia. Y ello debe verse reflejado en los procedimientos administrativos que sirven de cauce institucional para proteger el derecho al acceso a la información en manos del Estado.

#### III.2.9.- Los efectos “extra partes” de la Corte IDH y la prevención

Los mandatos de respeto, garantía y protección de los derechos consagrados en las convenciones sobre la materia, vinculan a todos los Estados y generan efectos con respecto a terceros, inclusive particulares<sup>451</sup>, lo cual hace que las obligaciones propias de estos tratados -que normalmente tienen sus efectos en las relaciones entre los Estados y las personas

---

<sup>450</sup> Sobre la publicidad como principio rector del Derecho Administrativo puede verse la opinión de BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, “*Curso de Direito Administrativo*”, op. cit., pág. 85.

<sup>451</sup> OC. 18/03, op. cit.,

sometidas a su jurisdicción- también proyecten sus efectos en los lazos interindividuales.<sup>452</sup> El Estado, en función de los arts. 1.1 y 2 de la PSJCR tiene el deber de respetar y hacer respetar los derechos, lo cual se extiende obviamente tanto a los poderes públicos como a los particulares en relación con otros particulares.<sup>453</sup>

Tenemos entonces que, por el control de convencionalidad interno, según hemos explicado en la Parte Primera, las decisiones de la Corte IDH se integran en la interpretación que de las normas convencionales ha brindado. Es decir, la norma interpretada por la Corte IDH se expande por dicho control más allá del Estado miembro que ha sido parte de “un caso”. Luego, las Administraciones Públicas al ser una de las que aplican en su propio ámbito competencial la convencionalidad, sea de oficio o porque la persona así lo hace valer como garantía propia, incorporan en sus acciones preventivas aquellos criterios y pautas interpretativas de la Corte IDH.

En síntesis, es aquello que hemos ya afirmado: las decisiones jurisdiccionales y las opiniones consultivas de la Corte IDH poseen efectos más allá del caso y más allá del Estado parte. Y esas decisiones en tanto fijan estándares interpretativos junto a la convención interpretada en la fase consultiva de la Corte IDH, son incorporadas e internalizadas en el ámbito de las Administraciones Públicas.

Este carácter expansivo de las obligaciones internacionales es el correlato ineludible de la potestad del Estado sobre los Estados y a su vez sobre las relaciones entre estos y las personas.

Esto genera directas consecuencias también sobre el Estado, y las diversas autoridades obligadas, por el deber de garantía genérico de los arts. 1 y 2 del PSJCR hacia las acciones y omisiones de particulares en determinados supuestos. Se trata de la falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención.<sup>454</sup>

---

<sup>452</sup> Loc. cit.

<sup>453</sup> Loc. cit.

<sup>454</sup> Sobre los estándares de la Corte IDH con relación a la falta de debida diligencia se puede consultar: Centro por la Justicia y el Derecho Internacional, “*Debida Diligencia en la Investigación de Graves Violaciones a Derechos Humanos*”, Buenos Aires, Argentina, 2010, <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r25129.pdf>, última consulta 01/09/2020. PARRA VERA, Oscar, “*La jurisprudencia de la Corte Interamericana respecto a la lucha contra la impunidad: algunos avances y debates*”, Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, Año 13, Nro. 1, noviembre de 2012, <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r30797.pdf> (última visita 01/09/2020). El principio de debida diligencia relacionado con el derechos a la vida en la Corte IDH se analiza en Cuadernillo de

La Corte IDH se ha pronunciado sistemáticamente sobre la debida diligencia para prevenir las violaciones de derechos humanos. En especial en la OC 23/17<sup>455</sup> señaló:

“Los Estados están obligados a cumplir con sus obligaciones bajo la Convención Americana con debida diligencia. El concepto general de debida diligencia en el Derecho Internacional es típicamente asociado a la posible responsabilidad de un Estado frente a obligaciones de conducta o comportamiento, en contraste con las obligaciones de resultado que requieren el logro de un objetivo específico. El deber de un Estado de actuar con debida diligencia es un concepto cuyo contenido ha sido determinado por el Derecho Internacional y que ha sido utilizado en diversos ámbitos, tanto en el Derecho Internacional Humanitario, como en el Derecho del Mar y en el Derecho Internacional del Medio Ambiente, entre otros. En el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el deber de actuar con debida diligencia ha sido abordado en relación con los derechos económicos, sociales y culturales, respecto de los cuales los Estados se comprometen a adoptar “todas las medidas apropiadas” tendientes a lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos correspondientes. Además, como ha resaltado esta Corte, el deber de actuar con debida diligencia también corresponde, de manera general, a la obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención Americana a toda persona sujeta a su jurisdicción, según la cual los Estados deben adoptar todas las medidas apropiadas para proteger y preservar los derechos consagrados en la Convención, así como organizar todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.”

Con relación al uso de la fuerza como obligación de prevención, la Corte IDH exigió: “resulta indispensable que el Estado: a) cuente con la existencia de un marco jurídico adecuado que regule el uso de la fuerza y que garantice el derecho a la vida; b) brinde equipamiento apropiado a los funcionarios a cargo del uso de la fuerza, y c) seleccione, capacite y entrene debidamente a dichos funcionarios.”<sup>456</sup>

---

Jurisprudencia de la Corte IDH Nro. 21, “*Derecho a la vida*”, San José, Corte IDH, 2018 <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo21.pdf>, última consulta 01/09/2020.

<sup>455</sup> OC. 23/17, op. cit.

<sup>456</sup> Corte IDH, 27/08/2014, “*Hermanos Landaeta Mejías y otros vs. Venezuela*”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párr.126.

En casos de violencia contra las mujeres la Corte IDH sostuvo:

“Los Estados deben adoptar medidas integrales para cumplir con la debida diligencia en casos de violencia contra las mujeres. En particular, deben contar con un adecuado marco jurídico de protección, con una aplicación efectiva del mismo y con políticas de prevención y prácticas que permitan actuar de una manera eficaz ante las denuncias. Asimismo, los Estados deben adoptar medidas preventivas en casos específicos en los que es evidente que determinadas mujeres y niñas pueden ser víctimas de violencia. Todo esto debe tomar en cuenta que, en casos de violencia contra la mujer, los Estados tienen, además de las obligaciones genéricas contenidas en la Convención Americana, una obligación reforzada a partir de la Convención Belém do Pará.”<sup>457</sup>

Sobre el tema que venimos desarrollando, el deber de garantía previsto en el art. 1.1 del PSJCR, una de cuyas formas de observancia consiste en prevenir violaciones, en un caso reciente<sup>458</sup> señaló:

“(…) Este deber se proyecta a la “esfera privada”, a fin de evitar que “terceros vulneren los bienes jurídicos protegidos (...) abarca todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito.”

En esta línea, la Corte ha señalado que en ciertas ocasiones los Estados tienen la obligación de establecer mecanismos adecuados para supervisar y fiscalizar ciertas actividades, a efecto de garantizar los derechos humanos, protegiéndolos de las acciones de entidades públicas, así como de personas privadas. La obligación de prevenir:

“Es de medio o comportamiento y no se demuestra su incumplimiento por el mero hecho de que un derecho haya sido violado. Debido a que lo indicado es aplicable al conjunto de los derechos receptados en la Convención Americana,

---

<sup>457</sup> Corte IDH, “González y otras (“Campo Algodonero”)”, op. cit., párr. 258.

<sup>458</sup> Corte IDH, “Comunidades indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra)”, op. cit. párrs. 207.

es útil dejar ya sentado que también refiere a los derechos a la alimentación adecuada, al agua y a participar en la vida cultural.”<sup>459</sup>

De modo que la responsabilidad estatal también puede generarse por actos de particulares en principio no atribuibles al Estado<sup>460</sup>. Las obligaciones convencionales implican respeto, garantía mediante normas de protección y aseguramiento de la efectividad de los derechos y por lo tanto proyectan sus efectos más allá de la relación directa entre la persona y el poder público, manifestándose en la “obligación positiva del Estado de adoptar las medidas necesarias para asegurar la efectiva protección de los derechos humanos en las relaciones inter-individuales.”<sup>461</sup>

Es así que los supuestos de responsabilidad estatal por violación a los derechos consagrados en la Convención, pueden ser tanto las acciones u omisiones atribuibles a órganos o funcionarios del Estado, como la “omisión del Estado en prevenir que terceros vulneren los bienes jurídicos que protegen los derechos humanos.”<sup>462</sup>

El TEDH también ha reconocido la aplicabilidad de su convenio a las relaciones interindividuales,<sup>463</sup> puntualizando que, aun cuando la dinámica del tratado de Roma reside

---

<sup>459</sup> Corte IDH, “Comunidades indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra)”, op. cit. párrs. 196 -199.

<sup>460</sup> En tal sentido la Corte IDH señaló: “La obligación de garantía se proyecta más allá de la relación entre los agentes estatales y las personas sometidas a su jurisdicción, abarcando asimismo el deber de prevenir, en la esfera privada, que terceros vulneren los bienes jurídicos protegidos. Conforme a la jurisprudencia de la Corte es claro que un Estado no puede ser responsable por cualquier violación de derechos humanos cometida entre particulares dentro de su jurisdicción. En efecto, las obligaciones convencionales de garantía a cargo de los Estados no implican una responsabilidad ilimitada de los Estados frente a cualquier acto o hecho de particulares, pues sus deberes de adoptar medidas de prevención y protección de los particulares en sus relaciones entre sí se encuentran condicionados al conocimiento de una situación de riesgo real e inmediato para un individuo o grupo de individuos determinado – o que el Estado debió conocer dicha situación de riesgo real e inmediato - y a las posibilidades razonables de prevenir o evitar ese riesgo. Es decir, aunque un acto u omisión de un particular tenga como consecuencia jurídica la violación de determinados derechos humanos de otro particular, aquél no es automáticamente atribuible al Estado, pues debe atenderse a las circunstancias particulares del caso y a la concreción de dichas obligaciones de garantía. En este sentido, la Corte deberá verificar si corresponde atribuir responsabilidad del Estado en el caso concreto”. Corte IDH, 28/08/2014, “Defensor de Derechos Humanos y otros vs. Guatemala”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. En el mismo sentido: Corte IDH, “Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros”, op. cit., párr. 209; Corte IDH, “Masacre de Pueblo Bello”, op. cit., párr. 123; Corte IDH, 01/09/2015, “Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 170.

<sup>461</sup> Caso, Corte IDH, “Ximenes Lopes”, op. cit., párrs. 85 y ss., Corte IDH, “Masacre de Pueblo Bello”, op. cit., párr. 113; Corte IDH, “Masacre de Mampiripán”, op. cit., párr. 111; y OC. 18/03, “Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados”, op. cit.

<sup>462</sup> Caso, Corte IDH, “Ximenes Lopes”, op. cit., párr. 86.

<sup>463</sup> STEDH, 13/08/1981, “Young, James y Webster vs. Reino Unido”; STEDH, 21/02/2017, “Rubio Dosamante vs. España”.

inicialmente en la protección del individuo contra interferencias arbitrarias de las autoridades públicas, además de abstenerse de esas interferencias, el Estado debe cumplir obligaciones positivas inherentes al respeto efectivo de los derechos, lo cual puede implicar la adopción de medidas inclusive en las relaciones entre individuos.<sup>464</sup>

Los derechos convencionales proyectan –desde la faz del aseguramiento de su respeto por parte de los individuos en las relaciones con sus pares- obligaciones concretas en cabeza del Estado, consistentes en aquello que nos interesa en el presente estudio, en la adopción de medidas preventivas tendientes a efectivizar aquel deber genérico de garantía y evitar así posibles ilícitos internacionales.

### III.3.- Recapitulación Parte Segunda

Es tiempo ahora de sistematizar el desarrollo efectuado en esta Parte Segunda de nuestra investigación:

1. El control de convencionalidad internacional en la propia sede de la Corte IDH, importa un nuevo control de la actividad de las Administraciones Públicas, ubicado por fuera de las propias fronteras del Estado parte, y dentro del sistema de protección de los derechos humanos.

2. El control de convencionalidad interno, en la propia sede de las Administraciones Públicas, opera como control interno de estas por la aplicación espontánea y de buena fe que es esperable que 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.

3. El control de convencionalidad en el ámbito de las Administraciones Públicas es simétrico con aquel que realiza el poder judicial: solo podrán desplegar aquel en sus propias sedes dentro del “marco de sus propias competencias.”

4. Las Administraciones Públicas son parte de las autoridades obligadas a internalizar las obligaciones internacionales de manera espontánea, subsidiaria y

---

<sup>464</sup> STEDH, 26/03/1985, “*X e Y vs. Países Bajos*”; STEDH, 05/09/2017, “*Barbulescu vs. Rumania*”.

complementaria. Estas adjetivaciones no han de ser dichas al pasar, por el contrario, son el marco que explican los alcances de esta nueva actividad, su finalidad y, por cierto, sus límites: la prevención.

5. El SIDH ha destacado la actividad de prevención, la que debe abarcar todas las medidas de distinto carácter, que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean efectivamente consideradas y susceptibles de acarrear sanciones e indemnizaciones por sus consecuencias perjudiciales. Esta es la novedad que nosotros hemos de querer aportar, sosteniendo sus fundamentos y características: dentro de las medidas de distinto carácter están las propias que deben adoptar las Administraciones Públicas.

6. La prevención es una exteriorización del deber genérico de garantía, el cual, en cabeza de las Administraciones Públicas, asume una dimensión no advertida a nuestro criterio hasta el momento de cuyas consecuencias creemos el Derecho Administrativo mucho tendrá por tematizar en los tiempos por venir.

7. El deber de respetar y adecuar en los sistemas internos las diversas obligaciones en materia de derechos humanos constituye un claro límite a la actividad estatal, sea de la naturaleza que fuere con indiferencia del órgano o funcionario que exprese dicho poder<sup>465</sup>. La vigencia de las garantías en todo proceso se vincula directamente con un eje mayor de las convenciones de derechos humanos: la interdicción de la arbitrariedad.

8. El debido proceso proyecta sus consecuencias en todo el sistema jurídico interno, tanto en los planos individuales como más allá de estos. Estamos frente a una garantía de la jerarquía del derecho internacional sobre la cual los Estados integrantes del PSJCR no pueden, ni deben, limitar con alcances procesales inadecuados. El debido proceso es un censor contra la arbitrariedad del poder y una herramienta del sistema democrático. De allí que asuma su jerarquía de principio general del derecho. La tutela administrativa efectiva es una expresión de ello.

---

<sup>465</sup> Ha afirmado la Corte IDH “El respeto a los derechos humanos constituye un límite a la actividad estatal, lo cual vale para todo órgano o funcionario que se encuentre en una situación de poder, en razón de su carácter oficial, respecto de las demás personas. Es, así, ilícita, toda forma de ejercicio del poder público que viole los derechos reconocidos por la Convención”, Corte IDH, “*Del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros)*”, op. cit.

9. El PSJCR garantiza los derechos de la persona tanto en las esferas no judiciales como en las judiciales en todas las materias, siendo el estándar que atrae la aplicación de las garantías propias del art. 8 la existencia de una actuación tendiente a determinar derechos y obligaciones. Es esa actividad y no el órgano que la aborda, desde donde se mira la aplicación de la tutela judicial efectiva que evolutivamente ha dejado paso a la tutela administrativa efectiva. La misma atraviesa las zonas de las Administraciones Públicas en tanto y en cuanto comporten determinación de derechos.

10. La infracción al art. 8 se vincula con el deber general de los arts. 1.1 y 2 en tanto la obligación de promover y preservar los derechos, removiendo cualquier obstáculo, y no tan solo bajo el deber de adecuar el ordenamiento interno. De allí el contenido de acción en la remoción que ha de adoptar las Administraciones Públicas de manera activa.

11. Los Estados han asumido el deber de consagrar normativamente y de asegurar la debida aplicación de los recursos efectivos y las garantías del debido proceso legal ante las autoridades competentes, que amparen a todas las personas bajo su jurisdicción contra actos que violen sus derechos fundamentales o que conlleven a la determinación de los derechos y obligaciones de estas.<sup>466</sup> La tutela administrativa efectiva es una expresión del derecho al recurso, en sentido evolutivo; por ende no puede ser suspendido en etapas de emergencias.

12. Existe una nueva posición de las Administraciones Públicas en el contexto actual: el control de convencionalidad interno. Desplegado de manera espontánea y complementaria aparece la actividad preventiva ajustándose así al deber genérico de garantía como mandato convencional.

13. La tarea de las Administraciones Públicas es constitucional y convencional. Aplica de oficio los parámetros de los derechos humanos, en base al principio de oficialidad que se proyecta desde la función tuitiva, preventiva propia del PSJCR. Esta función preventiva, es expresión del deber de garantía genérico, concretada en el despliegue en su propia sede del control de convencionalidad interno. Es todo ello estructura del rol preventivo de las Administraciones Públicas.

---

<sup>466</sup> Corte IDH, “*Mohamed*”, op. cit.

14. Los deberes humanos indican la obligación convencional en concurrencia con las competencias de las Administraciones Públicas en la cogestión ciudadana del bienestar general.

15. La heterogeneidad marca la necesidad de dispositivos múltiples según las circunstancias que rodean a las personas y las propias protecciones constitucionales y convencionales.

16. La juridicidad que vincula a las Administraciones Públicas en sus actuaciones se ha visto seriamente ensanchada a través del denominado *corpus iuris* Interamericano.

## **IV.- Parte Tercera. Afirmaciones**

## IV.1.- Afirmaciones demostradas

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

Es ahora 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 de investigación. Las otras, han quedado expresadas en cada recapitulación de las Partes Primera y Segunda.

### IV.1.1.- 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 el de constitucionalidad.

Simétrico en tanto debe encontrarse correspondencias sustanciales y procedimentales entre uno y otro.

Sinérgico, en tanto 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<sup>467</sup>: el lenguaje de los derechos y garantías fundamentales en la dinámica de la propia

---

<sup>467</sup> “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 Europea). Una idea que en América Latina se expresa con el principio *pro homine o pro persona*. En

aplicación por parte de las Administraciones Públicas y del control interno y externo, de la función orgánica y materialmente administrativa.

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<sup>468</sup>. 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 la convencionalidad con los alcances explicados en nuestra investigación.

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

Esta jurisdicción constitucional convencional del proceso administrativo es, como sabemos, de oficio su invocación.

Ahora bien, y como lo hemos ya expuesto y fundado, 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. Es la garantía ciudadana aquella que “provoca” el control judicial convencional de las Administraciones Públicas en un proceso típicamente contencioso administrativo. Es una de las afirmaciones que hemos

---

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.” GARCÍA ROCA, Javier, *“Del diálogo entre los tribunales constitucionales y las cortes supranacionales de derechos: algunas cuestiones para disputar”*, op. cit., pág. 124.

<sup>468</sup> 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 Nro. 27, del año 1862, Sancionada el 13/10/1862, Promulgada el 16/10/1862, uno de los objetivos de la justicia “es sostener la observancia de la Constitución Nacional, prescindiendo, al decir las causas, de toda disposición de cualquiera de los otros poderes nacionales, que esté en oposición con ella”. Veinte años después de la mencionada ley nació el control de constitucionalidad con los casos “*Sojo*” y “*Elortondo*” (*Fallos: 32:120, del año 1887 y Fallos, 33:193 del año 1888, respectivamente*). 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 CSJN procede de oficio. Luego del año 1994 coexiste con el control de convencionalidad que en la simetría y sinergia propuestas despliegan, dentro de la competencia que le asignan las leyes nacionales y provinciales, con relación a las Administraciones Públicas los jueces del fuero contencioso administrativo.

efectuado una vez explicado el origen del control de convencionalidad interno como obligación estatal.

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

1. En la dimensión sustancial:

- 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, y
- e) declarar la inconvencionalidad con efectos para el caso concreto.

Ello sin dejar de recordar que la declaración de inconstitucional ha de ser la *última ratio* y que, por consiguiente, ello es aplicable a la declaración de inconvencionalidad también. Regla de controversia aparente en la doctrina desde donde se ha postulado al control de constitucionalidad y convencionalidad y la eventual declaración de inconstitucionalidad y/o inconvencionalidad como primera *ratio*.<sup>469</sup>

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 y/o inconvencionalidad aparecen como última *ratio* del proceso, pero primera *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 que especialmente la Constitución atribuye esa competencia. Aquí, sin embargo, pareciera que sí pueden hacerlo desde la

---

<sup>469</sup> Ver GIL DOMINGUEZ, Andrés, “Control de constitucionalidad y convencionalidad de oficio”, Cita Online: AR/DOC/5968/2012.

inconventionalidad en atención al mandato de la Corte IDH de que todos los jueces deben ejercer el control de convencionalidad.

Esta contradicción quizás sea aparente, ya que:

- a) todos los jueces pueden hacer interpretación de convencionalidad y constitucionalidad de una norma,
- b) pueden inaplicar por tales razones, y
- c) solo y tan solo podrán declarar inconstitucional e inconventional 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 hecho 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. Tal como hemos descrito en la Parte Primera de nuestra investigación.

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.

Tal como 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 sólo barco pilotado por un único tribunal, ninguno posee verdades absolutas, aunque cada uno las pueda imponer en su ordenamiento.”<sup>470</sup>

---

<sup>470</sup> GARCÍA ROCA, Javier, “*Del diálogo entre los tribunales constitucionales y las cortes supranacionales de derechos: algunas cuestiones para disputar*”, op. cit., pág. 148.

En este contexto, hemos demostrado 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.

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

La primera desde los derechos, mirados desde la protección de los mismos 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 busca en ámbitos distintos los mismos fines.

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

La segunda desde la mirada convergente desde esos derechos antes que 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 y/o remover obstáculos, sean estos reglamentarios o de cualquier otro orden, que promuevan 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 como es sabido la ejecución de sentencias<sup>471</sup>, generando un proceso

---

<sup>471</sup> “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 estado 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”, Corte IDH, “*Furlán vs. Argentina*”, op. cit. párr. 210.

contencioso administrativo centralizado en los pretenses antes que procesos de pretensiones.<sup>472</sup>

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. Volvemos a insistir en la trascendencia que posee a nuestro criterio la afirmación efectuada por la Corte IDH en el caso “*Furlán vs. Argentina*”.<sup>473</sup>

“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.”

Ello en clara conexión con el derecho a la igualdad y no discriminación con los alcances que la Corte IDH le ha asignado<sup>474</sup>:

“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.”

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.

---

<sup>472</sup> Coinciden con esta apreciación GARCÍA PULLÉS, F., “*El contencioso administrativo en la Argentina*”, op. cit., t. 1, pág. 3 y SANMARTINO, Patricio, “*Proceso administrativo en el Estado constitucional social de derecho. Apuntes iniciales*”, op. cit., pág. 135.

<sup>473</sup> Corte IDH, “*Furlán y Familiares*”, op. cit.

<sup>474</sup> Caso Corte IDH, “*Furlán y Familiares*”, op. cit.

Hemos expresado 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, el PSJCR al derivar a los mecanismos propios de ejecución de sentencias en cada ordenamiento jurídico doméstico, lo hemos hecho de nuestra parte 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 hacer efectivo los efectos expansivos de las sentencias de la Corte IDH y las opiniones consultivas. La herramienta más apropiada para tal fin es sin dudas el control de convencionalidad interno en tanto garantía de las personas. Es que, como se ha afirmado en nuestra investigación, 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 en nuestra investigación, diremos:

a. El control judicial interno de las Administraciones Públicas asume nuevas dimensiones propias de la convencionalidad.

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

c. Es simétrico y sinérgico 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.

d. Es preventivo, en tanto 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.

e. 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 del rededor *del principio pro homine*.

f. 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, externo hacia los otros poderes del Estado – principalmente a las Administraciones Públicas– y a la propia ciudadanía en la protección y promoción de sus derechos, pero también como interpelación desde los deberes humanos que cada quién posee en relación a la comunidad y humanidad toda.

El aporte en nuestra Parte Primera 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 el 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.

#### IV.1.2.- Del orden de las Administraciones Públicas

Iniciábamos la Parte Segunda de nuestra investigación bajo la idea de detectar proyecciones posibles en el ámbito de las Administraciones Públicas de esta dimensión convencional.

La razón estaba vinculada a la necesidad de trabajar la zona de estas y sus relaciones con las personas desde el plano convencional. Es que se observa frecuentemente el estudio en planos distintos de esa convencionalidad con las zonas concretas de las funciones administrativas. Como si se tratasen de realidades aparte muchas veces.

Es por ello que el ingreso a la Parte Segunda es precedido de la investigación vinculada a la herramienta del control de convencionalidad interna y la demostración que la misma atraviesa al Estado.

Las Administraciones Públicas en tanto 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 el cual pueden caracterizarse en los tiempos actuales a 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 en la adopción de medidas de adecuación y remoción de cualquier tipo de obstáculos a los deberes asumidos.

En palabras de la Corte IDH estas deben cristalizar en sus procedimientos internos y en las diversas actividades el hecho que se encuentran vinculadas por las obligaciones convencionales en tanto obligación de cumplir de buena fe con el derecho internacional.<sup>475</sup>

---

<sup>475</sup> Corte IDH, “*Fontevecchia y D’Amico*”, op. cit.

Ello conecta con el deber de mayor diligencia, tal como lo ha dicho la Corte IDH según las afectaciones de derechos y las vulnerabilidades de las personas: “(...) las autoridades administrativas debían tener bajo consideración que Sebastián Furlán 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.”<sup>476</sup>

Es en ese contexto que nos preguntábamos si era posible pensar en la aplicación en el propio ámbito de las Administraciones Públicas el control de convencionalidad interno, y en su caso cuales 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 es que necesariamente habremos de afirmar que las competencias de las Administraciones Públicas en punto a su direccionalidad se han visto impactadas por los compromisos internacionales asumidos por el Estado. Cabe recordar la afirmación de Cassese que explica en parte el fenómeno: “Un espacio jurídico abierto reemplaza la naturaleza cerrada de los territorios nacionales.”<sup>477</sup>

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.

Las proyecciones en el propio ámbito de las Administraciones Públicas son múltiples. Nosotros elegimos detenernos en destacar:

a) la centralidad de la dignidad de las personas, sus alcances, especiales exclusiones de las personas jurídicas en el SIDH<sup>478</sup>, las cuales 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, el cual el TEDH lo protege desde otros derechos,

b) las consecuencias de ser estas autoridades obligadas por el PSJCR,

c) nuevos desafíos interpretativos en la propia sede de estas,

---

<sup>476</sup> Ver Caso Corte IDH, “*Furlán y Familiares*”, op. cit, cdo. 215.

<sup>477</sup> CASSESE, Sabino, “*Derecho Administrativo: Historia y Futuro*”, op. cit., pág. 458.

<sup>478</sup> Con excepción de los sindicatos y las comunidades indígenas y triviales (OC. 22/16, op. cit.).

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

e) la interpretación convencional en la realización de los derechos humanos desde los deberes, y de cómo estos fundan la cogestión junto con aquellas del bienestar general,

f) la tutela administrativa efectiva, entre otros.

No se tratan ninguna de ellas 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 derecho y obligaciones. La potestad sancionatoria de las Administraciones Públicas<sup>479</sup>, entre otras competencias de estas, ya no aplican las garantías que se integran bajo el art. 8 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 bajo el ropaje del procedimiento administrativo. Comportando ello una clara herramienta de interdicción de la posible arbitrariedad administrativa.

Es importante resaltar a la tutela administrativa como deber de las Administraciones Públicas para asegurar a la ciudadanía en la interacción que compete 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<sup>480</sup> para luego emitir una decisión suficiente y razonablemente fundada.

Cabe remarcar que hemos afirmado por nuestra parte que la tutela administrativa efectiva es una expresión del derecho al recurso entendido evolutivamente, por ende, no

---

<sup>479</sup> La Corte IDH en primer término -en el precedente “*Baena*” op. cit.- lo establece para la potestad sancionatoria. Luego adquiere dimensiones en todos los ámbitos de las Administraciones Públicas donde se determinan derechos y obligaciones para la ciudadanía. Sobre el tema de la potestad disciplinaria remitimos por todos a IVANEGA Miriam, “*Cuestiones de potestad disciplinaria y derecho de defensa*”, Ed. RAP, Buenos Aires, Argentina, en especial cap. VII: “*Otros supuestos del control judicial de la potestad disciplinaria*”.

<sup>480</sup> 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.

puede ser suspendida en etapas de emergencia, urgencia, estados de excepción y expresiones similares que hablen de excepcionales circunstancias.<sup>481</sup>

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

Lo cierto es que la apertura internacional decidida desde los propios resortes soberanos nacionales redimensiona a las Administraciones Públicas, elevando notablemente su potencial en materia de derechos humanos. Estas pasan a ser todo menos abstencionistas, ya 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 que justamente hablan de una actividad dinámica, flexible, abierta, directa, 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 protagonista 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.

---

<sup>481</sup> Ver VALIM, Rafael, “*Estado de exceção: A forma jurídica do neoliberalismo*”, Ed. Contracorrente, São Paulo, Brasil, 2017. 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”. CIDH, “*Informe preliminar sobre pobreza, pobreza extrema y derechos humanos en las Américas*”, op. cit., pág. 101.

Debe abandonarse la idea de pensarse 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 a estructuras orgánicas de poder, burocratiza más veces de lo esperado, 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, desde una gobernanza que sea ejecutada desde la idea colaborativa, bajo el principio de solidaridad.

Dentro de 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 solidaridad es el transporte al que hemos de subirnos si queremos esa mayor igualdad y libertad.<sup>482</sup>

Tal cual 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

---

<sup>482</sup> Ver en un determinado sentido COVIELLO, Pedro, “*El principio de solidaridad en el Derecho Administrativo. Una visión personalista*”; Ed. Doctrina y Jurisprudencia Administrativo, diario 8/6/2017. Por su parte Calamandrei, al hablar de libertad y legalidad tematiza a la solidaridad bajo 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”, CALAMANDREI, Piero, “*Sin legalidad no hay libertad*”, op. cit., 2016, pág. 51.

hombre y la mujer son constitutivamente seres libres, en la misma medida son constitutivamente solidarios”.<sup>483</sup>

¿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<sup>484</sup>, pero que de nuestra parte adelantamos que posee anclaje convencional: los deberes para con la comunidad y la humanidad toda, expresados en el PSJCR.

#### IV.1.3.- Del orden de la ciudadanía y sus Administraciones Públicas

También en la Parte Segunda desde las personas analizamos a estas como titulares de al menos dos garantías nuevas emergentes del SIDH y que le han sido adicionadas a los Estados parte. Verificándose 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. Es que estas, determinadas generalmente por decisión constitucional y convencional, disponen especial protección de determinados grupos o personas y/o sus circunstancias que les rodean. Ello genera una tutela diferencial, heterogénea. Tutela que el SIDH resguarda 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 hemos de reforzar aquí en las conclusiones: “De las obligaciones generales de respetar y garantizar los derechos

---

<sup>483</sup> RODRIGUEZ-ARANA MUÑOZ, Javier, “*El estado solidario*”, Columna de Opinión, DPI Cuántico Derecho para Innovar, 12/05/2017, [https://dpicuantico.com/area\\_diario/columna-de-opinion-diario-constitucional-y-derechos-humanos-nro-149-15-05-2017/](https://dpicuantico.com/area_diario/columna-de-opinion-diario-constitucional-y-derechos-humanos-nro-149-15-05-2017/), última consulta 09/09/2020.

<sup>484</sup> Es interesante aquello que ha llevado a Bandeira de Mello a afirmar respecto de la constitución “(...) declara que el Estado brasileiro tiene compromiso formalmente explicitados con los valores que en ella se enuncian, obligando a que los órdenes económicos y sociales sean articulados de manera de realizar los objetivos apuntados en ella”. Ello como consecuencia del art. 219 de la Constitución del Brasil respecto del mercado al expresar: “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, Celso Antônio, “*Curso de Direito Administrativo*”, op. cit., pág. 783.

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.”<sup>485</sup>

Estas, por otra parte, desde sus deberes para con la comunidad y la humanidad concurren en la gestión del bienestar general junto a las Administraciones Públicas. Estamos frente a la realización de aquel en tanto 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, al 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 permiten realizar el test de razonabilidad, por ejemplo, de la proporcionalidad de medidas adoptadas por las Administraciones Públicas en pos del bienestar general. Bienestar general que no es una abstracción, si no tal como lo hemos indicado, es 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. Estos han sido quienes marcaron el camino a la legitimación de la actuación de las Administraciones Públicas, con dimensiones individuales, colectivas -sociales y universales, signadas por el principio fundamental de la participación ciudadana.

---

<sup>485</sup> Ver caso Corte IDH, “Comunidades indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra)”, op. cit.

#### IV.1.4.- 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 la Parte Segunda, 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 este 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 iurus internacional de los derechos humanos* por la 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 al segundo este 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 dudas ha sucedido es que por conducto del control de convencionalidad se han ampliado los contornos que contienen al principio de juridicidad.

Esta ampliación comporta, en “cabeza” de las Administraciones Públicas, un ensanche de sus obligaciones de adecuación y remoción que alcanza a toda su actividad en la medida que estén comprometidos 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 son todo aquello que representa al menos el *corpus iuris* del SIDH, sobre el cual se han generado consensos suficientes de su existencia y exigibilidad.

#### IV.1.5.- El rol preventivo de las Administraciones Públicas

Llegamos así, finalmente, a la afirmación que estamos en presencia de un nuevo rol de las Administraciones Públicas. Es 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 ello el reordenamiento en parte de las funciones de estas y de la propia organización que las contienen. 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 a adoptar, tanto de índole reglamentarias como de 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 tracciona articuladamente con las ya existentes al tiempo que se les exige a estas la perspectiva preventiva en cada despliegue de las mismas.

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. 1 y 2 del PSJCR en la prevención de las violaciones de derechos humanos. Del que la Corte IDH ha remarcado que se corresponde, de manera general, con la obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención Americana

a toda persona sujeta a su jurisdicción<sup>486</sup>. Además de exigirle a los Estados la adopción de todas las medidas apropiadas para proteger y preservar los derechos humanos en las relaciones interindividuales<sup>487</sup>. Así con relación a las Administraciones Públicas exigió deber de debida diligencia con relación al medioambiente, al uso de la fuerza<sup>488</sup> (función de policía administrativa), al derecho a la salud<sup>489</sup>, al derecho al agua<sup>490</sup> (servicio público), y con relación 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 IDH<sup>491</sup>, y este no es un dato menor tampoco. 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 que las Administraciones Públicas incorporen rápidamente también 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 internas como expresión de la actividad de las Administraciones Públicas. Las actividades clásicas siguen latentes, a las que se les suma la preventiva. Unas y otras han de reorientarse. Es que si las Administraciones Públicas son expresión de un modelo

---

<sup>486</sup> OC. 23/17, op. cit.

<sup>487</sup> Caso, Corte IDH, “*Ximenes Lopes*”, op. cit., párrs. 85 y ss., Corte IDH, “*Masacre de Pueblo Bello*”, op. cit., párr. 113; Corte IDH, “*Masacre de Mapiripán*”, op. cit., párr. 111; y OC. 18/03, “*Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*”, op. cit.

<sup>488</sup> Corte IDH, “*Hermanos Landaeta Mejías y otros*”, op. cit., párr. 126.

<sup>489</sup> Corte IDH, “*Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Nro. 28 (...)*”, op. cit.

<sup>490</sup> Corte IDH, “*Comunidades indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra)*”, op. cit.

<sup>491</sup> Tal como lo 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 partes 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 quienes hayan sido el Estado condenado. No estamos frente a la fuerza interpretativa de la cosa juzgada, sino antes bien frente a una herramienta concreta de aplicación interna de los criterios interpretativos de la Corte.

constitucional y este asumió a los derechos fundamentales – del propio texto y aquellos que provienen de los tratados de derechos humanos constitucionalizados – en su centralidad, pues tan solo queda concluir que estos direccionan aquellas.

¿Cómo lograrlo? Pues 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 afecte aquella jurisdicción.

La prevención en sede de las Administraciones Públicas genera, como fenómeno integral, un mecanismo de permeabilidad recíprocas 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 buscada convergencia entre las construcciones “internas” e “internacionales” pero ya en el ámbito de las Administraciones Públicas.

#### IV.2.- 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?<sup>492</sup>

Cassese<sup>493</sup> al referirse a la evolución del Derecho Administrativo, tanto inglés como francés, afirma que estos 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

---

<sup>492</sup> El entonces juez Ramírez así lo ha interrogado, pero respecto del derecho penal interno en el voto razonado del caso Corte IDH, 24/09/2009, “*Dacosta Cadogan vs. Barbados*”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.

<sup>493</sup> CASSESE, Sabino, “*Derecho Administrativo: historia y futuro*”, op. cit., pág.111.

por la técnica de cumplimiento asumida por los Estados adheridos a la Convención, como por la técnica de incorporación de esta a los derechos nacionales (...).”

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 preventivo que estas asumen en el orden interno internacional de los derechos humanos.

Tal como lo recuerda Rafael Valim<sup>494</sup> "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."<sup>495</sup>

Esta centralidad de la persona y su dignidad deben informar a 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 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 desde la gestión pública, y cómo estos impregnan de interpretaciones acordes a las realidades imperantes al 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 justas 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

---

<sup>494</sup> VALIM, Rafael, Trabajo inédito enviado para su publicación en la Revista Procuración del Tesoro, Revista Broquel de la Argentina.

<sup>495</sup> GARCÍA-PELAYO, Manuel. “*As transformações do Estado contemporâneo*”, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2009, pág. 14.

una serie de pasos intermedios, condicionados más por la imaginación y la plausibilidad que por las rígidas deducciones dogmáticas.”<sup>496</sup>

El impacto desde el Derecho Administrativo hacia la centralidad del sistema constitucional y convencional permiten nutrirlo desde la dinámica material, directa, continua, permanente, abierta, flexible del accionar de las Administraciones Públicas en la 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 con 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 agotado 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 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 interdictar la actuación, no solo arbitraria de aquella, 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

---

<sup>496</sup> SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, *“La Teoría general del derecho administrativo como sistema. Objeto y fundamentos de la construcción sistemática”*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2003, pág. 179.

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, aquello que, si ha logrado la Europa de la Unión Europea, tiene en la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con las Administraciones Públicas un marco de referencia<sup>497</sup>, tanto para legisladores como jueces, las Administraciones Públicas y la ciudadanía.

Pero, lo fundamental, es que 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<sup>498</sup>:

“El compromiso constitucional con nuevas formas de plantear la relación entre Estado y economía, la moderna percepción de los derechos fundamentales, del rol de la Administración y de los grandes grupos de poder globalizados frente a ellos, la internacionalización del derecho y de los procedimientos de prevención y solución de conflictos provocada por el desplazamiento de los centros de decisión y de fuentes normativas fuera de las fronteras de los Estados, nos aportan un panorama que obliga a una redefinición del campo de acción del Derecho Administrativo en general; y esto es así porque tampoco ha subsistido su visión como catálogo de garantías del individuo frente a la Administración ni la del Estado como su gendarme”

---

<sup>497</sup> Adoptada por la XXIII Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno Ciudad de Panamá, 18 y 19 de octubre de 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”.

<sup>498</sup> PÉREZ HUALDE, Alejandro, “La necesaria determinación de la desigualdad para el tratamiento equitativo de los derechos fundamentales”, op. cit.

En palabras de Cassese<sup>499</sup>:

“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.”

Para finalmente sostener una visión actual:

“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.”

Nos permitimos agregar de nuestra parte aquello que ya hemos afirmado: las Administraciones Públicas, junto a la ciudadanía consciente de sus derechos y deberes humanos, confluyen en hacer realidad un mandato universal y regional. 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 en problemas, soluciones, interpretaciones e intensos tráficos de construcciones de múltiples ordenamientos jurídicos que conviven en un mismo sistema.

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

---

<sup>499</sup> CASSESE, Sabino, “*Derecho Administrativos Historia y Futuro*”, op. cit., págs. 350-351, 357.

influencia. 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.

## **V.- Bibliografía**

1. ABRAMOVICH, Víctor, “Comentarios sobre el “caso Fontevecchia”. La autoridad de las sentencias de la Corte Interamericana y los principios de derecho público argentino”, <http://ijdh.unla.edu.ar/advf/documentos/2017/02/58ab010a10d4c.pdf>, última consulta 02/09/2020.
2. ABRISKETA, Uriarte, “Las sentencias piloto: El Tribunal Europeo de Derechos Humanos de juez a legislador”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 65, Nro. 1, 2013.
3. ALÁEZ CORRAL, Benito; ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Leonardo, “Las decisiones básicas del Tribunal Constitucional Federal Alemán en las encrucijadas del cambio del milenio”, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-BOE, Madrid, 2008.
4. ALBANESE, Susana, “Garantías Judiciales”, Ed. Ediar, ed. 2, Buenos Aires, 2010.
5. ALEXY, Robert; ALONSO, Juan Pablo; RABBI-BALDI, Cabanillas (Coords.) “Argumentación, derechos humanos y justicia”, publicado en Colección Filosofía y Derecho, Ed. Astrea, Buenos Aires-Bogotá-Porto Alegre, 2017.
6. ALONSO GARCÍA, Ricardo, “El juez nacional en la encrucijada europea de los derechos humanos”, Ed. Thomson Reuters Civitas, Navarra, ESPAÑA, 2014.
7. AMAYA, Jorge Alejandro (Dir.) en la obra colectiva con; ARIAS LÓPEZ, Boris Wilson; AYALA CARAO, Carlos; BARRIOS GONZÁLEZ, Boris; CHACÓN CORADO, Mauro; ESPINOZA-SALDAÑA, Eloy; ESTEVA GALLICHIO, Eduardo; FIGUEROA, João; MANDOCA BONNET, Juan Carlos; QUIROGA NATALE, Edgar Andrés; RODRIGUEZ; SUÁREZ CROTHERS, Christian; VALVERDE VARGAS, Adriana, “Tratado de control de constitucionalidad y convencionalidad”, Ed. Astrea, Sistema Latinoamericanos, t. II, Buenos Aires-Bogotá-Porto Alegre, 2018.
8. ARAGÓN REYES, Manuel, “Estado y Democracia”, en obra colectiva con GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; CLAVERO AREVALO, Manuel (Dir.), “El Derecho Público de finales de siglo. Una perspectiva Iberoamericana”, Ed. Civitas, Fund. BBV, Madrid, 1997.
9. GARCIA PEREZ, Marta, “El reto de una ciudad inclusiva para las personas con discapacidad: algunas claves desde el Derecho público español”, en “Los desafíos

- del derecho público en el siglo XXI*”, libro conmemorativo del XXV aniversario del acceso a la Cátedra del Profesor RODRIGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime (Coord.) por DEL GUAYO CASTIELLA, Íñigo, FERNANDEZ CARBALLAL, Almudena, 2019.
10. BACELLAR FILHO, Romeu Felipe, *“Reflexões sobre Direito Administrativo”*, Ed. Fórum Belo Horizonte, 2009.
  11. BALBÍN, Carlos F., *“Tratado de Derecho Administrativo”*, Ed. Thomson Reuters La Ley, ed. 2, Buenos Aires, 2015.
  12. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *“Curso de Direito Administrativo”*, Ed. Malheiros, ed. 25, 2008.
  13. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *“Eficiência das normas constitucionais e direitos sociais”*, Ed. Malheris Editores, Brasil, 2010.
  14. BASSET Úrsula, C., *“La vulnerabilidad como perspectiva: una visión latinoamericana del problema. Aportes del sistema interamericano de derechos humanos”*, Tratado de la vulnerabilidad, Ed. Thomson Reuters La Ley, Buenos Aires, 2017.
  15. BAZÁN, Víctor, *“Control de convencionalidad, aperturas dialógicas e influencias jurisdiccionales recíprocas”*, Revista Europea de Derechos Fundamentales, Nro. 18, 2º semestre, España, 2011.
  16. BAZAN, Víctor, *“El control de convencionalidad como instrumento para proteger derechos esenciales y prevenir responsabilidad internacional del Estado”*, Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, Nro. 19, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, España, 2015.
  17. BAZÁN, Víctor, *“El control de convencionalidad: incógnitas, desafíos y perspectivas. “Stiftung, Justicia constitucional y derechos fundamentales. El control de convencionalidad”*, Ed. Unión Gráfica Ltda., Fund. Konrad Adenauer Stiftung, Colombia, 2012.
  18. BELTRÁN DE FELIPE, Miguel; GONZÁLEZ GARCÍA, Julio V., *“Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América”*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales–BOE, Madrid, 2006.
  19. BIANCHI, Alberto, *“Una reflexión sobre el llamado control de convencionalidad”*, Revista La Ley, Suplemento Derecho Constitucional, 2010.

20. BIDART CAMPOS, Germán, *“Teoría General de los Derechos Humanos”*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1991.
21. BON, Pierre, *“La identidad nacional o constitucional, una nueva noción jurídica”*, Revista Española de Derecho Constitucional, Nro. 100, 1934, enero-abril 2014, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
22. BREWER-CARIAS, Allan R. y SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, *“El control de convencionalidad y responsabilidad del Estado”*, Universidad Externado de Colombia, 2013.
23. BUSTILLO, Marín, *“El control de convencionalidad en el derecho electoral. Los principios rectores para su efectiva aplicación”*, Ed. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, ed. 1, México, 2014.
24. CALAMANDREI, Piero, *“Sin legalidad no hay libertad”*, Ed Trotta, Bologna Italia, 2016.
25. CALDERÓN GAMBOA, Jorge, *“Medio ambiente frente a la Corte Interamericana de derechos humanos: una ventana de protección”*, <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r37170.pdf>, última consulta 01/09/2020.
26. CANARIS C. W, *“El Sistema en la jurisprudencia”*, Fund. Cultural del Notariado, Madrid, 1998.
27. CARNOTA, Walter F., *“La diferenciación entre control de constitucionalidad, control de convencionalidad y control de compatibilidad”*, Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, ISSN 1138-4824, Nro. 15, Madrid, 2011.
28. CARRÉ DE MALBERG, R., *“Teoría General del Estado”*, trad. de José Lión Depetre, prefacio de Héctor Gros Espiell, FCE-UNAM, Facultad de Derecho, ed. 2 en español, México, 1998.
29. CASADEVALL, Josep, *“El Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Estrasburgo y su jurisprudencia”*, Ed. Tirant lo Blanch, ed. 1, Valencia, 2012.
30. CASSAGNE, Juan Carlos (Dir.), *“Servicios públicos y policía”*, Ed. El Derecho, Buenos Aires, 2006.
31. CASSAGNE, Juan Carlos, *“El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa”*, Ed. Marcial Pons, Buenos Aires, 2009.
32. CASSAGNE, Juan Carlos, *“Curso de Derecho Administrativo”*, Ed. Thomson Reuters La Ley, ed. 11 actualizada, t. I, Buenos Aires, 2016.

33. CASSAGNE, Juan Carlos, GONZALEZ PEREZ, Jesús, *“La Justicia Administrativa en Iberoamérica”*, Ed. Lexis Nexis Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, 2005.
34. CASSAGNE, Juan Carlos, *“La proyección de los principios generales al acto administrativo”*, LL diario del 18/06/2012.
35. CASSESE, Sabino, *“El Derecho Global. Justicia y Democracia más allá del Estado”*, Ed. Derecho Global, Sevilla 2010.
36. CASSESE, Sabino, *“Derecho Administrativo: historia y futuro”*, Ed. INAP, Sevilla, 2014.
37. CANCADO TRINDADE, Antonio Augusto, *“La persona humana como sujeto del derecho internacional: avances de su capacidad jurídica internacional en la primera década del siglo XXI”*, Revista IIDH Nro. 46, San José de Costa Rica, julio-diciembre de 2007.
38. Centro por la Justicia y el Derecho Internacional, *“Debida Diligencia en la Investigación de Graves Violaciones a Derechos Humanos”*, CEJIL, Buenos Aires, Argentina, 2010, <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r25129.pdf>, última consulta 01/09/2020.
39. COMADIRA, Julio R., *“El Derecho Administrativo como régimen exorbitante en el servicio público”*, en Servicio Público, Policía y Fomento, Ed. RA, mayo 2004.
40. Corte Europea de Derechos Humanos, *“Sentencias. Sentencias piloto”*. <https://www.csjn.gov.ar/dbre/Sentencias/cedhSentenciasPiloto.html>, última consulta el 28/08/2020.
41. COURTIS, Christian, *“Apuntes sobre la aplicación del Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos indígenas por los Tribunales de América Latina”*, Sur – Revista Internacional de Derechos Humanos, Año 6, Nro. 10, São Paulo, 06/2009, <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r23739.pdf>, última consulta 03/09/2020.
42. COVIELLO, Pedro, *“El principio de solidaridad en el Derecho Administrativo. Una visión personalista”*; Ed. Doctrina y Jurisprudencia Administrativo, diario 8/6/2017.
43. DE DIOS VIEITEZ, María Victoria, *“Crisis sanitaria y derechos sociales a la luz del derecho público” en “Reflexiones jurídicas sobre la COVID-19”*, El ISBN es 978-980-7834-12-4, pendiente de publicación.

44. DE CASAS Ignacio; TOLLER, Fernando, *“Los Derechos Humanos de las personas jurídicas. Titularidad de derechos y legitimación en el Sistema Interamericano”*, Ed. Porrúa, México, 2015.
45. DELPIAZZO, Carlos E., *“La Constitución como fuente principal del Derecho Administrativo uruguayo”*, Revista de Direito Administrativo & Constitucional-A&C, Ed. Fórum, Nro. Especial 10 años, Belo Horizonte, 2003.
46. DÍAZ REVORIO, Francisco Javier, *“El Tribunal Europeo de Derechos Humanos: significado y trascendencia”*, en obra colectiva *“Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”*, Ed. Palestra Editores, Lima, 2004.
47. DIEZ, Manuel María, *“Derecho Administrativo”*, Ed. Plus Ultra, ed. Segunda, Buenos Aires, 1987.
48. DULITZKY, Ariel *“An Inter-American Constitutional Court, The Invention of the Conventionality Control by the Inter-American Court of Human Rights”*, Texas International Law Journal.
49. EMERSON, Gabardo, *“Interesse Público e Subsidiariedade”*, Ed. Fórum, Belo Horizonte, 2009.
50. ENTRENA CUESTA, Rafael, *“Curso de Derecho Administrativo”*, Ed. Tecnos, Madrid, 1970.
51. ESTUPIÑAN-SILVA, Rosmerlín, *“La vulnerabilidad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: esbozo de una tipología (Vulnerability in the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights: sketch of a typology)”*. en *“Derechos humanos y políticas públicas”*, L. Bourgorgue-Larsen et, International Meeting on Public Policies y Human Rights, 193-231, Alfa III Project of the European Union, Ed. Serveis, Barcelona, Universidad de Los Andes, Bogotá, Colombia (en español), 13/12/2013.
52. FAUNDEZ LEDESMA, Hector, *“El sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Aspectos institucionales y procesales”*, Ed. IIDH, ed. 3, San José de Costa Rica, 2004.
53. FEDRIANI, Pablo Gallegos, *“Recursos directos. Aspectos sustanciales y procesales”*, colección Thesis, Ed. RAP, Bs.As., 2008.
54. FERNÁNDEZ CARBALLAL, Almudena, *“Un aspecto de la planificación en la contratación pública como garantía de la realización del derecho social fundamental a la calidad de vida y el acceso a los servicios esenciales”*, Anuario Iberoamericano de Derecho Administrativo Social, Nro. 1, 2018.

55. FERRAJOLI, Luigi, *“Derechos y garantías. La ley del más débil”*, Ed. Trotta, ed. 4, Madrid, 2004.
56. FERRER MAC GREGOR, Eduardo, *“Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional: vinculación directa hacia las partes (res judicata) e indirecta hacia los estados parte de la Convención Americana (res interpretata) (Sobre el cumplimiento del Caso Gelman Vs. Uruguay)”*, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, Año 11, Nro. 2, 2013.
57. FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, *“Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”*, Estudios Constitucionales, Año 9, Nro. 2, Santiago, 2011.
58. FIORINI, Bartolomé, *“Derecho Administrativo”*, Ed. Abeledo Perrot.
59. FLEINER, Fritz, *“Instituciones de Derecho Administrativo”*, Ed. Labor, Madrid.
60. FULCHIRON Hugues, LAFFERRIERE, Jorge N (Direc.), *“Tratado de la vulnerabilidad”*, Ed. Thomson Reuters La Ley, Buenos Aires, 2017.
61. GARAY, Alberto, *“En ocasiones necesitamos educarnos en lo obvio”*, LOnline AR/DOC/492/2017.
62. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ. Tomás Ramón, *“Curso de Derecho Administrativo”*, Ed. Civitas, Madrid, 2017.
63. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *“La lucha contra las inmunidades del poder”*, Ed. Civitas, Madrid, 1993.
64. GARCÍA PULLÉS, F., *“El contencioso administrativo en la Argentina.”* (Direc.), Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012.
65. GARCÍA RAMIREZ, Sergio, *“El control judicial interno de convencionalidad”*, Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, año V, Nro. 28, México, julio-diciembre 2011.
66. GARCÍA RAMIREZ, Sergio, *“Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”*, Fund. Universitaria de Derecho, Administración y Política, México, 2012.
67. GARCÍA ROCA, Javier, *“El preámbulo contexto hermenéutico del Convenio: un instrumento constitucional del orden público europeo”*, en obra colectiva GARCIA ROCA, Javier; SANTOLAYA, Pablo (Coord.), *“La Europa de los Derechos. El convenio Europeo de Derechos Humanos”*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005.

68. GARCÍA ROCA, Javier, SANTOLAYA, Pablo (Coord.) en la obra colectiva “*La Europa de los Derechos. El convenio Europeo de Derechos Humanos*”, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005.
69. GARCÍA ROCA, Javier, “*Del diálogo entre los tribunales constitucionales y las cortes supranacionales de derechos: algunas cuestiones para disputar*”, en obra colectiva con USERA, Raúl Canosa, RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOS, Javier (Coord.) “*Jurisdicción de la libertad en Europa e Iberoamérica*”, Ed. Reus, Madrid, 2014.
70. GARCÍA-PELAYO, Manuel, “*As transformações do Estado contemporâneo*”, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2009.
71. GARGARELLA, Roberto, “*La autoridad democrática frente a las decisiones de la Corte Interamericana*”, LLonline AR/DOC/497/2017.
72. GARRIDO FALLA, Fernando, “*Sobre el derecho administrativo y sus ideas cardinales*”, Ed. RAP 7-1952 F:/Usuario/Downloads/Dialnet-SobreElDerechoAdministrativoYSusIdeasCardinales-2111834.pdf, última consulta 28/08/2020.
73. GARRIDO FALLA, Fernando, “*Tratado de Derecho Administrativo*”, Ed. Instituto de Estudios Políticos, ed. 4, Madrid, 1966.
74. GARZÓN VALDÉZ, Ernesto, “*Propuestas, ¿Cuál es la relevancia moral del concepto de dignidad humana?*”, Ed. Trotta, Madrid, 2011.
75. GELLI, María Angélica, “*Constitución de la Nación Argentina, Comentada y Concordada*”, LL, ed. 5 ampliada y actualizada, Bs. As., Argentina, 2018.
76. GELLI, María Angélica, “*Las reparaciones simbólicas por la violación estatal de los derechos humanos (A propósito del caso "Castro Castro vs. Perú")*”, Ed. La Ley, Suplemento Constitucional, Buenos Aires, 03/2007.
77. GELLI, María Angélica, “*Los alcances de la obligatoriedad de los fallos de la Corte Interamericana y la reivindicación simbólica de la Corte argentina*”, LLonline, AR/DOC/500/2017.
78. GIL DOMINGUEZ, Andrés, “*Control de constitucionalidad y convencionalidad de oficio*”, Cita Online: AR/DOC/5968/2012.
79. GORDILLO, Agustín, “*La corrupción como delito de lesa humanidad*”, Revista Jurídica de San Luís, Nro. 1, IJ-CCCXLIV-670, mayo 2017.
80. GORDILLO, Agustín, “*Hacia la unidad del orden jurídico mundial*”, Ed. RAP, Buenos Aires, 2009.

81. GORDILLO, Agustín, “*Los tribunales administrativos como alternativa a la organización administrativa*”, en [http://www.gordillo.com/pdf\\_tomo11/secc4/lostrribunales.pdf](http://www.gordillo.com/pdf_tomo11/secc4/lostrribunales.pdf) , última consulta 01/09/2020.
82. GUTIÉRREZ COLANTUONO, P., “*El control social*”, RAP XXXIV-403, Nro. Especial, IV Congreso Internacional de Derecho Disciplinario y II Jornadas Provinciales de Control Público, Buenos Aires, 12 y 13 de abril 2012.
83. GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo Ángel, “*Administración Pública, Juridicidad y Derechos Humanos*”, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009.
84. GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo Ángel, “*El acceso a la información pública – Una doble mirada convencional y del derecho argentino*”, en VALIM, Rafael (Coords.), “*Acesso à informação pública*”, Ed. FORUM, Belo Horizonte, 2015.
85. GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo Ángel, “*El derecho a la ciudad y un anclaje posible desde el Pacto de San José de Costa Rica*”, Anuario Iberoamericano de Derecho Urbanístico, Nro. 1/2018, IJ-DXXXVII-974.
86. GUTIERREZ COLANTUONO, Pablo Ángel, “*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*”, Ed. RAP, 2013.
87. HÄBERLE, Peter, “*La jurisdicción constitucional en la fase actual de desarrollo del Estado constitucional*”, en la obra colectiva con HESSE, Konrad, “*Estudios sobre la jurisdicción constitucional*”, Ed. Porrúa, México 2005.
88. HACHEM WUNDER, Daniel, VALENCIA TELLO, Diana Carolina, “*Reflexiones sobre el derecho fundamental a la buena Administración pública en el derecho administrativo brasileiro*”, Revista Digital de Derecho Administrativo, Nro. 21, primer semestre/2019.
89. HIGHTON, Elena, “*Sistemas concentrado y difuso de control de constitucionalidad*”, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2894/10.pdf>, última consulta 15/09/2020.
90. HITTERS, Juan Carlos, “*Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación*”, Ed. La Ley, 2009.
91. HITTERS, Juan Carlos, “*Control de convencionalidad (adelantos y retrocesos) en Estudios constitucionales*”, vol. 13, Nro. 1, Santiago, 2015.

92. IIDH, “*Control de convencionalidad de normas jurídicas internas*”, revista Diálogo Jurisprudencial, Fund. Konrad Adenauer Stiftung, enero-junio 2009, México 2009.
93. IIDH, “*Diálogo jurisprudencial, Derecho Internacional de los Derechos Humanos- Tribunales Nacionales-Corte Interamericana de Derechos Humanos*”, Fund. Konrad Adenauer Stiftung,
94. IIDH, “*Efectos de la cosa juzgada internacional para determinar las reparaciones en el ámbito interno*”, revista Diálogo Jurisprudencial, Fund. Konrad Adenauer Stiftung, julio-dic 2008, México, 2009.
95. IIDH, “*Las garantías del imputado que conforman el debido proceso también son aplicables en materia administrativa*”, revista Diálogo Jurisprudencial, Fund. Konrad Adenauer Stiftung, enero-julio 2009, México 2009.
96. IVANENA, Miriam, “*Control del poder*”, LL 2010-B, 1290.
97. IVANEGA Miriam, “*Cuestiones de potestad disciplinaria y derecho de defensa*”, Ed. RAP, Buenos Aires, Argentina.
98. IVANEGA, Miriam (Direc.), “*Igualdad y Género*”, Ed. Thomson Reuters La Ley, Argentina, 2019.
99. IVANEGA, Miriam Mabel, “*Reflexiones acerca del Derecho Administrativo y el régimen exorbitante de derecho privado*”, Ed. RAP, Nro. 23, 2007.
100. JORDANA DE POZAS, Luís, “*Ensayo de una teoría del fomento en el Derecho Administrativo*”, Revista de Estudios Políticos, Nro. 48, 1949.
101. KINGSBURY, Benedict; STEWART, Richard “*Hacia el derecho administrativo global: fundamentos, principios y ámbito de aplicación*”, Ed. Derecho Global, Sevilla, 2016.
102. LONDOÑO, María; FORERO, Brenda Forero; IBARZABAL, Milagros, “*Quinta Etapa (2007-2012) Nuevas fronteras, nuevos derechos*”, Ed. La Ley, Argentina, 06/2018.
103. LÓPEZ GUERRA, Luís, en el prólogo a la obra colectiva con ROJO, Guirao-Belaidez; SÁNCHEZ Tomás, (Coord.), “*Conflicto y diálogo con Europa. Las condenadas a España del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*”, Ed. Thomson Reuters Civitas, España, 2013.
104. LÓPEZ GUERRA, Luís, “*Las sentencias básicas del Tribunal Constitucional*”, ed. 3, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales -BOE, Madrid, 2008.

105. LÓPEZ LATORRE, Andrés Felipe; IBARZABAL, Milagros, “*Sexta etapa La Corte de la igualdad*”, Ed. La Ley, Argentina, 06/2018.
106. LORENZETTI, Ricardo Luís, “*Teoría de la decisión judicial*”, Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2006.
107. LORENZETTI, Ricardo Luís, “*Justicia Colectiva*”, Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2010.
108. LORENZO, Martín; RETORTILLO, Baquer, “*El cómputo de las penas según la doctrina de Estrasburgo*”, Revista Española de Derecho Administrativo, Ed. Thomson Reuters Civitas, Nro. 168, enero – marzo 2015.
109. MANILI, Pablo, “*Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación. A propósito del fallo "Fontevicchia" LLonline, AR/DOC/693/2017.*”
110. MARÍN ASÍS, José Rafael, “*La adhesión de la Unión Europea al Convenio de Roma. El cumplimiento de las obligaciones derivadas del Convenio Europeo de Derechos Humanos en el ordenamiento jurídico de la UE*”, Revista de Derecho Comunitario Europeo, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales Nro. 44, Madrid, enero-abril 2013.
111. MASUCCI, Alfonso, “*Formación y evolución del derecho administrativo en Francia y Alemania*”, Revista de Administración Pública ISSN: 0034-7639, Nro. 184, Madrid, enero-abril 2011.
112. MEILÁN GIL, José Luís, “*Intereses generales e interés público desde la perspectiva del derecho público español*”, Revista de Direito Administrativo & Constitucional-A&C, Nro. Especial 10 años, Ed. Fórum, Belo Horizonte, 2003.
113. MIRANDA BURGOS, Marcos José, “*La Ejecución de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el ordenamiento interno*”, Revista IIDH, Nro. 60, San José de Costa Rica, julio-diciembre de 2014.
114. MOLANO CAMARGO, Frank, “*El Derecho a la ciudad: de Henri Lefebvre a los análisis sobre la ciudad capitalista contemporánea*”, Universidad Pedagógica Nacional, Facultad de Humanidades, Segunda época, Nro. 44, segundo semestre de 2016.
115. MUÑOZ MACHADO, Santiago, “*Constitución*”, Ed. IUSTEL, Madrid, 2004.
116. NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, “*Diálogo interjurisdiccional y control de convencionalidad entre los tribunales nacionales y la Corte Interamericana de*

- Derechos Humanos en Chile*”, Anuarios de Derecho Constitucional Latinoamericano, año XIX, Bogotá, 2013.
117. NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, “*Los desafíos de la sentencia de la Corte Interamericana en el caso Almonacid Arellano*”, Revista de Derecho Nro. 2, Montevideo, 2007.
  118. O’DONNELL, Daniel, “*Derecho internacional de los derechos humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*”, Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, ed. Primera, Bogotá, 04/2004.
  119. PALACIO DE CAEIRO, Silvia B., “*Controles de constitucionalidad de oficio y de convencionalidad ex officio en el principio iura novit curia*”, JA 2013-IV SJA 09/10/2013.
  120. PARRA VERA, Oscar, “*La jurisprudencia de la Corte Interamericana respecto a la lucha contra la impunidad: algunos avances y debates*”, Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, Nro. 1, noviembre de 2012, <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r30797.pdf>, última consulta 01/09/2020.
  121. PEÑALVA, Gerónimo Leandro, “*Ciudades, Políticas Públicas Urbanas y Derechos*”; Revista Derecho Público-2017-2, “*Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales - II*”, Ed. Rubinzal Culzoni, Argentina.
  122. PÉREZ HUALDE, Alejandro, “*La necesaria determinación de la desigualdad para el tratamiento equitativo de los derechos fundamentales*”, Anuario Iberoamericano de Derecho Administrativo Social, Nro. 2, 2019.
  123. QUERALT JIMÉNEZ, Argelia, “*El Tribunal de Estrasburgo: una jurisdicción internacional para la protección de los derechos fundamentales*”, Ed. Tiant Lo Blanch, Valencia, 2003.
  124. QUERALT JIMÉNEZ, Argelia, “*Las sentencias piloto como ejemplo paradigmático de la transformación del TEDH, Teoría y Realidad Constitucional*”, ISSN 1139-5583, Nro. 42.
  125. RAMON FERNANDEZ, Tomás, “*Curso de Derecho Administrativo*”, Ed. Civitas, ed. Séptima, España, 1996.
  126. RETORTILLO BAQUER, Lorenzo M., “*La interconexión de los ordenamientos jurídicos y el sistema de fuentes del derecho*”, Ed. Thomson Reuters Civitas, Madrid, 2004.

127. RETORTILLO BAQUER, Lorenzo M., *“Vías concurrentes para la protección de los derechos humanos. Perspectivas españolas y europeas”*, Ed. Thomson Reuters Civitas, 2006.
128. REYES ARAGÓN, Manuel, *“Estado y democracia”*, en la obra colectiva *“El Derecho Público de finales de siglo. Una perspectiva Iberoamericana”*. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; CLAVERO ARÉVALO, Manuel (Direc.), Fund. BBV, Ed. Civitas, Madrid, 1997.
129. RIGHETS, Frey R. D., *“Killing y Suffering-Moral Vegetarism y Applied Ethies”*, Ed. Basil Blackwell, Oxford, 1983.
130. RODRIGUEZ IGLESIAS, Gil Carlos, *“¿Qué hacer para asegurar la eficacia del sistema de control judicial del convenio europeo de derechos humanos? Las propuestas del grupo de sabios”*, Revista Española de Derecho Europeo, Ed. Thomson Reuters Civitas, Nro. 22, abril-junio 2007.
131. RODRIGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, *“El Buen Gobierno y la Buena Administración de Instituciones Públicas”*, Ed. Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2006.
132. RODRIGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime; YSERN RIVERO, E., *“El Compromiso Social del Derecho Administrativo”*, Ed. Derecho Público Global, La Coruña, España.
133. RODRIGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, *“Derecho administrativo y derechos sociales fundamentales”*, Ed. Derecho Global, Sevilla, 2015.
134. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, *“El derecho fundamental a la buena Administración”*, Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo, Santa Fé, vol. 1, Nro. 2, julio - diciembre 2014.
135. RODRIGUEZ-ARANA MUÑOZ, Javier, *“El estado solidario”*, Columna de Opinión, DPI Cuántico Derecho para Innovar, 12/05/2017, [https://dpicuantico.com/area\\_diario/columna-de-opinion-diario-constitucional-y-derechos-humanos-nro-149-15-05-2017/](https://dpicuantico.com/area_diario/columna-de-opinion-diario-constitucional-y-derechos-humanos-nro-149-15-05-2017/), última consulta 09/09/2020.
136. RODRIGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, *“Los derechos sociales fundamentales de los Ciudadanos Iberoamericanos”*, Anuario Iberoamericano de Derecho Administrativo Social, Nro. 1, 2018.
137. RODRIGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, *“Sobre el concepto de los derechos sociales fundamentales”*, Anuario de Facultad de Derecho de la Universidad de Coruña, 2015.

138. RUBIO CASINO, Miguel, en la obra colectiva *“Conflicto y diálogo con Europa. Las condenas a España del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”*, GUIRAO-BELAIDEZ ROJO-SÁNCHEZ TOMÁS (Coords.), Ed. Thomson Reuters Civitas, España, 2003.
139. SABSAY, Daniel A. PALACIO DE CAEIRO, Silvia B. (Dir.), *“Tratado de Derechos Humanos y su influencia en el Derecho Argentino - Control de convencionalidad en la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, por”*, Ed. La ley, Argentina, 2017.
140. SACRISTÁN, Estela, *“Ejecutando sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: una contestación de oficio muy especial”*, Revista El Derecho Constitucional, Nro. 14.145, 20/03/2017.
141. SAGÜÉS, Néstor P., *“Dificultades operativas del ‘Control de Convencionalidad’ en el sistema interamericano”*, art. de doctrina publicado en La Ley, 2009-B.
142. SAGÜÉS, Néstor P., en la obra colectiva con VON BOGDANDY, Armin; FERRER MAC-GRERGOR, Eduardo; MORANTES ANTONIAZZI, Mariela; (Coords.), *“El control de convencionalidad, La justicia constitucional y su internacionalización ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?”*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, D.F, t. II, 2010.
143. SAGÜÉS, Néstor P., *“Las sentencias constitucionales exhortativas (apelativas o con aviso), y su recepción en Argentina”*, Ed. La Ley. 2005-F, 1461.
144. SAGÜÉS, Sofía, *“Diálogo jurisprudencia y control de convencionalidad a la luz de la experiencia en el caso argentino”*, en *“El control de convencionalidad: un balance a 10 años de Almonacid Arellano vs. Chile”*, HENRÍQUEZ, Miriam, MORALES ANTONIAZZI, Mariela (Coord.), Ed. Der, 2017.
145. SÁNCHEZ TOMÁS, José Miguel, *“La doctrina Parot ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Derechos a la legalidad penal y a la libertad (STEDH, as. Del Rio Prada vs. España, de 21.10.2013)”*, Revista Española de Derecho Europeo 50, Ed. Thomson Reuters Civitas, abril-junio 2014.
146. SANMARTINO, P., *“Proceso administrativo en el Estado constitucional social de derecho. Apuntes iniciales.”* Ed. Infojus Id SAIJ: DACF150672, Argentina, 2015.
147. SANTAMARIA DE PAREDES, *“Curso de Derecho Administrativo”*, Establecimiento Tipográfico de Ricardo Fe, Madrid, 1903.

148. SANTAMARÍA, Pastor, Juan Alfonso, *“Principios de Derecho Administrativo”*, Centro de Estudios Ramón Areces. S.A., ed. 4, Madrid, 2002.
149. SANTIAGO, Alfonso, *“¿Desobediencia debida? ¿Quién tiene la última palabra?”*, LOnline AR/DOC/493/2017.
150. SANTIAGO, Alfonso; BELLOCCHIO, Lucía, *“Historia de la Corte IDH (1978-218)” “Reflexiones finales”*, Ed. Thomson Reuters La Ley, Argentina, 06/2018.
151. SANTIAGO, Alfonso, *“En las fronteras entre el derecho constitucional y la filosofía del derecho”*, Ed. Marcial Pons, Buenos Aires, 2010.
152. SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, *“La Teoría general del derecho administrativo como sistema. Objeto y fundamentos de la construcción sistemática”*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2003.
153. SINGER P., *“Not for Human Only: The Place on Nonhumans in Enviromental Issues”*, en *“AA.VV, Ethies & Problems of the 21 st. Century, K.E. Goodpaster & K.M. Sayre”*, Ed. Notre Dame University Press, Indiana, 1979.
154. STEINER, Christian; URIBE, Patricia, *“Convención Americana sobre los Derechos Humanos. Comentario”*, Ed. Konrad-Adenauer-Stiftung, 2014.
155. STEWART B., Richard, *“El derecho administrativo de los Estados Unidos: ¿Un modelo para el derecho administrativo global?”*, en Kingsbury Benedict-Stewart B. Richard, *“Hacia el derecho administrativo global: fundamentos, principios y ámbitos de aplicación”*, Ed. Derecho Global, Sevilla, 2016.
156. URBINA, Natalia, *“El proceso de supervisión de cumplimiento de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: breve recorrido por resoluciones emitidas entre 2013/2016”*, Revista IIDH, Nro. 65, San José de Costa Rica, 2017.
157. VALIM, Rafael, *“La Subvención en el Derecho Administrativo”*, Ed. IBdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2017.
158. VALIM, Rafael, *“Estado de exceção: A forma jurídica do neoliberalismo”*, Ed. Contracorrente, São Paulo, Brasil, 2017.
159. VALIM; MALHEIROS; BACARICA (Coord.), *“Acceso á informação pública”*, Ed. Forum, Belo Horizonte, 2015.
160. VERA, Georgina, *“Interseccionalidad de la discriminación, formas agravadas de vulnerabilidad”*, Revista Iurisdictio Nro. 18, 2016.
161. VIDAL FUEYO, María Del Camino, al comentar la sentencia indicada en la obra colectiva, *“Conflicto y diálogo con Europa. Las condenadas a España del Tribunal*

*Europeo de Derechos Humanos*”, GUIRAO; BELAIDEZ ROJO; SÁNCHEZ TOMÁS (Coords), Ed. Thomson Reuters Civitas, España, 2013.

162. ZANOBINI, Guido, “*Corso di Diritto Amministrativo*”, Ed. Dott. A Giuffrè, Milán, 1958.

## **VI.- Jurisprudencia**

## VI.1.- Corte Interamericana de Derechos Humanos

1. Corte IDH, 20/01/1987, "*Godínez Cruz vs Honduras*", Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C Nro. 3.
2. Corte IDH, 26/06/1987, "*Fairén Garbi y Solís Corrales vs. Honduras*", Excepciones Preliminares, Serie C Nro. 2.
3. Corte IDH, 29/07/1988, "*Velásquez Rodríguez vs. Honduras*", Fondo, Serie C Nro. 4.
4. Corte IDH, 08/12/1995, "*Caballero Delgado y Santana vs. Colombia*", Fondo, Serie C Nro. 22.
5. Corte IDH, 04/09/1996, "*El Amparo vs. Venezuela*", Reparaciones y Costas, Serie C Nro. 28.
6. Corte IDH, 27/08/1998, "*Garrido y Baigorria vs. Argentina*", Costas y Reparaciones, Serie C Nro. 39.
7. Corte IDH, 03/09/1998, "*Cantoral Benavides vs. Perú*", Excepciones Preliminares, Serie C Nro. 40.
8. Corte IDH, 30/05/1999, "*Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*", Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C Nro. 52.
9. Corte IDH, 08/11/1999, "*Baena, Ricardo y Otros vs. Panamá*", Excepciones Preliminares, Serie C Nro. 61.
10. Corte IDH, 19/11/1999, "*Niños de la Calle, Villagrán Morales y otros vs. Guatemala*", Fondo, Serie C Nro. 63.
11. Corte IDH, 16/08/2000, "*Durand y Ugarte vs. Perú*", Fondo, Serie C Nro. 68.
12. Corte IDH, 18/08/2000, "*Cantoral Benavides vs. Perú*", Fondo, Serie C Nro. 69.
13. Corte IDH, 31/01/2001, "*Tribunal Constitucional vs. Perú*", Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C Nro. 71.
14. Corte IDH, 02/02/2001, "*Baena Ricardo y otros vs. Panamá*", Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C Nro. 72.
15. Corte IDH, 05/02/2001, "*La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile*", Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C Nro. 73.

16. Corte IDH, 06/02/2001, "*Ivcher Bronstein vs. Perú*", Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C Nro. 74.
17. Corte IDH, 31/08/2001, "*Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*", Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C Nro. 79.
18. Corte IDH, 01/09/2001, "*Hilaire vs. Trinidad y Tobago*", Excepciones Preliminares, Serie C Nro. 80.
19. Corte IDH, 06/12/2001, "*Las Palmeras vs. Colombia*", Fondo, Serie C Nro. 90.
20. Corte IDH, 27/02/2002, "*Trujillo Oroza vs. Bolivia*", Reparaciones y Costas, Serie C Nro. 92.
21. Corte IDH, 21/06/2002, "*Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago*", Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C Nro. 94.
22. Corte IDH, 28/11/2002, "*Cantos vs. Argentina*", Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C Nro. 97.
23. Corte IDH, 28/02/2003, "*Cinco Pensionistas vs. Perú*", Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C Nro. 98.
24. Corte IDH, 18/09/2003, "*Bulacio vs. Argentina*", Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C Nro. 100.
25. Corte IDH, 25/11/2003, "*Myrna Mack Chang vs. Guatemala*", Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C Nro. 101.
26. Corte IDH, 02/07/2004, "*Herrera Ulloa vs. Costa Rica*", Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C Nro. 107.
27. Corte IDH, 04/07/2004, "*Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador*", Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C Nro. 166.
28. Corte IDH, 08/07/2004, "*Los Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Perú*", Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C Nro. 110.
29. Corte IDH, 31/08/2004, "*Ricardo Canese vs. Paragua*", Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C Nro. 111.
30. Corte IDH, 02/09/2004, "*Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay*", Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C Nro. 112.
31. Corte IDH, 07/09/2004, "*Tibi vs. Ecuador*", Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C Nro. 114.
32. Corte IDH, 25/11/2004, "*Lori Berenson Mejía vs. Perú*", Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C Nro. 119.

33. Corte IDH, 17/06/2005, "*Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*", Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C Nro. 125.
34. Corte IDH, 23/06/2005, "*Yatama vs. Nicaragua*", Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C Nro. 127.
35. Corte IDH, 15/09/2005, "*Masacre de Mapiripán vs. Colombia*", Sentencia, Serie C Nro. 134.
36. Corte IDH, 22/11/2005, "*Gómez Palomino vs. Perú*", Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C Nro. 136.
37. Corte IDH, 22/11/2005, "*Palamara Iribarne vs. Chile*", Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C Nro. 135.
38. Corte IDH, 31/01/2006, "*Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*", Sentencias, Serie C Nro. 140.
39. Corte IDH, 01/02/2006, "*López Álvarez vs. Honduras*", Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C Nro. 141.
40. Corte IDH, 30/03/2006, "*Las Penitenciarías de Mendoza*", Resolución de Medidas Provisionales.
41. Corte IDH, 04/07/2006, "*Ximenes López vs. Brasil*", Sentencias, Serie C Nro. 149.
42. Corte IDH, 19/09/2006, "*Claude Reyes y Otros vs. Chile*", Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C Nro. 151.
43. Corte IDH, 23/11/2006, "*Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana*", Demanda de Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C Nro. 156.
44. Corte IDH, 24/11/2006, "*Trabajadores cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*", Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C Nro. 158.
45. Corte IDH, 25/11/2006, "*Castro Castro vs. Perú*", Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C Nro. 160.
46. Corte IDH, 29/11/2006, "*La Cantuta vs. Perú*", Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C Nro. 162.
47. Corte IDH, 02/05/2008, "*Kimel vs. Argentina*", Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C Nro. 177.
48. Corte IDH, 02/08/2008, "*Penal Miguel Castro vs. Perú*", Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C Nro. 181.

49. Corte IDH, 05/08/2008, "*Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") vs. Venezuela*" Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C Nro. 182.
50. Corte IDH, 28/01/2009, "*Ríos y Otros vs. Venezuela*", Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C Nro. 194.
51. Corte IDH, 23/09/2009, "*Garibaldi vs. Brasil*", Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C Nro. 203.
52. Corte IDH, 24/09/2009, "*Dacosta Cadogan vs. Barbados*", Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C Nro. 204.
53. Corte IDH, 26/09/2006, "*Almonacid Arellano y otros vs. Chile*", Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C Nro. 154.
54. Corte IDH, 16/11/2009, "*González y otras ("Campo Algodonero") vs. México*", Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C Nro. 205.
55. Corte IDH, 17/11/2009, "*Barreto Leiva vs. Venezuela*", Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C Nro. 206.
56. Corte IDH, 23/11/2009, "*Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos*", Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C Nro. 209.
57. Corte IDH, 17/05/2010, "*Ximenes López vs. Brasil*", Resolución de Supervisión de Cumplimiento de Sentencia.
58. Corte IDH, 30/08/2010, "*Fernández Ortega y otros vs. México*", Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C Nro. 215.
59. Corte IDH, 31/08/2010, "*Rosendo Cantú y otra vs. México*", Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C Nro. 216.
60. Corte IDH, 01/09/2010, "*Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia*", Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C Nro. 217.
61. Corte IDH, 23/11/2010, "*Vélez Loor vs. Panamá*", Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C Nro. 218.
62. Corte IDH, 24/11/2010, "*Gomes Lund y otros ("Guerrilha do Araguaia") vs. Brasil*", Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C Nro. 219.
63. Corte IDH, 26/11/2010, "*Cabrera García y Montiel Flores vs. México*", Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C Nro. 220.
64. Corte IDH, 24/02/2012, "*Atala Riffo y niñas vs. Chile*", Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C Nro. 239.

65. Corte IDH, 24/02/2011, "*Gelman vs. Uruguay*", Fondo, Reparaciones, Serie C Nro. 221.
66. Corte IDH, 15/05/2011, "*Rosendo Cantú y otra vs. México*", Interpretación de la Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C Nro. 225.
67. Corte IDH, 31/08/2011, "*Contreras y otros vs. El Salvador*", Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C Nro. 232.
68. Corte IDH, 01/09/2011, "*López Mendoza vs. Venezuela*", Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C Nro. 233.
69. Corte IDH, 13/10/2011, "*Barbani Duarte y otros vs. Uruguay*", Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C Nro. 234.
70. Corte IDH, 27/06/2012, "*Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*", Fondo y Reparaciones, Serie C Nro. 245.
71. Corte IDH, 31/08/2012, "*Furlán y Familiares vs. Argentina*", Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C Nro. 246.
72. Corte IDH, 12/11/2012, "*Artavia Murillo y otros (Fecundación in Vitro) vs. Costa Rica*", Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C Nro. 257.
73. Corte IDH, 27/11/2012, "*Castillo González y otros vs. Venezuela*", Fondo, Serie C Nro. 256.
74. Corte IDH, 13/02/2013, "*Vélez Loor vs. Panamá*", Supervisión de Cumplimiento de Sentencia.
75. Corte IDH, 20/03/2013, "*Gelman vs. Uruguay*", Resolución Supervisión de Cumplimiento de Sentencia.
76. Corte IDH, 14/05/2013, "*Mendoza y otros vs. Argentina*", Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones, Serie C Nro. 260.
77. Corte IDH, 14/05/2013, "*Radilla Pacheco vs. México*", Supervisión de cumplimiento de sentencia.
78. Corte IDH, 21/05/2013, "*De Las Masacres de Ituango vs. Colombia*", Resolución de Supervisión de Cumplimiento de Sentencia.
79. Corte IDH, 22/08/2013, "*Yatama vs. Nicaragua*", Resolución de Supervisión de Cumplimiento de Sentencia.
80. Corte IDH, 28/08/2013, "*Del Tribunal Constitucional (Camba Campos y Otros) vs. Ecuador*", Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C Nro. 268.

81. Corte IDH, 10/10/2013, "*Luna López vs. Honduras*", Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C Nro. 269.
82. Corte IDH, 20/11/2013, "*Las Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) vs. Colombia*", Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C Nro. 270.
83. Corte IDH, 25/11/2013, "*Familia Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional de Bolivia*", Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C Nro. 272.
84. Corte IDH, 27/11/2013, "*J. vs. Perú*", Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C Nro. 275.
85. Corte IDH, 2014, "*Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus Miembros vs. Panamá*", Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C Nro. 284.
86. Corte IDH, 30/01/2014, "*Liakat Ali Alibux vs. Surinam*", Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C Nro. 276.
87. Corte IDH, 31/03/2014, "*Del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*", Resolución de Supervisión de Cumplimiento de Sentencia.
88. Corte IDH, 29/05/2014, "*Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Mapuche) vs. Chile*", Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C Nro. 279.
89. Corte IDH, 27/08/2014, "*Hermanos Landaeta Mejías y otros vs. Venezuela*", Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C Nro. 281.
90. Corte IDH, 28/08/2014, "*Defensor de Derechos Humanos y otros vs. Guatemala*", Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C Nro. 283.
91. Corte IDH, 28/08/2014, "*Personas Dominicanas y Haitianas Expulsadas vs. República Dominicana*", Serie C Nro. 282.
92. Corte IDH, 15/10/2014, "*Tarazona Arrieta y otros vs. Perú*", Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C Nro. 286.
93. Corte IDH, 17/04/2015, "*García Lucero y otras vs. Chile*", Resolución de Supervisión de cumplimiento de Sentencia.
94. Corte IDH, 17/04/2015, "*Fernández Ortega y otros y Rosendo Cantú y otra vs. México*", Supervisión de Cumplimiento de Sentencia.
95. Corte IDH, 22/06/2015, "*Granier y otros (Radio Caracas Televisión) vs. Venezuela*", Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C Nro. 293.

96. Corte IDH, 24/06/2015, “*De las Comunidades Indígenas Yakye Axa, Sawhoyamaxa y Xákmok Kásek vs. Paraguay*”, Resolución de Supervisión de Cumplimiento de Sentencia Reparaciones Relativas a Identificación, Entrega y Titulación de Tierras Tradicionales.
97. Corte IDH, 01/09/2015, “*Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C Nro. 298.
98. Corte IDH, 05/10/2015, “*Ruano Torres y Otros vs. El Salvador*”, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C Nro. 303.
99. Corte IDH, 08/10/2015, “*Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras*”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C Nro. 304.
100. Corte IDH, 08/10/2015, “*Comunidad Garífuna Triunfo De La Cruz y Sus Miembros vs. Honduras*”, Fondo, Reparación y Costas, Serie C Nro. 305.
101. Corte IDH, 11/2015 “*Chocrón Chocrón, Díaz Peña, Uzcátegui y otros, vs. Venezuela*”, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia.
102. Corte IDH, 17/11/2015, “*García Ibarra y otros vs. Ecuador*”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C Nro. 306.
103. Corte IDH 11/2016, “*Chocrón Chocrón, Díaz Peña, Uzcátegui y otros, vs. Venezuela*”, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia.
104. Corte IDH, 23/05/2017, “*Los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus Miembros vs. Panamá*”, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia.
105. Corte IDH, 18/10/2017, “*Fontevicchia y D’Amico vs. Argentina*”, Resolución de Supervisión de Cumplimiento de Sentencia.
106. Corte IDH, 08/03/2018, “*Poblete Vilches y otros vs. Chile*”, Serie C Nro. 349.
107. Corte IDH, 09/03/2018, “*Ramírez Escobar y otros vs. Guatemala*”, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C Nro. 351.
108. Corte IDH, 06/03/2019, “*Muelle Flores vs. Perú*”, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C Nro. 375.
109. Corte IDH, 06/02/2020, “*Comunidades indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina*”, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C Nro. 400.
110. Corte IDH, OC. 4/84, 19/01/1984, “*Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*”, Serie A Nro. 4.

111. Corte IDH, OC. 5/85, 13/11/1985, “*La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*”, solicitada por el gobierno de Costa Rica, Serie A Nro. 5.
112. Corte IDH, OC. 6/86, 09/05/1986, “*La expresión leyes en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*”, solicitada por el gobierno de la República Oriental del Uruguay, Serie A Nro. 6.
113. Corte IDH, OC. 7/86, 29/08/1986, “*Exigibilidad del Derecho de Rectificación o Respuesta (arts. 14.1, 1.1 y 2 Convención Americana s/ Derechos Humanos)*”, solicitada por el Gobierno de Costa Rica, Serie A Nro. 7.
114. Corte IDH, OC. 9/87, 06/10/1987, “*Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (Arts. 27., 25 y 8 Convención Americana s/ Derechos Humanos)*”, Solicitada por el Gobierno de la República Oriental del Uruguay, Serie A Nro. 9.
115. Corte IDH, OC. 11/90, 10/08/1990, “*Excepciones al Agotamiento de los recursos internos artículo 46.1, 46.2.a y 46.2.b, Convención Americana sobre Derechos Humanos*”, Serie A Nro. 11.
116. Corte IDH, OC. 13/93, 16/07/1993, “*Ciertas Atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (arts. 41, 42, 44, 46, 47, 50 y 51 de la Convención Americana s/ Derechos Humanos)*”, solicitada por la República Argentina y la República del Uruguay, Serie A Nro. 13.
117. Corte IDH, OC. 14/94, 09/12/1994, “*Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención, arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos*”, Serie A Nro. 14.
118. Corte IDH, OC. 15/97, 14/11/1997, “*Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, artículo 51 Convención Americana sobre Derechos Humanos*”, solicitada por el Estado de Chile, Serie A Nro. 15.
119. Corte IDH, OC. 16/99, 01/10/1999, “*El derecho a la información sobre la Asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*”, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos, Serie A Nro. 16.
120. Corte IDH, OC. 17/02, 28/08/2002, “*Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*”, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Serie A 17.
121. Corte IDH, OC. 18/03, 17/09/2003, “*Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*”, Solicitada por los Estados Unidos Mexicanos, Serie A Nro. 18.

122. Corte IDH, OC. 19/05, 28/11/2005, “*Control de Legalidad en el ejercicio de las Atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Arts. 41 Y 44 A 51 de la Convención Americana s/ Derechos Humanos)*”, solicitada por República Bolivariana de Venezuela, Serie A Nro. 19.
123. Corte IDH, OC. 21/14, 19/08/2014, “*Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional.*”, solicitada por la República Argentina, La República Federativa de Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay, Serie A Nro. 21.
124. Corte IDH, OC. 22/16, 26/02/2016, “*Titularidad de Derechos de las Personas Jurídicas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (interpretación y alcance del art. 1.2, en relación con los arts. 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46 Y 62.3 de la Convención Americana s/ Derechos Humanos, así como del art. 8.1.A Y B del Protocolo de San Salvador)*”, solicitada por la República de Panamá, Serie A Nro. 22.
125. Corte IDH, OC. 23/17, 15/11/2017, “*Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance de los arts. 4.1 y 5.1, en relación con los arts. 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*”, solicitada por la República de Colombia, Serie A Nro. 23.
126. Corte IDH, OC. 24/17, 24/11/2017, “*Identidad de género e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo, interpretación y alcance de los arts. 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 Y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*”, solicitada por la República de Costa Rica, Serie A Nro. 24.
127. Corte IDH, OC. 25/18, 30/05/2018, “*La institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el Sistema Interamericano de Protección (interpretación y alcance de los artículos. 5, 22.7 y 22.8, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*”, solicitada por la República de Ecuador, Serie A Nro. 25.

## VI.2.- Tribunal Europeo de Derechos Humanos

1. STEDH, 21/02/1975, “*Golder vs. Reino Unido*”, Nro. 4451/70.
2. STEDH, 05/05/1979, “*Church of Scientology vs. Suecia (D y R)*”, Nro. 7805/77.
3. STEDH, 13/08/1981, “*Young, James y Webster vs. Reino Unido*”, Nro. 7601/76.
4. STEDH, 26/03/1985, “*X e Y vs. Países Bajos*”, Nro. 8978/80.
5. STEDH, 21/02/1990, “*Powell y Rayner vs. The United Kingdom*”, Nro. 9310/81.
6. STEDH, 22/05/1990, “*Autronic AG vs. Suiza (Corte Plena, Serie A)*”, Nro. 12726/87
7. STEDH, 23/05/1993, “*Brannigan y MacBride vs. United Kingdon*”, Nro. 14554/89.
8. STEDH, 23/06/1993, “*Ruiz vs. España*”, Nro. 12952/87.
9. STEDH, 09/12/1994, “*López Ostra vs. España*”, Nro. 16798/90.
10. STEDH, 19/12/1997, “*Brualla Gómez de la Torre vs. España*”, Nro. 26737/95.
11. STEDH, 30/01/1998, “*Partido Comunista de Turquía y Otros vs Turquía*”, Nro. 13392/92.
12. STEDH, 19/02/1998, “*Guerra y Otros vs. Italy*”, Nro. 14967/89.
13. STEDH, 18/01/2001, “*Coster vs. Reino Unido*”, Nro. 24876/94.
14. STEDH, 02/10/2001, “*Hatton y otros vs. Reino Unido*”, Nro. 36022/97.
15. STEDH, 16/04/2002, “*Colas Est y Otros vs. Francia*”, Nro. 37971/97.
16. STEDH, 29/04/2002, “*Pretty vs. Reino Unido*”, Nro. 2346/02.
17. STEDH, 22/05/2003, “*Kyrtatos vs. Greece*”, Nro. 41666/98.
18. STEDH, 15/06/2003, “*Ernst y Otros vs. Bélgica*”, Nro. 33400/96.
19. STEDH, 04/12/2003, “*Gündüz c/Turquía*”, Nro. 35071/97.
20. STEDH, 10/11/2004, “*Taskin y Otros vs. Turkey*”, Nro. 46117/99.
21. STEDH, 30/11/2004, “*Öneryıldız vs. Turkey*”, Nro. 48939/99.
22. STEDH, 22/12/2004, “*Asunto Stoeterij Zangersheide N.V. y Otros vs. Bélgica*”, Nro. 47295/99.
23. STEDH, 12/04/2005, “*Shamayev y Otros vs. Georgia y Rusia*”, Nro. 36378/02.
24. STEDH, 21/06/2006, “*Asunto Syndicat Nationale Des Professionnels Des Procédures Collectives vs. Francia*”, Nro. 70387/01.

25. STEDH, 22/06/2006, "*Díaz Ochoa vs. España*", Nro. 423/03.
26. STEDH, 26/10/2006, "*Ledyayeva, Dobrokhotova, Zolotareva y Romashina vs. Russia*", Nros. 53157/99, 53247/99, 53695/00, 56850/00.
27. STEDH, 02/11/2006, "*Giacomelli vs. Italy*", Nro. 59909/00.
28. STEDH, 03/05/2007, "*Ern Makina Sanayi y Ticaret AS vs. Turquía*", Nro. 70830/01.
29. STEDH, 31/07/2008, "*Religionsgemeinschaft der Zeugen Jehovas y Otros vs. Austria*", Nro. 40825/98.
30. STEDH, 10/06/2010, "*Testigos de Jehová de Moscú y otros c/Rusia*", Nro. 302/02.
31. STEDH, 18/10/2011, "*Martínez Martínez y otro vs. España*", Nro. 21532/08.
32. STEDH, 10/01/2012, "*Di Sarno y otros vs. Italia*", Nro. 30765/08.
33. STEDH, 28/02/2012, "*Kolyadenko y otros vs. Rusia*", Nros. 17423/05, 20534/05, 20678/05, 23263/05, 24283/05 y 35673/05.
34. STEDH, 09/06/2016, "*Chapin et Charpentier vs. Francia*", Nro. 40183/07.
35. STEDH, 10/01/2017, "*Aparicio Navarro Reverter y García San Miguel y Orueta vs. España*", Nro. 39433/11.
36. STEDH, 21/02/2017, "*Rubio Dosamantes vs. España*", Nro. 20996/10.
37. STEDH, 05/09/2017, "*Barbulescu vs. Rumania*", Nro. 61496/08.
38. STEDH, 19/06/2018, "*Bursa Barosu Başkanlığı y otros vs. Turquía*", Nro. 25680/05.
39. STEDH, 24/01/2019, "*Cordella y otros vs. Italia*", Nros. 54414/13 y 54264/15.
40. STEDH, 18/07/2019, "*Decisión de Inadmisión Bouhamla vs Francias*", Nro. 31798/16.
41. STEDH, 25/07/2019, "*Stoiane vs. Rumania*", Nro. 289/14.

### VI.3.- Comité de Derechos Humanos

1. CDH, 06/04/1983, “*J.R.T. y el Partido W.G. vs. Canadá*”, Fallo: Nro. 104/1981.
2. CDH, 10/04/1984, “*A Group of Association For the Defence of The Rights of Disabled y Handicapped Persons in Italy vs. Italia*”, Fallo Nro. 163/1984.
3. CDH, 14/07/1989, “*A newspaper publishing Company vs. Trinidad y Tobago*”, Fallo Nro. 360/1989.
4. CDH, 14/07/1989, “*A publication Company y A printing Company vs. Trinidad y Tobago*”, Fallo Nro. 361/1989.
5. CDH, 26/05/2004, “*Observación General Nro. 31*”.
6. CDH, 31/10/2011, “*CDH vs. Bielorrusia*”, Fallo Nro. 1749/2008.

### VI.4.- Fallos de Cortes y Tribunales del SIDH

1. CSJN, “*Buenos Aires, Provincia de c/ Santa Fe, Provincia de*”, Fallos: 342:2136.
2. CSJN, 07/07/1992, “*Ekmekdjian Miguel Ángel vs. Sofovich Gerardo*”. Fallos: 315:1492.
3. CSJN, 02/11/1995, “*Priebke, Erich s/ solicitud de extradición*”, Fallos: 318:2148.
4. CSJN, 05/09/2007, “*Editorial Río Negro vs. Provincia de Neuquén*”, Fallos: 330:3908.
5. CSJN, 21/09/2004, “*Aquino, Isacio vs. Cargo Servicios Industriales S.A. s/ Accidente Ley 9688*”, Fallos 327:3753.
6. CSJN, 13/07/2007, “*Mazzeo Julio Lilo y otros s/ rec. de casación e inconstitucionalidad*”, Fallos 330:3248.
7. CSJN, 29/11/2011, “*Derecho René Jesús s/ incidente de prescripción de la acción penal*”, Fallos: 334:1504.
8. CSJN, 24/04/2012, “*Q.C.S.Y. vs. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y Otro s/ Amparo*” s/AMPARO”, Fallos 335:452.

9. CSJN, 08/05/2012, “*Acosta, Jorge Eduardo y otros s/ recurso de casación*”, Fallos: 335:533.
10. CSJN, 27/11/2012, “*Rodríguez Pereyra vs Ejército Argentino, s/ Daños y Perjuicios*”, Fallos: 335:2333.
11. CSJN, 25/03/2015, “*Faifman, Ruth Myriam y otros vs. Estado Nacional daños y perjuicios*”, Fallos: 338:161.
12. CSJN, 14/02/2017, “*Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso Fontevecchia y D`Amico vs. Argentina por la Corte IDH*”, Fallos 340:47.
13. CSJN, 20/03/2017, “*Schiffirin, Leopoldo Héctor vs. Poder Ejecutivo Nacional s/ acción meramente declarativa*”, Fallos: 340:257.
14. CSJN, 28/03/2017, “*Villamil, Amelia Ana c/ Estado Nacional s/ daños y perjuicios*”, Fallos:340:345.
15. CSJN, 2018, “*González Victorica, Matías y otros vs. EN - AFIP DGI - dto. 1313/93 s/ proceso de conocimiento*”, Fallos 341:1625.
16. CSJN, 2019, “*Institutos Médicos Antártida s/ quiebra s/ inc. de verificación (R.A.F. y L.R.H. de F)*”. Fallos 342:459.
17. CSJN, 23/04/2019, “*Aballay, Eduardo Elías vs. EN -Mº Seguridad- Direcc. Nac. de Seg. de Espectáculos s/ amparo ley, 23/04/2019*”, Fallos:342:685.
18. CSJN, 09/05/2019, “*Ingenieros, María Gimena vs. Techint Sociedad Anónima Compañía Técnica Internacional s/ accidente - ley especial*”, Fallos 342:761.
19. CSJN, 30/04/2020, “*C.J.C. vs. EN Mº Defensa Ejército s/ daños y perjuicios*”, Fallo: 343:264.
20. CSJN, 16/07/2020, “*La Pampa, Provincia de vs. Mendoza, Provincia de s/ uso de aguas*” 243/2014 (50-L)/CS1 ORIGINARIO.
21. CSJN, 11/08/2020, “*Equística Defensa del Medio Ambiente Aso. Civ. vs. Santa Fe, Provincia de y otros s/ amparo ambiental*”, 468/2020 ORIGINARIO.
22. Dictamen del Procurador General de la Nación, Esteban Righi, 10/03/2010, “*A.J.E. y otro s/ recurso de casación*”.
23. Cámara Federal de Casación Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 18/12/2014, “*Orangutana Sandra S/ Recurso de Casación s/ Habeas Corpus*”.
24. Tribunal Constitucional de Bolivia, 10/05/2010, “*TC s/ El Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Fundamentos y efectos de las Sentencias emanadas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*”, Exp. Nro. 2006-13381-27-RAC.

25. Tribunal Constitucional de Bolivia, 20/05/2011, Sentencia 0763/2011 R.
26. Corte Constitucional de Colombia, 17/06/1992, Sentencia Nro. T-411/92.
27. Corte Constitucional de Colombia, 16/09/1993, Sentencia Nro. T-396/93.
28. Corte Suprema de Justicia de Colombia, 10/11/2016, T 622-2016.
29. Corte Suprema de Justicia de Colombia, 05/04/2018, STC 4360-2018.
30. Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Sala Primera, 16/12/1998, Sentencia: 00128, Expediente: 98-000128-0004-CI.
31. Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Sala Constitucional, 08/09/2009, Sentencia Nro. Expediente: 08-007986-0007-CO.
32. Corte Constitucional del Ecuador, 23/04/2014, Sentencia Nro. 001-14-PJO-CC, Caso Nro. 0067-11-JD.
33. Corte Suprema de Justicia de El Salvador, Sala de lo Constitucional, 08/10/1998, "*Ramírez y Marcelino vs. Concejo Municipal de San Juan Opico*", Proceso Constitucional 23-R-96.
34. Corte Suprema de Justicia de El Salvador, Sala de lo Constitucional, 07/11/2008, Proceso de Amparo 103-2006.
35. Corte Suprema de Justicia de El Salvador, Sala de lo Constitucional, 09/03/2011, Proceso de Amparo 948-2008.
36. Acuerdo del Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, 14/07/2011, respecto del fallo de la Corte IDH, sentencia del 03/11/2009 "*Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos s/ Excepciones sentencia preliminares, fondo reparaciones y costas*".
37. Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, 21/04/2014, Contradicción de Tesis 360/2013.
38. Tribunal Constitucional de Perú, "*La Libertad, Corporación Meier S.A.C. y Persolar S.A.C*", Exp. Nro. 4972-2006-PA/TC.
39. Tribunal Constitucional de Perú, 21/07/2006, "*PA/TC*", Expediente Nro. 2730-2006.
40. Suprema Corte de Justicia de República Dominicana, 13/11/2003, Resolución Nro. 1920-2003.
41. Tribunal Constitucional de República Dominicana, 29/11/2013, Sentencia TC/0242/13.
42. Tribunal Superior de Justicia de Venezuela, Sala Constitucional, 18/12/2008, Exp. Nro. 08-1572.

### VI.5.- Fallos de Cortes y Tribunales Europeos

1. STC Español, 54/2003, 24/03/2003 (RTC 2003/54).
2. Tribunal Superior Español, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª, 15/10/2010.
3. TS Español, Sala Penal, 19/05/2015, Sentencia 220/2015, Recurso Nro. 20590/2014.

### VI.6.- Informes de Organismos Internacionales

1. CERD, 26/08/2003, "*The Documentation y Advisory Centre on Racial Discrimination (DACRD) vs. Dinamarca*", Fallo Nro. 28/2003.
2. CERD, 15/08/2005, "*La Comunidad Judía de Oslo y Otros vs. Noruega*", Fallo Nro. 30/2003.
3. CERD, 26/02/2013, "*TBB-Turkish Union in Berlin/Brandenburg vs. Alemania*", Fallo Nro. 48/2010.
4. CIADI, 27/07/2017, "*(Aerolíneas Argentinas) LAUDO "Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. y Autobuses Urbanos del Sur S.A. (DEMANDANTES) vs. La República Argentina (DEMANDADA)"*", Nro. ARB/09/01.
5. CIDH, 24/08/2010, "*Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*".
6. CIDH, "*Informe preliminar sobre pobreza, pobreza extrema y derechos humanos en las américas*".

## VI.7.- Páginas Web

1. Corte IDH, “*Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Nro. 28: Derecho a la salud / Corte Interamericana de Derechos Humanos y Cooperación Alemana (GIZ)*”, San José de Costa Rica. 2020 <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo28.pdf>, última consulta 02/09/20.
2. Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Nro. 5: “*Niños, Niñas y Adolescentes*”, Elaborado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos con la colaboración de la Cooperación Alemana (GIZ), 2018. <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo5.pdf> , última consulta 02/09/2020.
3. Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte IDH Nro. 21, “*Derecho a la vida*”, San José, Corte IDH, 2018 <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo21.pdf>, última consulta 01/09/2020.
4. <http://www.saij.gob.ar/declara-chimpance-cecilia-sujeto-derecho-humano-ordenando-su-traslado-nv15766-2016-11-03/123456789-0abc-667-51ti-lpsedaddevon>, última consulta 20/09/2020.
5. Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil, Adoptadas y proclamadas por la Asamblea General en su resolución 45/112, de 14 de diciembre de 1990 <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/preventionofjuveniledelinquency.aspx>, última consulta 11/09/2020.
6. “*Varios 912/2010*”, “*Ponente Margarita Beatriz Luna Ramos*”, Disponible en: [http://fueromilitar.scjn.gob.mx/Resoluciones/Varios\\_912\\_2010.pdf](http://fueromilitar.scjn.gob.mx/Resoluciones/Varios_912_2010.pdf)., última consulta 02/09/2020.

## **VII.- Normas**

1. Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en adelante CDFUE, Proclamada el 07/12/2000, reformada el 12/12/2007, ratificada el 13/12/2007, Publicada el 18/12/2000 la original y el 14/12/2007 la reforma, entrada en vigor el 01/12/2009.
2. Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos, aprobada el 27/07/1981, entrada en vigor el 21/10/1986.
3. Carta Mundial de la Naturaleza, adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su Resolución 37/7, 28/10/1982.
4. Constitución de Barbados.
5. Constitución de Colombia.
6. Constitución de Ecuador.
7. Constitución de El Salvador.
8. Constitución de Honduras.
9. Constitución de la República de Haití.
10. Constitución de la República Dominicana.
11. Constitución de la República Federativa de Brasil.
12. Constitución de Surinam.
13. Constitución Nacional de la República Argentina, Reforma 1994.
14. Constitución Nacional de Paraguay.
15. Constitución Política de Honduras.
16. Constitución Política de la República de Chile.
17. Constitución Política de la República de Costa Rica.
18. Constitución Política de la República de Guatemala.
19. Constitución Política de la República de Nicaragua.
20. Constitución Política de la República de Panamá.
21. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
22. Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia.
23. Constitución Política del Perú.
24. Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en la Conferencia especializada Interamericana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), celebrado el 22/11/1969, entrada en vigor el 18/07/1978.

25. Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 2106 A (XX), 21/12/1965, Entrada en Vigor el 4/01/1969.
26. Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, Firmado en Viena el 23/05/1969, U.N Doc A/ CONF 39/27 (1969), 1155 U.N.T.S 331, entrada en vigor el 27/01/1980.
27. Convenio Europeo de Derechos Humanos, Firmado el 04/11/1950, entrada en Vigor el 03/09/1953.
28. Convenio sobre Pueblo Indígenas y Tribales en Países Independientes (Convenio Nro. 169), Ginebra 7/06/1989.
29. Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Campesinos y de Otras Personas que Trabajan en las Zonas Rurales, Aprobada el 17/12/2018 por la Asamblea General de la ONU, Resolución A/RES/73/165.
30. Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13/09/2007.
31. Declaración Americana de los Pueblos Indígenas, aprobada por la Asamblea General de la OEA el 15/06/16.
32. Declaración Universal de los Derechos de los Animales, Proclamada por la Liga Internacional de los Derechos del Animal el 15/10/1978.
33. Ley Nro. 16011 Uruguay: “*Regulación de Disposiciones relativa a la Acción de Amparo*”, Promulgada el 19/12/1988, Publicada el 29/12/1988.
34. Ley Nro. 27775 que Regula el Procedimiento de Ejecución de sentencias emitidas por Tribunales Supranacionales, promulgada el 05/07/2002, publicada en la Gaceta Oficial el 07/07/2002.
35. Ley Nro. 29/1998 España, “*Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*”, Publicada en el Boletín Oficial de Estado Nro. 167 el 14/07/1998, texto consolidado julio 2020, <https://www.boe.es/buscar/pdf/1998/BOE-A-1998-16718-consolidado.pdf> , última consulta 01/09/2020.
36. Ley Nro. 49 Nicaragua, “*Ley de Amparo con Reformas Incorporadas*”, Publicada en el Diario Oficial La Gaceta el 08/04/2013, <https://www.poderjudicial.gob.ni/pjupload/scons1/pdf/texto.pdf> , última consulta 01/09/2020.
37. Ley Nro. 7135 “*de la Jurisdicción Constitucional*” Publicada en el Diario Oficial la Gaceta Nro. 198 el 19/10/1989 alcance 34,

- [http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm\\_texto\\_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=38533&nValor3=87797&strTipM=TC](http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=38533&nValor3=87797&strTipM=TC) última consulta 01/09/2020.
38. Ley Nro. 137-11 de Republica Dominicana “*del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucionales*”, Publicada en la Gaceta Oficial Nro. 10622 del 15/06/11,  
[file:///C:/Users/GUS/Dropbox%20\(Anterior\)/Mi%20PC%20\(DESKTOP-ELEQHQ9\)/Downloads/Ley%20137-11%20Ley%20Organica%20del%20Tribuna%20Constitucional%20y%20De%20los%20procedimientos%20constitucionales%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/GUS/Dropbox%20(Anterior)/Mi%20PC%20(DESKTOP-ELEQHQ9)/Downloads/Ley%20137-11%20Ley%20Organica%20del%20Tribuna%20Constitucional%20y%20De%20los%20procedimientos%20constitucionales%20(1).pdf) , última consulta 01/09/2020.
39. Ley Nro. 16.986 o “*Ley Reglamentaria de la Acción de Amparo*” de Argentina, Publicada en el Boletín Oficial Nro. 21050 el 20/10/1966.
40. Código Procesal Constitucional (Ley 28237), Publicada en el Boletín Oficial Gaceta 01/12/2004.
41. Ley Nro. 27775 de Perú, “*Regula el procedimiento de Ejecución de Sentencias Emitidas por Tribunales Supranacionales*”, Promulgada el 05/07/2002, Publicada el 07/07/2002. <http://www.leyes.congreso.gob.pe/> , última consulta 02/09/2020.
42. Ley 1337, “*Código Procesal Civil de Paraguay*”, Promulgada el 20/10/1998, <https://biblioteca.cejamericas.org/handle/2015/4500> , última consulta 01/09/2020.
43. Ley Nro. 137/11, “*Orgánica del Tribunal Constitucional y de los Procedimientos Constitucionales*”, publicada en la Gaceta Oficial Nro. 10622 el 15/06/2011, <https://ojd.org.do/Normativas/General/Ley%20No.%20137-11,%20Org%C3%A1nica%20del%20Tribunal%20Constitucional%20y%20de%20los%20procedimientos%20constitucionales,%20del%2015%20de%20junio%20de%202011,%20G.O.%20No.%2010622.pdf> , última consulta 01/09/2020.
44. Ley Nro. 27, Sancionada el 13/10/1862, Promulgada el 16/10/1862.
45. Ley Orgánica Nro. 7/2015 de España, Publicada en el Boletín Oficial de España Nro. 174 el 22/07/2015.
46. Ley Nro. 71/2010 Bolivia, “*Ley de Derechos de la Madre Tierra*”, Publicada en la Gaceta Oficial Nro. 205NEC, el 22/12/2010.
47. Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional de Ecuador, Publicada en el Segundo Suplemento del Registro Oficial Nro. 52 del 22/10/2009,

[https://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic4\\_ecu\\_org2.pdf](https://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic4_ecu_org2.pdf) , última consulta 01/09/2020.

48. Ley sobre Justicia Constitucional de Honduras, Publicado en el Diario Oficial La Gaceta Nro. 30792 el 30/08/2004, [http://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4\\_hnd\\_justicia.pdf](http://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_hnd_justicia.pdf) última consulta 01/09/2020.
49. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Adoptado y Abierto a la firma, Ratificación y Adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), 16/12/1966, Entrada en vigor: 23/03/1976.
50. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Adoptado y Abierto a la Firma, ratificación y Adhesión por la Asamblea General en su Resolución 2200 A (XXI), 16/12/1966, entrada en vigor: 3 de enero de 1976.
51. Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador), suscrito en San Salvador el 17/11/1988, en el décimo octavo período ordinario de sesiones de la Asamblea General.
52. Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
53. Protocolo Facultativo de la Convención sobre la Eliminación de todas formas de Discriminación contra la Mujer.
54. Reglas de Operación del fideicomiso para el cumplimiento de obligaciones en materia de derechos humanos, Diario Oficial de la Federación Mexicana, México, 29/05/2014.
55. Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, firmado el 25/03/1957.