

LA PREVENCIÓN ADMINISTRATIVA

por Dr. Pablo Ángel Gutiérrez Colantuono 

El siguiente artículo se difunde con la autorización expresa de su autor y ha sido presentado en el marco del Congreso Internacional de Derecho Administrativo UNNE-MPBA, que tuvo lugar en la Provincia de Corrientes en el mes de diciembre del 2022, organizado conjuntamente por el MPBA y la UNNE

SUMARIO

1. Introducción	01
2. Alcances del deber de prevención	03
3. La función preventiva y la buena fe administrativa	07
4. Las administraciones públicas como sujetos obligados	10
5. La jurisdicción ampliada	13

1. INTRODUCCIÓN

En el actual orden constitucional y convencional las personas, su dignidad y las circunstancias que la rodean ocupan la centralidad del Derecho Administrativo . La dignidad de la persona humana aparece como el umbral mínimo del diseño y aplicación de las políticas públicas.

Es en este contexto que aparece como exteriorización del deber de garantía propio del Pacto de San José de Costa Rica (PSJCR) la función preventiva de las Administraciones Públicas.

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 Pozas¹. Más tarde se las ha ido desdoblado, de las que han surgido otras mucho más puntuales².

1. JORNADA DE POZAS, *Ensayo de una teoría del fomento en el Derecho Administrativo*, "Estudios Políticos", n° 48, 1949.

2. En una posición intermedia Celso Antônio Bandeira de Mello, identifica las siguientes actividades administra-

Rafael Valim³ 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.”⁴

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, hacia al Estado Constitucional y Social de Derecho, también influyeron sobre las funciones del Estado y la actividad administrativa.

Es interesante, en este sentido, ver la nueva conceptualización que efectúa sobre una de las actividades clásicas Rafael Valim:

“(…) la actividad de fomento debe entenderse como una herramienta valiosa del estado social de derecho brasileño para la consecución de sus finalidades. No se trata, como se ha dicho, de una actividad subsidiaria, que interviene cubriendo las ineficiencias del mercado. Se trata más bien de la actuación planificada del estado con el objetivo de velar por los intereses públicos.”⁵

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

tivas: 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 A, Curso de direito administrativo, Sao Paulo, Malheiros, 2008, p.684).

3. Ver: VALIM, Rafael *La Subvención en el Derecho Administrativo*, Montevideo - Bs. As., BdeF, 2017, p. 5 a 32.

4. SANTAMARÍA PASTOR, Juan A, *Principios de Derecho Administrativo general*, Madrid, Centros de Estudios Ramón Areces, 2002, t. II, p. 19.

5. VALIM, Rafael *La Subvención en el Derecho Administrativo*. 18, cit.

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 (...)*”.

El Estado ha transitado por diferentes estadios: a. protector del orden público y la seguridad, con la preponderancia de la función de policía administrativa⁶; b. gestor de los servicios públicos, donde justamente ocuparon la centralidad de las funciones administrativas; c 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.⁷

6. 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*, Revista de Administración Pública, n° 7, 1952, p11, F:/Usuario/Downloads/Dialnet-SobreElDerechoAdministrativoYSusIdeasCardinales-2111834.pdf; GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO – FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid, Civitas, 2017, t. I, p. 25 a 58; DIEZ, *Derecho Administrativo*, p. 35 y ss.; CASSAGNE, *Servicios públicos y policía*, Bs. As., El Derecho, 2006, p. 378; BALBÍN, Carlos F, *Tratado de Derecho Administrativo*, Bs. As., la Ley, 2015, t. II, entre otras obras.

7. En esa evolución, desde el Derecho Administrativo, resultan hitos insoslayables la teoría francesa de la soberanía desarrollada por Carré de Malberg la alemana del poder público (CARRÉ DE MALBERG, *Teoría General del Estado*), consolidada en la obra de Otto Mayer (MASUCCI, *Formación y evolución del derecho administrativo en Francia y Alemania*, “Revista de Administración Pública”, n° 184, 2011, ISSN: 0034-7639, p. 9 a 39) donde el Estado dejaba hacer, en lo económico, con el único objetivo del orden y la seguridad pública. Teorías que fueron 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. 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*, Madrid, Civitas, 1983, p. 22) Por otra parte, y coetáneamente a la evolución histórica, en el desarrollo doctrinario se recurrió a los criterios orgánicos, materiales, negativos y mixtos para definir a la función administrativa (se pueden consultar, entre tantos otros a GARRIDO FALLA, Fernando, *Tratado de Derecho Administrativo*, Madrid, Tecnos, 2002; GARCÍA DE ENTERRÍA – FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid, Civitas, 2017). Desde el criterio orgánico se sostuvo que es la que realizan los poderes ejecutivos (SANTAMARÍA DE PAREDES, Vicente, *Curso de Derecho Administrativo según sus principios generales y la legislación actual de España*, Madrid, Establecimiento Tipográfico de Ricardo Fe, 1903, p. 34), más contemporáneamente se considera que constituye un sector o una zona de las actividades de los ejecutivos (GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho Administrativo*, vol. I, p. 34; ENTRENA CUESTA, Rafael, *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid, Tecnos, 1970, p. 25). 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 (FLEINER, Fritz, *Instituciones de Derecho Administrativo*, trad. S. Alvarez-Gendín, Barcelona, Labor, 1933, p. 7). Desde el criterio material, como “la actividad práctica que el Estado desarrolla para cuidar, de modo inmediato, los intereses pú-

Las desigualdades sociales, las vulnerabilidades, la pobreza extrema, la globalización y la integración regional, la irrupción de la tecnología, 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.

Estas distintas etapas sin dudas impactan en el despliegue de las funciones de las Administraciones Públicas.

Por su parte los sistemas de derechos humanos constitucionalizados interpelan una respuesta desde el Derecho Administrativo, la cual creemos que la brinda la actividad preventiva de las Administraciones Públicas.

Postulamos que el concepto de las funciones administrativas clásicas que persisten en nuestro Estado de Derecho⁸ y que son el objeto y el sentido del Derecho Administrativo es insuficiente en el marco del Estado Social y Democrático de Derecho.

blicos que asume en los propios fines”, desde esta conceptualización, no solo el Poder Ejecutivo las ejecuta, sino también el legislativo y el judicial (ZANOBINI, Guido, *Corso di Diritto Amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1958, t. I, p. 13). 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 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.

8. 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*, trad. P. Andrés Ibáñez, Madrid, Trotta, 2016, p. 36).

2. ALCANCES DEL DEBER DE PREVENCIÓN

Es entonces necesario una nueva mirada de las funciones administrativas⁹ incorporando la dimensión 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. Al mismo tiempo es específica en aquello que tiene que ver con la promoción y protección de los derechos fundamentales y evitar la violación de estos.

El desafío del Derecho Administrativo, en este sentido, es diseñar un mecanismo institucional efectivo para asegurar que desde la división territorial y orgánica del poder se garantice la vigencia de los derechos humanos.

Emerge, entonces, esta nueva función de las Administraciones Públicas en proteger y promocionar los compromisos internacionales; mediante la remoción de 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

9. Es interesante aquello que se apunta sobre el tema: “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 - KRISCH, NICO - STEWART, RICHARD B., “El surgimiento del derecho administrativo global”, en KINGSBURY, BENEDICT - STEWART, RICHARD, *Hacia el derecho administrativo global: fundamentos, principios y ámbito de aplicación*, Sevilla, Derecho Global, 2016, p. 90).

perjudiciales.¹⁰ En su entendimiento el deber de prevención incluye tanto medidas de carácter político, administrativo como cultural¹¹.

Estamos frente a un nuevo rol de las Administraciones Públicas: el rol preventivo. Ella es parte integrante del Estado como obligado por ante el PSJCR. Se proyecta así en su propio ámbito el deber de remoción de todo tipo de medidas reglamentarias y comportamientos que violen los compromisos internacionales. Al tiempo de la necesidad de adoptar comportamientos y medidas reglamentarias que prevengan futuras violaciones a los derechos humanos.

Tal como lo sostiene la Corte IDH:

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 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.¹²

Es por ello que afirmamos las proyecciones del control de convencionalidad en la propia sede de las Administraciones Públicas en triple dirección al menos: a) de supresión de normas (reglamentarias) y prácticas administrativas que infraccionan el SIDH, b) de emisión de normas y adopción de prácticas que efectivicen

10. Corte IDH, 27/11/12, “Castillo González y otros vs. Venezuela, Fondo”, Serie C No. 256, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_256_esp.pdf.

11. Corte IDH, 16/11/09, “González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas”, Serie C No. 205, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf, párr. 252.

12. Corte IDH, 18/10/17, “Fontevéchia y D’Amico vs. Argentina, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia”, https://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/fontevéchia_18_10_17.pdf, párr. 85.

derechos y garantías y c) interpretación conforme a la juridicidad que expresa el control de convencionalidad.

3. 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 recíprocas¹³ y de derechos humanos entre tantos otros. También se registra la presencia de microsistemas propios ya del orden interno constitucional: consumidores y usuarios, ambiental, entre algunos que pueden mencionarse con sus propias reglas y principios.

En relación al subsistema internacional de los derechos humanos, podemos afirmar que el impacto del PSJCR genera un nuevo control de las actividades de las Administraciones Públicas, si bien de manera subsidiaria y complementaria, y este es de doble vía:

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,

13. 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, 27/07/17, “(Aerolíneas Argentinas) LAUDO Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. y Autobuses Urbanos del Sur S.A. (DEMANDANTES) vs. La República Argentina (DEMANDADA)”, ARB/09/01; b) Resolución 598/2013 del Ministerio de Economía de la Nación Argentina, que efectiviza el cumplimiento interno de una decisión del CIADI.

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. 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 concretarlo¹⁴.

¹⁴. Corte IDH, 16/11/09, “González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas”, Serie C No. 205, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf, párr. 252.

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:

a. 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.

b. 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.¹⁵

Todo ello se anuda con lo expresado por la Corte IDH¹⁶:

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.

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

15. Corte IDH, 16/11/09, "González y otras ("Campo Algodonero") vs. México, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas", Serie C No. 205, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf.

16. Corte IDH, 18/10/17, "Fontevicchia y D'Amico vs. Argentina, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia", https://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/fontevicchia_18_10_17.pdf.

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.

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.¹⁷

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.¹⁸

4. 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.

Cabe recordar, sin embargo, que :

17. Corte IDH. 31/01/06, "Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia, Sentencias", Serie C n° 140, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_140_esp.pdf, párr. 123.

18. Corte IDH, 29/07/88, "Velásquez Rodríguez vs. Honduras", Fondo, Serie C n° 4, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf, párr. 174.

(...) 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.¹⁹ El deber de garantía se expresa, entre otras maneras, en la prevención de los poderes del Estado, entre ellos de las Administraciones Públicas. Una manifestación del deber de garantía es la actividad preventiva, tal como hemos dicho²⁰, concretada en la aplicación en el ámbito propio por medio del control de convencionalidad interno.

19. Corte IDH. 31/01/06, "Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia, Sentencias", Serie C n° 140, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_140_esp.pdf, párr. 123; caso Corte IDH, 16/11/09, "González y otras ("Campo Algodonero") vs. México, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas", Serie C No. 205, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf, párr. 280; y Caso Corte IDH, 10/10/13, "Luna López vs. Honduras, Fondo, Reparaciones y Costas", Serie C No. 269, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_269_esp.pdf, párr. 120. Todo citado en el Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos n° 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>.

20. Corte IDH, 29/07/88, "Velásquez Rodríguez vs. Honduras", Fondo, Serie C n° 4, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf, párr. 175; Corte IDH, 16/11/09, "González y otras ("Campo Algodonero") vs. México, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas", Serie C No. 205, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf, párr. 252; y Corte IDH, 10/10/13, "Luna López vs. Honduras, Fondo, Reparaciones y Costas", Serie C No. 269, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_269_esp.pdf, párr. 118. (Todos citados en el Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos n° 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>, p. 19).

Tal como la Corte IDH lo ha indicado²¹:

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 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.²²

La tarea de la Administración Pública es constitucional y convencional. Aplica de oficio los parámetros de los derechos humanos tanto por el principio interno de

21. Corte IDH, 23/09/09, “Garibaldi vs. Brasil, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas”, Serie C No. 203, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_203_esp.pdf, entre múltiples posibles de ser citados.

22. Corte IDH, 29/07/88, “Velásquez Rodríguez vs. Honduras”, Fondo, Serie C n° 4, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf, párr. 175; Corte IDH, 16/11/09, “González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas”, Serie C No. 205, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf, párr. 252; y Corte IDH, 10/10/13, “Luna López vs. Honduras, Fondo, Reparaciones y Costas”, Serie C No. 269, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_269_esp.pdf, párr. 118.; todo citado en el Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos n° 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>, p. 19.

oficialidad como por 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.²³

5. LA JURIDICIDAD AMPLIADA

El ensanche del contenido de la juridicidad es uno de los efectos concretos de la dimensión convencional en la constitucionalidad actual.

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 iuris 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 diversas resistencias en el proceso dialógico con los Estados en el marco del control de convencionalidad.

23. Corte IDH, 29/07/88, “Velásquez Rodríguez vs. Honduras”, Fondo, Serie C n° 4, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf, párr. 174.

Cierto es que se ha incorporado 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.

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.²⁴

Aquello que realiza la Corte IDH es 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.²⁵

24. Corte IDH, 15/11/17, 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, OC. 23/17, https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_23_esp.pdf.

25. Conforme argumentación Corte IDH, 08/03/18, "Poblete Vilches y otros vs. Chile, Fondo, Reparaciones, Costas", Serie C No. 349, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_349_esp.pdf.

La Corte IDH refiere al *corpus iuris* internacional de los derechos humanos, el que definió ya desde la OC. 16/99²⁶ 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 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.

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. Importa una notable ampliación de derechos y de regímenes protectores de la dignidad de las personas. También un importante ensanche del deber de garantía y de responder de los Estados miembro.²⁷

26. Corte IDH, 01/10/99, “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, OC. 16/99, https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_16_esp.pdf, párr. 115.

27. Nos parece oportuna, en este punto, la reflexión de Cassese, Sabino: “(...) 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, 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).” (CASSESE, Sabino, Derecho Administrativo: historia y futuro, Sevilla, Instituto Nacional de Administración Pública - *Derecho Global*, 2014, p. 257 a 258).

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.