SUPLEMENTO CONSTITUCIONAL N.° 2

DIRECTORA: María Angélica Gelli

| 2024

ÁBALOS
ALTABE
BASTERRA
BESTARD
CHIACCHIERA CASTRO
DÍAZ
FLORES
GUTIÉRREZ COLANTUONO
IVANEGA
LAPLACETTE
MANILI
MANFREDI
MAQUEDA
PÉREZ SAMMARTINO
ROSATTI
SANTIAGO
SAULINO
SCHINELLI
SEIJAS
YLARRI

THOMSON REUTERS
LA LEY

ÍNDICE

PRÓLOGO VII

LA PERSPECTIVA Y LA EVALUACIÓN DE CONVENCIONALES CONSTITUYENTES

El derecho como sistema y los márgenes de apreciación. La integración de las distintas fuentes del derecho en la jurisprudencia de la Corte
Horacio D. Rosatti 3

Notas sobre la implementación de la reforma constitucional a partir de la jurisprudencia de la Corte
Juan Carlos Maqueda 11

A 30 años de la Convención Nacional Constituyente de 1994. Una Reforma Constitucional legítima, consensuada, resiliente y eficaz
Rodolfo Díaz 35

DECLARACIONES, DERECHOS Y GARANTÍAS

Los cambios en el sistema normativo en la reforma constitucional de 1994
Alfonso Santiago 67

La protección jurídica del derecho a la intimidad a 30 años de la reforma de 1994.Nuevas dimensiones del derecho a la autodeterminación informativa y el derecho fundamental a la protección de datos personales
Marcela I. Basterra 85

La reforma constitucional de 1994: el impacto en el derecho de las mujeres
Miriam M. Ivanega 96

Derechos constitucionales de los pueblos indígenas argentinos
Martha Helia Altabe 114

La enseñanza del derecho constitucional y el método de casos, a treinta años de la reforma
Oscar Flores 126

La legitimación en los procesos colectivos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Suprema, a 30 años de la reforma constitucional
Juan Santiago Ylarri 138

LA REPÚBLICA DEMOCRÁTICA FEDERAL RELACIONES, CONTROLES Y COOPERACIÓN ENTRE PODERES

Treinta años con algunas nuevas experiencias constitucionales (buenas, regulares y malas)
Guillermo C. Schinelli 155

La vacancia del Defensor del Pueblo de la Nación
Pablo L. Manili 187

Reforma constitucional de 1994. Atenuación del Presidencialismo y el DNU 70/2023
Ana María Bestard 193

Los presidentes legisladores: el abuso de los decretos de necesidad y urgencia
Osvaldo A. Pérez Sammartino 224

El mandato constitucional y convencional de la prevención administrativa
Pablo Á. Gutiérrez Colantuono 242

Qué quedó de la inamovilidad judicial luego de la reforma de 1994
Gabriela Seijas 259

Las relaciones horizontales en la Confederación Argentina. A treinta años de la reforma constitucional de 1994
Carlos J. Laplacette 279

La autonomía municipal. Activos y pasivos a treinta años de la reforma de 1994
María Gabriela Ábalos 298

El dominio originario de los recursos naturales en la jurisprudencia de la Corte Suprema
María Florencia Saulino 317

Reflexiones sobre la causa Riachuelo a dos décadas de su inicio
Claudia S. Manfredi 325

Las disposiciones constitucionales transitorias a 30 años de la reforma de 1994
Paulina R. Chiacchiera Castro 337

El mandato constitucional y convencional de la prevención administrativa



Pablo Á. Gutiérrez Colantuono [(*)]

Sumario: I. Introducción.— II. ¿La prevención ha impacto en el derecho administrativo?— III. La prevención administrativa.— IV. La ampliación de las obligaciones convencionales y sus proyecciones en la prevención.— V. La función pedagógica de la prevención administrativa.— VI. Reconfiguración de las Administraciones Públicas.— VII. Recapitulaciones posibles.

I. Introducción

La constitución reformada en el año 1994 trajo de entre sus novedades a la prevención como mandato constitucional expresa e implícitamente prevista en los arts. 41, 42, 43 y 75 inc. 22 **(1)**.

Existe consenso doctrinario y jurisprudencial generalizado en ubicar a dicho mandato en las previsiones constitucionales ya citadas, especialmente en la relación de consumo, el medio ambiente **(2)** y las obligaciones convencionales asumidas por nuestro país y constitucionalizadas con la reforma de 1994.

Cabe recordar que con anterioridad a la reforma constitucional de 1994 se ubicaba el deber de prevención generalmente como implícito en los arts. 19, 28 y 33 de la CN.

En el escenario constitucional actual el orden público se encuentra fundado en la dignidad de la persona humana con sustento en el Sistema Universal y el Sistema Interamericano de Dere-

(*) Director Carrera Especialización en Derecho Administrativo, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales Universidad Nacional del Comahue. Profesor Adjunto regular a cargo de la materia Derecho Administrativo de dicha facultad.

(1) En este sentido, seguiremos en la interpretación de la prevención las recomendaciones de Rosatti, en cuanto a: "asumir un criterio situado... con convicción... con la presunción de no contradicción del ordenamiento jurídico en general y constitucional en particular, y no perder de vista los objetivos centrales del mandato constitucional...", ROSATTI, Horacio, "Tratado de Derecho Constitucional", Rubinzal Culzoni Editores, 2017, 2 edición ampliada y actualizada, T. I, ps. 87/90.

(2) Para Lorenzetti La prevención anida en el deber general de diligencia que pesa sobre todo ciudadano como contrapartida de su derecho a la seguridad, de origen constitucional (art. 42 CN) que protege la vida y la salud de las personas muy especialmente en la relación de consumo conforme doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación...", LORENZETTI, Ricardo Luis (director), "Código Civil y Comercial Comentado", Rubinzal Culzoni, 2015, Tomo VIII, comentario al art. 1710, p. 298.

chos Humanos (en adelante SIDH), conforme los pactos internacionales con rango constitucional incorporados por el art. 75 inc. 22 de la CN.

En este sentido la CS 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". Para agregar que "la dignidad de la persona humana constituye el centro sobre el que gira la organización de los derechos fundamentales del orden constitucional" **(3)**. Acertadamente en los diversos microsistemas (ambiental, 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 **(4)**.

El derecho público y el derecho privado asumen su doble dimensión constitucional y convencional.

El nuevo Cód. Civ. y Com. dedica el Título I a la persona humana y en especial los arts. 51 y 52 a su dignidad. Allí se ve reflejado en primer término el mandato constitucional de prevención en las relaciones civiles y comerciales. Luego, la prevención aparece regulada expresamente con vinculación a los daños **(5)**.

En otras palabras, la afectación a la dignidad humana como centro de las relaciones jurídicas obliga a prevenir y habilita a reclamar la prevención en las relaciones civiles y comerciales, como explícitamente se establece en al Capítulo 1, del Título V del Libro tercero, en los arts. 1708 a 1780. Desde esta perspectiva la prevención encuentra amparo legislativo en el Cód. Civ. y Com. desde lo sustancial como desde lo procedimental **(6)**.

Recordamos que el Cód. Civil Argentino, resabio del Estado decimonónico, no legislaba sobre la prevención del daño, sino sobre la reparación ante el daño. El Cód. Civ. y Com. introduce el deber de prevención que —como ya se adelantó— tiene fundamento constitucional en los arts. 41, 42, 43 y 75 inc. 22.

Cierto es que la doctrina y la jurisprudencia, antes de la reforma del año 1994, relacionaban la prevención con los arts. 19, 28 y 33 de la CN como deber de llevar adelante acciones para no perjudicar a terceros **(7)**.

---

(3) CS, 21/09/2004, "Aquino, Isacio vs. Cargo Servicios Industriales SA s/ accidente ley 9688", Fallos 327:3753. Un análisis minucioso de la dignidad de la persona humana en la jurisprudencia de la CS puede consultarse en ALEXY, Robert - ALONSO, Juan Pablo - RABBI-BALDI, Cabanillas (coords.), "Argumentación, derechos humanos y justicia", publicado en Colección Filosofía y Derecho, Astrea, Buenos Aires-Bogotá-Porto Alegre, 2017.

(4) Ibídem. Asimismo, en CS, 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.

(5) Los aspectos procesales del mandato preventivo pueden ser analizados a la luz de los arts. 41 y 43 de la CN y la regulación específica del art. 1711 bajo la denominada acción preventiva y los debates del rededor de esta. Desde la doctrina civil se alude a la prevención del daño desde lo sustancial, aun cuando sea imprecisa su delimitación de lo procesal, se aboga por el deslinde de los aspectos sustanciales y procesales, en especial por la autonomía de la acción preventiva, no circunscripta a las medidas cautelares, ni al servicio de la pretensión resarcitoria, GALDÓS, Jorge Mario, "Responsabilidad civil preventiva", Revista jurídica Argentina, LA LEY, 2017-E, p. 1142, VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto, "La Función Preventiva de la Responsabilidad Civil", AR/DOC/1447/2015.

(6) Ibidem.

(7) Recientemente la CS delimitó la obligación del uso del cinturón de seguridad en la vía pública —cuyo incumplimiento es sancionado como una falta— como deber de prevención de un riesgo cierto de daño a terceros, con fundamento Constitucional en el ya mencionado art. 19 que habilita la intervención estatal y de la jurisdicción de los magistrados, reforzando su concepción como deber de seguridad que ya venía forjando en su jurisprudencia de daños y perjuicios civiles de riesgos laborales, CS, "Garay, Diego Sebastián c/ Provincia de Mendoza s/ amparo, CSJ 000972/2017/RH001".

Luego de la reforma constitucional se comenzó a profundizar sobre la prevención y su impacto en el ordenamiento jurídico. Esto llevó a su consagración expresa en el Cód. Civ. y Com. **(8)** ya en tiempos de constitucionalidad y convencionalidad **(9)**.

Por su parte el derecho ambiental ha tematizado la precaución y/o prevención **(10)** como mandato constitucional. En palabras de la CS en esta área del derecho "tiene una prioridad absoluta la prevención del daño futuro" conforme así se desprende del art. 41 CN **(11)**.

Así la constitución reformada en 1994 introdujo el concepto de prevención en parte enfocado en la mitigación del posible daño y de sus consecuencias sea en la esfera de los derechos individuales (daños del derecho privado) o transindividuales (derecho a un ambiente sano). El objetivo es evitar el daño en primer término **(12)** y ante la imposibilidad de ello pues procurar que sea el del menor impacto posible, lo menos nocivo posible. También como parte del deber de seguridad y en este aspecto fuertemente vinculado a la relación de consumo y con anclaje general, para las demás relaciones, en la dignidad de la persona humana **(13)**.

Así el mandato constitucional y convencional de prevención ha impactado las relaciones de derecho privado como las del derecho público, con su expresa regulación en el Cód. Civ. y Com., en la ley 25.675 General del Ambiente y la ley 24.240 de Defensa del Consumidor, citadas solo a modo de ejemplo.

Esto nos lleva a preguntarnos si la prevención ha impactado en el derecho administrativo, como parte del derecho público. Responderemos tal interrogante al tiempo que analizaremos sus posibles alcances y los desafíos que ello implica.

II. ¿La prevención ha impacto en el derecho administrativo?

El mandato convencional de los derechos humanos previsto en el art. 75 inc. 22 permite brindar una respuesta afirmativa, más allá de aquello que pueda tematizarse específicamente en materia de responsabilidad estatal desde la óptica preventiva **(14)**.

(8) PARKINSON, Aurora Besalú, en "Estudios Constitucionales sobre el Código Civil y Comercial de la Nación", Dalla Vía Alberto Ricardo, García Lema Alberto Manuel (directores), Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2016, ps. 248/250.

(9) Como bien refiere Salvatelli "...antes de su consagración en el Cód. Civ. y Com. diversos microsistemas jurídicos preveían acciones preventivas específicas para su ámbito. Por ejemplo, la ley 25.675 General del Ambiente consagra la acción de amparo tendiente a obtener la cesación de las actividades generadoras del daño ambiental colectivo, y legitima para promoverla a toda persona, sea esta pública o privada (art. 30); la ley de defensa del consumidor (LDC), en su art. 52, prevé una acción judicial tendiente a prevenir los daños que pueda sufrir la parte débil de la relación de consumo, cuando sus intereses se encuentren "amenazados"; el régimen de la propiedad intelectual (art. 79, ley 11.723); el nombre de las personas naturales (art. 21, ley 18.248); la ley de defensa de la competencia (arts. 26 y 44, ley 22.262); la ley de defensa contra discriminaciones (art. 1°, ley 23.592); la ley de asociaciones profesionales, que prevé medidas sobre la conducta antisindical (arts. 53 y 55, inc. 4, ley 23.551); las medidas de proscripción de la violencia familiar y exclusión del hogar conyugal (leyes 24.270 y 24.417), o la suspensión de asambleas comerciales y la ejecución de sus resoluciones (art. 252, ley 19.550)"; SALVATELLI, Ana, "Estado Responsable", Astrea-RAP, Buenos Aires, 2024, p. 12.

(10) Ver las diferencias que se apuntan entre la prevención y la precaución en donde la primera pareciera destinada a evitar un daño cierto mientras la segunda opera en contextos de incertidumbre de los efectos que pueda acaso ocasionar un factor de riesgo determinada incertidumbre; BESTANI, Analía, "Principio de Precaución", Astrea, Bs. As, 2015, p. 19.

(11) CS, Fallos: 329:2316. La CS reafirma tal regla en el caso "Recurso de hecho deducido por Leandro Marisi en la causa 'Marisi, Leandro y otros c. Poder Ejecutivo Nacional —PEN— Ministerio de Transporte de la Nación y otros/ inc. Apelación'", considerando 6 (30/09/2021).

(12) Analizando el art. 41 Gelli explica: "Las normas que al efecto dicte el Congreso Federal...y los Estados locales de modo complementario, deben ser preventivas, de acuerdo con lo normado por el art. 41 de la CN, es decir, deben evitar que el daño se produzca...", GELLI, María Angélica, "Constitución de la Nación Argentina, comentada y concordada", La Ley, 2022, Sexta edición ampliada y actualizada, T. 1, ps. 866/867.

(13) Ver cita 4 y Fallos 329:646, 329:4944, 331;819, 330:563, entre tantos otros.

(14) No nos detendremos en ello en esta oportunidad, pero diremos que el deber de responder se genera por los mandatos expresos del SIDH casualmente por no adoptar preventivamente las medidas estatales respectivas

Los Tratados de Derechos Humanos conforman, como es sabido, un subsistema jurídico integrado por sus principios, reglas e interpretaciones realizadas por los llamados intérpretes auténticos (los propios órganos de los sistemas de derechos humanos: universal y regionales). Ello, a su vez, se ha visto notablemente ampliado por al menos dos factores a considerar: a. el control de convencionalidad y b. el contenido del derecho común de los derechos humanos.

a. El control de convencionalidad, creado pretorianamente por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH), ha generado el efecto expansivo de los estándares jurisdiccionales más allá del Estado demandado. Junto con el contenido de las Opiniones Consultivas han provocado un notable ensanchamiento de las obligaciones estatales internas que se ha de desplegar en los ámbitos estatales internos. Dicho control denominado de convencionalidad es de doble vía: a') control de convencionalidad internacional en la propia sede de la Corte IDH. Se suma así 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 a"). control de convencionalidad interno en cada Estado miembro, especialmente desplegado por los jueces más no únicamente, que se apalanca en la aplicación espontánea y de buena fe de los compromisos internacionales asumidos por los Estados parte. De nuestra parte hemos conceptualizado tal control como un deber estatal y una garantía ciudadana, caracterizándolo como interno para diferenciarlo del externo y propio que se desarrolla en la instancia internacional una vez agotado los recursos nacionales. Es, a su vez, desplegado de oficio principalmente por los jueces y demás autoridades que desarrollan materialmente actividad judicial. Las Administraciones Públicas deben, en nuestro criterio, en su ámbito de competencias propias aplicarlo al menos interpretando adecuadamente la juridicidad como principio de la actuación estatal. Es, en este sentido, 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 propia Corte IDH tanto en su función consultiva como jurisdiccional) con el interno de los Estados miembros. Finalmente, participamos de la idea que es simétrico y sinérgico del control de constitucionalidad **(15)**.

b. La perspectiva del derecho administrativo desde el derecho de los derechos humanos incluye los principios y reglas contenidos en el llamado derecho común de los derechos huma-

(judiciales, legislativas, administrativas, políticas entre otras) que mejor contemplen el deber de garantía y/o el deber de debida diligencia exigido desde la sistemática del derecho común de los derechos humanos. Sobre la responsabilidad estatal preventiva Salvatelli ha sostenido: "La responsabilidad estatal no se agota en la reparación de un daño ya ocurrido. Podemos identificar, en su iter o trayectoria, un antes y un después del daño y de la función resarcitoria, que se activa al perseguirse su reparación. En efecto, antes que reparar un daño ya ocurrido, dentro del recorrido de la responsabilidad estatal con una mirada integral, aparece una función diferente (no suficientemente explorada en el ámbito de nuestra materia), que es la función preventiva. Esta última ha sido receptada en el Cód. Civ. y Com. y —si bien su aplicación al ámbito de la responsabilidad estatal presenta un desafío interpretativo no menor— debe advertirse que el incumplimiento por el Estado de los mandatos concretos de prevención que pesen sobre él acarrea su responsabilidad", SALVATELLI, Ana, "El Estado responsable...", ob. cit. ps. 5 y 6.

(15) Hemos profundizado el tema en GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo A. "Control de convencionalidad en la Administración Pública, Astrea, Bs. As., 2022; y en la reciente versión en portugués modificada y actualizada: "Control de Convencionalidade Na Administração Pública, Contracorrente", São Paulo, 2024. Afirma la Corte IDH "...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" (Corte IDH, caso "Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia", 01/09/2010; caso "Gelman vs. Uruguay", 24/02/2011; entre tantos otros posibles de ser citados). Para un análisis pormenorizado desde la jurisprudencia de la Corte IDH y en relación con 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 - SANTOFIMIO - GAMBOA, "Control de convencionalidad y responsabilidad del Estado", Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013, 1ª ed., ps. 46 a 71.

nos. Esta expresión, en nuestro caso, la entendemos integrada por las previsiones internas constitucionales, los tratados de derechos humanos, otros tratados que sin serlo contienen derechos humanos, las interpretaciones internas de las Cortes constitucionales y de los tribunales internacionales regionales en la materia junto a la propia sinergia generada entre todos ellos. Los principios de la interpretación evolutiva y *pro homine* propios de los sistemas de derechos humanos indican tal disposición del derecho común de los derechos humanos como fuente del sistema constitucional interno **(16)**. Pareciera generarse en el ámbito competencial de la Corte IDH una suerte de polo de atracción de convenciones regionales e internacionales al tiempo de decidir; aun aquellas que no han sido incorporadas por el derecho interno doméstico. Ahora bien, ello no supone la automatización de la aplicación de estándares internacionales. Requiere una prudente y correcta hermenéutica desde los derechos humanos (en su doble dimensión interna e internacional) cuyo norte sean la realización, protección, promoción y garantía de estos. Tarea, por cierto, nada sencilla máxime si debemos valorar ello a la luz de la realización del bienestar genera. Este supone determinadas limitaciones razonables y proporcionales a los derechos y las libertades en el sistema democrático.

Sea por el control de convencionalidad sea por el derecho común de los derechos humanos es incontrastable que se han ensanchado notablemente las obligaciones estatales adicionales a aquellas asumidas al tiempo de suscribir el Pacto de San José de Costa Rica (en adelante, PSJCR) los Estados parte.

Este fenómeno constitucional convencional atraviesa todas las funciones estatales, de entre ellas las materialmente administrativas que es el foco de nuestra atención, en especial las llevadas adelante por parte de las Administraciones pública como integrantes del Estado parte **(17)**.

Dentro de la dimensión convencional constitucional ampliada al menos por los dos factores enunciados es que ubicamos el mandato de prevención administrativa como expresión del deber de garantía.

III. La prevención administrativa

La prevención administrativa consiste en la adopción de medidas de supresión, remoción, adecuación e interpretación en el plano de los derechos humanos por parte de las Administraciones públicas (foco de nuestra atención) al tiempo de desplegarse la actividad materialmente administrativa **(18)**. Ello es consecuencia del deber de garantía previsto en el SIDH **(19)** el cual abarca todas aquellas medidas de carácter juridicial, legislativo, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos.

(16) 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" (Corte IDH, 15/11/2017, "Obligaciones Estatales en Relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal- interpretación y alcance de los arts. 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. 23/2017).

(17) Cabe recordar aquello que ha afirmado la Corte IDH sobre este punto: "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" (Corte IDH, caso "Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia", 18/10/2017).

(18) GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo A. "Control de convencionalidad…", ob. cit., ps. 230 y 231.

(19) Corte IDH caso "González y otras (Campo Algodonero) vs. México" (16/11/2009).

La Corte IDH ha afirmado **(20)**: "La Corte ha reconocido en casos anteriores la necesaria relación que existe entre el deber general de garantía señalado en el art. 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, en la porción que le ocupa a las Administraciones públicas como parte integrante del Estado obligado, importa el deber de adoptar espontánea y de buena fe diversas medidas administrativas con la finalidad de promover "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" **(21)**.

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 oficialidad como por la función tuitiva preventiva propia del PSJCR. Esta función preventiva es expresión del deber de garantía genérico y se concreta en el despliegue, en su propia sede, del control de convencionalidad interno.

Es de toda evidencia que al ampliarse notablemente las obligaciones estatales por vía del control de convencionalidad y el derecho común de los derechos humanos según hemos indicado, aumenta el contenido del deber de prevención en relación con la multiplicidad de las nuevas obligaciones convencionales.

El rol preventivo desde la actividad estatal materialmente administrativa es parte del conducto por el cual el Estado obligado debe brindar vigencia efectiva en el orden interno a la dimensión de la convencionalidad de los derechos humanos.

Podría sostenerse que las Administraciones públicas han de adoptar una estrategia de prevención integral de los derechos humanos adoptando medidas adecuadas para que las personas no vivan situaciones de riesgo real e inmediato de vulneración de los derechos humanos **(22)**. La Corte IDH, en este sentido, ha sido consistente en señalar que en los Estados está el deber jurídico de prevenir, razonable-

(20) Corte IDH, caso "Garibaldi vs. Brasil", 23/09/2009, entre múltiples posibles de ser citados.

(21) La Corte IDH ha dicho "Una manifestación del deber de garantía es el deber de prevención 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 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, caso "Velásquez Rodríguez vs. Honduras", Fondo, Serie C N.º 4, 29/07/1988; Corte IDH caso "González y otras (Campo Algodonero) vs. México", Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas", Serie C No. 205, 16/11/2009; y Corte IDH, caso "Luna López vs. Honduras, Fondo, Reparaciones y Costas", Serie C No. 269, 10/10/2013; todos citados en el Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N.º 5: "Niños, Niñas y Adolescentes", elaborado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos con la colaboración de la Cooperación Alemana (GIZ), 2018.

(22) Corte IDH caso, "Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia, Sentencias", 31/01/2006.

mente, las violaciones a los derechos humanos **(23)** y una porción de ello ha de ser llevado a cabo por parte de la prevención administrativa en cabeza de las propias Administraciones públicas **(24)**.

IV. La ampliación de las obligaciones convencionales y sus proyecciones en la prevención

La protección, promoción y aseguramiento de los derechos existentes como aquellos que evolutivamente aparecen en el tiempo **(25)** generan desde el deber de garantía un corte trasversal de las obligaciones generales y específicas contenidas en las convenciones de derechos humanos regionales.

Llamamos a ello obligación horizontal en los tres cortes posibles de ser analizada: orgánico, territorial e intersectorial. Nuevas obligaciones surgen de alto impacto horizontal enlazando la prevención en el cumplimiento de estas con el deber de garantía.

IV.1. Orgánico

La organización administrativa dentro de la cual se desarrollan las competencias habilitadas constitucionalmente ha de ser funcional a los mandatos de adecuar, remover e interpretar conforme al derecho común de los derechos humanos. No es neutro el diseño organizacional. Puede promover preventivamente el deber de garantía. O bien lo opuesto, esto es el probable ilícito internacional ante una afectación concreta de los derechos humanos en la relación derechos -obligaciones estatales.

El deber de garantía se expresará con diversos alcances según la asignación competencial interna. Más la propia asignación de funciones en la división de poderes orgánica no podrá justificar zonas de incumplimientos del deber interno de garantía.

Las obligaciones incumplidas por el Estado alegando que su organización institucional no asumió las debidas competencias por bloqueos interno entre poderes, no justificará válidamente su incumplimiento.

Los sistemas regionales de derechos humanos en tanto imponen obligaciones estatales generan el necesario diálogo entre poderes. Ese diálogo ha de estar enmarcado, alrededor de un asunto determinado, en la prevención de la posible responsabilidad internacional del Estado. El objetivo, en parte, es la convergencia de funciones para cumplir internamente con las obligaciones asumidas en materia de derechos humanos. De forma tal de no generar el ilícito internacional. Cada departamento estatal en que se divida el poder internamente deberá realizar el máximo esfuerzo competencial con tal finalidad. Correctas articulaciones garantizan el deber de prevención estatal en materia de derechos humanos guiados por el deber de garantía. Al decir de Gelli: "...el Estado argentino es responsable en el orden internacional por eventuales violaciones de los derechos humanos que se generen por la actuación de sus instituciones y organismos y ello produce efectos en el ordenamiento interno. En consecuencia, cada uno de los poderes, en la medida de sus competen-

(23) Corte IDH caso "Velásquez Rodríguez vs. Honduras", 29/07/1988.

(24) 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 conforme la jurisprudencia de la propia Corte IDH, caso "Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia", 31/01/2006; Corte IDH caso "González y otras (Campo Algodonero) vs. México", 16/11/2009; y Corte IDH caso "Luna López vs. Honduras" 10/10/2013; todos citados en el Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N.º 5: "Niños, Niñas y Adolescentes", elaborado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos con la colaboración de la Cooperación Alemana (GIZ), 2018.

(25) Las técnicas para esto último difieren según cada uno de los sistemas regionales de derechos humanos mediante la vía interpretativa evolutiva. Así la creación de nuevos derechos (Corte IDH), el cruzamiento entre derechos existentes para proyectar protección a uno no previsto (Tribunal Europeo de Derechos Humanos) o la construcción desde los derechos implícitos (Sistema Africano de derechos humanos) representan las técnicas regionales empleadas. Son variados los ejemplos que podrían citarse en la materia, de entre ellos el derecho a aun ambiente sano. De ello nos hemos ocupado detalladamente desde las normas internacionales y los sistemas comparados europeo, Interamericano y africano de derechos humanos en "El Derecho Autónomo al Medio Ambiente Sano en Clave de Derechos Humanos", de acceso libre en https://palabrasdelderecho.com.ar, posteo de fecha 5/06/2024.

cias, como bien dijo la Corte Suprema en 'ministerio de Relaciones Exteriores y Culto', debe compatibilizar el orden jurídico interno con aquellos compromisos y preservar mediante los mecanismos constitucionales, los derechos y garantías de quienes no han sido oídos en el proceso internacional" **(26)**.

IV.2. Territoriales

La dimensión territorial de la asignación de competencias estatales presenta complejidades propias a partir del tipo de organización del Estado. En especial en aquellos con altas descentralizaciones internas y, en particular, en los sistemas federales de organización estatal.

Como es sabido existen competencias propias en cada una de las capas territoriales del poder político. Ello fija la prohibición de inmiscuirse en las mismas por parte de otro nivel federal. La asignación a unos importa generalmente la prohibición a otros.

El multinivel territorial de poder pues puede a veces parecer un obstáculo al cumplimiento de las obligaciones en materia de derechos humanos. Sin embargo, ello se supera con una correcta articulación interna priorizando que: 1) el Estado es el único obligado ante el sistema internacional y, 2) la distribución estatal interna de competencias tiene por razón de ser la protección, realización y promoción de los derechos humanos. Estos dos factores debieran indicar la correcta articulación de las competencias públicas en el multinivel decisorio **(27)**.

Mas allá de ello creemos importante destacar las potencialidades antes que las debilidades de estos sistemas internos. Radican aquellas justamente en la riqueza institucional, política, sociológica que proviene de la diversidad multinivel. Ello bien aprovechado es un factor actualizador de la dinámica de los derechos humanos tanto a nivel interno como internacional.

IV.3. Intersectorialidad

El Estado posee también obligaciones en materia de derechos humanos respecto a la actividad que es prestada por privados. Si bien el deber de responder por tercero es excepcional **(28)**, ello sucede. Y sucede ante una violación a los derechos humanos bajo el análisis de la omisión estatal en los debidos controles.

Estos controles se materializan a través de competencias públicas precisas: fiscalización, regulación y supervisión **(29)** las cuales se convierten en expresiones concretas de la prevención administrativa en la materia, evitando la posible infracción en materia de derechos humanos.

Dichas competencias estatales se vinculan generalmente a actividades que por sus riesgos o por la esencialidad de estas requieran de una especial diligencia por parte del Estado en la protección de los derechos fundamentales. En este sentido "...la obligación de garantía se proyecta más allá´ de la relación entre los agentes estatales y las personas sometidas a su jurisdicción, y abarca el deber de prevenir, en la esfera privada, que terceros vulneren los bienes jurídicos protegidos..." **(30)**.

(26) GELLI, María Angélica "Constitución de la Nación Argentina...", ob. cit., Tomo II, p. 321.

(27) Debemos recordar que las asignaciones internas de competencias públicas en principio no son oponibles en los sistemas regionales internacionales para excusarse ante el incumplimiento, según consolidado criterio de la propia Corte IDH caso "Asunto de las Penitenciarías de Mendoza respecto de la República Argentina, Medidas Provisionales", 30/03/2006.

(28) "...No obstante, la Corte ha considerado que un Estado no puede ser responsable por cualquier violación de derechos humanos cometida por particulares dentro de su jurisdicción. El carácter erga omnes de las obligaciones convencionales de garantía a cargo de los Estados, no implica su responsabilidad ilimitada frente a cualquier acto de particulares. Así, aunque un acto, omisión o hecho de un particular tenga como consecuencia jurídica la violación de los derechos de otro, este no es automáticamente atribuible al Estado, sino que corresponde analizar las circunstancias particulares del caso y la concreción de las obligaciones de garantía...", Corte IDH, caso "De Los Buzos Miskitos (Lemoth Morris y Otros) vs. Honduras", 31/08/2021.

(29) Corte IDH caso "Vera Rojas y Otros vs. Chile", 1/10/2021.

(30) Corte IDH, caso "Empleados de la Fábrica de Fuegos en Santo Antonio de Jesús y sus Familiares vs. Brasil", 15/07/2020: "En este caso, la Corte encuentra que los Estados tienen el deber de regular, supervisar y fiscalizar la práctica de actividades peligrosas, que implican riesgos significativos para la vida e integridad de las personas

Consecuentemente el Estado puede ser responsable por actos realizados en las esferas del sector privado entre privados en casos que haya a) omitido desplegar adecuadamente su deber de regular, supervisar y fiscalizar determinadas actividades, b) omitido intervenir para garantizar en el caso concreto la igualdad y no discriminación en el sector privado **(31)**, c) omitido supervisar actividades vinculadas a los servicios de salud **(32)**, d) omitido proteger el bien público involucrado en una actividad tercerizada pero de titularidad del Estado **(33)**, y e) omitido prevenir violaciones producidas por empresas privadas regulando las acciones que estas deben adoptar para respetar los derechos humanos **(34)**.

IV.4. Deberes humanos

Finalmente llegamos al último eslabón en la cadena de las obligaciones que proyectan los tratados en el sistema interno, pero, esta vez, vista desde las personas a quienes los derechos y las garantías les generan un salto cualitativo y cuantitativo.

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 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. Estos poseen rango de convencionalidad (art. 32 inc. 2 del PSJCR), representando limitaciones que tienen por finalidad la realización del bienestar general tanto de la 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 la cogestión de los mismos valores por la ciudadanía y las Administraciones públicas. Ello en tanto mandato convencional consistente en la realización del bienestar común **(35)**. Cabe recordar que para

sometidas a su jurisdicción, como medida para proteger y preservar estos derechos. La Corte se ha pronunciado en diferentes oportunidades sobre la obligación de regulación, en particular, en relación con la prestación de servicios públicos de salud. Al respecto, ha señalado que el Estado tiene el deber de regular de manera específica las actividades que implican riesgos significativos para la salud de las personas, como el funcionamiento de bancos de sangre. En relación con el deber de regular también se ha pronunciado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en un caso referido a una explosión de metano en un vertedero de desechos. En esa decisión, el Tribunal Europeo encontró que la obligación de adoptar todas las medidas necesarias para salvaguardar el derecho a la vida implica el deber del Estado de establecer un marco legislativo y administrativo que disuada las amenazas al derecho, y que esa obligación se aplica indiscutiblemente en el contexto de actividades peligrosas. Respecto a la supervisión y fiscalización, la Corte ha sostenido que se trata de un deber del Estado, incluso cuando la actividad la presta una entidad privada. En ese sentido, este Tribunal ha establecido la responsabilidad estatal por las afectaciones producidas por terceros que prestaban un servicio de salud, cuando esta se debe a la falta de fiscalización del Estado y ha señalado que la obligación de fiscalización estatal comprende tanto a servicios prestados por el Estado, directa o indirectamente, como a los ofrecidos por particulares".

(31) Corte IDH, caso "Olivera Fuentes vs. Perú", 4/02/2023.

(32) Corte IDH, caso "Ximenes Lopes vs. Brasil", 4/07/2006.

(33) Corte IDH, caso "Ximenes...", ob. cit.

(34) "...Tribunal destaca que los Estados tienen el deber de prevenir las violaciones a derechos humanos producidas por empresas privadas, por lo que deben adoptar medidas legislativas y de otro carácter para prevenir dichas violaciones, e investigar, castigar y reparar tales violaciones cuando ocurran. Los Estados, de esta forma, se encuentran obligados a reglamentar que las empresas adopten acciones dirigidas a respetar los derechos humanos reconocidos en los distintos instrumentos del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos —incluidas la Convención Americana y el Protocolo de San Salvador— especialmente en relación con las actividades riesgosas. En virtud de esta regulación, las empresas deben evitar que sus actividades provoquen o contribuyan a provocar violaciones a derechos humanos, y adoptar medidas dirigidas a subsanar dichas violaciones. El Tribunal considera que la responsabilidad de las empresas es aplicable con independencia del tamaño o sector, sin embargo, sus responsabilidades pueden diferenciarse en la legislación en virtud de la actividad y el riesgo que conlleven para los derechos humanos". (Corte IDH caso "De los Buzos Miskitos...", ob. cit.).

(35) "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, "Intereses generales e interés púbico desde la perspectiva del derecho público español", "Direito Administrativo & Constitucional-A&C", nº Especial 10 años, Fórum, año 2003, p. 174).

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" **(36)**. Es esa protección de los "derechos de los demás" previsto por el art. 32.2 del PSJCR 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 **(37)**.

V. La función pedagógica de la prevención administrativa

V.1. El control de convencionalidad, prevención y pedagogía

Tal como lo hemos adelantado en nuestro criterio existe un doble enfoque del control de convencionalidad: es una obligación estatal al tiempo que una garantía ciudadana.

Asistimos a una doble dimensión: a) la obligatoriedad de practicar con determinados alcances el control de convencionalidad en la propia sede de las administraciones públicas (interpretación y aplicación al menos de la dimensión convencional constitucional) y, b) el uso de tal garantía por parte de la ciudadanía al ser parte interesada en los asuntos administrativos a través principalmente, más no únicamente, de la tutela administrativa efectiva **(38)**. Esta última 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 el goce efectivo de los derechos fundamentales de la persona, en un plazo razonable en el que se garantice el derecho a ser oído, a ofrecer y producir pruebas, para luego emitir una decisión suficiente y razonablemente fundada **(39)**.

Esta doble funcionalidad del control de convencionalidad es la exteriorización del deber de garantía en su faz preventiva del Estado al haber asumido obligaciones al tiempo de firmar el PSJCR. Obligaciones generales contenidas en los arts. 1.1 y 2° y las específicas contenidas en sus distintas previsiones convencionales.

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 **(40)**. Siguiendo en este sentido aquel criterio de la Corte IDH por el cual los Estados tienen el deber de cumplir de buena fe con el derecho internacional **(41)**.

Aparece así un nuevo orden del control de la actividad administrativa: el del control de convencionalidad en la propia sede de las Administraciones públicas, tanto en su carácter de obli-

(36) Corte IDH "La expresión leyes en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos", solicitada por el gobierno de la República Oriental del Uruguay, OC: 6/86.

(37) Se ha afirmado 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...". MEILÁN GIL, "Intereses generales e interés púbico...", ob. cit., p. 182.

(38) Corte IDH caso "Baena Ricardo y otros vs. Panamá", 2/02/2001; Corte IDH caso "Del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador", 20/08/2003, entre muchos posibles de ser citados.

(39) Ha sido un acierto la reciente incorporación de la tutela administrativa efectiva como principio general fundamental del procedimiento administrativo (ley 27.742 art 25 incorpora como art. 1° bis inc. a) a la ley 19.549 dicho principio). Hemos tratado extensamente el tema en GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo, "Control de convencionalidad...", ob. cit., p. 160 y ss.

(40) Ha explicado Sesín sobre el rol de los distintos poderes del Estado: "Debemos buscar el justo equilibrio. El exceso de control corre el riesgo de paralizar la actividad administrativa y sustituir las decisiones del gobierno democrático. El escaso control también es pernicioso para el Estado Constitucional y Social de Derecho y las garantías de los ciudadanos. De allí la necesidad de repensar permanentemente los límites entre los diversos poderes del Estado en el marco de nuestra dinámica realidad constitucional y convencional" (SESÍN, "Discrecionalidad. Ponderación. Proporcionalidad. Posible rol de la justicia constitucional", LLonline, AR/DOC/3007/2020).

(41) Conforme doctrina sentada en el caso Corte IDH caso "Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia", 18/10/2017.

gación estatal como de garantía ciudadana **(42)**. Estas aplican, interpretan y son expresión de la impregnación de la convencionalidad. 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. Y ello lo hacen de oficio ya que internamente su principio de oficialidad junto a la función tuitiva preventiva propia del PSJCR así lo indican.

Las Administraciones públicas son interpeladas a adoptar distintas medidas dentro del margen de su propia competencia. La finalidad es 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.

El control de convencionalidad expresa un valor pedagógico en esta dimensión ya que previene nuevas infracciones a los compromisos internacionales bajo la obligación estatal de no reiteración de las conductas que generan el deber de responder. Es en este sentido un mensaje hacia los propios poderes estatales y hacia la ciudadanía en la toma de conciencia de sus derechos y garantías. Y, por cierto, también como interpelación a la zona de sus deberes humanos para con su comunidad y la humanidad toda (art 32.1 del PSJCR).

Es todo ello expresión de la prevención administrativa.

V.2. La abogacía pública en contextos de prevención y pedagogía

La actividad de asesoramiento jurídico dentro de las Administraciones públicas posee, como es sabido, su importancia reconocida en el elemento procedimiento administrativo al tiempo de afectarse, especialmente, derechos adquiridos.

En términos ya más generales cabe remarcar su amplia incidencia en ámbitos bien diversos de la actividad estatal: poder sancionador —disciplinar o no—, contractual, reglamentario, procedimental, de organización, actos administrativos, personas vulnerables y especialmente protegidas constitucionalmente, tributario, previsional, aduanero, entre tantos contenidos de la expresión de la actividad estatal a la que hacemos referencia.

La abogacía pública al tiempo de brindar un correcto contenido al principio de juridicidad de la actividad administrativa posee un rol esencial de alta responsabilidad ética institucional. Tal rol encierra al menos dos dimensiones. La jurídica estrictamente vinculada con las reglas, los principios y las normas que le brindan contenido. Y la política, esto es la realización del modelo de Administraciones públicas según ha sido determinado constitucionalmente.

a. La dimensión jurídica, interpela a la abogacía pública a un conocimiento crítico de las fuentes del derecho. Esto que pareciera ser una mirada abstracta, no lo es. Importa contribuir mediante el dictamen y las más diversas maneras de intervención profesional en la elección y aplicación correcta del subsistema normativo e interpretativo al asunto administrativo. Sabiendo que la constitución convencionalizada impone una mirada sistémica y no aislada. Aquí la abogacía pública debe sentirse interpelada de una heterogeneidad determinada que pauta ese texto constitucional el cual a su vez es reflejo de una sociedad diversa. La expresión "administrado" tan habitual en el lenguaje del derecho administrativo ha de dejarse atrás: aparece la persona y sus circunstancias en la centralidad de la tutela administrativa efectiva. Es ella y su dignidad aquello que debe anteponerse a cualquier tipo de mirada "burocrática" del expediente. Escaparle la abogacía pública a la lógica del expediente para ir al encuentro de la persona y su dignidad es ya no solo un desafío si no antes bien un mandato ético constitucional.

(42) En relación a la dimensión convencional y el control judicial agudamente se ha sostenido "En Argentina, la obligación de los jueces de realizar no sólo un control de legalidad sino también de convencionalidad (art. 75 inc. 22 CN) y de constitucionalidad, posibilita hacer interpretaciones más amplias que buscar ir más allá de lo que los rígidos términos de los preceptos legislativos lo permitirían, buscando más que una excelente labor de literatura judicial una verdadera obra de justicia en el caso concreto en tanto involucra los derechos e intereses de los justiciables", SESÍN, Domingo - SOSA, Daniela "Código Contencioso Administrativo de Córdoba (comentarios y jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia), Advocatus , Córdoba, 2024, p. 14.

El rol interpretativo de la abogacía pública cada vez asume mayores niveles de complejidad, pero también una mayor trascendencia institucional. Cierto es que los ordenamientos jurídicos actuales se caracterizan por cierto "desorden" en una multiplicidad de fuentes integradas sistémicamente. Ello se complejiza aún más dentro de una actividad estatal que posee determinados márgenes de "apreciación" flexible comúnmente expresadas en la dimensión discrecional de algunas decisiones administrativas. Sin olvidar la consideración de factores de oportunidad, mérito y conveniencia que rodean a la toma de decisión. Cierto es que tanto aquella como estos hoy están atravesados plenamente por el control de razonabilidad y de proporcionalidad de las decisiones administrativas. Los espacios de inmunidad administrativa frente al control judicial ya no pertenecen a estos tiempos del Estado convencional y constitucional de derecho **(43)**.

b. La dimensión política interpela a un modelo determinado de Administraciones públicas. Mejor dicho, a un modelo tanto en el contenido, en la organización como en el procedimiento de la actividad materialmente administrativa del Estado —es decir no solo de aquellas— desenvuelta dentro de los bordes constitucionales. La figuración de un Estado adjetivado, por ejemplo, como democrático, representativo, federal, social, constitucional y convencional de derecho contextualiza y determinada el contenido de la actuación de la abogacía pública. Si a ello le agregamos un modelo heterogéneo (multiculturalidad e interculturalidad) e intergeneracional en sus dimensiones sociales y ambientales, pues habremos de entender que no cualquier abogacía pública es "la abogacía pública" de ese modelo de Estado.

Así ambas dimensiones política y jurídica constituyen al menos las pautas orientativas del contenido de los dictámenes de la abogacía pública. Estos plasman en un asunto concreto los mandatos constitucionales y convencionales previniendo infracciones en el deber de garantía. Si bien se trata de un trabajo técnico, expresa esas dimensiones políticas jurídicas de nuestro Estado constitucional y convencional de derecho.

VI. Reconfiguración de las Administraciones Públicas

La dimensión constitucional convencional de las Administraciones públicas, según pensamos, habilita a pensar en construcciones abiertas, dialógicas, sensibles, flexibles, heterogéneas de las decisiones administrativas bajo mecanismos horizontales e intermitentes.

a. *Abiertas*: La construcción de las decisiones estales requiere aperturas, esto es la posibilidad de abrir espacios de escuchas activas y permeabilidades permanentes. El tráfico de construcciones intersectoriales representativo de los múltiples anclajes sociales, económicos, culturales y territoriales genera insumos fundamentales para una decisión legitimada. Por el contrario, si la decisión pública es producto de la mirada endogámica del poder pues nuevos niveles de baja legitimidad de las decisiones seguirán ocurriendo.

b. *Dialógicas*: Existe una doble dimensión en el mundo de la construcción de las decisiones públicas a nuestro criterio: la dimensión del saber y la del hacer. La primera remite elementalmente al mundo del conocimiento, de nuestras

(43) Gelli al analizar el art. 28 de la CN afirma "...todos los órganos del poder están obligados a respetar el principio de razonabilidad como constitutivo del Estado de derecho". Para agregar "...Por otro lado, el control de razonabilidad puede ejercerse tanto sobre la norma general, como sobre el acto particular de aplicación por la autoridad administrativa o judicial...", GELLI, María Angélica. "Constitución de la Nación Argentina Comentada y Concordada", La Ley, Bs. As., 2022, 6ta edición ampliada y actualizada, Tomo 1, ps. 661.y 663. Gordillo por su parte ha incorporado a la razonabilidad económica como valor del derecho: "...Detengámonos pues un poco en esos valores jurídicos que no podemos impunemente violar internamente, sin sufrir consecuencias en el orden interno e internacional. Esos valores son fundamentalmente los relativos a la seguridad y a la justicia, pero cabe incluir en ellos (entre otros) aquellos relativos a la razonabilidad de las medidas que los Estados de Derecho adoptan, lo cual tiene inevitable repercusión sobre las economías nacionales y la economía mundial en la cual se insertan. Dicho en otras palabras, en lugar de incorporar aquí y ahora la referencia al bien común, interés público o al progreso como un dato a armonizar con seguridad y justicia, pensamos que puede ser también útil la referencia a la racionalidad económica". GORDILLO, Agustín, Tomo 2, Capítulo XXII Hacia la unidad del orden jurídico mundial, Fundación de Derecho Administrativo, p. XXII-27, www.gordillo.com.

universidades, centros de producción, creación e investigación del saber con determinado rigor metodológico y de experticia en áreas determinadas. Estas áreas aportan sin dudas un insumo fundamental para la generación de políticas públicas vanguardistas que se adelanten al propio tiempo en que transcurre un gobierno. Innovar implica generar nuevas maneras de resolver mismos problemas, o nuevos problemas desde el uso aplicado de las tecnologías y la ciencia. Esta dimensión del saber aporta a la toma de decisión rigor técnico proyectando niveles de independencia del cual carece la estructura burocrática administrativa en general. Una segunda dimensión viene dada por el conocimiento que es posible ser extraído no ya del mundo del saber si no del hacer, y aquí las miradas elitistas de determinados ámbitos gubernamentales dejan de lado el mundo de los haceres casi frecuentemente. Al hacerlo invisibilizan el saber que proviene de esos haceres lo cual provoca un diseño de políticas públicas incompletas. Al punto tal que se transforma en un espacio de legitimación posibles de las Administraciones públicas que estas desatienden habitualmente. El hacer genera, por solo citar un ejemplo, en las organizaciones de la sociedad civil una metodología en la construcción de la protección de los derechos sectoriales del colectivo al que pertenecen. De allí que es posible extraer la metodología de esa construcción y colocarla como insumo de la toma de decisión más allá de la mirada sectorial. Se generaría con ello un efecto multiplicador e intersectorial que solo y tan solo el Estado puede lograr.

El conocimiento extraído del saber y el hacer desde múltiples actores permite una toma de decisión con mayor calidad de legitimidad. En este sentido la organización administrativa puede acaso asumirse como un espacio de intersección en el cual los saberes y los haceres se entremezclan como insumos del diseño de la decisión pública. Técnicamente podemos vincular a este aspecto con la garantía del debido proceso y su ampliación en términos de gestión gubernamental. Cabe recordar que el debido proceso como garantía constitucional en las actuales democracias importa una serie de condicionantes al ejercicio regular del poder **(44)**. El deber de escuchar a los posibles afectados en una medida de gobierno, el acceso a la información, los mayores y crecientes niveles de participación, la influencia concreta por mecanismos idóneos en las agendas de gobierno desde la opinión consultada, el control social efectivo **(45)**, el deber de fundar toda decisión de poder y la razonabilidad de las decisiones estatales son algunos de tales condicionantes **(46)**.

c. *Sensibles*: La sensibilidad en la gestión es un antídoto adecuado para luchar contra los personalismos y los egocentrismos en las altas designaciones de los gobiernos y de unas decisiones administrativas alejadas del sentir ciudadano. Las gestiones de gobierno son frecuentemente medidas por la ciudadanía en tanto si estas les impactan en concreto en su cotidianeidad, en su calidad de vida diaria. Luego y tan solo luego, la ciudadanía revisa los impactos globales de determinadas decisiones que se proyectan ya más allá del aquí y el ahora.

d. *Flexibles y dinámicas con mecanismos horizontales e intermitentes*: La actividad continua, directa, inmediata y con gran anclaje territorial y sociológico que caracteriza a las Administraciones públicas le permiten disponer de mecanismos rápidos y efectivos ante los continuos cambios que se registran en nuestras modernas sociedades. Son ellas quienes están en una suerte de ventaja comparativa en relación con el resto de las organizaciones del poder en este aspecto. No todos los mecanismos deben ser permanentes ni estructurados burocráticamente. Algunos dispositivos pueden pensarse como emergentes según sucedan las necesidades para ser atendidas preventivamente o ya cuando estás se han generado en la demanda concreta. Desaparecerán ni bien la necesidad sea atendida, se desdibuja así la vocación de permanencia burocrática de determinados espacios estatales. Llamamos a estos dispositivos

(44) Sugerimos una lectura detenida de los distintos aportes efectuados en estos temas en VALIM - MALHEIROS - BACARICA (Coords.). Acceso á informaçao pública. "Acceso á informaçao pública", Ed. Forum, Belo Horizonte, 2015.

(45) IVANEGA, Miriam "Control del poder", LLonline, AR/DOC/778/2010.

(46) Ver nuestra opinión sobre estos temas en GUTIÉRREZ COLANTUONO, "El control social", RAP, N.º XXXIV-403, 2012.

mecanismos intermitentes. Por otra parte, la necesidad es aquella que determina la medida de las competencias que han de desplegarse para ser atendida. Y esta es, frecuentemente, multifocal cuya satisfacción requiere de la actuación de múltiples competencias en simultáneo de manera horizontal y no vertical ministerial como se acostumbra a organizar el despliegue de competencias. Todo un nuevo desafío para nuestras Administraciones públicas que habrán de ver en la complementariedad de aquellas competencias existentes (estancas y verticales) junto a las otras que proponemos (dinámicas, horizontales, intermitentes e intersectoriales) sus nuevos paradigmas de producción y ejecución de las decisiones públicas.

La vida ciudadana se desarrolla evolutivamente con estéticas comunicacionales y convivenciales alejadas de formatos estáticos y rígidos. Esto supone unas dirigencias que ocupan espacios decisorios preparados para los tiempos actuales, donde los preconceptos deben ceder ante la propia evolución de las comunidades. La flexibilidad importa no quedar sujeto a lo preestablecido bajo el deber de adecuar y direccionar los dispositivos según así sean requeridos por la propia dinámica ciudadana.

f. *Heterogéneas*: Desde el plano constitucional convencional se advierte como presupuesto del diseño de la decisión estatal que el destinatario es una ciudadanía caracterizada por la heterogeneidad. Ello obliga a las Administraciones públicas a pensarse orgánica, procedimental y sustancialmente desde tal heterogeneidad. Existe una cierta diversidad que es reconocida en el propio plano constitucional y convencional la cual desemboca necesariamente en microsistemas con aproximaciones diversas hacia las personas y sus circunstancias. Si tenemos ello por claro pues las Administraciones públicas se irán alejando definitivamente de la tentación de "moldear" pautas culturales de comportamiento sociales, soslayando el derecho a la autodeterminación de modelos de vida como expresión de la libertad y el derecho a la privacidad en esa diversidad social. Es que se observa una tendencia estatal a la homogenización de las relaciones ciudadanía-gobierno producto quizás de la zona de confort de la alta dirigencia de gobierno. Esta, en parte, se afinca en "adoctrinar" mediante procedimientos, vinculaciones y discursos únicos. Existe en ello un metamensaje: moldear desde el poder ciudadanías únicas para gobernanzas autoritarias. Con notable frecuencia se observa que ello se logra propalando el discurso de la intolerancia desde esos espacios de decisión estatal. Por el contrario, la heterogeneidad promueve o debiera promover activamente la tutela diferencial dentro de las propias estructuras organizativas del poder: los procedimientos internos y los múltiples dispositivos han de ser suficientemente permeables a la persona y sus circunstancias que la rodean. La decisión constitucional y convencional de establecer especiales protecciones **(47)** a grupos de personas y/o las circunstancias que les rodean genera una tutela diferencial, en otras palabras, heterogénea.

VII. Recapitulaciones posibles

El derecho administrativo se encuentra ante el desafío de diseñar mecanismos institucionales efectivos que garanticen la vigencia de los derechos humanos en la sistemática constitucional y convencional que hemos referido. Desde el rol preventivo de las Administraciones públicas se proyecta una actitud activa de promoción y protección de los compromisos inter-

(47) Tal como lo afirma Salvatelli "...la jurisprudencia de la Corte IDH ha establecido que 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 (la salud, la edad o el sexo, entre ellas), o por la situación específica en que se encuentre (migrante, detenido, por ejemplo). Así toda persona en situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial, porque los derechos y las garantías universales tiene carácter básico y han sido "pensados" para la generalidad de las personas, pero deben ser complementados, afinados, precisados con derechos y garantías que operan frente a individuos pertenecientes a estos grupos, sectores o comunidades específicos". SALVATELLI, Ana, "El Estado Responsable...", ob. cit. p. 34. Ivanega por su parte ha sostenido al tiempo de hablar de paridad de género: "La consagración de la igualdad obliga a transformaciones racionales para que, en términos convencionales y constitucionales, la paridad no se convierta en una solución coyuntural sino integral, en la cual nadie se instituya propietaria o propietario, sino que se construya con defensoras y defensores en el marco de una sociedad democrática y justa [IVANEGA, Miriam (Dir.), "Igualdad y Género", Thomson Reuters La Ley, Buenos Aires, 2019, p. 181].

nacionales. Es este un mandato constitucional y convencional **(48)**.

La convencionalidad constitucionalizada nos ha colocado en las puertas de procedimientos administrativos y procesos judiciales administrativos tuitivos de los derechos fundamentales como garantías *ius fundamentales*.

La tutela judicial y administrativa ambas 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 **(49)**. 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 **(50)**. Ello es trasladable y aplicable al ámbito de tutela de las Administraciones públicas justamente por medio de la tutela administrativa efectiva.

Este fenómeno de tutela diferencial —insistimos administrativa y judicial— se concreta en el moderno constitucionalismo mediante microsistemas procedimentales y 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.

En otro orden de ideas, hace tiempo venimos ya indicando el impacto que implica para el derecho administrativo asumirse desde la centralidad de la dignidad de la persona humana. Ello nos ha llevado a indicar la existencia de una suerte de administrativización de la convencionalidad interna de los derechos humanos en un

(48) Ha explicado Pérez Hualde "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". (PÉREZ HUALDE, "La necesaria determinación de la desigualdad para el tratamiento equitativo de los derechos fundamentales", "Anuario Iberoamericano de Derecho Administrativo Social", N.º 2).

(49) 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". GARCÍA PULLÉS, F. (dir.), "El contencioso administrativo en la Argentina", (Análisis del sistema federal, de las veintitrés provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires), Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, Tomo 1 p. 3. 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. SANMARTINO, Patricio M., "Proceso administrativo en el Estado constitucional social de derecho". Apuntes iniciales, Infojus, mar. 2015, SAIJ: DACF150672, p. 135.

(50) "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, caso "Fernández Ortega y otros vs. México", 30/8/2010).

contexto de creciente interdependencia interna e internacional.

La administrativización de la convencionalidad requiere recoger y poner en valor las diversas experiencias en el hacer de las Administraciones públicas, sus dispositivos innovadores desde la gestión pública y cómo estos han de impregnar de interpretaciones acordes a las realidades imperantes en las dimensiones constitucional y convencional.

La influencia desde la especificidad si se quiere metodológica de esta rama del derecho público que hemos detectamos puede incluso guiar la actualización continua del principio evolutivo de los derechos humanos. Y desde allí actualizar el texto convencional y constitucional a las exigencias del bienestar general democrático en un tiempo determinado.

La manera de observar la recíproca influencia desde la especialidad hacia la generalidad permite brindarle un rol novedoso a las Administraciones públicas desde una actividad estatal materialmente administrativa que se caracteriza por ser dinámica, directa, continua permanente, abierta y flexible.

De esta manera es posible actualizar el concepto y alcance del bienestar general en términos de realización colaborativa entre los deberes de las personas para con su comunidad y humanidad y las competencias propias de las Administraciones públicas.

De regreso a la prevención diremos que es el rol activo exigido desde la dimensión convencional a las Administraciones públicas aquello que permite la adecuada convergencia de la actividad materialmente administrativa con los estándares del derecho común de los derechos humanos.

El mandato de suprimir normas y prácticas de cualquier naturaleza junto al de adecuar y adoptar prácticas interpretativas proyectan desde la actividad preventiva las acciones concretas a adoptar. Insistimos, creemos que las Administraciones públicas se encuentran en una posición estratégica desde la dinámica de los poderes para otorgar 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 funciones resumidas en el concepto de función administrativa, tanto material como orgánica. Dentro de dicho rol anida la propia actividad preventiva que se proyecta en cada una de las expresiones de aquella.

Permite también brindarle virtualidad cierta al efecto expansivo de los criterios de la Corte IDH **(51)**. Por un lado, porque genera conciencia orgánica y ciudadana de aquello que es la base del sistema democrático: los derechos fundamentales son indisponibles en el juego democrático de las mayorías y minorías. Por otra parte, porque genera la buena práctica estatal de la no repetición **(52)** de hechos que ya han sido identificados como infracciones estatales.

Las actividades clásicas objeto de estudio del derecho administrativo siguen latentes, a las que se les suma la preventiva propiamente dicha o la dimensión preventiva de aquellas existentes. Existe al menos una exigencia de reorientación de estas a partir del impacto del derecho común de los derechos humanos presente en la centralidad del sistema.

(51) El contexto de los tribunales regionales de derechos humanos ha puesto, con sus herramientas del control de convencionalidad interno y, en el caso de Europa, del efecto de la "cosa" interpretada, a los Estados parte en la intensa tarea de darle efectividad cierta. Ellos son los primeros responsables en aplicar dichos tratados. En el SIDH el control de convencionalidad permite brindar virtualidad cierta a la cosa juzgada internacional y al resto de la doctrina sentada por la Corte IDH independientemente de quien haya sido el Estado condenado. No estamos frente a la fuerza interpretada de la cosa juzgada, sino antes bien frente a una herramienta concreta de aplicación interna de los criterios interpretativos de la Corte IDH por el efecto expansivo de sus decisiones.

(52) La Corte IDH insiste frecuentemente en la necesidad que los Estados adopten todas las medidas legales, administrativas y cualquier otra naturaleza con la finalidad de evitar que mismos hechos vuelvan a suceder. Es ello parte del deber de prevención y garantía de los derechos humanos que le corresponde a los Estados parte. Corte IDH "Montero Aranguren y otros (Retén de Caita) vs. Venezuela", 7/07/2006; entre muchos otros posibles de ser citados.

La prevención es una herramienta posible para llevar adelante la reconfiguración requerida en tanto representa la convencionalidad aplicada en la propia sede de las Administraciones públicas. De oficio, de buena fe y espontáneamente removerá cualquier obstáculo, adecuará e interpretará su comportamiento al derecho común de los derechos humanos. Se concreta así la tan buscada convergencia entre las construcciones "internas" e "internacionales" en el ámbito de las propias Administraciones públicas.

Son estas Administraciones públicas las que dinamizan al Estado constitucional convencional de derecho en sus dimensiones liberal y social. Son ellas las que promueven zonas de baja calidad democrática o, por el contrario, fortalecen nuestras democracias mediante el apego a las reglas constitucionales y convencionales. Reglas que expresan a su vez un modelo político jurídico de convivencia ciudadana en una institucionalidad determinada.

Para todo ello necesitamos Administraciones públicas abiertas, razonables, dinámicas, flexibles, plurales, atentas, que promuevan la realización objetiva del interés general de sus comunidades con decisiones que sean expresión de la razonabilidad. Tienen ellas una noble tarea que llevar adelante cual es la realización en su ámbito de incumbencias el progreso y el desarrollo sostenible de nuestra Nación.

Debemos honrar la reforma constitucional de 1994 de manera integral y sistémica, ya han pasado 30 años desde entonces. No tenemos tiempo que perder.