

# LA INCIDENCIA NEGATIVA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO EN LA SATISFACCIÓN EFECTIVA DE LOS DERECHOS HUMANOS

Inés A. D'ARGENIO

1. La idea de que la Administración Pública es un poder, que emana actos de autoridad que expresan una voluntad creadora de efectos jurídicos en el marco de la discrecionalidad que le confiere la evaluación de oportunidad o conveniencia para su dictado, genera la extendida convicción de que, como en el marco de las relaciones subjetivas del Derecho Privado, los derechos recién nacen cuando se expresa aquella voluntad creadora que los genera.

Es la idea que subyace en la sentencia del Tribunal Superior de la Ciudad de Buenos Aires del 12 de mayo de 2010 en la causa “Alba Quintana”, en cuanto considera “que el actor no tiene un derecho subjetivo a obtener vivienda porque la Ciudad no está obligada a proporcionar vivienda sino a fijar programas y las condiciones de acceso a ella”<sup>1</sup>.

---

1 Significa que Alba Quintana debió haber reclamado ante la Administración el otorgamiento del derecho que pretende en justicia para que la Administración se pronunciara acerca de la existencia o inexistencia en su caso de los requisitos fijados en los programas respectivos mediante el dictado de un acto administrativo de autoridad que, de ser denegatorio, podría haber llegado a impugnarse judicialmente por vía contencioso administrativa. Aunque tampoco en tal caso la impugnación hubiese sido procedente porque al denegar la Administración el derecho individualmente reclamado, hubiese quedado en evidencia que Alba Quintana no tenía derecho, desde que sólo hubiese podido tenerlo si la Administración se lo confería mediante un acto administrativo de autoridad. Y ni qué hablar si la Administración hubiese guardado silencio frente al reclamo porque, en tal caso, Alba Quintana hubiera debido peticionar los pronto despachos que fueran de rigor para provocar un acto ficto que, denegatorio también del derecho -aunque de manera ficta- tampoco le hubiera permitido demandar por ausencia del derecho reconocido por la autoridad que

Y es la idea que inspira en la Provincia de Buenos Aires la negación al desarrollo de una doctrina judicial sistemática en materia de vivienda digna como la que surge de los Tribunales del fuero de la Ciudad de Buenos Aires (excluido naturalmente su Tribunal Superior). La Suprema Corte de Justicia provincial sólo registra algún apartamiento espasmódico de esta doctrina tradicional -mantenida en esta jurisdicción en infracción al artículo 166 de la Constitución provincial- frente a casos en los que la presencia de una miseria extrema conduce a extremos inimaginables. La sentencia dictada por la Suprema Corte de Justicia en la causa “Portillo” no es una toma de posición en la cuestión que estamos abordando sino la respuesta inevitable a una situación de miseria que se planta ante los jueces obligándolos a juzgar a pesar de la convicción en contrario que les brindan sus dogmas (sentencia del 18 de junio de 2010).

2. Dos aportes de Bartolomé FIORINI desoídos por los estudiosos de nuestra disciplina, resultan fundamentales para vencer aquel postulado dogmático:

a) FIORINI afirma que el contenido de la relación jurídica administrativa y de la situación jurídica consecuente, no viene de un “poder” de la Administración sino de normas de superior

---

serviera de base a la pretensión procesal. De tal modo, ni siquiera el esquema de la relación jurídica sustancial propia de la contienda del Derecho Privado hubiese servido de base para el acceso a la Justicia pues, denegado el derecho en el caso concreto sobre la base de los programas fijados al efecto u omitido en su consideración por indiferencia de la Administración ante el reclamo, ninguna relación jurídica sustancial hubiese dado base a la exigencia judicial de una situación jurídica subjetiva emergente de ella. El absurdo llega a su máxima expresión si advertimos que, en el mejor de los casos, el Tribunal Superior considera que la única posibilidad de Alba Quintana de acudir a la Justicia hubiese consistido en esperar la realización de un orden de prelación de la miseria en la Ciudad de Buenos Aires, para verificar su ubicación en ese orden y disputar con otras familias en condición de miseria el mejor lugar posible para acceder a una vivienda digna.

jerarquía<sup>2</sup>. Se anticipa así a la temática que ahora abordamos impelidos por una realidad social que desborda los cánones del Derecho tradicional; y coincide con Agustín GORDILLO en cuanto este autor apunta como una práctica negativa de nuestra disciplina la de comenzar la aplicación del derecho por un decreto del Poder Ejecutivo en lugar de hacerlo por el orden internacional de los derechos humanos, práctica derivada de la convicción de que la Administración es un poder<sup>3</sup>.

b) Por esa misma razón, dice FIORINI, la exigencia de un derecho particular para demandar en Justicia sobre la lesión al mismo, una vez reconocido previamente con esa entidad de derecho, constituye una consecuencia lejana de los derechos de prerrogativa que creaba el Príncipe<sup>4</sup>. Lo cierto es que si

---

2 *Derecho Administrativo*, 2ª edición actualizada, Abeledo-Perrot, 1976, Tomo I, página 227. “La relación jurídica administrativa se sustenta en la juridicidad y la legalidad”, dice en página 305, desplazando al acto administrativo de autoridad como único posible creador de situaciones jurídicas subjetivas exigibles en Justicia. Para el maestro la única “reserva” posible en el ejercicio de funciones públicas es la “reserva de la ley” justificada únicamente en garantía de los derechos fundamentales a que la reglamentación constitucional se refiere (arts. 14 y 28 CN), por lo que resulta expresamente desestimada la posibilidad de una zona de “reserva de la Administración” que sólo emerge de las prerrogativas públicas de un poder y por ende, resulta carente de toda razón de ser en nuestro sistema institucional (ver especialmente “Inexistencia de reservas del poder administrador” La Ley 1973-152, pp. 963/968, citado en *Derecho Administrativo. Doctrinas Esenciales 1936-2010*, director Agustín GORDILLO, investigadores académicos Daniela ALETTI, Mercedes AVELDAÑO, Ana PASQUALINI, Leonardo TOIA).

3 *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo 3 *El acto administrativo*, 9ª edición, Introducción, especialmente “Las pseudo nociones fundantes del derecho administrativo”. La Constitución y las normas supranacionales -dice en el Tomo 1, Parte General, 8ª edición, capítulo III “Bases políticas, supraconstitucionales y sociales del derecho administrativo” - no son un programa de gobierno que pueda cumplirse o no; son un orden jurídico imperativo para el Estado y sus habitantes. La enunciación de los derechos de los individuos no es una enunciación programática: es una norma jurídica imperativa y operativa, impuesta por el pueblo al Estado (especialmente III-15, punto II 10; III-16, punto II 12).

4 “Las notas míticas de la autoridad como signo del poder público, se han adherido a la letra de las leyes respectivas” y, específicamente, la exigencia

el contenido de la relación jurídica proviene directamente de la norma de superior jerarquía, la exigibilidad de la vigencia efectiva de la situación jurídica así configurada no depende de la expresión de voluntad de la Administración: por el contrario, será exigible en virtud de la mera omisión de la Administración en la gestión del derecho que le viene impuesta por la norma.

3. Sobre las mismas bases decía Alejandro NIETO en 1975, adelantándose de manera ostensible al problema que ahora nos desvela, que el desarrollo del Derecho Administrativo en el ámbito del binomio “autoridad-libertad” ha privado de toda protección jurídica a las personas que están fuera del sistema normativo de Derecho Privado, porque no sólo carecen de estos derechos para acceder a la Justicia, sino que además le son negados expresamente cualquier tipo de derechos en el ámbito del Derecho Público en la medida en que la autoridad no los reconozca expresamente en cabeza de ellos <sup>5</sup>. Y Sabino CASSESE <sup>6</sup>, para quien el paradigma bipolar “autoridad-libertad” encuentra aplicación cotidiana en la Justicia administrativa que ve a los particulares recurrir a los jueces para defenderse respecto de las Administraciones Públicas en una oposición que allí se manifiesta entre Estado aparato y ciudadano, cuya superación propone para la concepción de un Derecho Administrativo diferente.

4. La Corte Suprema de Justicia de la Nación, desde hace aproximadamente diez años, ha penetrado en el proceso de esta profunda transformación que propone abandonar el cau-

---

de un derecho particular previo para demandar en Justicia sólo la lesión al mismo una vez reconocido previamente con esa entidad de derecho, “es una consecuencia lejana de los derechos de prerrogativa que creaba el Príncipe” (“La crisis del contencioso administrativo”, La Ley 107, 168, en *Derecho Administrativo. Doctrinas Esenciales 1936-2010* citado).

5 “La vocación del derecho administrativo de nuestro tiempo” en Revista de Administración Pública, Madrid, 1975.

6 *La crisis del Estado*, LexisNexis, 1ª edición en Buenos Aires, 2003.

ce del “contencioso administrativo” tradicional -tal y como lo postulaba FIORINI cincuenta años antes en “Crisis del contencioso administrativo” citado - para configurar un nuevo litigio de Derecho Público en cuyo seno es posible exigir una solución de alcance institucional despoblada de los resabios de la relación jurídica sustancial del Derecho Privado que sirve de base a una litis inadecuada para aquel litigio <sup>7</sup>. La condena al saneamiento de la cuenca hídrica Matanza-Riachuelo en causa “Mendoza, Beatriz” (20 de junio de 2006, sentencia definitiva del 8 de julio de 2008 y sucesivas decisiones en el trámite de ejecución de sentencia), o la condena a la realización de una obra pública indispensable para evitar un riesgo a la población ribereña de un río en causa “Rozniatowski, Rosa Cristina” (3 de marzo de 2009) dan cuenta de la presencia de una función judicial que impone la realización de una gestión administrativa eficaz, omitida por la autoridad administrativa competente al efecto. Hay en estos procesos conocimiento y decisión de hechos en un todo de acuerdo con el ejercicio de función judicial definido en el artículo 116 de la Constitución Nacional. No media en ellos la invocación de una función de “control” ajena a nuestra jurisdicción judicial única (art. 116 CN citado) y propia de la jurisdicción contencioso administrativa que supone, necesariamente, la presencia de un ejercicio de poder por parte de la Administración que, como tal, sólo puede ser meramente controlado luego de su ejercicio mediante actos de autoridad.

5. La sentencia dictada en causa “Quisberth Castro, S. Y. c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires”, en fecha 24 de abril de 2012, implica un retroceso en el ejercicio del deber jurisdiccional que la propia Corte asumió para este tipo de procesos, al autolimitar su función de “conocer y decidir” constitucionalmente consagrada, para abordar solamente una función de

---

<sup>7</sup> Lo estudiamos en “Trascendencia institucional del litigio de derecho público”, Revista de la Asociación de Derecho Administrativo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, [Áda *Ciudad* N° 3, septiembre 2010.

“control” propia del contencioso administrativo y ajena, por ende, a la función judicial.

Desconocemos la razón del retroceso <sup>8</sup>; sólo podemos inferir que la invocación de los elementos dogmáticos del “contencioso administrativo” por parte del Tribunal Superior de la Ciudad en la sentencia que la Corte analiza por vía del recurso extraordinario, ha conducido ahora a retrotraer a estos ámbitos del “control” su magnífica doctrina acerca de un nuevo litigio de Derecho Público enmarcado en nuestro sistema institucional. En efecto: en el considerando 8 apartados I, II y III de su sentencia la Corte analiza detalladamente todas y cada una de las normas supranacionales y constitucionales que consagran el derecho a una vivienda digna y el derecho del niño -comprometido en la causa- a un nivel de vida adecuado para su desarrollo integral, incluyendo las citas de las normas de esa jerarquía que eliminan todas las formas de discriminación contra personas con discapacidad. Refiere especialmente las obligaciones asumidas por los Estados parte al suscribir las convenciones pertinentes y acto seguido, considera que “la Ciudad de Buenos Aires dictó distintas leyes y decretos orientados a hacer efectivo el derecho a una vivienda digna reconocido también en los preceptos constitucionales”, enumerando esa normativa en el apartado IV. Luego, afirma que de dicho sistema de fuentes aplicables al caso “se desprende el reconocimiento de un derecho de acceso a una vivienda digna y el deber de protección de sectores especialmente vulnerables” y considera “que corresponde a esta Corte establecer el alcance de dichos preceptos aplicables al caso” (considerando 9), anticipando en el considerando 10 que esos derechos y deberes

---

8 Afortunadamente un retroceso menor, comparado con la inexplicable posición de la Procuradora Fiscal Laura MONTI quien afirma en su dictamen que “a su criterio, no se configura en autos gravedad institucional que justifique prescindir del requisito de sentencia definitiva”, negando con ello la posibilidad de acceso a la jurisdicción de la Corte en la inteligencia de que una familia en situación de calle no indica la presencia de *gravedad institucional*.

no son meras declaraciones sino “normas jurídicas operativas con vocación de efectividad”.

Sin embargo, apartándose de su propia doctrina que consagra el deber jurisdiccional de “buscar los caminos que permitan garantizar la eficacia de los derechos” (en “Defensor del Pueblo de la Nación” del 18 de setiembre de 2007), exigiendo a los jueces actuar con “particular energía para hacer efectivos los mandatos constitucionales” (en “Mendoza, Beatriz” citada), pasa a expresar, de inmediato, *que la mencionada operatividad tiene carácter derivado*.

6. La dogmática del Derecho Administrativo tradicional se enseña entonces nuevamente en el proceso judicial y reaparece el acto de autoridad como indispensable para el goce de derechos consagrados por normas de superior jerarquía. Este grado de operatividad -dice la Corte en el considerando 11- requiere “una ley del Congreso o *una decisión del Poder Ejecutivo que provoque su implementación*”. Atribuye la Corte al Poder Ejecutivo -sin sustento en norma constitucional alguna pues no existe una norma constitucional que establezca tal prerrogativa de poder-, confundiéndolo con la Administración Pública cuya responsabilidad le es confiada sólo como gestión del derecho, la discrecionalidad necesaria para valorar los derechos que en la causa se invocan en relación con otros derechos y en relación con los recursos necesarios para satisfacerlos. Al orden de mérito de situaciones de miseria postulado por el Tribunal Superior de la Ciudad en el precedente citado, se suma así el orden de mérito de los derechos vinculados a la situación de miseria. Como si la Administración Pública pudiera optar, en virtud de los recursos de que dispone, entre la satisfacción de la salud, o la satisfacción de la vivienda o la satisfacción del hambre, provocando o no su implementación en el ámbito de su zona de reserva de poder <sup>9</sup>.

---

9 Quisiera transmitir a los miembros del Tribunal, con absoluta sinceridad, que como ciudadana o “legitimada pasiva indirecta” integrante del resto de la comunidad, me avergüenzo profundamente de sólo imaginar que pueda invocar en un orden de prelación, la titularidad de otros derechos frente al

Dice la Corte: “es incuestionable que no es función de la jurisdicción determinar qué planes concretos debe desarrollar el gobierno”. Sin perjuicio de que la Jurisdicción, en el esquema de nuestra Constitución, también es el “gobierno”<sup>10</sup>, no se explica a partir de esta afirmación por qué la Corte mandó sanear el Riachuelo considerando que los derechos esenciales comprometidos en su contaminación no son meras declaraciones a favor de generaciones venideras, sino consagrados con la operatividad inmediata de su vigencia. Tampoco se explica por qué mandó con carácter cautelar, alimentar a los niños desnutridos del barrio “La Matera” de Quilmes (en causa “Rodríguez, Karina” del 7 de marzo de 2006) si, en tal caso, había otros niños desnutridos en el mismo Partido cuyo grado de desnutrición no se medía en el orden de prelación de la miseria que ahora la Corte postula.

7. Sobre estas bases, el retroceso mayor en que inexplicablemente incurre la Corte, se enuncia al comienzo del considerando 12: que los derechos fundamentales vinculados a obliga-

---

hambre y el desamparo de los sin techo. Mucho menos, si de mí dependiera y como legitimada pasiva indirecta, confiaría a la Administración Pública una discrecionalidad en grado de prerrogativa pública para fijar el orden de prelación de la miseria y de los derechos vinculados a ella, en relación con los recursos patrimoniales de que dispone al efecto. No existe en nuestro Derecho Administrativo un estudio adecuado de los resultados en el manejo de fondos públicos para mostrar la presencia de un ejercicio eficaz de la función; ni existe un modelo de gestión confiado a órganos con participación ciudadana. En su lugar, y en el marco del Derecho Administrativo autoritario, el contenido del bien común está a cargo de burócratas que deciden por todos, al mejor estilo del Leviatán. La Corte no puede ignorar los resultados desastrosos que la voluntad omnímoda del Leviatán ha provocado en la “implementación” de soluciones para superar la exclusión social. Y si no lo ignora, no puede confiarle en el marco del más autoritario Derecho Administrativo autocrático la prerrogativa de *implementar los programas o alternativas destinadas a hacer operativo el derecho a la vivienda*, como condición previa para la exigibilidad de ese derecho.

10 El peso del sistema francés cuya Constitución sólo considera “gobierno” al Poder Ejecutivo, ha penetrado de tal manera, sólo por obra del Derecho Administrativo tradicional elaborado sobre la base de esa Constitución que nos es por completo ajena.

ciones de hacer a cargo del Estado “*con operatividad derivada*, están sujetos al *control de razonabilidad por parte del Poder Judicial*”.

Nuevamente, el “contencioso administrativo” como jurisdicción especial meramente revisora que requiere, previamente, del dictado de actos de autoridad como única forma conocida del ejercicio de la función administrativa. Para el caso, la determinación de planes concretos a desarrollar y sólo a partir de entonces <sup>11</sup>, el control de razonabilidad como límite a la discrecionalidad administrativa ejercida por quienes “deciden políticas públicas” (considerando 12, segundo párrafo, *in fine*).

El riesgo de este enfoque es innegable, porque la pauta para definir el límite a la discrecionalidad resulta en el caso, de la “situación de extrema vulnerabilidad” de la familia que actúa la pretensión. Por lo que, y siempre en el orden de prelación de la miseria que inspira la sentencia, una situación de vulnerabilidad extrema pero no tan extrema, justificaría desestimar la demanda por ausencia de irrazonabilidad en la discrecionalidad ejercida, verificada en el marco estrictamente revisor de la jurisdicción contencioso administrativa. Dice la Corte que “el menú de soluciones brindado por la demandada para dar cumplimiento a la manda contemplada en los artículos 14 bis CN y 31 CCABA, aparece como insuficiente para atender la particular situación de la actora” (considerando 13, cuarto párrafo), dejando un margen de ambigüedad para la solución de otros casos.

8. Optamos por esperar que la Corte rescate su doctrina acertada, sobre la base de la cual decidió en casos anteriores. La remisión a las pautas fijadas por el Comité de Derechos

---

11 La Corte no pondera el supuesto de omisión en la determinación de esos planes porque el caso no lo requiere ni, por consecuencia, prevé cómo actúa la *operatividad derivada* respecto de los derechos consagrados por normas internacionales cuya operatividad directa queda librada a la elaboración de planes que no se elaboran. Sí habla de la ausencia de una planificación coordinada y adecuada por parte de la demandada -en el final del considerando 15- pero como evaluación negativa de planes existentes.

Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas que expresa en el considerando 14, coadyuva a esta posición en cuanto, olvidando por un instante su postulado acerca de una “operatividad derivada”, la sentencia afirma que la disponibilidad de recursos por parte de los Estados comprometidos, “no modifica el carácter inmediato de la obligación. Aunque se demuestre que los recursos disponibles son insuficientes -dice en el párrafo cuarto de ese considerando- sigue en pie la obligación del Estado Parte de velar por el disfrute más amplio posible de los derechos económicos, sociales y culturales”; precisando para la Ciudad, en el caso, “que no podrá prescindir de la obligación primera que surge de los Tratados a los que se comprometió la Argentina, que es “dar plena efectividad a los derechos reconocidos en sus textos” (párrafo sexto, con nuestro destacado para celebrar el alejamiento del enunciado inicial acerca de la “operatividad derivada”).

La condena final también alienta esa expectativa porque, como olvidada de la jurisdicción revisora que proclama innecesariamente, la Corte manda a la demandada la intervención urgente de equipos de asistencia social refiriendo al “uso adecuado de sus propios servicios asistenciales especializados” así como proveer a la actora, tal como la normativa se lo impone, el asesoramiento y orientación necesarios para la solución de las causas de su problemática habitacional. Y ordena al Gobierno de la Ciudad garantizar a la actora un “alojamiento con condiciones edilicias adecuadas a la patología que presenta el niño, sin perjuicio de contemplar su inclusión en algún programa de vivienda en curso o futuro para la solución permanente de la situación de excepcional necesidad planteada”.

Una decisión judicial de condena a la efectiva gestión administrativa, que pudo adoptarse sin necesidad de invocar como premisa el carácter revisor de la jurisdicción ejercida. O mejor aun, una decisión judicial de condena que se aparta del ámbito de la jurisdicción contencioso administrativa revisora en el que dice adoptarse, para plasmar un litigio de Derecho Público ajeno por completo al “contencioso administrativo”.