

TRASCENDENCIA INSTITUCIONAL DEL LITIGIO DE DERECHO PÚBLICO

Inés A. D'ARGENIO

SUMARIO: A. Replanteo del juzgamiento de la contienda judicial en materia administrativa. 1. Distorsión de la naturaleza judicial del proceso administrativo por aplicación de elementos propios de la jurisdicción contencioso administrativa. Depuración de ambos sistemas y toma de posición. 2. Inexplicable subsistencia del acto administrativo concebido como privilegio de autoridad: la prerrogativa de la Administración de “decir el derecho” antes de ser sometida a la Justicia. 3. Error en la concepción del Derecho Administrativo como un sistema de prerrogativas exorbitantes frente a otro ámbito en el que la Administración actúa regida por el Derecho Privado. Persistencia del binomio autoridad-gestión. 4. Las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y de otros tribunales inferiores, emanadas en el marco de este sistema autoritario.- B. La función administrativa entendida como gestión del Derecho. 1. El fracaso de la Administración Pública en su cometido esencial de lograr la vigencia efectiva de la ley. 2. La ignorancia de la Convención Interamericana contra la Corrupción y de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. Los procedimientos administrativos alternativos (art. 42 Constitución Nacional). 3. Vigencia operativa de las normas internacionales. La obra de Agustín GORDILLO. 4. El cambio sustancial en la contienda judicial a partir de la aceptación del ejercicio de la función administrativa como determinante de la materia justiciable.- C. Trascendencia institucional del litigio de Derecho Público. 1. En la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación: el deber de los jueces de mantener la supremacía de la Constitución. a) Desnutrición; b) Medio ambiente; c) La gestión del servicio penitenciario; d) Movilidad de la jubilación. 2. En la jurisprudencia de los tribunales de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. a) El énfasis en el Estado de Derecho; b) Acceso a la Justicia y búsqueda de la legalidad transgredida; c) La condena judicial a la efectiva gestión del Derecho. 3. En la Justicia del fuero de la Provincia de Buenos Aires: necesidad de superar antiguos dogmas.- D. Dilución de los reparos opuestos a los procesos colectivos. 1. El caso o causa judicial en el proceso judicial en materia administrativa. 2. La trascendencia institucional del caso como única diferencia válida

A. Replanteo del juzgamiento de la contienda judicial en materia administrativa

“la jurisdicción contencioso administrativa se ha convertido en algo equívoco e incongruente, en una jurisdicción a la que le ha faltado la conciencia de su normalidad constitucional”

Alejandro NIETO

1. *Distorsión de la naturaleza judicial del proceso administrativo por aplicación de elementos propios de la jurisdicción contencioso administrativa. Depuración de ambos sistemas y toma de posición*

La configuración actual del Derecho Administrativo en nuestro país permite una toma de posición entre dos extremos acerca de la conceptualización y alcance del litigio de derecho público. La doctrina y la jurisprudencia mayoritarias continúan ensimismadas en la idea tradicional de que la única contienda posible frente al ejercicio de función administrativa se encuentra habilitada, de manera excluyente, en el marco de una jurisdicción contencioso administrativa de naturaleza especial ¹. Así se proyectan y sancionan los códigos

1 Lo reseña de manera insustituible Alejandro NIETO cuando dice que a pesar de la transformación operada en España en 1904, con el efecto de que la especialización de la jurisdicción contencioso administrativa deja de ser la consecuencia de una peculiaridad temática esencial- la peculiaridad de la naturaleza de su objeto, el acto de la Administración revisado -para ser la simple consecuencia de la peculiaridad del Derecho aplicable que impone el nombramiento de jueces de competencia técnica especializada, *han seguido manejándose unas ideas nacidas bajo un signo diferente como si nada hubiera pasado. Las consecuencias de este passus han sido muy graves. Desde entonces, la jurisdicción contencioso administrativa se ha convertido en algo equívoco e incongruente, en una jurisdicción a la que le ha faltado la conciencia de su normalidad constitucional, y que ha seguido basándose en una serie de principios creados para la jurisdicción retenida, e incluso para la jurisdicción armónica, pero que ninguna razón de ser tienen ya en una jurisdicción integrada en el cauce estructural de un Tribunal Supremo de Justicia. La doctrina moderna insiste en que su especialidad es puramente técnica, pero en la práctica, sigue pensándose en una especialidad esencial, como si aún nos encontrásemos en el sistema armónico. Por ello la tarea más urgente que se impone a la doctrina actual es la de tomar conciencia de la transformación...y extraer las consecuencias de la misma, liberándose definitivamente de los principios inspiradores de la jurisdicción del*

procesales en la materia y las leyes de procedimiento administrativo, únicas legislaciones, y de inferior jerarquía, a cuyo amparo puede predicarse esta postura en tanto y en cuanto, quienes la postulan, no advierten la inconstitucionalidad que las afecta. Es decir, una jurisdicción especial, ocupada en litigios de naturaleza revisora sobre los actos administrativos de autoridad, único modo tradicional aceptado del ejercicio de función administrativa: *una jurisdicción a la que le ha faltado la conciencia de su normalidad constitucional* ².

En el otro extremo, en minoría y recientemente, la nueva jurisprudencia ha comenzado a plasmar una concepción diferente con sustento en la doctrina de los autores que han propuesto la elaboración integral de un Derecho Administrativo emergente del sistema institucional vigente en Argentina ³. El dato esencial de este sistema institucional, despreciado por quienes adhieren a las postulaciones de la jurisdicción contencioso administrativa propia del régimen administrativo francés, es la presencia de una *jurisdicción judicial* consagrada por la Constitución Nacional como la única jurisdicción posible, con la consecuencia inevitable de que todos los procesos judiciales en nuestro país son de igual naturaleza, cualquiera sea la materia asignada para su conocimiento a los jueces. La Justicia actúa de tal modo en la solución de una contienda que será adoptada por un Juez en su calidad de tercero imparcial frente a las partes e independiente, tanto respecto de las partes como en su estructura orgánica, sin superior jerárquico alguno ⁴. No ignoramos que tam-

siglo pasado...que ilógicamente aún siguen siendo los que inspiran, por inercia y por desconocimiento de la Historia, el sistema vigente (en “Los orígenes de lo contencioso administrativo en España” Revista de Administración Pública, N° 50 Madrid); también Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA habla de una “evolución jurisprudencial que se siente encerrada en sus propias creaciones históricas” (en *Hacia una nueva Justicia Administrativa*, 2ª edición, Civitas, 1992, Capítulo III “La crisis del contencioso administrativo francés: el fin de un paradigma”).

2 Conforme Alejandro NIETO citado en nota anterior.

3 Jorge Tristán BOSCH; Bartolomé A. FIORINI; Agustín GORDILLO; Armando E. GRAU. Para precisar las citas y la razón de tales citas: D'ARGENIO, Inés A., *La Justicia Administrativa en Argentina. Nueva Jurisprudencia*, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2006, con prólogo de Agustín GORDILLO; especialmente, III-A, 30 a 36.

4 El proceso se desenvuelve para la composición del litigio, dice Francesco CARNELUTTI en *Sistema de Derecho Procesal Civil*, Tomo I, “Introducción y función del proceso civil”, distinguiendo la función judicial de la administrativa en tanto ésta es ajena a la “composición de un conflicto” porque actúa para la

realización de un interés en conflicto. Por eso la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo de La Plata, en voto de Claudia Milanta que en su resultado fue mayoritario, consideró que la modificación impuesta al Código Procesal en lo Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires por disposiciones de las leyes 13.325 y 13.328, configuraba una *alteración del sistema de juzgamiento de casos en materia administrativa* consagrado en la Constitución provincial a partir de la reforma de 1994. Dichas normas establecieron como excepción al proceso judicial legislado en el Código procesal, un *recurso judicial directo* contra las resoluciones dictadas por los colegios profesionales, en ejercicio del control de la matrícula de sus respectivos afiliados, circunscribiendo de tal modo el juzgamiento pleno a un mero *control de legalidad*. La Cámara destacó la gravedad que tal disposición normativa implica en cuanto *desnaturaliza la sustancia y cometido de la función jurisdiccional, con lo que se quita al caso su naturaleza esencial de contienda*; sobre tales bases, descalifica por inconstitucionales las normas en cuestión por ser *inconciliables* con las cláusulas constitucionales de Nación y Provincia que cita, así como la de Tratados internacionales a que se refiere (“Ribelli, Juan” sentencia del 28 de junio de 2005, en JA 2005-III Suplemento Derecho Administrativo 3 de agosto de 2005, con nota “El sistema de juzgamiento de casos en materia administrativa en la Provincia de Buenos Aires”). En el mismo sentido, aunque con distinto alcance, la Cámara de Apelaciones de lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, por su Sala II, se expidió en causa “Mazeo, Raúl A. y otros c. Consejo Profesional de Ciencias Económicas” del 17 de diciembre de 2002: “La calidad de recurso otorgada por la ley 466 a la vía de acceso a la instancia judicial de escrutinio del ejercicio de la potestad disciplinaria por parte del Consejo Profesional de Ciencias Económicas -dijo entonces (LL DJ 2003-2-482)- no importa considerarlo como un recurso de apelación, sino como el modo previsto por la ley para acceder al amplio control judicial directo ante la Cámara, toda vez que no proceder de ese modo implicaría revestir al Consejo Directivo del Consejo Profesional de Ciencias Económicas de la calidad de los tribunales de primera instancia” (con remisión a otra sentencia de la misma Sala II en causa “Dacuña, Jorge Humberto” del 20 de junio de 2001; puede ampliarse en el estudio que realiza Pablo C. MÁNTARAS “Los recursos directos ante la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires” en distintas entregas del Suplemento Derecho Administrativo de Jurisprudencia Argentina, 2008-II). Absolutamente opuesto a lo que sustentamos, el criterio de la CNCAFed., sala IV, cuando expresa que una controversia entre una distribuidora de gas y la propietaria de un inmueble debió haber sido sometida en forma previa al Ente Nacional Regulador del Gas, conforme art. 66 de la ley 24.076, considerando en consecuencia *que la Cámara no es competente en razón del grado...dado que el Ente no dictó una resolución materialmente jurisdiccional al respecto...agotándose la instancia administrativa con el dictado del correspondiente acto que dejará así expedita la vía recursiva ante la Cámara...la cual no es competente en razón del grado*

bién el Consejo de Estado en Francia ha adquirido esta independencia con el transcurso del tiempo. Lo que sostenemos es que resulta innecesario seguir asidos a la modalidad de funcionamiento de este Tribunal, extraño a nuestro sistema institucional y enmarcado todavía en la idea de una jurisdicción revisora ajena a nuestra jurisdicción judicial única. Sobre todo eso: es innecesario, sin perjuicio de lo nocivo que ha sido mantener esa posición irreductible que provocó la desnaturalización en nuestro país del proceso judicial en materia administrativa.

La toma de posición que postulamos no admite término medio: es en uno u otro sentido, porque las diferencias entre ambos sistemas institucionales son irreductibles. La aceptación indiscriminada de ambos extremos ya produjo suficientes distorsiones para continuar manteniéndola. A la negación de la posibilidad de instalar una jurisdicción contencioso administrativa en el orden nacional postulada por Rafael BIELSA ⁵, siguió la presencia natural de procesos judiciales de tal naturaleza pero contaminados en su configuración por todos y cada uno de los condicionamientos propios de la jurisdicción contencioso administrativa. En efecto: aceptado en un comienzo de manera excepcional en el ámbito de los recursos judiciales directos contemplados en legislaciones nacionales específicas (aduanero, empleo público, previsión social, etc.), el “contencioso administrativo” jamás se desprendió de sus atavismos de origen propios de la jurisdicción revisora y fue regulado, cada vez que se reguló, sobre la base del previo agotamiento de una instancia administrativa anterior a la judicial en la que la Administración tuviera la facultad de decir el derecho en el caso concreto antes de ser sometida a la Justicia; aun en el orden nacional donde nunca se reguló de manera autónoma, la jurisprudencia impuso la configuración de una jurisdicción

para entender en la cuestión que ahora le es planteada (“Sheeplace S.A. v. Ente Nacional Regulador del Gas” del 21-09-2006; muy interesante la remisión a la opinión del fiscal general en cuanto consideró que en el caso se intentaba un proceso de doble instancia y no el recurso directo del art. 32 de la ley 24.521, por lo que no correspondía que la Cámara conociera directamente en la cuestión planteada. Las consecuencias de la negativa a juzgar en el caso se agravan cuando advertimos que se pretende una medida cautelar autosatisfactiva para que la demandada se abstenga de disponer restricciones al derecho de propiedad. JA 2007-I, fascículo 6).

⁵ Remitimos a nuestro estudio sobre “La Justicia Administrativa en Argentina” citado en nota 3.

contencioso administrativa ajena a nuestra Justicia judicial constitucional. A partir de este postulado se estructuran las pretensiones limitadas con eje central en la pretensión impugnatoria, se impone un plazo de caducidad para el acceso a la Justicia y se vulnera sistemáticamente este principio universal poniendo una y mil trabas a la demanda pertinente: el acto administrativo ficto, el recurso administrativo previo, la denuncia de ilegitimidad, la ejecutoriedad del acto administrativo que dificulta el otorgamiento de medidas cautelares, su presunción de legitimidad, etc. etc. etc. Todos y cada uno de los códigos procesales sancionados en la materia aceptan con mayor o menor rigor estos postulados propios de la jurisdicción contencioso administrativa para ser aplicados a un proceso judicial que en el contexto constitucional de su estructura se desnaturaliza inexorablemente. Todos los códigos procesales resuelven en este sentido, incluidos los más recientes de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y de la Provincia de Buenos Aires, no obstante los elementos esenciales plasmados en sus nuevas Constituciones que abrevan en una normativa internacional de aplicación operativa y directa.

2. Inexplicable subsistencia del acto administrativo concebido como privilegio de autoridad: la prerrogativa de la Administración de “decir el derecho” antes de ser sometida a la Justicia

La Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal otorgó expresamente calidad de *privilegio* al dictado de un acto administrativo con carácter previo a acceder a la Justicia: en la causa “Consortio Campichuelo 21” en la que se anularon las resoluciones del Ente Tripartito de Obras y Servicios Sanitarios que establecieron un sistema de medición global del consumo de agua en los edificios de propiedad horizontal. La Sala I de dicha Cámara desestimó la defensa obstativa del acceso a la Justicia opuesta por la concesionaria Aguas Argentinas que pretendía el agotamiento de la vía administrativa respecto de su acto de aplicación de una norma de alcance general dictada por el Ente. Le negó entonces naturaleza de acto administrativo a la comunicación que cursó la concesionaria a los propietarios del consorcio con fundamento en que el acto administrativo constituye un *privilegio especial* propio de la autoridad administrativa (sentencia del 7 de julio de 2005 en JA 2006-I, fascículo n°1). En realidad, tal y como está estructurado el Derecho Administrativo en la actualidad, la decisión por parte de la autori-

dad administrativa mediante un acto administrativo, es un privilegio inconcebible en nuestro sistema institucional, que encuentra su causa en circunstancias históricas de origen aún no superadas.

El origen de las instituciones de Derecho Administrativo propias del Derecho continental europeo, tiene en la obra *El Derecho Administrativo Alemán* de Otto MAYER, una explicación muy clara y concreta. A partir de ella, se comprende la razón de ser en la actualidad de tales instituciones vinculadas siempre a la razón de ser de su nacimiento, permitiendo de tal manera un análisis inverso para descubrir la necesidad de superar con el transcurso del tiempo, concepciones que devienen perimidas a partir de un nuevo enfoque del Estado moderno. Hemos concluido en otra oportunidad, con convicción al respecto proveniente de la intensa lectura de otras disciplinas, que la modernidad es un proceso social que ha cumplido su ciclo y ya no se adapta a la nueva realidad social que exige un cambio profundo en el marco de otro proceso social, sea que se base en un nuevo enfoque de la modernidad o que se encare como post modernidad o post modernismo ⁶. Lo cierto es que el Estado que nació a fines

6 “Inserción social en la gestión administrativa” en *Derecho Público para administrativistas*, Director Jorge Luis BASTONS, Platense, La Plata, 2008. A las citas hechas en ese trabajo agregamos ahora la del sociólogo boliviano y asesor de desarrollo en las Naciones Unidas, Fernando CALDERÓN, quien considera que al decaer el Estado-Nación por efecto del proceso de apertura de la globalización se opera una reconstrucción que incluye la reconstrucción de la institucionalidad y el sistema político; *se trata -dice en “Latinoamérica es la clase media del mundo” diario Crítica de la Argentina del sábado 21 de junio de 2008- de un Estado subordinado a la construcción de un espacio público donde un ciudadano cada vez mas autónomo y más crítico fiscaliza las funciones del poder; no es el mismo Estado corporativista de los años 40 -añade-; es el Estado bisagra que se subordina a una concepción pública del desarrollo humano. Ha emergido un nuevo tipo de comportamiento ciudadano que es más crítico, más autónomo, más reflexivo, con menos lealtades absolutas.* También nos resultó sumamente interesante Luc FERRY, *Familia y amor*, Taurus, Santillana, Madrid, 2008, II “Ante la posesión democrática. Grandeza y miserias de la globalización capitalista”: *para entender bien la crisis de autoridad por la que atraviesan nuestras democracias europeas, es preciso hablar de dos modernidades -con remisión a Ulrich BECK en “La sociedad del riesgo”-. La primera de ellas, dogmática y todavía inconclusa, corresponde al apogeo del Estado-Nación y se asocia, en lo esencial, con el siglo XIX y la primera mitad del XX... la idea de progreso, definida en términos de libertad y felicidad, se inscribe en el marco de la democracia parlamentaria y del Estado-Nación...cuya principal preocupación era la producción y el reparto de la riqueza (menciona a Marx y a*

del siglo XVIII, desarrollándose sobre tales bases durante los siglos XIX y XX, hoy no resulta adecuado para contener a los movimientos sociales que exigen mayor control sobre sus propias vidas y, consecuentemente, una auténtica inserción en la gestión que realizan los poderes públicos que, de tal modo, pierden la posesión monopólica de la determinación del interés general que justificó durante siglos tanto la concepción de la representación dominante como, en lo que a nosotros interesa, la presencia de una Administración Pública considerada como un poder con un alto margen de discrecionalidad en su ejercicio para el logro más efectivo del bien común ⁷.

Tocqueville, pero nosotros no podemos evitar recordar a Duguit y a Forsthoff). Hoy, el declive del Estado y el debilitamiento de las autoridades políticas no se deben sólo a la falta de civismo o de valor por parte de quienes ejercen el máximo poder, sino a un debilitamiento objetivo del Estado-Nación. A la vez que se acelera la reconstrucción de las tradiciones -dice en página 64- y se debilita el Estado, la sociedad se vuelve cada vez más difícil de manejar, lo que complica mucho las cosas.

7 Siempre remitimos a Ernst FORSTHOFF para la descripción más acabada de esta idea, quien define a la administración como actividad esencial del Estado para el cumplimiento de sus fines, razón por la cual el acto administrativo posee, sin más, autoridad como manifestación de voluntad de la Administración (*Tratado de Derecho Administrativo*, 1949, Introducción; especialmente, su concepción del *daseinvsorge*). En la actualidad, al analizar el modelo analítico denominado *public choice*, Jorge VIANNA MONTEIRO en sus *Lecciones de economía constitucional brasileira* -obra referida en el blog “Direito Administrativo em Debate” que conduce Farlei Martins RICCIO DE OLIVEIRA- alude a la racionalidad económica de las decisiones jurídicas y especialmente a las decisiones de los poderes públicos sobre el mercado; y dice -en lo que aquí interesa, remitiendo también a Gaspar ORTIZ- que *no se quiere con esto generar una nueva tecnocracia en la cual unos economistas más o menos ilustrados, depositarios de un conocimiento esotérico, decidan qué es o qué no es racional económicamente; de lo que se trata es de razonar entre todos*. En eso desembocó en nuestros días el *daseinvsorge* de FORSTHOFF: en una tecnocracia en la cual economistas más o menos ilustrados, “depositarios de un conocimiento esotérico”, deciden lo que es o lo que no es racional económicamente. Y si no, que lo diga nuestra resolución ministerial N°125/08 del Ministerio de Economía de la Nación y sus consecuencias, incluida la ratificación de su validez y vigencia por un sector de los legisladores cuyo voto se sustentó -al menos en lo que fue expresado- en el respeto reverencial a ese “conocimiento esotérico”. El diario *Crítica* de la Argentina da cuenta, en fecha 11 de julio de 2008, de una encuesta internacional según la cual el 74% de las personas considera que los gobiernos deben escuchar la voluntad popular más allá de las elecciones; el estudio fue realizado por el Programa Actitudes Políticas Internacionales de la Universidad de Maryland,

El acto administrativo es el producto más notorio del sistema administrativo autoritario así desarrollado y eje de la noción de Administración como poder, y principalmente como poder discrecional, ejercido a través de la *expresión de voluntad* que configura tales actos. En el prefacio a la edición alemana escrito en Estrasburgo el 3 de octubre de 1895, Otto MAYER se propone establecer para cada uno de los términos propios de la disciplina “una noción fundamental que les sea propia”; por lo que resulta esencial su aporte acerca del concepto del acto administrativo vinculado a la razón de ser que le brinda su origen.

Destaca MAYER que en el periodo del régimen de policía anterior al Estado de Derecho, el Derecho Civil y la jurisdicción civil toman un vuelo prodigioso y que, al ocuparse en gran medida de las relaciones entre el Estado y el súbdito, llenan las lagunas que la *ausencia de Derecho Público* provocaba en ese ámbito, en cuanto, con relación a la Administración no existían reglamentos que sean obligatorios para la autoridad frente al súbdito. Se efectuaba entonces una distinción según que el príncipe fuera citado como príncipe o como *privatus*. El primer caso era aquel en que se trataba de sus derechos de supremacía; el segundo, aquel en que se cuestionaba una simple relación de negocios privados. En este último supuesto, se reconocía la competencia de los tribunales ordinarios del Estado territorial, en un primer momento con apelación a los tribunales del Imperio, luego suprimida. La máxima del régimen de policía -dice

Washington consultando a 23.361 personas en 19 países, incluida la Argentina donde el 82% de los encuestados argentinos -800 casos de ciudades con población de más de 500 mil habitantes- contestaron que el gobierno debe atender *todo el tiempo* la voluntad popular (“La más maravillosa música”). Un grupo de sacerdotes que trabajan en las villas de la Ciudad de Buenos Aires dirigió una carta abierta al gobierno porteño en la que advierten que, *antes de tomar cualquier decisión sobre el futuro de los asentamientos de emergencia, se debe escuchar a quienes viven allí*. Los religiosos señalaron que *no se puede decidir por las 350.000 personas que viven en las villas*, a las que define como barrios obreros, sin antes escucharlos, pues *son sujetos de su propio destino*. Advirtieron que, sin dudas, se deben mejorar las condiciones de vida allí, pero las decisiones para hacerlo no deben provenir de oficinas donde trabajan técnicos, que ignoran la realidad...se hacen planos y licitaciones y ni siquiera se consulta a las familias que van a ser desarraigadas...simplemente se les informa lo que ya está decidido (La Nación, 14 de junio de 2008, “Sacerdotes piden escuchar a pobladores de las villas. Hablan de *integración urbana* y no de urbanización”).

MAYER en nota 21 de página 63- según la cual *solamente en el caso de mando el Estado no está sometido al Derecho Civil*, ha echado raíces tan profundas que todavía hay juristas que no desean renunciar a ella. Una expresión que resulta de una actualidad sorprendente, en cuanto aún hoy el Derecho Administrativo se define por la mayoría de los estudiosos de la disciplina como un régimen exorbitante del Derecho Privado, admitiendo la existencia de actos administrativos por oposición a actos de la Administración y considerando que solo es materia procesal administrativa el ejercicio de la función, cuando se encuentra *regida por el Derecho Administrativo*, con la clara admisión de otro ámbito regido por el derecho privado. Una dualidad que no sirve sino para exaltar, por oposición al Derecho Privado, un Derecho Administrativo basado en las prerrogativas del poder ⁸ que ninguna diferencia esencial guarda con la supremacía de los prínci-

8 En el sistema de régimen administrativo -dice Fernando GARRIDO FALLA- el Estado, en cuanto poder, se somete también al Derecho, pero no a la ley civil porque ésta parte de la igualdad jurídica, mientras que en el Derecho Administrativo el Poder Ejecutivo entra en relación con el particular en un trato de favor ante el ordenamiento jurídico porque tiene el magno encargo de velar por un interés público. Por eso es un Derecho específico, continúa el mismo autor, quien se pregunta ¿por qué se conserva la dualidad de régimen jurídico de los actos de la Administración?; la respuesta -añade- está en el carácter de derecho de prerrogativa (“Sobre el Derecho Administrativo y sus ideas cardinales” RAP, Madrid, N° 7). El mismo autor nos introduce en una cuestión interesante para comprender la postura que criticamos negativamente, cuando -luego de enumerar los méritos de este régimen que convierte al Derecho Administrativo en el Derecho de las socializaciones y nacionalizaciones, de intervención del Estado en la economía, en las clases sociales y en la distribución de la renta nacional- afirma que todo esto no hubiese sido posible con un sistema de *rule of law*. Y es interesante porque en esa afirmación tradicional tan repetida se trasluce la idea fundamental del régimen administrativo francés de que la obligatoriedad del Derecho Público es declarada por la Administración que, de acuerdo con la expresión de HAURIOU, se convierte así en *poder público*. Decimos que la cuestión es interesante porque años después, un autor francés compara ambos sistemas: el de *rule of law* y el régimen administrativo francés y dice con claridad que la concepción americana del Estado de Derecho no se reduce a la sumisión de la *puissance publique* a la regla de Derecho sino que *la exigencia americana extiende la empresa de regulación jurídica a la sociedad civil* (Laurent COHEN-TANUGY, *Le Droit sans l’Etat*, Quadrige, PUF, París, 1985). Alude naturalmente a las agencias reguladoras que Agustín GORDILLO viene postulando desde hace años como “tendencia progresiva a la fractura múltiple del poder” y que encuentran recepción en la reforma constitucional de 1994 (*Tratado de Derecho*

pes, sin perjuicio de todos los límites a sus atribuciones desarrollados bajo los principios de la legalidad durante los siglos XIX y XX. El propio MAYER advierte que algunos principios jurídicos de la época de la supremacía de los príncipes fueron absorbidos por las ideas del Estado constitucional moderno y por su régimen de Derecho. *El Estado moderno -dice⁹- no reniega de sus orígenes y conserva los grandes principios, por una parte, de soberanía absoluta del Estado, y por otra, de sumisión de cierta esfera de la actividad del Estado al derecho civil y a la jurisdicción civil. Lo que hay de nuevo -añade- es que, en lo sucesivo, esta potestad soberana universal recibe una organización específica, por la cual se reviste a sí misma de formas y rasgos característicos del derecho... Tenemos ante nosotros el hecho de la existencia de un derecho público administrativo que se aplica a la administración al lado de aquél que queda atribuido a las relaciones civiles. El poder público del Estado -señala en la sección segunda, punto 6¹⁰- se entiende por oposición a los poderes del derecho privado, es la facultad jurídica de imponer su voluntad a otro, la relación entre el Estado y el súbdito tiene por base la desigualdad...El poder legislativo y el ejecutivo son las dos formas dentro de las cuales actúa el Estado...Del mismo modo que el poder público en su conjunto, los poderes en los cuales se divide significan, cada uno, cierta voluntad de actuar, **de producir una voluntad de determinada calidad jurídica.** Esto es lo que brinda, en MAYER, sustento a la **teoría del acto administrativo** que, a semejanza de la sentencia, es **la declaración de autoridad en la que él mismo haya dicho lo que debe ser derecho para el caso individual**¹¹. Además -dice en página 106- es posible que la acción del Estado se aparte completamente de la esfera del poder público y caiga bajo el régimen del Derecho Civil; ello completa el sistema de Derecho Público pero no forma parte de él.*

Administrativo, T. I, 8ª edición, 2003, IX-2 y nota 1.9; IX-33 y IV-12, entre otras muchas expresiones de su extensa obra).

9 Ob. cit., Tomo I, páginas 67 y siguientes.

10 Ob. cit., páginas 89 y siguientes.

11 “Para que exista el derecho público -dice en Ob. cit., página 104- es menester que el poder público pueda ser vinculado bajo formas jurídicas, sin desvirtuar por ello el poder soberano que constituye su naturaleza”

3. *Error en la concepción del Derecho Administrativo como un sistema de prerrogativas exorbitantes frente a otro ámbito en el que la administración actúa regida por el derecho privado. Persistencia del binomio autoridad-gestión*

La ley de procedimiento administrativo italiana del 7 de agosto de 1990, fue modificada en 2005, entre otros aspectos, para introducir en ella la siguiente expresión: *1-bis La administración pública, en la adopción de actos de naturaleza “non autoritativa”, actúa según la norma de derecho privado salvo que la ley disponga diversamente*¹².

En la doctrina de Bartolomé FIORINI, a la que adherimos, la función administrativa se rige íntegramente por el Derecho Administrativo que justifica así su carácter de disciplina especial, en cuanto regula el ejercicio integral de esa función en el marco de las leyes que le imponen su única razón de ser como exclusiva *gestión del Derecho* con causa primaria en la Constitución (artículo 31). Toda la teoría jurídica de la actividad administrativa desarrollada por FIORINI se sustenta en esta idea central que, a su vez, descarta de plano la posibilidad de aplicar normas del Derecho Privado al ejercicio de la función pública, en tanto esas normas han sido concebidas para regir la voluntad en el marco del discernimiento, intención y libertad que la constituyen (arts. 896, 900, 921, 922 y concordantes del Código Civil), elementos absolutamente incompatibles con el ejercicio de competencias orgánicas. De tal modo, al superar la oposición que le dio origen en el ámbito de la exorbitancia, el acto administrativo pierde importancia como tal para convertirse solo en una variable de la actividad general de la Administración, impuesta a ésta cuando se exprese por tal vía, como garantía de los derechos a los que va dirigido. En tales términos, jamás puede constituir un privilegio, lo mismo que el procedimiento administrativo previo a su emanación que constituye exclusivamente una imposición a la actividad administrativa en garantía de los derechos a los que sus efectos se dirigen. De tal modo, pierde ineludiblemente su calidad

12 La información me fue suministrada gentilmente por el profesor Massimo OCCHIENA, a raíz de mi exposición sobre la crisis del sistema administrativo autoritario en la Universidad Bocconi de Milán, en mayo de 2005, en el marco de las jornadas ítalo-argentinas de Derecho Administrativo organizadas, desde nuestro país, por el profesor Carlos BOTASSI.

de “decisión” o “expresión de voluntad” o “expresión de poder”, para fundirse con el resto de la actividad administrativa en su función esencial de gestión del Derecho. La importancia no la adquieren por ser actos, dice FIORINI, sino por el cometido institucional que realizan.

En virtud de esta teoría se superan efectivamente, las consecuencias del binomio *autoridad-gestión*, que con tanta elocuencia analiza Grégoire BIGOT¹³ cuando expone que la gestión comprende en el Derecho francés las cuestiones sometidas al Derecho Privado que aplica el juez ordinario y que esta competencia puede ser desplazada a favor del juez administrativo cuando aparece un servicio público que implica la autoridad de la potestad pública. Gaston JÈZE afirma, en 1914 -prefacio de la segunda edición francesa¹⁴- que LAFERRIÈRE, con la primera edición de su *Tratado* en 1886, enuncia tres ideas maestras para el Derecho Administrativo, entre las que figura la distinción de los actos administrativos en actos de autoridad o del poder público y actos de gestión; y acota que ese dogma, a la fecha en que él escribe, ha sido superado en virtud de la jurisprudencia del Consejo de Estado que lo ha sustituido por la noción fundamental del servicio público. Sin embargo, la noción de acto administrativo de autoridad impregna su obra y lo conduce a considerar como esencial en el Derecho al acto jurídico concebido como *la manifestación de voluntad, en ejercicio de un poder legal, para producir un efecto jurídico*¹⁵; *todo acto jurídico, añade, es siempre manifestación de voluntad y constituye el ejercicio de un poder legal del cual la manifestación de voluntad no es más que su ejercicio. Por esa razón los hechos materiales no interesan en lo más mínimo al derecho en cuanto no crean una situación jurídica.* Con lo que, a pesar de la denominada “gestión del servicio público”, se mantiene al Derecho Administrativo en el ámbito de la autoridad por oposición a gestión, englobando en la noción única de acto administrativo de autoridad tanto al acto administrativo concebido originariamente como a los actos que se refieren a la gestión del servicio público; la gestión, a

13 *Introduction historique au droit administratif depuis 1789*, PUF, París, 2003.

14 *Principios generales del Derecho Administrativo*, Tomo I, “La técnica jurídica del derecho público francés”, Depalma, Buenos Aires, 1948.

15 Obra citada, capítulo I “Nociones generales”, página 10; capítulo III “Los actos jurídicos”, páginas 29 y siguientes.

pesar de las palabras, sigue así reservada al ámbito del Derecho Privado y sometida a la jurisdicción de los tribunales ordinarios, vinculada estrechamente a la titularidad de un derecho patrimonial en el marco de una contienda subjetiva.

Principalmente, sobre la base de tal dicotomía se gesta la idea de que el Derecho Administrativo, en cuanto pergeña límites para la potestad pública que se desarrolla en el ámbito de la *autoridad*, se instituye como una disciplina que solamente *limita el ejercicio de esa autoridad*. Todos los logros alcanzados durante los siglos XIX y XX en la materia se refieren exclusivamente a una instalación y sistematización de límites. Desde la razonabilidad impuesta como valladar a la discrecionalidad administrativa hasta la institución del procedimiento administrativo como garantía esencial de que la expresión de voluntad concretada en el acto administrativo tiene causa en los hechos y el derecho y cumple la finalidad prevista en la norma que autoriza su dictado, son paradigmas de esta calidad limitadora que el Derecho Administrativo ha significado al ejercicio de prerrogativas públicas; con lo que, naturalmente, nunca ha perdido su esencia autoritaria. Y así se manejan, en general, los jueces del fuero y los doctrinarios de la materia, tratando de mantener un equilibrio entre ambos términos pero sin abandonar la idea central de que en el ámbito de la *autoridad* que le es propio, las relaciones son de dominación-sujeción y se expresan a través de decisiones productoras de efectos jurídicos que gozan de presunción de legitimidad y ejecutoriedad, en tanto destinadas a la satisfacción de un interés general que no puede satisfacerse de otra manera.

4. Las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y de otros tribunales inferiores, emanadas en el marco de este sistema autoritario

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sido exponente de esta posición que, sin perjuicio de los profundos cambios positivos plasmados en magníficas innovaciones a que nos referiremos más adelante, en lo específico, aún no se ha modificado decididamente en la nueva integración de ministros. En causa “Serra, Fernando y otro c. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”, fallo del 26 de octubre de 1993, admitió expresamente que nuestro ordenamiento jurídico -con insistencia acerca de su origen legal y no constitucional- *confiere un tratamiento especial a la Administración Pública*

“consecuencia, a su vez, del denominado régimen exorbitante del derecho privado”, afirmación a partir de la cual concluye en que es necesario que el acto administrativo, expresión de voluntad estatal que se integra en dicho ordenamiento, agote en primer término la vía impugnatoria en sede administrativa, a través de su estructura orgánica jerárquica (considerandos 9 y 12). Nuestro sistema -dice la Corte en el considerando 14- se asienta sobre la base de una amplia revisión por parte del Poder Judicial de los actos emanados de la administración pública, aunque sometida a ciertas condiciones de procedencia de la acción que pretenden asegurar que sea la misma administración quien resuelva sus conflictos jurídicos, cumpliendo así con un aspecto necesario de su competencia constitucional de administrar conforme con el mismo ordenamiento jurídico (en los considerandos 17 y 18 adjudica a este condicionamiento la calidad “prerrogativa de la administración pública” cuya omisión “obstaculiza la competencia judicial revisora de los actos administrativos”). Todo para concluir que en el caso concreto, la cuestión no se encontraba regida por el régimen exorbitante del Derecho Privado sino inmersa en el otro ámbito de Derecho que alcanza a otros actos de la Administración ajenos al ámbito de la autoridad y, como tales, excluidos de la jurisdicción contencioso administrativa. Como si en nuestro sistema institucional existieran dos tipos de jurisdicción. Una falacia inaceptable, sobre todo en un fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que no cita las normas constitucionales de las que deriva la existencia de “prerrogativas” de la Administración ni, mucho menos, las que -a su entender- consagran la existencia de una jurisdicción especial expresamente erradicada como aberrante para la República. Al acudir al régimen francés cuyos principios no encajan en el sistema institucional argentino, la Corte ha desarrollado en este caso una serie de aseveraciones referidas a una jurisdicción de privilegio, sustentada en la Constitución de otro país que, naturalmente, no nos es aplicable.

La misma Corte Suprema de Justicia acudió también a las ideas más tradicionales del Derecho Administrativo concebido como Derecho de prerrogativas en ejercicio de poder público, cuando sostuvo que *la relación de empleo público se rige por pautas de derecho público, en las que el Estado goza de prerrogativas que resultarían exorbitantes para el derecho privado, pero que componen el marco en que se desenvuelve su poder de gobierno* Ello, en causa “Guida, Liliana c. Poder Ejecutivo Nacional”, fallo del 2 de junio de 2000 y, en

general, al revocar las sentencias dictadas por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal en las que este Tribunal había considerado que la reducción salarial aplicada a los agentes públicos contenida en las normas cuestionadas en el caso “conculca directa e indirectamente derechos fundamentales del actor, tal es la estabilidad y el derecho a percibir una remuneración justa”¹⁶. La doctrina así expuesta de la Corte Suprema de Justicia se reiteró en la causa “Müller, Miguel”, sentencia del 10 de abril de 2003, en la que el ministro FAYT afirmó, intensificando los argumentos autoritarios ya expuestos, que los empleados públicos carecen de un derecho subjetivo al mantenimiento del monto de su retribución, debiendo tolerar reducciones que, ante situaciones excepcionales de crisis, no alteren la sustancia de su derecho a retribución. En “Colina, René y otros c. Estado Nacional” se reafirmó el criterio expresando que en momentos de perturbación social y económica el Estado puede ejercer su poder de policía en forma más enérgica que lo que sería admisible en periodos de sosiego y normalidad, por lo que la devolución de las sumas retenidas a los agentes públicos prevista en decretos del Poder Ejecutivo, que difieren el pago de las acreencias resultantes, respetan los parámetros para admitir su constitucionalidad (fallo del 2 de diciembre de 2004). No es otra cosa que lo dicho con carácter general en materia de emergencia financiera, a partir de “Peralta, Luis y otros c. Estado Nacional (Ministerio de Economía-Banco Central de la República Argentina) s/Amparo” (en *Fallos*, 313:1513) y complementado en “Manzi, Carlos A. c.

16 En causas “Guida” citada en el principal; “Micci, Rubén y otros”, “Huariz, Juan y otros”, etc. La misma Cámara, por su Sala III reconoció posteriormente derecho a indemnización por daño moral a un agente público a quien se habían disminuido sus haberes por aplicación de la ley 25.453 -declarada inconstitucional en un amparo entre las mismas partes- considerando que la naturaleza de los hechos generadores y de sus consecuencias habla por sí misma de las perturbaciones anímicas y espirituales que el actor, indudablemente, debió haber experimentado con motivo de la disminución de sus haberes (“P., N. c. Estado Nacional”, 14 de abril de 2008; en el mismo sentido, también la Sala III reconoció el daño moral por la reducción de un haber de retiro, en “Peppé, Nazareno c. Estado Nacional” del 10 de abril de 2008). Sobre las garantías que deben brindarse a los trabajadores estatales, remito al excelente trabajo de Luis Federico ARIAS, “Algunas reflexiones en torno a la naturaleza jurídica de la relación de empleo público”, en *Empleo público*, J. L. BASTONS, director, Platense, 2006, p. 57 y sigs.

Estado Nacional (Ministerio de Economía) s/juicio de conocimiento”, fallo del 13 de mayo de 1997 en el que, al desestimar planteos de responsabilidad pública del Estado sustentados en disposiciones de emergencia legitimadas a partir de aquella causa, la Corte afirmó que la admisión de los reclamos expuestos en esta causa conduciría a “obstaculizar la labor de gobierno”. Sobre la base del mismo postulado de “no obstaculizar la labor del gobierno”, la Corte afirmó, en causa “Provincia de Entre Ríos y otro c. Secretaría de Energía”, que el control de legalidad administrativa y de constitucionalidad que compete a los jueces en el ejercicio de su poder jurisdiccional no los faculta para sustituir a la Administración en la determinación de las políticas o en la apreciación de los criterios de oportunidad ¹⁷.

Sin perjuicio de la doctrina que compartimos sentada en las causas promovidas por trabajadores estatales a los que se había disminuido sus retribuciones por aplicación de la emergencia financiera, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal también emana sentencias ajustadas al esquema del sistema autoritario, al afirmar que excede la competencia de los jueces revisar aquello que la Administración puede hacer en el ejercicio de sus funciones ¹⁸; o que la limitación en la extensión de los adicionales por movilidad en la remuneración de un agente público integra una decisión que importa el ejercicio de política salarial, en la que intervienen criterios de mérito, oportunidad y conveniencia del órgano competente, que no corresponde sea sustituido por el Poder Judicial por vía de una interpretación extensiva de la voluntad del

17 La Ley, Doctrina Judicial 2001-1-545. Pocos años después, el Tribunal Superior de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires sentó un principio absolutamente opuesto -sobre el que, naturalmente, volveremos- proclamando que *un mandato constitucional incumplido comporta el deber jurisdiccional de subsanar dicha omisión* (en “Kusis, Fernando” del 23 de diciembre de 2004, voto del juez Maier, en mayoría).

18 Sala IV, La Ley, Doctrina Judicial 1999-1, 873; 2001- 2, 3; Sala II 2001-2-1033; Sala III en “Círculo de Inversores S.A.” del 16 de marzo de 2000 en que acudió a una doctrina tradicional reiterada acerca de que la apreciación de los hechos, la gravedad de la falta y la graduación de la sanción pertenecen al ámbito de la Administración, cuyo ejercicio no debe ser sustituido por los jueces a quienes sólo les cabe revisarlas en caso de irrazonabilidad o arbitrariedad manifiesta (se amplía en D’ARGENIO, Inés, “La Justicia Administrativa en Argentina” ya citada).

ente ¹⁹; o que no se advierte en el decreto impugnado judicialmente arbitrariedad manifiesta, sino que se trata de una cuestión de mérito, oportunidad y conveniencia cuya evaluación es ajena a la actividad jurisdiccional del tribunal y propia de otros poderes del Estado ²⁰.

En cuanto a la insuficiencia de los límites impuestos por el Derecho Administrativo al ejercicio de la función mediante el dictado de actos de autoridad, durante su desarrollo en el siglo XX, resulta elocuente una sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires que efectúa un desarrollo intensivo explicándose sobre la motivación del acto administrativo como requisito esencial de su validez, en cuanto reconstrucción del iter lógico seguido por la Administración para justificar una decisión de alcance particular que afecta situaciones subjetivas, para concluir finalmente en que la mera atribución legal de una facultad discrecional, dispensa al órgano administrativo de motivar adecuadamente el acto, por lo que no debe expresar las circunstancias por las que la situación real se ajusta a la situación legalmente prevista (en causa “Carbollo, Héctor E.” sentencia del 3 de diciembre de 2003). En causa “Domínguez, Alfredo c. Banco de la Provincia de Buenos Aires” afirmó que si bien es cierto que, en principio, todos los actos que dicta la Administración son impugnables ante el órgano jurisdiccional, ello ha de ceder en los supuestos en los que la decisión cuestionada ha adquirido firmeza (sentencia del 4 de agosto de 2004), otorgando de tal modo calidad de cosa juzgada con fuerza de verdad legal a una decisión de la Administración que no es sentencia. Una situación que se repite en “Telefónica de Argentina S.A. c. Municipalidad de La Plata” del 7 de marzo de 2007 en la que, además, la Suprema Corte de Justicia admite que pueda reglamentarse por ordenanza municipal el derecho de acceso a la Justicia consagrado como garantía universal en Tratados internacionales, en clara infracción a los

19 Sala III en “Aresa, Alicia y otros c. Instituto Nacional de Tecnología Agropecuaria”, sentencia del 25 de noviembre de 2005, Jurisprudencia Argentina 2006-I, 45 y sig.

20 Sala V, en “Fasciolo, Raúl vs. Estado Nacional” del 7 de marzo de 2005, JA 2005-II-88. La infinidad de sentencias anteriores de la misma Cámara en el mismo sentido, se sistematizan en “La Justicia Administrativa...” citada.

artículos 28, 31 y 75 inciso 22 de la Constitución Nacional ²¹, y que deberá revisarse en breve no solo por la contradicción que importa respecto de los principios consagrados por el mismo Tribunal -principalmente en causa “Gaineddu, Juan Daniel c. Provincia de Buenos Aires”, resolución del 23 de abril de 2003- sino a la luz de un fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el que se sostuvo que *existe agravio constitucional si las disposiciones que gobiernan el caso impiden a las partes tener acceso a una instancia judicial propiamente dicha* ²².

Otros tribunales del país continúan en la misma tendencia y sólo a modo de ejemplo puede citarse el Superior Tribunal de Río Negro que consideró jurisdiccionalmente inabordable la revisión de un decreto calificado de emergencia, pues no es función de la magistratura indagar sobre la existencia del excepcional supuesto que llevó al legislador a emitir la normativa impugnada en tanto no es del resorte del Poder Judicial decidir el mérito con que otros poderes públicos han evaluado el dato objetivo de la situación de emergencia ²³;

21 Lo comentamos en Jurisprudencia Argentina 2007-III, 30 bajo el título “La reglamentación del derecho de acceso a la Justicia por ordenanza municipal según la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires”.

22 La disposición legal que en este caso se declara inconstitucional, confiere autoridad de cosa juzgada a decisiones administrativas adoptadas en un ámbito sancionatorio, cuando impongan apercibimiento (CSJN “Gador S.A.” del 9 de marzo de 2004, en la que se confirma la inconstitucionalidad declarada en la causa *porque ocasiona agravio constitucional en tanto importa la privación del derecho de acceso a la justicia*. No desconocemos que son los hechos del caso los que definen el alcance doctrinario de la sentencia, pero tampoco deseamos perder la oportunidad de señalar que, en los términos en que la Corte se pronuncia, puede alcanzar a las disposiciones legales o reglamentarias que fijan un plazo de caducidad para la impugnación administrativa o judicial del acto, en tanto el mero transcurso de ese plazo dificulta la consolidación de la tutela judicial efectiva al impedir el pronunciamiento judicial en el fondo de la cuestión traída por la actora).

23 En causa “Simón, Alicia c. Consejo Provincial de Educación”, sentencia del 6 de setiembre de 1999. En integración ad-hoc, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires ha superado con creces esta autolimitación arbitraria del Poder Judicial, entrando al conocimiento de las razones de la emergencia, la prueba de su existencia real, la ponderación de las circunstancias en las que fue declarada y el resultado final de su instauración mediante el cotejo, por ejemplo, del gasto público realizado durante la emergencia y el ahorro producido a través del descuento operado en las remuneraciones de jubilados o trabajadores estatales a quienes se aplicaron las normas dictadas

o la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial que rechazó la demanda en la que se pretendía la declaración de inconstitucionalidad de un decreto que declaró el estado de emergencia con sucesivas prórrogas sobre su vigencia, en la inteligencia de que se trata de una cuestión vinculada a consideraciones políticas ajenas al cometido del Poder Judicial (Sala A “Guareschi, Juan C. c. Obra Social de Técnicos de Fútbol” del 11 de julio de 2006).

B. La función administrativa entendida como gestión del Derecho

“Es el quantum de la distancia entre la norma y la realidad lo que diferencia a las sociedades más desarrolladas de las menos desarrolladas”

(Agustín GORDILLO, *Tratado de Derecho Administrativo*, 8ª edición, T. I, IV-4)

1. El fracaso de la Administración Pública en su cometido esencial de lograr la vigencia efectiva de la ley

La función administrativa no puede continuar concebida como el ejercicio de prerrogativas públicas en el ámbito de autoridad que le brinda su errónea calidad de poder discrecional. Todos los límites que se impongan a ese ejercicio tal y como se ha intentado durante todo el siglo XX principalmente, no superan la convicción autoritaria proveniente de su esencia: solo se limitan a eso, a limitar, pero reconociendo esencia autoritaria básica al “poder” administrador. Por eso lo limitan: los principios de la legalidad, la razonabilidad, la revisión judicial, el procedimiento administrativo para la ema-

bajo su invocación (remito a “La Justicia Administrativa...” citada III-E Nueva Jurisprudencia, especialmente páginas 189 y siguientes, con referencia expresa al voto del Dr. Ramiro Pérez Duhalde en causa “Pena, Francisco Eduardo c. Provincia de Buenos Aires s/inconstitucionalidad” de agosto de 2003, así como a la sentencia del juez Luis Federico Arias -titular del Juzgado en lo Contencioso Administrativo N°1 de La Plata- en “Tartaglia, Elida c. Ministerio de Economía-Instituto de Previsión Social”, sentencia del 25 de abril de 2005; y la dictada por la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal en “Rojas, Alberto” del 14 de noviembre de 2002).

nación de los actos de autoridad, la exigencia de requisitos para la validez de esos actos. Sin embargo, el núcleo no cambia, permanece inalterable y sobre la base de su configuración autoritaria continúan los “intersticios”, como los llama GORDILLO: el mérito, oportunidad o conveniencia, la evaluación monopólica del interés general, la firmeza del acto administrativo de autoridad que se presume legítimo y como tal adquiere firmeza cuando no es impugnado dentro de los plazos de caducidad previstos al efecto para brindarle ejecutoriedad inamovible en la inteligencia de que, sin la ejecución de tales actos se desvanece toda posibilidad de satisfacción operativa del interés general. Una gran falacia.

Lo cierto es que la Administración Pública así considerada ha fracasado de manera ostensible en su función esencial que es la de lograr la vigencia efectiva de la ley. Si algo caracteriza hoy a la Administración Pública en nuestro país, es el fracaso en esa misión esencial. Se regula desde el Estado por doquier imponiendo obligaciones y cometidos funcionales que jamás se concretan. Basta con dar una rápida mirada a todas y cada una de las normas que regulan detalladamente todas y cada una de las condiciones para la prestación del servicio de salud ²⁴ o para la prestación del servicio de

24 Leyes nacionales 23.661 que crea el Sistema Nacional del Seguro de Salud “a efectos de procurar el pleno goce del derecho a la salud para todos los habitantes del país sin discriminación social, económica, cultural o geográfica”; 24.901, sistema de prestaciones básicas en habilitación y rehabilitación integral a favor de las personas con discapacidad; 25.421 de creación del programa de asistencia primaria de salud mental (el art. 3º impone a las instituciones y organizaciones prestadoras del servicio de salud públicas y privadas, disponer de los recursos necesarios para brindar asistencia primaria de salud mental a la población bajo su responsabilidad *garantizando la supervisión y continuidad de las acciones y programas*); 25.415 sobre programa nacional de detección temprana y atención de la hipoacusia; o sobre la epilepsia (ley 25.404); 25.673 que crea el programa nacional de salud sexual y procreación responsable, entre cuyos objetivos está el de “disminuir la morbimortalidad materno infantil (art. 2 inc.b), considerando en todos los casos primordial la satisfacción del interés superior del niño en el pleno goce de sus derechos y garantías consagrados en la Convención Internacional de los Derechos del Niño” aprobada por ley 23.894; como en todas las leyes, se instituye la autoridad de aplicación imponiéndole realizar la implementación, seguimiento y evaluación del programa (art. 11), aspecto que se vincula íntimamente con lo que venimos exponiendo acerca de la ausencia de gestión del Derecho y encuestas de resultados efectivos de tal gestión. Informa “Crítica de la Argentina” del 3 de julio de 2008 que asociaciones

de profesionales de hospitales públicos porteños denunciaron ante la Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires que la situación asistencial está al borde del colapso, señalando que a los establecimientos les falta la mitad de las enfermeras y de las camas de terapia que necesitan para atender la demanda asistencial; que sólo funciona menos del 30% de los quirófanos con el consecuente atraso de las cirugías; que no hay anestelistas los fines de semana; y que la infraestructura edilicia es deplorable. Tienen 392 enfermeras y deberían tener 785; según la resolución ministerial 1331/01 del Ministerio de Salud de la Nación, el Hospital de Niños Ricardo Gutiérrez debería tener entre 30 y 60 camas de Unidad de Tratamientos Intensivos, pero sólo tiene 16; para el total de la misma Unidad debería haber un mínimo de 21 médicos de guardia y sólo hay 14, contando con cinco enfermeros durante los días hábiles y en los fines de semana y feriados, solamente dos. En el Gutiérrez hay 4.000 pacientes en lista de espera para cirugías con un tiempo de espera de uno, dos o tres años, porque no se terminan las obras de quirófanos (nota "Hospitales en emergencia"). En el mismo periódico del 8 de abril de 2008, dice Damián Glanz ("La redistribución no empieza por casa") con referencia al reparto de los excedentes fiscales en el orden nacional, que el Ministerio de Salud fue una de las reparticiones más perjudicadas en la redistribución de los ingresos extra que recibió el gobierno entre 2004 y 2007: apenas le tocó la suma de \$1.094 millones, que representa el 1,45% de los recursos adicionales que en cada año se incorporan al presupuesto. Uno de los planes más importantes -añade- destinado a mejorar la calidad de vida y el estado sanitario y nutricional de las embarazadas y niños menores de seis años, no recibió un solo peso adicional proveniente de las retenciones. Al contrario, todos los años terminó con menos dinero disponible del que le había sido asignado en las leyes de presupuesto de cada periodo. En los últimos cuatro años, las madres y los niños perdieron 89,6 millones de pesos y no fue su única pérdida: el programa tuvo en total un nivel de subejecución presupuestaria que alcanzó los 222 millones de pesos. El 8 de julio se informa sobre un paro de personal de Administración y enfermería en los hospitales porteños, reclamando por la falta de insumos y recursos humanos, así como por el cierre de los hospitales de salud mental Borda y Moyano, entre otros ("Hospitales bien cerrados", martes 8 de julio de 2008; "Un abrazo por la salud del Durand", "Crítica", 16 de julio de 2008: denuncian la falta de insumos en casi todas las áreas, el estado obsoleto de la tecnología y aparatología médica, la inseguridad, la escasez de personal de la salud y la falta de respuestas del gobierno); "La Provincia de Buenos Aires sin guardias ni consultorios. Paro de médicos en defensa del hospital público" -dice el mismo diario el martes 12 de junio de 2008- por un sistema de salud colapsado donde faltan insumos básicos, mucha gente se queda sin internarse por falta de camas y se entregan turnos con demoras de meses para atenderse u operarse, denunciando que hace años que no hay nombramientos ni llamados a concurso y que sus reclamos no fueron incluidos en la agenda del ministerio. "Más muertes infantiles en 2007. Fallecieron 8.688 menores de 5 años, 1,8% más que en 2006" dice Mauro Fede-

educación ²⁵; las abiertas evasiones de los funcionarios a las dispo-

rico en “Crítica de la Argentina” del 10 de junio de 2008; hay signos de que esa tendencia se mantiene para 2008 -añade en el mismo Mario ROVERE, médico sanitarista, especialista internacional en salud pública- y la Argentina pasó a ser el primer país en el mundo en que, mientras se hace alarde de políticas y programas de salud sexual y reproductiva, la natalidad aumenta y las muertes maternas también. El órgano ejecutor del plan federal de salud instituido por el ministerio y para cuya ejecución el Banco Mundial otorgó un crédito de 135, 8 millones de dólares, es el Consejo Federal de Salud, el mismo -dice el periodista- que impartió la instrucción de no registrar a los nacidos vivos con peso inferior a 500 gramos, con remisión a un artículo aparecido el día anterior en el mismo periódico “Un dibujo macabro para la estadística oficial” en el que se informa que en la provincia de Tucumán hay cientos de bebés, cuyo peso es inferior a los 500 gramos, que habiendo nacido vivos son registrados como “defunciones fetales” o “egresos por abortos” y, por tanto no forman parte de las estadísticas. Informa también que el senador Gerardo MORALES presentó un pedido de informes al Ministerio de Salud sobre los indicadores de la situación social en el periodo enero 2003 a mayo 2008, en todo el territorio nacional, en especial en Tucumán, Buenos Aires y Jujuy. En agosto de 2007, informa la nota, el entonces ministro Ginés González García elogió el modelo tucumano: “no conozco experiencia más rotunda -dijo- donde se haya bajado a la mitad los índices de mortalidad infantil en cuatro años”, instando a imitar las metodologías de medición y evaluación estadística usadas en la provincia (Se completa con “Ocaña investiga la adulteración” publicado el 11 de junio, donde asimismo Jorge Lanata responde al gobernador Alperovich e informa que en Tucumán, cuatro de cada diez personas están bajo la lista de pobreza, el 14% vive debajo de la línea de indigencia y la situación más crítica se verifica en los tramos de 0 a 14 años, donde los indigentes llegan al 36%). “Preocupantes cifras de mortalidad infantil” dice el editorial de “La Nación” del 1 de junio de 2008: de acuerdo con datos suministrados por el Ministerio de Salud de la Provincia de Buenos Aires, en 2007 hubo en esa provincia 3.530 muertos infantiles, un 7,6% más que en 2006, lo que significa el deceso diario de casi diez criaturas pertenecientes en su mayor número al conurbano bonaerense, principalmente a La Matanza, donde falleció el 10% del total considerado. El subsecretario provincial de coordinación y atención de la salud dijo que la mortalidad registrada estaba influida por un problema estructural determinado por la pobreza, la falta de cloacas, de agua potable, de calefacción y de educación.

25 La ley de educación nacional 26.206 regula el ejercicio del derecho de enseñar y aprender consagrado por el art. 14 de la CN y los Tratados Internacionales incorporados a ella, conforme las atribuciones conferidas en el art. 75 incisos 17, 18 y 19 (art. 1º); considera a la educación un derecho personal y social garantizado por el Estado (art. 2º) y atribuye al Estado Nacional, las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la responsabilidad principal e indelegable de *proveer una educación integral, permanente y de calidad para*

todos los habitantes de la Nación, garantizando la igualdad, gratuidad y equidad en el ejercicio de ese derecho (art. 4º); en su art. 7 expresa que el Estado garantiza el acceso de todos los ciudadanos a la información y al conocimiento como instrumentos centrales de la participación en un proceso de desarrollo con crecimiento económico y justicia social, obligando a asegurar, en el art. 8, las oportunidades necesarias para promover en cada educando la capacidad de definir su proyecto de vida; en el artículo 11 establece entre otros fines y objetivos de la política educativa nacional asegurar una educación de calidad con igualdad de oportunidades, sin desequilibrios regionales ni inequidades sociales y garantizar la inclusión educativa a través de políticas universales y de estrategias pedagógicas y de asignación de recursos que otorguen prioridad a los sectores más desfavorecidos de la sociedad; en el artículo 80 se impone que el Estado asignará los recursos presupuestarios con el objeto de garantizar la igualdad de oportunidades y resultados educativos para los sectores más desfavorecidos de la sociedad, obligando asimismo en el art. 84 a garantizar las condiciones materiales y culturales para que todos los alumnos logren aprendizajes comunes de buena calidad independientemente de su origen social, radicación geográfica, género o identidad cultural; instituye al ministerio competente responsabilidad principal en la implementación de una política de información y evaluación continua y periódica del sistema educativo para la toma de decisiones tendientes al mejoramiento de la calidad de la educación, la justicia social en la asignación de recursos, la transparencia y la participación social; el art. 98 crea el Consejo Nacional de Calidad de la Educación que participa en el seguimiento de los procesos de evaluación del Sistema Educativo Nacional al que se refiere especialmente la misma ley; el art. 99 obliga al Poder Ejecutivo Nacional a elevar anualmente un informe al Congreso de la Nación dando cuenta de la información relevada y de los resultados de las evaluaciones realizadas conforme a las variables estipuladas en el art. 95 y de las acciones desarrolladas y políticas a ejecutar para alcanzar los objetivos postulados en esta ley; el art. 115 determina que el Poder Ejecutivo Nacional, a través del Ministerio, será la autoridad de aplicación con las funciones -entre otras- de fijar políticas y estrategias educativas, conforme a los procedimientos de participación y consulta; el art. 116 crea el Consejo Federal de Educación de integración interjurisdiccional, constituido por una Asamblea Federal que debe realizarse por lo menos una vez al año para el seguimiento y evaluación del cumplimiento de la ley (art. 120), un Comité Ejecutivo y una Secretaría General; y el art. 119 crea los Consejos Consultivos y el art. 126 consagra expresamente el derecho de los alumnos -entre otros- a recibir el apoyo económico, social, cultural y pedagógico necesario para garantizar la igualdad de oportunidades (inciso f), y a desarrollar su aprendizaje en edificios que respondan a las normas de seguridad y salubridad, con instalaciones y equipamiento que aseguren la calidad del servicio educativo. La inequidad educativa se advierte rápidamente en las escuelas donde asisten los alumnos más pobres, dice Micaela Urdínez en “La Nación”, Comunidad, del sábado 15 de marzo de 2008. En ellas, los docentes no tienen

mucho apoyo oficial, por lo general son inexpertos, cuentan con poco material didáctico y trabajan en edificios inadecuados. La resultante es sencilla: los chicos que arrastran dificultades para seguir en la escuela por motivos socioeconómicos reciben la peor educación y tienen mayor probabilidad de dejar sus estudios. Chicos desnutridos, falta de transportes, escuelas sin ventanas ni calefacción. En el mismo diario, del 25 de marzo de 2008, Natalie Kantt da cuenta, con remisión a un informe del Instituto de Investigaciones Pedagógicas de la CTERA, de que el país tiene un déficit de 1.486 escuelas secundarias, y que no pueden cursar la enseñanza media 1.139.000. Crítica de la Argentina del 1 de abril de 2008 denuncia, con sustento en informes de la SUTEDA, que hay 8.800 establecimientos educativos con comedores escolares en riesgo en la Provincia de Buenos Aires, que alimentan a 1.500.000 chicos. Los chicos siguen recibiendo alimentos -dice-, pero no se les sirve ni carne, ni leche, ni pollo; las viandas han cambiado a pastas secas (ampliar en “De los más chicos no se habla: el Gobierno de la Ciudad hace silencio en un área sensible”, en “Crítica”, Sociedad, del 18 de junio de 2008; en “Una escuela en peligro”, “Crítica”, Sociedad del 23 de junio de 2008; “Una escuela que sobrevive al olvido” en Salta, departamento de Rivadavia Banda Sur, con sólo seis aulas utilizables es la única secundaria en 100 kilómetros a la redonda; desde 2005, unos 100 chicos abandonaron las clases por la distancia que los separa del colegio, “La Nación”, 12 de julio de 2008; en “La Nación” del 22 de junio de 2008, también de Natalie Kantt, “La aventura cotidiana de estudiar en el norte salteño”, artículo continuado el 23 de junio como “La difícil tarea de vivir y aprender en medio del olvido”: en los dos cuartos donde los chicos y las maestras duermen -dice la periodista- las maderas sacadas a hachazos del monte forman cuquetas un tanto inestables; los colchones chatos, la ausencia de sábanas, el piso de tierra, el frío que entra por los agujeros y, en el mejor de los casos, una frazada, fue todo lo que pudieron juntar a pulmón las familias para los 30 chicos que allí pasan las noches de lunes a viernes). El 20 de junio de 2008 se dieron a conocer los resultados de una evaluación internacional de la UNESCO sobre lectura, matemática y ciencias naturales a chicos de tercero y sexto grado, de 16 países de la región en el que nuestro país cayó en el ranking regional destinado a medir los aprendizajes de los estudiantes de América Latina y el Caribe, en contraste con una medición similar realizada en 1998. El año último, en las pruebas internacionales PISA de la Organización para la Cooperación Económica y el Desarrollo, salta a la vista el retroceso de la Argentina (“La Nación” del 21 de junio de 2008, Mariano de Vedia, “Mala nota para la educación argentina”; y Opinión por Gustavo Iaies, en el mismo diario, sostiene que nuestros problemas principales están en la cotidianidad de las escuelas, bajo la referencia “Aulas sin clima para aprender”). “Sin políticas públicas sobre minoridad” en la Provincia de Buenos Aires, informa Ramiro Sagasti en “La Nación” del 26 de mayo de 2008, entrevistando al Ministro de Desarrollo Social de la Provincia quien asume que en Buenos Aires hay un millón de adolescentes en alto riesgo debido a la extrema pobreza, es el 40% de los menores bonaerenses; sin embargo, dice el perio-

disto, no hubo hasta ahora ninguna política pública para resolverlo. En la misma página del diario, Jesús A. Cornejo hace una radiografía del precario y violento barrio en el que fue muerta la niña Milagros Belizán por otros dos menores también de corta edad: es un laberinto de pobreza - dice - que combina calles de tierra, basurales y arroyos contaminados; el crimen de la niña ha dejado al descubierto una verdad, la falta de asistencia social por parte del Estado bonaerense y de políticas públicas para proteger a los menores, muchos de los cuales caminan descalzos, trabajan y no asisten a la escuela. La ausencia de una política integral para resolver el problema fue reconocida por el mismo ministro ("El reino de la pobreza y la marginalidad"; se completa entre otros artículos, en "No, Milagros no", opinión, Daniela Gutiérrez, "Crítica de la Argentina", 22 de mayo de 2008; en el mismo diario, Susana Viau, "Diabólicamente casual", 23 de mayo de 2008; "Ayuda social a la familia de Milagros", "La Nación" del 22 de mayo de 2008). Admiten una suba del delito del 34% en la Provincia de Buenos Aires (La Nación, 14 de junio de 2008); el debate debe ser sobre la inequidad en las oportunidades de educación entre los chicos, dice Marcelo Giugale en "La Nación" del 29 de junio de 2008, experto del Banco Mundial en programas de lucha contra la pobreza, entrevistado por Hugo Alconada Mon, anticipando un Índice de Oportunidad Humana que el Banco Mundial difundirá a partir de agosto o setiembre, y que complementará el vigente Índice de Desarrollo Humano; en total, las bases estadísticas cubren muestras de más de 200 millones de chicos en 18 países de la América Latina, apoyados en datos recopilados por las encuestas permanentes de hogares llevadas a cabo desde 1995. Para Giugale, la clave pasa por equiparar las oportunidades todo lo que sea posible y las circunstancias para emparejar incluyen, entre otras, factores nutricionales durante los primeros dos años de vida, de educación, institucionales (acceso a partidas de nacimiento o a títulos de propiedad), financieros y de infraestructura (transporte, agua potable, electricidad). Sostiene que las políticas públicas pueden influir sobre la inequidad, por ejemplo, transparentando la información sobre las becas disponibles, con todo un sistema de financiamiento de la educación: el jardín de infantes debe ser de acceso universal, aun cuando eso implique subsidio directo a los que no pueden pagarlo, porque el objetivo es intervenir antes de los 5 años cuando las posibilidades cognitivas, emocionales y sociales son todavía ilimitadas y el costo de la intervención pública es relativamente bajo. "El desafío es lograr la inclusión social con educación y empleo", dice la nueva ministra porteña de Desarrollo Social en "La Nación" del 27 de mayo de 2008: el Estado debe estar presente para asegurar la igualdad de oportunidades -dijo entrevistada por Ángeles Castro-; admite que existen en la Ciudad 320.000 personas en villas y asentamientos; que hay un 11% de la población bajo la línea de pobreza y un 3% de indigentes; son 1.000 los chicos de entre 45 días y 18 años que viven en hogares, se reciben 30.000 personas por día en comedores comunitarios y hay 700 chicos en la calle por la noche. "Becan sólo al 3% de los universitarios", La Nación 5 de julio de 2008, Raquel San Martín: la universidad estatal, pública y gratuita -dice- sigue siendo inaccesible para mu-

siciones de las leyes de administración financiera ²⁶; el desvío de los

chos chicos. En Argentina, sólo el 0,77% de los estudiantes de universidades estatales recibe becas del Estado (“La plata para becar a los secundarios no aparece”, “Crítica” del 12 de julio: estamos cerca de las vacaciones de invierno y todavía no se materializó el pago de las becas estudiantiles, denunció la Defensoría del Pueblo de la Ciudad). “Para el 65% la escuela pública es mala”, dice Raquel San Martín en “La Nación” del 18 de julio, aludiendo a la crítica percepción en una encuesta, un porcentaje similar cree que la calidad educativa se mantuvo igual o empeoró en los últimos años.

26 La ley 24.156, sancionada el 30 de septiembre de 1992, establece y regula la administración financiera y los sistemas de control del sector público nacional, comprendiendo “el conjunto de sistemas, órganos y procedimientos administrativos que hacen posible la obtención de los recursos públicos y su aplicación para el cumplimiento de los fines del Estado” e imponiendo a los funcionarios “rendir cuentas de su gestión” (arts. 1, 2 y 3); el art. 7 consagra a la Sindicatura General de la Nación y a la Auditoría General de la Nación como los órganos rectores de los sistemas de control interno y externo, respectivamente; el art. 16 establece que la Oficina Nacional de Presupuesto será el órgano rector del sistema presupuestario del sector público nacional, que confecciona el proyecto de ley de presupuesto general sobre la base de anteproyectos preparados por las jurisdicciones (art. 25, y hay también un órgano coordinador de los sistemas de administración financiera). En la sección V del título IV se trata de la *evaluación de la ejecución presupuestaria*, asignando a esa Oficina Nacional de Presupuesto el cometido de *evaluar la ejecución de los presupuestos de la administración nacional tanto en forma periódica, durante el ejercicio como al cierre del mismo*, para lo cual las jurisdicciones y entidades de la Administración nacional deberán llevar registros de información de la gestión física de ejecución de sus presupuestos y participar de los resultados de la ejecución de sus presupuestos (art. 44); con base en esa información, la Oficina Nacional de Presupuesto *realizará un análisis crítico de los resultados físicos y financieros obtenidos y de los efectos producidos por los mismos, interpretará las variaciones operadas con respecto a lo programado, procurando determinar sus causas y preparará un informe con recomendaciones*. En el título V de la ley se establece el sistema de contabilidad gubernamental previendo la Contaduría General de la Nación -además de la Tesorería General contemplada en el art. 73- con el cometido de preparar la cuenta de inversión para presentarla al Congreso; en el título VI se legisla sobre el sistema de control interno con especial referencia a la Sindicatura general con funciones de auditoría interna: *examen posterior de las actividades financieras y administrativas de las entidades* (arts. 96 y 102) que abarca aspectos presupuestarios, económicos, financieros, patrimoniales, normativos y de gestión, la evaluación de programas, proyectos y operaciones y debe estar *fundado en criterios de economía, eficiencia y eficacia* (art. 103). El art. 107 prescribe que la Sindicatura deberá informar al Presidente de la Nación, a la Auditoría General y a la *opinión pública, en forma periódica*.

ca y el artículo 117 (título VII) otorga competencia a la Auditoría General para el control externo posterior de la gestión presupuestaria, económica, financiera, patrimonial, legal “y de gestión” (esta última expresión vetada por el decreto 1957/92). A esta ley general de administración financiera y sistemas de control, se suman la ley 25.188 de ética en la función pública, el decreto 1172/03 de acceso a la información pública; la ley de responsabilidad fiscal 25.152; la ley 24.946 de la Fiscalía Nacional de Investigaciones Administrativas; el decreto 1172/03 de mejora de la calidad de la democracia y sus instituciones; el decreto 436/00 de compras y contrataciones; el decreto 677/01 de transparencia de la oferta pública, etc. Un informe del Ministerio de Economía y Producción publicado en <http://administracionfinanciera.mecon.gov.ar/antecedentes.html>, da cuenta de las razones de la profunda reforma operada por la ley 24.156 como respuesta a una situación crítica existente y que se describe, entre otras circunstancias, como una desorganización de la administración financiera con la consecuente incapacidad para programar el gasto y racionalizar las decisiones fiscales, una ausencia de administración presupuestaria, ausencia de normas regulatorias del crédito público y organización que lo administrase; la contabilidad central no se hallaba integrada adecuadamente a las distintas ramas que la conforman y sólo brindaba información para posibilitar el control legal del uso de los recursos, no se generaba información oportuna y confiable sobre la gestión financiera pública, se desconocía el monto de los activos públicos y de los pasivos reales, el sistema legal administrativo vigente no daba lugar a la participación del Congreso Nacional en decisiones claves del sector, etc. etc. No obstante el esmero puesto en los organismos de control por funcionarios como Leandro Despouy, jefe de la Auditoría General de la Nación o Manuel Garrido, titular de la Fiscalía Nacional de Investigaciones Administrativas, no avanzan en los tribunales las causas contra influyentes figuras del oficialismo: el abortado pago al grupo Greco, las irregularidades en los índices del Indec, el pago de sobornos de la constructora Skanska y la denuncia por corrupción contra la secretaria de Ambiente Romina Picolotti, son los casos emblemáticos de causas con varios meses de trámite y pocos resultados (“La Nación”, Gabriel Sued, martes 29 de abril de 2008; en el mismo ejemplar “Expedientes de Kirchner”, da cuenta de un trámite rápido que tuvieron dos causas que involucraban al ex presidente por presunto enriquecimiento ilícito y por presuntas irregularidades en el manejo de los fondos de la provincia de Santa Cruz: la primera -dice- la cerró en marzo de 2005 el juez federal Julián Ercolini que había asumido en octubre del año anterior; la segunda, la clausuró en junio de 2005 el juez federal Guillermo Montenegro; ver también en “La Nación” del 5 de mayo de 2008 “La oposición en la Auditoría pedirá investigar el tren bala”, Laura Serra; del 21 de abril del mismo año “Advierten que no se puede investigar al poder político”, Paz Rodríguez Niell). Las profundas diferencias entre las normas regulatorias de la administración financiera estatal y la realidad indicativa de profundas deficiencias en la gestión de esa ley, se corroboran además con infinidad de noticias de las cuales rescatamos, solo a título de ejemplo: “No hubo ahorro en

subsidios”, Diego Cabot, “La Nación”, 11 de febrero de 2008, no obstante el aumento en las tarifas del transporte (el ministro De Vido había anunciado que el aumento de los boletos implicaría un ahorro de 600 millones de pesos en el año) en enero de 2008, el sistema integrado del transporte, un fondo desde el que se subsidia a trenes, colectivos y camiones, repartió 327 millones de pesos, suma que comparada con la erogada en enero de 2007 significa un aumento del 307%, los más beneficiados -añade- fueron los trenes a quienes el secretario de transporte Ricardo Jaime benefició con subsidios por 89 millones de pesos, mientras en el último informe de la Auditoría General de la Nación se investiga a este funcionario por una serie de irregularidades en la concesión de las líneas Mitre y Sarmiento. El encargado de los inexistentes controles y penalizaciones -dice “Crítica de la Argentina” del lunes 24 de marzo de 2008- es la CNRT que insu-me anualmente un presupuesto de 29 millones de pesos para realizar una tarea que no desempeña; “*El Tesoro se endeuda*”, “Crítica” del 5 de abril de 2008; en lo que va del año el Tesoro tomó prestados \$2.306 millones de organismos estatales como la Anses, la Afip y la Lotería Nacional, para cubrir vencimientos de deuda para los que no alcanza el excedente fiscal corriente; el país busca créditos del BID por u\$s 8.000 millones, dice “La Nación” del 5 de abril de 2008, Martín Kanenguiser; el 4 de abril, en el mismo diario, Javier Blanco anticipaba que “el gobierno paga tasas cada vez más caras para financiarse” señalando que en el día anterior captó de los mercados \$828 millones con una tasa de 13,30% anual; agrega Nadin Argañaraz en “La Nación” del 20 de abril de 2008, en “La deuda pública igual que en 2001”, que a pesar de la reducción que implicó el canje de la deuda a comienzos de 2005, el stock de deuda actual en dólares es igual al de 2001; esto es así, dice, porque a pesar de la fuerte quita que implicó el canje luego de la devaluación, la deuda registró un fuerte aumento hasta llegar a un máximo de u\$s 191.000 millones en el año 2004; “*Aumenta el gasto público*”, “La Nación”, 4 de abril de 2008, anuncia un 39,8% más en febrero de 2008 respecto del mismo mes del año anterior. La situación fiscal es precaria y el aumento de las retenciones al campo ha obedecido a la necesidad del gobierno de superar esa precariedad, dice Miguel Solanet en “La Nación” del 30 de marzo de 2008 y en la misma edición Fernando Laborda da cuenta de que el Poder Ejecutivo gastó sin control parlamentario en todo 2007, \$27.781 millones, es decir, 68 millones de pesos por día; también en la misma edición Jorge Oviedo sostiene que *el gasto público no ha parado de crecer por una política dispendiosa, por subsidios cada vez más cuantiosos y una incontrolable red de fondos fiduciarios que manejan miles de millones de pesos sin control y, a juzgar por los resultados, con una paupérrima eficiencia*; “*Sólo el 30% de los ingresos va al interior*”, Laura Serra en “La Nación” del 20 de abril de 2008: las provincias aportan casi 40.000 millones de pesos en concepto de retenciones al Tesoro y reciben 9.917 millones de pesos para las obras públicas más elementales: viviendas, hospitales, caminos y puertos; asimismo “El pacto fiscal está agotado” por Adrián Ventura; “Acataré y seré millones”, titula “Crítica” del 29 de mayo, Nicolás Wiñazki, aludiendo a los gobernadores provinciales que reciben fondos

en contraprestación por su lealtad al poder central; y “Una caja más tacaña” en el mismo diario del 6 de junio, denunciando el atraso de los envíos de fondos a las provincias no alineadas. En lo que va de 2008, se añade, el gasto primario de la Nación antes de los pagos de la deuda, creció un 35%; pero mientras los subsidios al sector privado se incrementaron un 53%, las transferencias discrecionales a las provincias, destinadas a obras públicas, planes sociales y programas productivos en cada distrito, cayeron un 0,3%. La razón del malestar en las provincias también responde a que los impuestos nacionales cuya recaudación crece más son los que no se coparticipan. “La Argentina, un país sin números”, “La Nación”, 15 de junio, Rafael Mathus Ruiz: la manipulación del índice de inflación, dice, es apenas la punta del iceberg, el actual gobierno hizo desaparecer números fiscales y económicos, indicadores sociales y cifras sobre la producción de energía; “Y un día tuvieron que decir la verdad”: el Indec admitió que la inflación anual fue del 20% en el último año (“Crítica”, 19 de junio); “El informe más insólito”, según el Indec la pobreza cayó al 20,6%, un dato que no se corresponde con la realidad porque se basa en la canasta de alimentos con precios oficiales (el mismo diario, 22 de mayo de 2008); “Un concepto autoritario y disciplinador” opina Claudio Lozano en “Crítica” del 16 de junio: lo que empezó siendo la manipulación del IPC se extiende hoy arrojando sombras sobre el índice de precios mayoristas, la tasa de desempleo, los indicadores de pobreza e indigencia, la medición sobre el consumo de servicios, el estimador industrial e incluso las mediciones sobre la actividad económica; y el 22 de mayo, también “Crítica” titula “Cristina y Alicia en el país de las maravillas”: el Indec apuró la difusión del índice de pobreza, se saltó un trimestre y ocultó la base de datos; “El gobierno ya gastó el 45% del presupuesto en subsidios”, hubo fuertes aportes para los sectores de la energía los alimentos y el transporte, según un informe de la Asociación Argentina de Presupuesto y Administración Financiera Pública (“La Nación”, 7 de junio de 2008); “Nuevo subsidio para las aerolíneas”, subirá el gasto público en unos \$330 millones por año (“La Nación”, 21 de junio, Diego Cabot); “Vuelven a reforzar la cartera de De Vido”, fondos por \$2.510 millones, originalmente destinados al financiamiento provincial, se usarán para energía y transporte (“La Nación”, 8 de julio, Francisco Olivera: el sector eléctrico recibió \$1.598 millones más de lo que tenía en el presupuesto original, por decisión del jefe de gabinete amparada en la ley 26.124 de “superpoderes” que le permite hacer y deshacer lo aprobado en el Congreso). “Dos funcionarios de Alberto Fernández frenan informes”: el jefe de gabinete llevó a dos leales a la Auditoría General de la Nación y puso a un militante kirchnerista en un área clave que investiga el destino de los fondos en dependencias oficiales (Crítica, 3 de junio de 2008, dice: La auditoría identificó un nuevo caso de millonarios sobrepagos en una obra energética, irregularidades en la distribución de fondos a las provincias, un pasivo no reconocido del Banco Nación y comprobó la responsabilidad del Ejecutivo en el caso Greco; con la incorporación de dos hombres cercanos a Fernández todas las auditorías en curso que podían comprometer la situación judicial de miembros del Ejecutivo, quedaron congeladas; en

fondos por apropiación indebida que la administración de la seguridad social hace tanto del dinero obrante en el sistema de reparto como en las cuentas de capitalización individual, receptoras de los aportes previsionales de años de trabajo, que se vulneran contra la voluntad de sus titulares ²⁷; las deficientes condiciones en que se presta el servicio de transporte y otros servicios públicos a pesar de los subsidios que se pagan sin control de resultados ²⁸. Y la miseria

“La Nación”, “Fondos públicos para desinformar”, editorial del 21 de junio y “El reino de la subinformación”, Néstor Scibona, 15 de junio). “Denuncian a 15 empresas por fraude en el acceso a subsidios” en el régimen de promoción de la maquinaria nacional, la Secretaría de Industria detectó presuntas estafas por 24 millones de pesos (“La Nación”, 19 de julio); “Una investigación de Ocaña tiene en vilo al mundo sindical”, analiza un polémico sistema de distribución de millonarios subsidios de salud (“La Nación”, 12 de julio). (Los diarios citados, todos del año 2008).

27 El funcionario infractor, Sergio Massa, fue premiado por los destinatarios del dinero indebidamente desviado con el cargo de jefe de gabinete del Poder Ejecutivo Nacional. “Ajustes en las AFJP por la pérdida del 20% de afiliados” (“La Nación”, 25 de mayo de 2008, Javier Blanco); si el Fisco no hubiera absorbido cuentas particulares de capitalización del sistema privado de jubilaciones, dice “La Nación” en su editorial del 16 de abril de 2008, el ejercicio 2007 hubiera arrojado un déficit financiero de 1.900 millones de pesos. Esto pone en evidencia -continúa- que la contrarreforma previsional sancionada en marzo de 2007 operó como un salvavidas fiscal y evitó que la Administración nacional expusiera un resultado deficitario por primera vez desde 2002; sin la ayuda de esa transferencia, del orden de los 7.500 millones de pesos, el resultado primario antes del pago de intereses hubiera sido de 14.900 millones, un 1,96% del producto bruto, insuficiente para afrontar los 17.178 millones de pesos de intereses de la deuda pública. *El recurso de quedarse con más fondos particulares del sistema de capitalización ya no parece accesible y requeriría una segunda contrarreforma que acabaría con ese sistema.* “Los jubilados siguen pagando deuda” dice “Crítica” del 23 de abril: El gobierno echó mano nuevamente a la caja de los jubilados para seguir al día con el vencimiento de la deuda pública; el Ministerio de Economía retiró de la Anses 2.750 millones de pesos mediante un bono; en la Anses admiten que la movilidad automática de los haberes de la clase pasiva es una materia pendiente, pero no arriesgan plazos, mientras que la oposición reclama que el gobierno cumpla con el fallo de la CSJN en el caso “Badaro”.

28 El sistema emergente del art. 42 de la Constitución Nacional postula la elaboración de un régimen jurídico de protección a las personas que se relacionan en posición de subordinación estructural, con especial referencia a “la calidad y eficiencia de los servicios públicos”, indicando al legislador la institución de procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos “y los

marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control”. El legislador sancionó diversas leyes en cumplimiento del cometido de instituir los marcos regulatorios (leyes 24.065, 24.076, 24.145, 24.240, 24.787, 24.999, 24.241, 24.449, 24.804, 25.156, etc.) pero en la realidad, la protección de las personas en posición de subordinación estructural a través de organismos de control adecuados con procedimientos idóneos para la calidad y eficiencia de los servicios, deja mucho que desear. “La ficción de la autarquía”, Crítica, 31 de mayo de 2008: la declarada autarquía de los entes reguladores de servicios públicos ha sido pervertida por las continuas intervenciones decretadas por el Poder Ejecutivo; según un informe de la Sindicatura General de la Nación, la Comisión Nacional Reguladora del Transporte no cumple con su labor de controlar a los concesionarios; hasta diciembre de 2007 una de las síndicas generales era la esposa del ministro De Vido; la Sindicatura debía publicar el informe en el mes de enero de 2008 y recién lo dio a conocer en la última semana de mayo pero fechado en enero. “Kaos le ganó la guerra a Control”, “Crítica” del 31 de mayo, Damián Glanz: no controlan, ni regulan, ni multan; funcionan bajo la órbita del Ministerio de Planificación y tienen un presupuesto de 1.800 millones de pesos, el doble de lo que se destina al Congreso o lo mismo que se gastará en todo el Poder Judicial en 2008; el informe de la Sindicatura dice caso por caso que la *Comisión Nacional de Comunicaciones* gastará este año 437 millones de pesos, lo que equivale al costo de construcción de 7.000 casas del plan federal de viviendas, anualmente recibe 4 millones de pesos para equipamiento informático y no posee una base de datos confiable de las sanciones que aplica a las telefónicas, todos los entes habilitan a las empresas mecanismos de apelación de las sanciones dilatando los plazos hasta que las multas pierden vigencia, del total de multas aplicadas desde 1993 hasta 2006, sólo se abonó el 2,1%; la *Comisión Nacional de Regulación del Transporte (automotor y ferroviario)* tiene un presupuesto para este año de 30 millones de pesos, no aplicó ninguna sanción para los trenes metropolitanos; el *Órgano de Control de Concesiones Viales*, fue denunciado en cuatro informes de la SIGEN y de la AGN porque permitió la renegociación de los contratos de las rutas nacionales a las mismas concesionarias que habían incumplido sus obligaciones, nunca les aplicó una sola multa y archiva las actuaciones en las que se evalúan faltas antes de que los técnicos determinen si corresponde una sanción; *Aeropuertos Argentina 2000*, de Eduardo Eurnekian, tiene un ente regulador exclusivo (ORSNA) que gasta por año 17 millones de pesos para no obligar a AA 2000 a respetar las reglas; *el ENRE* explicó a la SIGEN que no tiene parámetros establecidos que permitan evaluar la efectividad de las sanciones que aplica a Edenor, Edesur y Edelap, se toma 40 meses para decidir si corresponde una sanción. En enero de 2008, el sistema integrado del transporte un fondo desde el que se subsidia a trenes, colectivos y camiones, repartió 327 millones de pesos, suma que, comparada con la erogada en enero de 2007, significa un incremento del 307%; los más be-

a la que se encuentra sometida sin retorno gran parte de nuestra población que desde hace años y sin esperanza inmediata alguna de reversión de su situación, carece de vivienda digna, de medios suficientes para la nutrición adecuada de sus niños y madres embarazadas, de servicios sanitarios, de educación y de cualquier muestra mínima de equidad por parte de la sociedad a la que pertenecen. No

neficiados durante el primer mes del año fueron los trenes con subsidios por 89 millones de pesos (nunca antes desde que comenzaron los subsidios en junio de 2002, habían recibido tanto dinero en un solo mes), y todo, mientras el último informe de la AGN investiga al secretario de transporte y a otros funcionarios por una serie de irregularidades en la concesión de las líneas Mitre y Sarmiento a la empresa TBA; la Auditoría denuncia que por el deficitario estado general de conservación que presenta el sistema, la gestión del concesionario puede calificarse de ineficaz (“Crítica de la Argentina”, 24 de marzo de 2008). “Colectivos y trenes: más caros, pero también con más subsidios”, “La Nación”, 20 de julio, Diego Cabot: transcurridos seis meses desde que se puso en marcha el aumento de las tarifas de trenes y colectivos, los números de los subsidios muestran que no solo no se ahorró, sino que se gastó más; durante los primeros meses del año, los subsidios a trenes y colectivos subieron un 71% de acuerdo con los datos que aporta la Unidad de Control de Fideicomisos de Infraestructura, a lo que hay que sumar un monto indeterminado que se aplica a subsidiar el gasoil que usan los colectivos que circulan por el país. En el mismo ejemplar de “La Nación”, “Más plata para Moyano”: los giros al sector aumentaron un 345%. “La onda es fracasar pero con todo éxito”, titula Lanata un artículo en el que informa que el Estado subsidió durante el primer trimestre del año al sector energético con 2.548 millones de pesos, al transporte con 1.345 millones y al sector alimentario con 430 millones; estamos hablando -dice- en casi todos los casos, de grandes corporaciones oligopólicas o multinacionales, mientras que el subsidio para pequeñas y medianas empresas fue de 13 millones; el sector ferroviario es uno de los más beneficiados, todos los sueldos de los 10.000 trabajadores de Ferrocarriles Metropolitanos son pagados por el Estado, por cada peso que paga el usuario, el Estado aporta cerca de 2 pesos más; Líneas Aéreas Federales nunca voló, tiene cerca de 95 empleados que cobran salarios hace años; etc. etc. (“Crítica” del 20 de julio). “La renegociación de contratos estancada” dice “La Nación” del 20 de julio: a pesar de que la ley de emergencia económica se prorrogó cinco veces consecutivas desde 2002, poco y nada se avanzó hasta ahora en la renegociación de los contratos de los servicios públicos; en un minucioso informe que elaboró el Defensor del Pueblo de la Nación, Eduardo Mondino, se señala que más polémico aun es que la gran mayoría de los contratos que fueron rediscutidos, tienen una validez dudosa porque el Congreso no los aprobó en forma expresa como manda la Constitución. “La Argentina ahorraría el doble sin los subsidios” “Los subsidios casi igualan al superávit” dice Rafael Mathus Ruiz en “La Nación” del 20 de julio. (Los diarios citados, todos del año 2008).

debe haber una ausencia de gestión del Derecho más aberrante para el poder público que su indiferencia en el cumplimiento efectivo de la ley nacional que consagró el programa alimentario nacional ²⁹.

29 La ley 25.724 creó el Programa de Nutrición y Alimentación Nacional, en cumplimiento del deber del Estado de garantizar el derecho a la alimentación de toda la ciudadanía (art. 1), destinado a cubrir los requisitos nutricionales de niños de hasta 14 años, priorizando a las mujeres embarazadas y a los niños de hasta 5 años de edad (art. 2). La ley instituyó a la Comisión Nacional de Nutrición y Alimentación como autoridad de aplicación de la ley, y le asignó, entre otras funciones, la de asegurar la equidad en las prestaciones alimentarias y en el cuidado de la salud, *fixar los mecanismos de control que permitan una evaluación permanente de la marcha del Programa y sus resultados, y establecer un sistema permanente para la evaluación del estado nutricional de la población (art. 5 incisos c), d) y g)*. La ley se publicó el 17 de enero de 2003 y en su art. 11 estableció un plazo de treinta días contados desde su promulgación para la elaboración de los planes nutricionales a efectos de su inmediata aplicación, expresando en el artículo 12 que *el objeto de esta ley es desterrar la desnutrición en todo el territorio nacional*. Y bien: No sólo los índices de pobreza están bajo sospecha, también los programas para luchar contra ella, dice Martín Dinatale en “La Nación”, 1 de junio de 2008; mientras el gobierno impulsa un modelo de centros comunitarios en lugar de los planes sociales, la oposición alerta sobre los riesgos de cooptación clientelar. “En Jujuy se reprimió el hambre”: cinco mil personas marcharon contra la miseria en La Quiaca, pasaron tres días en el puente internacional; lo hicieron crucificados como símbolo de la pobreza y la miseria, a la vista de 10.000 habitantes que no tienen nada. Jesús Olmedo, el cura español que llegó a estas tierras en los ‘70, dijo no haber visto antes una represión tan violenta. En La Quiaca, la desnutrición infantil llega al 50%; la Prelatura tiene 89 comedores en la región que reciben 2.000 chicos todos los días. *La gobernación les pasa 50 centavos por cada chico como único concepto de alimentos*. Hace ocho años que pasa esto y no podemos más, reclama Olmedo (“Crítica”, 7 de junio de 2008, María Sucarrat; “Violenta toma y desalojo de la Municipalidad de La Quiaca”, “La Nación”, 7 de junio; “La Iglesia ratificó que la pobreza es escandalosa”, “La Nación”, miércoles 4 de junio; “Compromiso contra el hambre”, primer encuentro académico sobre el tema; *uno de cada cinco argentinos no puede comprar alimento*, dijo Juan Carr, “La Nación”, 24 de mayo). “Que vean la realidad en los barrios”: los comedores escolares replican al gobierno, dice “Crítica” del 22 de mayo, a mediados del año pasado venían a almorzar 80 chicos y hoy vienen entre 130 y 140 por día, dicen los responsables de los comedores en la Provincia de Buenos Aires, en plena Ciudad de Buenos Aires la escena, a la hora del almuerzo, no es muy diferente. “La gente pide más alimentos”, “Crítica”, 21 de mayo: a fines de abril, los índices de pobreza desaparecieron de la grilla del Indec, cuando las mejoras sociales de los últimos años comenzaron a revertirse; más allá de las estadísticas, referentes de movimientos sociales coincidieron en un agravamiento de

la pobreza. El entonces intendente de Tigre, Sergio Massa, recibió con preocupación los datos del aumento de la mortalidad infantil que en su distrito creció de 12,1 por mil en 2006 a 16,4 en 2007. “Un abismo aún separa a los más ricos de los más pobres”, dice Jorge Lanata en “Crítica” del 1 de junio: el coeficiente Gini que mide el nivel de desigualdad existente en una sociedad, hoy es casi tan grande como durante la segunda mitad de la década del 90; si se lo analiza desde la distribución funcional del ingreso que indica cuánto de lo producido por la economía va a los trabajadores, la participación de los asalariados ni siquiera ha vuelto a la de 2002. (Los diarios citados, todos del año 2008). Para el Banco Mundial, la acción del Estado para corregir la inequidad arroja pocos resultados. *Los pagos de intereses de la deuda externa representarán el 11,9% del presupuesto de 2008, casi cinco veces el destinado a promoción y asistencia social.* Los planes alimentarios, sanitarios y habitacionales destinados a los sectores más postergados que se ejecutan en diferentes ministerios, fueron los menos beneficiados en el reparto de los excedentes fiscales: recibieron apenas el 4,4% del superávit fiscal de los últimos cuatro años (“Crítica” del 8 de abril de 2008, Damián Glanz, “La redistribución no empieza por casa”: entre 2004 y 2007, el gobierno nacional incorporó más de 75.000 millones de pesos extra a los presupuestos anuales; los fondos previstos en cada una de las partidas presupuestadas o adicionadas por reasignación no llegaron en su totalidad a los pobres o indigentes; los programas de asistencia a los sectores más vulnerables acumularon durante los últimos cuatro ejercicios cerca de 2.100 millones de pesos de subejecución presupuestaria. ¿A dónde fue a parar el dinero extra que recaudó el Estado?: el principal destino fue a subsidios o préstamos a empresas privadas a través del Ministerio de Planificación Federal. Si el Poder Ejecutivo hubiese invertido el dinero subejecutado de los planes sociales, por ejemplo, podría haber alimentado 1.600.000 personas durante todo un año. Con 2.100 millones de pesos también se podrían haber construido 52.200 casas del plan federal de viviendas. El 29% del total de la ampliación presupuestaria de cuatro años fue derivado al Ministerio de Planificación, mientras que en el otro extremo, Desarrollo Social recibió 1,95% y Salud 1,45%). “La Nación”, en su editorial del domingo 20 de abril también analiza el destino de los excedentes fiscales y dice: se aprecia que no más del 5% se consagró a planes alimentarios, de salud y viviendas; y es elocuente que el principal beneficiario sea el Ministerio de Planificación Federal y no el de Desarrollo Social (“Una redistribución que no es tal”; las sumas provenientes de las retenciones no se coparticipan a las provincias y alimentan en cambio a la llamada “caja” que financia obras públicas de provincias y municipios mediante transferencias otorgadas según su grado de afinidad con el gobierno nacional). “Demuestran cómo fracasaron los planes alimentarios estatales”. El informe de una ONG dice que agravaron la inequidad nutricional y provocaron obesidad infantil: el Centro de Implementación de Políticas Públicas para la Equidad y el Crecimiento (Cippec) investigó y se encontró con que, lejos de ser eficaces, esos planes continúan acentuando en nuestro país las brechas de inequidad, que la coordinación entre los gobiernos

A los estudiosos del Derecho Administrativo no les interesa la gestión de la ley como función administrativa esencial. Siguen inmersos en discusiones bizantinas de siglos pasados acerca del acto administrativo como única forma conocida del ejercicio de la función. Y en ese marco, consideran esenciales todas las postulaciones acerca de sus requisitos de validez, la discrecionalidad, las condiciones impuestas a la pretensión impugnatoria, celebrando con gran júbilo la obtención de algún avance en el modo de cómputo de algún plazo. Están complacidos en ese círculo y permanecen apoltronados en él como si se tratara de un esquema inamovible. He llegado a convencerme de que es inamovible. Si no fuese por una nueva y pujante jurisprudencia, con carácter de doctrina judicial ³⁰, surgida desde el

nacional, provinciales y municipales para atacar ese flagelo es débil y, que, en muchos casos, las cajas de comida, por la insuficiente cantidad de nutrientes, terminaron creando el nuevo problema de la obesidad infantil. Los datos de la última Encuesta Nacional de Nutrición y Salud de la Nación dan cuenta de que las provincias del norte presentan peores condiciones socioeconómicas, como también nutricionales; Misiones y Corrientes tienen la mayor proporción de menores de seis años con bajo peso, y en Santa Fe y Corrientes están los mayores porcentajes de desnutrición crónica. Los programas alimentarios tienen un reducido seguimiento y escasean las evaluaciones de impacto una vez finalizadas las acciones puntuales (“La Nación”, 10 de julio de 2008); en el mismo ejemplar “Un viaje a la Argentina del siglo pasado, a 30 minutos del Obelisco”: en Ingeniero Budge las familias conviven con lepra, tuberculosis e infecciones; y “Formosa, \$400 para alimentar a seis hijos”; y el 11 de julio “Admiten que falla la ayuda alimentaria” en la Provincia de Buenos Aires, el Ministro de Desarrollo Social bonaerense reconoció que los planes nutricionales implementados por el Estado no logran los objetivos buscados).

30 No compartimos la idea de Alberto F. GARAY -cuyas reflexiones seguimos habitualmente con sumo interés- en cuanto extrema una posición que niega el empleo de un caso resuelto por la Corte Suprema de Justicia como precedente que generaliza excesivamente la particular situación decidida en él. No cabe ninguna duda de que, como él apunta con remisión a Genaro CARRIÓ, los jueces no pueden desentenderse de los hechos del caso que les toca juzgar, pero también es aceptable -y a ello adhiero cuando en el texto principal menciono con alcance general una *doctrina judicial*- la trascendencia del *obiter dictum*, sobre todo, cuando se expresa como lo ha hecho en la causa “Banco Comercial de Finanzas” que GARAY precisamente comenta, con una expresión tal que consagra el deber de los jueces de mantener la supremacía de la Constitución Nacional (Alberto F. GARAY, “Controversia sobre el control de constitucionalidad de oficio” JA Suplemento Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, 2008-II páginas 79 y siguientes, 30 de abril de 2008); la doctrina italiana se ha ocupado del tema sobre todo por la certeza del derecho que genera el sistema

fuero de la Justicia de la Ciudad de Buenos Aires -que los adoradores de la tradición ignoran a conciencia- hubiese permanecido en el convencimiento de que la concepción tradicional era definitivamente, inamovible.

2. *La ignorancia de la Convención Interamericana contra la Corrupción y de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. Los procedimientos administrativos alternativos (art. 42 Constitución Nacional)*

Agustín GORDILLO considera a la Convención Interamericana contra la Corrupción, aprobada por ley 24.759 de 1997, como el acontecimiento más importante desde que se dictó la Constitución que ha tenido por efecto un corte transversal del Derecho Administrativo (en el capítulo final del Tomo I de su *Tratado*, 6ª edición, 2001). Impone los criterios de *equidad y eficacia de la inversión* en virtud de los cuales el cumplimiento de los controles formales, incluida la autorización legislativa, ya no es suficiente *cobertura de legalidad para el gasto*. Antes de ella, los abogados del Estado estaban acostumbrados a observar si se habían cumplido los plazos formales de autorización del gasto público; ahora, deben *dictaminar acerca de la legitimidad del gasto en el sentido de eficiencia, publicidad, justicia o equidad*.

Trasmuta sustancialmente el derecho procesal de la investigación administrativa, el régimen de facultades regladas y discrecionales de la Administración, la relación de los usuarios con los concesionarios de servicios públicos con efecto sobre las ganancias de éstos que excedan límites objetivos, justos y naturales, y establece nuevos principios o conceptos jurídicos que son obligatorios para todos los agentes públicos nacionales, provinciales o municipales. Se trata de principios jurídicos indubitables cuyo incumplimiento comporta violación del orden jurídico interno y supranacional, aplicables principalmente en materia de contrataciones: *publicidad* con

del precedente judicial, la determinación de la *ratio decidendi* y su relación con la categoría del *obiter dicta* (Fabio SAITTA, “Valore del precedente giudiziale e certezza del diritto nel processo amministrativo del terzo millennio” Comunicazione al convegno su “Diritto amministrativo e certezza”, Seconda edizione delle Giornate Italo-Argentine di Diritto Amministrativo, Milano-Roma, 26 al 28 de abril de 2005; especialmente, la profusa remisión bibliográfica que efectúa).

un alcance que permita la comparación objetiva de precios por la opinión pública y los organismos de control, así como el ejercicio de acciones por parte de usuarios y consumidores, y la obligación de realizar audiencias públicas antes de la contratación; *equidad*, impuesta como condición de validez de la contratación; y *eficiencia*, que deberá ser materia de análisis específico tanto en los informes técnicos como en los dictámenes jurídicos, con lo que supera la legislación nacional vigente con anterioridad a ella que sólo impone a los organismos pertinentes una obligación de medios para exigir a partir de ella el análisis de una *obligación de resultado: la eficiencia de la inversión pública, el objeto mismo de la contratación, sus efectos para la sociedad, su relación costo-beneficio, su relación con precios internacionales; etc.* El funcionario que en funciones de asesoramiento letrado omite analizar y recomendar lo pertinente en este nuevo elemento propio de la legalidad, en cuya virtud es anti-jurídica la adjudicación que importe dispendio incausado de fondos públicos, incurre en responsabilidad personal.

El mismo Agustín GORDILLO advierte en su comentario que, no obstante su trascendencia, la Convención no es aplicada. Cuando el art. III inciso 1 -dice- exige un “correcto, honorable y adecuado cumplimiento de las funciones públicas”, ninguna ley hace falta para entender que estos conceptos jurídicos indeterminados son especialmente aplicables. Sin embargo, añade, para la burocracia, lo más importante es cumplir la norma escrita aunque sea injusta, ineficaz, arbitraria o desproporcionada: media en su actitud una defectuosa aplicación del orden jurídico que desconoce la jerarquía de los principios jurídicos.

Dos ejemplos, y sólo a título de muy limitado ejemplo, en el ámbito de la función pública de la Provincia de Buenos Aires. El 19 de junio de 2008 el Gobernador, sin cita alguna de norma atributiva de competencias -lo que es usual últimamente en los actos administrativos-, salvo el proemio del art. 144 de la Constitución que lo inviste como jefe de la Administración, decreta “*facultar al Instituto de la Vivienda a neutralizar los plazos de ejecución de aquellas obras públicas contratadas en el marco del Programa Federal de Construcción de Viviendas y del Subprograma Federal para el mejoramiento del hábitat urbano, obras de infraestructura y obras complementarias...a) Cuando -entre otros supuestos- la continuidad de los trabajos por la contratista, a juicio de esa repartición, resulte más con-*

veniente a los intereses fiscales". Se trata del decreto 1104³¹, en cuya motivación se pondera especialmente que las demoras en las obras de ejecución de las viviendas y de infraestructura "torna necesario arbitrar los medios tendientes a revertir esas consecuencias, priorizando el interés público comprometido en la realización de las obras en la inteligencia que la continuación de los trabajos por parte de la empresa contratista permitirá optimizarlo". ¿En la inteligencia de quién? ¿Documentado cómo? Sólo cuando "a juicio" de la repartición "resulte más conveniente a los intereses fiscales". Previo a la emanación del acto intervinieron, según consta en su texto, Asesoría General de Gobierno, Contaduría General de la Provincia y Fiscalía de Estado, y a juzgar por el contenido del decreto no parece posible que hayan tenido en cuenta las normas de la Convención Interamericana contra la Corrupción. El otro ejemplo de acto administrativo inconsulto emanado en el marco de prerrogativas exclusivas sin fundamento en ninguno de los principios esenciales consagrados en la Convención: Resolución 70/2008 de la denominada "Agencia" de Recaudación de la Provincia de Buenos Aires³², mediante la cual el director ejecutivo de dicha "agencia" crea la comisión de preadjudicación integrada por tres miembros titulares y dos suplentes, aprueba el reglamento para el funcionamiento interno de esa comisión y designa directamente a los miembros con nombre y apellido. De ninguna de las consideraciones efectuadas en la motivación del acto surgen los antecedentes personales académicos o funcionales de los designados, ni tampoco si se realizó concurso previo para la participación de otros postulantes y la evaluación consecuente; no obstante que la misión que se le asigna en el reglamento aprobado es la de intervenir en todo procedimiento de compra de bienes y contratación de obras y servicios, sea mediante licitación pública o privada "o contratación directa" *teniendo a cargo emitir informe que permita contratar en la forma que mejor convenga a los intereses fiscales, mediante opinión fundada.*

31 En www.abeledoperrot.com/noticias/mostrarnoticia RDA Legislación.

32 Para la crítica a la ligereza con que se atribuye el nombre de "agencia" a organismos administrativos que no son tales, remitimos a nuestro trabajo "La regulación económica en América Latina: profundas diferencias con el sistema de agencias que se pretende trasplantar" en JA 2008-II Suplemento Derecho Administrativo del 28 de mayo de 2008.

Ostensibles violaciones a las normas de la Convención Interamericana que, en nuestro país, se ha complementado con la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción adoptada en Nueva York el 31 de octubre de 2003 y aprobada por ley 26.097 publicada en el Boletín Oficial el 9 de junio de 2006³³, entre cuyas finalidades enunciadas en el art. 1º destacamos la de “promover la integridad, la obligación de rendir cuentas y la debida gestión de los asuntos y los bienes públicos, concordante con la obligación que asume cada Estado parte de mantener en vigor políticas eficaces contra la corrupción *que promuevan la participación de la sociedad y reflejen los principios del imperio de la ley, la debida gestión de los asuntos públicos y los bienes públicos, la integridad, la transparencia y la obligación de rendir cuentas.* Al reglar sobre contratación pública y gestión de la hacienda pública impone a cada Estado parte, entre otros deberes, reglamentar las cuestiones relativas al personal encargado de la contratación pública, con especial referencia a *procedimientos de preselección y requisitos de capacitación;* y en su artículo 10 manda adoptar las medidas que sean necesarias para *aumentar la transparencia en su administración pública, incluso en lo relativo a su organización, funcionamiento y procesos de adopción de decisiones,* entre las que destacamos, en el inciso b) “la simplificación de los procedimientos administrativos a fin de facilitar el acceso del público a las autoridades encargadas de la adopción de decisiones”, en un total acuerdo con la *participación de la sociedad* que postula en el artículo 13 procurando “aumentar la transparencia y promover la contribución de la ciudadanía a los procesos de adopción de decisiones” y “garantizar el acceso eficaz del público a la información” (apartado 1 incisos a) y b)).

La simplificación de los procedimientos administrativos a fin de facilitar el acceso del público a las autoridades encargadas de la adopción de decisiones, es un mandato incumplido en el ámbito del Derecho Administrativo que sigue considerando al procedimiento administrativo como un camino a seguir para obtener el dictado de

33 Fue publicada en la Revista de la Asociación Bonaerense de Derecho Administrativo, Año I N° 0 de diciembre de 2006. Recomendamos muy especialmente la lectura del artículo de Luis Federico ARIAS “La alquimia, el derecho y la política” en la misma revista, así como, del mismo autor, “De la corrupción, el Derecho y otras miserias” en obra colectiva *Ejercicio de la función pública. Ética y Transparencia*, en homenaje al profesor Bartolomé FIORINI, Platense, 2007.

un acto administrativo a partir del cual, y solo a partir del cual, se generan efectos exigibles para los destinatarios de la voluntad de la Administración así expresada. El profundo avance que significó la incorporación de las normas del debido proceso a las regulaciones del procedimiento administrativo y la posibilidad de intervención previa del interesado, no ha permitido la superación de su desarrollo cerrado al caso en cuestión, sin participación activa de la sociedad civil cuya intervención “cambia el sentido descendente de elaboración de las normas en la pirámide normativa”³⁴. La Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal dictó una excelente sentencia de avanzada en relación a esta cuestión, en causa “Torello, Susana T. c. Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados”, en fecha 2 de febrero de 2000, al confirmar la sentencia de primera instancia que, en vía de amparo, declaró la nulidad de una cláusula del pliego de bases y condiciones del contrato de gerencia del servicio de salud. En su apelación, la demandada adujo, en lo que aquí interesa,

34 Miguel A. CIURO CALDANI, “Las teorías jurídicas y la sociedad civil” JA 2007-I, fascículo 7. Ver en GORDILLO, Agustín *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo 4 “El procedimiento administrativo”, 8ª. edición, FDA, Buenos Aires, 2004, Anexo, Reglamento general de audiencias públicas para el Poder Ejecutivo Nacional; reglamento general para la publicidad de la gestión de intereses en el ámbito del Poder Ejecutivo Nacional; reglamento general para la elaboración participativa de normas; reglamento general de reuniones abiertas de los entes reguladores de servicios públicos. También CAPLAN, Ariel-SCHEIBLER, Guillermo (coordinadores), *Manual de Ciudadanía Activa*, Asociación Civil “Carlos Sánchez Viamonte”, Buenos Aires, 2005, especialmente, capítulos 5, “La importancia de la participación” y 6, Defensa del consumidor, así como los capítulos 7 en adelante sobre los servicios públicos en particular; y SCHEIBLER, Guillermo M., “Presupuesto participativo: una redefinición de la relación Administración-sociedad civil”, La Ley 2004-C, 1058. Sumamente interesante en este aspecto, la decisión de la CNCAFed, Sala V, en “Morales, Gerardo y otro v. Estado Nacional”, en cuanto sostuvo que el objeto fundamental del Reglamento General del Acceso a la Información Pública aprobado por decreto 1172/2003, consiste en hacer efectivo el principio de la publicidad de los actos de gobierno y el consiguiente derecho de los ciudadanos a saber qué, cómo, cuando y quienes formulan las opiniones y toman decisiones adoptadas por sus representantes electos evitando tanto el secreto como la reserva innecesaria o la reticencia de las organizaciones gubernamentales a mantener a la opinión pública debidamente informada (sentencia del 18 de octubre de 2007, con nota de Marcela I. BASTERRA “Un nuevo aporte al desarrollo del derecho de acceso a la información pública”, en JA 2008-II, fascículo 10 del 4 de junio de 2008).

que todo el derecho de las asociaciones podría verse afectado si un solo miembro pudiera revisar las contrataciones de las entidades, planteando expresamente la falta de legitimación de Torello para accionar. La Cámara dijo que *el interés actual de la actora es evitar que cláusulas como las que aquí se cuestionan, puedan poner en riesgo el patrimonio del Instituto y sus prestaciones, y por ende, el derecho a la salud de los beneficiarios*; y que existe un perjuicio real y concreto que da lugar a la viabilidad formal del amparo *en la medida en que las cláusulas no atenderían los objetivos que el PAMI debe satisfacer, sino que jurídicamente lo colocaría en una situación de sometimiento al imponerle una obligación indemnizatoria que lo forzaría a mantener el contrato, con los evidentes perjuicios que ello podría provocar en relación con los afiliados. No se cuestiona en autos* -añade la Cámara en el punto 6- *la capacidad del PAMI para contratar, ni las modalidades de la contratación que se implementó a través del concurso, sino la razonabilidad de la mentada cláusula en cuanto pudiera tornarse arbitraria y abusiva, con daño cierto para la Institución y, en última instancia, para sus afiliados* ³⁵. Además -con-

35 He aquí una impecable evaluación de la absoluta coincidencia entre el interés general y el interés particular -cuya absurda oposición ha fundado el Derecho Administrativo tradicional- que hemos destacado al comentar la sentencia del Juzgado en lo Contencioso Administrativo N°1 de La Plata en causa “Ecodyma Empresa Constructora S.A. c. Fisco de la Provincia de Buenos Aires”, en LL Suplemento Derecho Administrativo del 19 de noviembre de 2004, bajo el título “Un juez contra el eje autoritario del Derecho Administrativo”. Agustín GORDILLO, en “Felicidad colectiva, interés público, bien común, *omnis et singulatis. Everything and Nothing*”, “La inefable felicidad colectiva”, “Interés público e interés individual”, “El interés público no es el interés de la administración pública”, todos citados en nota 47 de Introducción al tomo 3 de su *Tratado* (Int. 9) 9ª. edición, 2007, para el apartado 3 “La prevalencia de un interés sobre otro”, cuando aborda las “pseudos nociones fundantes del Derecho Administrativo”. Lamentablemente, la Sala III de la misma Cámara Federal se apartó del precedente “Torello” al desestimar una medida cautelar tendiente a ordenar al Estado Nacional “abstenerse de suscribir un contrato de concesión del servicio de agua potable y desagües cloacales sin antes celebrar una audiencia pública, dado que la pretensión cautelar procura alterar una situación de hecho suspendiendo un procedimiento que ya se ha iniciado”; “si bien del artículo 42 de la Constitución Nacional - dijo la Cámara - resulta la necesaria participación de los consumidores y usuarios en los organismos de control de los servicios públicos a fin de garantizar una adecuada protección de los derechos que se les reconocen, los mecanismos tendientes a ese fin deben implementarse

cluye la Cámara convalidando la identidad entre el interés general y el interés particular que destacamos en nota anterior- *el mantenimiento de una contratación que pudiera resultar inconveniente o contraria al interés de los beneficiarios del sistema, redundaría en evidente perjuicio para éstos en relación con las prestaciones médico asistenciales que reciben.*

Es imprescindible brindar un nuevo enfoque al procedimiento administrativo frente a la crisis del sistema autoritario que planteamos, porque concebido como instituto propio del ámbito de la autoridad, en cuanto límite impuesto al ejercicio de prerrogativas públicas, resulta extraño a toda idea de participación pública en el ejercicio de función administrativa. Todas las regulaciones vigentes exigen la calidad de parte interesada a quien pretende intervenir en el procedimiento, guiada por las categorías estancas del derecho subjetivo y el interés legítimo, con la consecuencia aberrante de una denuncia de ilegitimidad pergeñada como obstáculo para el acceso a la Justicia. Así concebido, el procedimiento administrativo no resulta idóneo para canalizar el derecho a la información vinculado a la transparencia en el ejercicio de la función administrativa. La legitimación acotada sobre cuya base se elaboraron las normas de procedimiento en la segunda mitad del siglo XX, no se compadece con el derecho pleno de cualquier ciudadano de acceder a documentación pública o concurrir a una audiencia pública o intervenir en el procedimiento de elaboración de normas generales. La vinculación histórica del procedimiento administrativo a la emanación del acto administrativo de autoridad lo transforma hoy en un instituto insuficiente para el consenso exigido desde la filosofía o la sociología como pilar del nuevo proceso social superador del Estado moderno concebido a fines del siglo XVIII. Si la participación se limita solo a una intervención legitimada en calidad de parte interesada y el particular debe esperar a que el acto le ataña, la transparencia no está asegurada. Una nueva concepción del procedimiento administrativo comprende a los procedimientos alternativos a que se refiere el art. 42 de la Constitución Nacional; en tal sentido, el derecho de defensa del consumidor ha mostrado una faceta diferente del Derecho Público y ha expuesto otros modos de gestión del derecho ajenos al acto

a través de una ley del Congreso” (en “Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia v. Estado Nacional” 14 de febrero de 2008, JA 2008-II, fascículo 12)

administrativo de autoridad. En causa “Caplan, Ariel R. c. Ministerio de Economía”, el Juzgado Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal N° 8 hizo lugar a la medida autosatisfactiva solicitada por el representante de asociaciones de usuarios y consumidores en la Comisión de Renegociación de Contratos de Obra Pública y ordenó al Ministerio de Economía que, en forma inmediata, entregue al actor la información de la cual dispone la mencionada comisión y *permita su acceso sin restricciones a las reuniones de equipos técnicos efectuadas a los efectos de la negociación contractual* (16 de mayo de 2005). Un paradigma del cambio sustancial que propugnamos ³⁶.

3. Vigencia operativa de las normas internacionales.

La obra de Agustín GORDILLO

La trasgresión sistemática por el Estado de su propio Derecho -dice GORDILLO- lleva a la creación de un Derecho supranacional y organismos supranacionales de control ³⁷; la regulación internacional es creciente apunta en el *Tratado* T. I, 8ª. ed., IV-11, reflexionando acerca de la “distribución y fractura mundial del poder estatal” y la participación ciudadana (3.3 y 3.5), para concluir sobre la Administración y la sociedad futuras en que seguirá produciéndose la fractura y transferencia de poder político y normativo del Estado a las regiones, se incrementarán los órganos y las normas supranacionales y se multiplicarán los organismos de control del poder político y del poder económico (3.7.8, IV-17). Recuerdo con especial atención las palabras de María Graciela REIRIZ vertidas en oportunidad de cerrar un congreso internacional de Derecho Administrativo en la Universidad de Buenos Aires en el año 2004, que ella había

³⁶ También, CNCAFed, Sala IV en “Defensor del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires y otro c. INSSPJ” del 10 de febrero de 1999, hizo lugar a la medida cautelar y suspendió el procedimiento licitatorio hasta que se remita información, por aplicación del art. 42 CN en el que el derecho a la información resulta imprescindible para todo usuario o consumidor.

³⁷ En “Génesis y desarrollo de la crisis”, con referencia a “Los hechos a comienzos del siglo XXI”, *Tratado*, parte general, 8ª. edición, IV-4, con remisión a “La supranacionalidad operativa de los derechos humanos en el derecho interno”, LL Actualidad, 17-IV-1990, también reproducido como capítulo III de *Derechos Humanos* desde la 1ª edición de 1990 (ver ahora 4ª. edición, 1999 que, juntamente con la 8ª. edición del Tomo I del *Tratado*, constituyen la fuente de información de este acápite de nuestro trabajo).

organizado, referidas a Agustín GORDILLO. Dijo entonces, hablando en esa oportunidad de autoridades administrativas independientes con un reconocimiento encomiable solo posible en una académica de su entidad, que estando presente GORDILLO ella se consideraba una “intrusa” en el tema, destacando que Gordillo siempre se adelantó a su tiempo en el planteo de las cuestiones y haciendo que todos los demás llegáramos tarde a exponer sobre las mismas. Pocas veces escuché un juicio de valor más acertado: a Agustín GORDILLO debemos la advertencia sobre las bases políticas, supraconstitucionales y sociales del Derecho Administrativo y las fuentes supranacionales del Derecho Administrativo (capítulos III y VI del Tomo I ya citado). Lo que se creyó máxima aspiración en el pasado -dice en III-15-, la sujeción de la Administración a la ley y el también necesario sometimiento de la ley a la Constitución, queda así superado por el paso final de la subordinación de todo el Derecho interno a un Derecho supranacional e internacional, destacando que estas transiciones otorgan un rol muy importante al Poder Judicial. De allí que incluamos esta apretada síntesis en el estudio de la trascendencia institucional del litigio de Derecho Público, porque la transformación fue tan profunda a partir del reconocimiento de la imperatividad de las normas y principios supranacionales y la aplicación directa de ellos, que resulta sorprendente la abstención de los doctrinarios y de la jurisprudencia a considerar el cambio que hace absolutamente incompatible la permanencia de un proceso judicial, tal y como viene estructurado en nuestros códigos procesales. En 1990 GORDILLO precedió a la Constitución en el orden de prelación de las fuentes del Derecho Administrativo (T. I VI-3, con remisión a LL 1992-B, 1292); y en el mismo orden, enuncia los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que abrieron camino en el tema: especialmente, “Girolodi”, 1995 (*Fallos*, 318:514). En el capítulo II de *Derechos Humanos*, 4ª. edición, bajo el título “La creciente internacionalización del derecho”, enseña que si bien la materia de los Derechos Humanos es la primera y más importante manifestación de la internacionalización del Derecho, no es la única; y sobre tal base, se propone mostrarla en su contexto. Alude a las dificultades del estudioso del Derecho local para aceptar esa supremacía y afirma -en II-15- que el Derecho interno, leyes incluidas, deberán ceder ante el Derecho supranacional creado por los organismos a los que el país suscriba, *y que corresponderá a los jueces locales aplicar dicho derecho supranacional de manera inmediatamente operativa y en base a la juris-*

prudencia internacional; concepto que reitera en el punto 4.3 (II-21, siempre de “Derechos Humanos”) cuando dice que *en defecto de ley reglamentaria del Congreso corresponde -lo mismo que en materia constitucional- la aplicación directa de la Convención por los jueces*. En la Introducción al tomo 3 del *Tratado* -“El acto administrativo”, 9ª. edición, FDA, 2007- comienza con una enumeración insuperable de las “seudo nociones fundantes del Derecho Administrativo”, entre las que destacamos su afirmación de que el acto administrativo y el contencioso administrativo nacen de la Revolución Francesa y nos llegan trasvasados con el peso de haber nacido como privilegio del funcionario o compromiso con el poder, para concluir que en el sistema de “fractura del poder” que propone -int.4 nota 20- han ganado aceptación instituciones nuevas como la participación, audiencias públicas, la legitimación en los derechos de incidencia colectiva, los efectos *erga omnes* de las sentencias, las cautelares autónomas y anticipatorios, etc. Propone ubicar el eje del proceso administrativo en la *tutela judicial efectiva* superando el esquema de la jurisdicción revisora, acude una vez más a su propuesta de *juzgar los hechos* en el marco de una Justicia ordinaria, y denuncia el sistemático incumplimiento de la Constitución, concluyendo con un significativo “*Quo Vadis?*” que apela para la superación definitiva de la dogmática tradicional, a un *esfuerzo social concertado* atribuyendo a la doctrina *la responsabilidad moral primaria para posibilitar una construcción crítica*. Coincide, naturalmente, con COHEN-TANUGY cuando expone como propósito de su obra “*à inciter les juristas à sortir de leur retraite*” (en *Le Droit sans l'Etat*, París, 1985) y con CIURO CALDANI cuando exige un lúcido despliegue doctrinario para el cambio que se inicia en nuestro tiempo y censura la abstención como una actitud demasiado peligrosa (en nota inicial al punto C de este trabajo).

4. *El cambio sustancial en la contienda judicial a partir de la aceptación del ejercicio de la función administrativa como determinante de la materia justiciable*

Si la Convención Interamericana contra la Corrupción significó un corte transversal en el Derecho Administrativo que trasmutó sus instituciones básicas, la aplicación directa de las normas internacionales por los jueces que así lo hacen, priorizando naturalmente su superioridad frente a todas las regulaciones procesales dictadas alrededor del eje principal de la pretensión impugnatoria, sellará defi-

nitivamente la extinción de un proceso limitado en sus alcances bajo el estigma de la calidad esencialmente especial de la jurisdicción contencioso administrativa ³⁸. Los derechos sociales consagrados por las normas internacionales, no pueden depender de una relación jurídico administrativa que los instituya como se exige en el marco del sistema autoritario en el que solo el acto administrativo como expresión de un poder legal genera vínculos jurídicos exigibles. De tal modo, y admitida así la intrascendencia en la cuestión del acto administrativo en su concepción tradicional de decisión productora de efectos jurídicos, el litigio de Derecho Público debe redefinirse en el nuevo contexto que proponemos: la posibilidad de exigir directamente una gestión administrativa sin necesidad de provocar un pronunciamiento de la Administración. Es, en definitiva, el principio que inspira el último párrafo del artículo 166 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires cuando estatuye a la mera “actuación u omisión en el ejercicio de función administrativa” como determinante de la materia justiciable en el proceso judicial del fuero. De allí en adelante, toda la normativa inferior deberá ser revisada por los jueces, absteniéndose de su aplicación cuando entren en contradicción con el plexo superior al que nos referimos, tal y como lo hizo, magistralmente, la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo de San Martín en la causa “Comper S.A.” ³⁹.

38 Hemos alertado acerca de la irreverencia que importa para la garantía universal del acceso a la Justicia y la tutela judicial continua y efectiva, admitir que tal acceso pueda ser regulado por una ordenanza municipal que impone al efecto la interposición de recursos administrativos tortuosos, en una sentencia en la que se omite abiertamente la ponderación del carácter universal de aquella garantía y se resuelve la cuestión comenzando por la aplicación lisa y llana de las normas de inferior jerarquía: lo más grave, en una Provincia en que la tutela judicial continua y efectiva está consagrada expresamente, además, en su Constitución (art. 15 Const. Prov. Bs. Aires; SCJBA en “Telefónica de Argentina c. Municipalidad de La Plata” del 7 de marzo de 2007 en JA 2007-III suplemento del fascículo 4, 25 de julio de 2007, con nuestra nota “La reglamentación del derecho de acceso a la Justicia por ordenanza municipal según la Suprema Corte de Buenos Aires”).

39 Lo mismo, cuando reconoce legitimación a vecinos y concejales de un municipio para iniciar una acción de amparo con el fin de que el departamento ejecutivo brinde información sobre el estado de ejecución del presupuesto de gastos (en “Galinelli, Patricia y otros c. Municipalidad de Lincoln”, del 24-11-2005).

C. Trascendencia institucional del litigio de Derecho Público

El cambio que se inicia en nuestro tiempo requiere un protagonismo humano que ha de ser apoyado por un lúcido despliegue doctrinario. No negamos el riesgo de que la doctrina no esté a la altura del gran esfuerzo que deberán hacer todo el Derecho y la cultura en su conjunto para dar solución a las nuevas cuestiones, pero entendemos que la abstención es una actitud demasiado peligrosa

(Miguel A. CIURO CALDANI, “La doctrina jurídica en la postmodernidad”, en *Jurisprudencia Argentina* 1999-III-938 y siguientes, especialmente, 947 ⁴⁰)

40 Miguel A. CIURO CALDANI es investigador del Conicet y director del Centro de Investigaciones de Filosofía jurídica y Filosofía social de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario. En el trabajo citado analiza la post modernidad diciendo que el nombre es indicativo de una realidad sociológica que nos parece evidente, aunque su valoración nos resulta a veces positiva y otras negativa: reconocer la post modernidad no quiere decir aprobarla en todas sus manifestaciones (trabajo citado, nota 29). La doctrina jurídica de la modernidad -dice- estuvo apegada a la concepción del Derecho estatal, coactivista y legalista, en tanto en el mundo actual se ha de hacer frente a la declinación de la estabilidad. En “Las teorías jurídicas y la sociedad civil” (JA 2007- fascículo n°7) destaca en el mismo sentido que *la reducción de lo jurídico a la estabilidad priva a la juridicidad de despliegues que nos parecen de gran significación*, remitiendo a SOUTHALL, Aidan, “Sociedad no estatal” en SILLIS, David, director, *Enciclopedia internacional de las Ciencias Sociales*, t. 10, 1977, Aguilar, Madrid, p. 49 y ss.; y adoptando ideas de Norberto BOBBIO, entiende por *sociedad civil* la esfera de relaciones entre individuos, entre grupos y entre clases sociales que se desarrollan fuera de las vinculaciones de poder que caracterizan a las instituciones estatales. El protagonismo estatal que en mucho caracterizó a la modernidad -agrega- es hoy, en la post modernidad, disminuido en relación con la presencia de la sociedad civil; la sociedad civil brinda cauces de *audiencia y diálogo* diversos de los estatales; la crisis del Estado contribuye a afirmar la razonabilidad de la presencia de la sociedad civil. El autor acude al “trialismo” para explicar que en el mundo jurídico actual se incluyen no solo *repartos autoritarios* desenvueltos por imposición y realizadores del valor poder, sino también *autónomos*, desarrollados por acuerdos y satisfactorios del valor cooperación; *la inclusión de la autonomía en la juridicidad* -destaca- *tiene gran relevancia para estudiar la sociedad civil; la presencia de la sociedad civil acentúa la dinámica del régimen y significa cierto sentido revolucionario de la organización social; la sociedad civil suele contribuir a desenmascarar la*

1. *En la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación: el deber de los jueces de mantener la supremacía de la Constitución*

La Corte Suprema de Justicia de la Nación se evidencia en los fallos más recientes, a la altura del gran esfuerzo que deberá hacerse para brindar al litigio de Derecho Público una trascendencia institucional propia del profundo cambio social que se manifiesta en nuestro tiempo. Claramente, se aparta del camino de la abstención o el desconocimiento que han emprendido muchos estudiosos que permanecen complacidos en su propio pensamiento. En primer lugar, al consagrar la facultad de los jueces para ejercer de oficio el control de constitucionalidad de las leyes, con la expresa consideración de que “la potestad de los jueces de suplir el derecho que las partes no invocan o invocan erradamente -trasuntado en el antiguo adagio *iura novit curia*- incluye *el deber de mantener la supremacía de la Constitución (art. 31 Carta Magna) aplicando, en caso de colisión de normas, la de mayor rango*” (en “Banco Comercial de Finanzas S.A.”, fallo del 19 de agosto de 2004; con precedente en “Mill de Pereyra, Rita Aurora y otros” del 27 de setiembre de 2001, y las remisiones de ambos). Al amparo de tales principios y de los enunciados en torno a la supremacía de las normas internacionales, deberá oportunamente revisar las declaraciones contenidas en su sentencia en causa “Serra”, a la que ya nos referimos, desarrollada sobre la base de anquilosados dogmas del Derecho Administrativo que no se compadecen ni con nuestro sistema institucional ni con los derechos y garantías emergentes de aquellas normas.

Y como consecuencia de este enunciado primordial, aparece la solución que ha brindado a los casos sometidos a su conocimiento en diversas materias, condenando a las autoridades administrativas de que se trate al cumplimiento efectivo de las normas que debe gestionar y que ha omitido gestionar en infracción al cometido esencial que justifica la existencia de las mismas en tal carácter. El proceso judicial en materia administrativa adquiere así su real dimensión en el ámbito de la jurisdicción judicial única que impone la condena emergente de una contienda, en la que la única particularidad

inexactitud (no cumplimiento) de las normativas estatales que prometen lo que no se realiza. La presencia de la sociedad civil modifica la institucionalidad del Estado.

posible radica en su trascendencia institucional y los consiguientes efectos de alcance general que la sentencia contiene por la materia que le es propia.

a) *Desnutrición*

A los avances registrados en los fallos que juzgaron acerca de la gestión administrativa en materia de salud -principalmente “Asociación Benghalensis y otras c. Estado Nacional” del 1 de junio de 2000⁴¹- siguieron las decisiones que hicieron lugar a las medidas cautelares en acciones de amparo deducidas a favor de niños desnutridos del barrio La Matera de Quilmes con el objeto de *hacer cesar las acciones y omisiones que se imputan a las demandadas con relación al Programa Nacional de Nutrición y Alimentación creado por la ley 25.724*⁴². En esos términos, ordenó a la Provincia de Buenos

41 La responsabilidad del Estado -dijo entonces la Corte- en su condición de autoridad de aplicación que diseña el plan de distribución de los medicamentos para los enfermos de SIDA -Ley de Lucha contra el SIDA 23.798- no se agota con las entregas, *sino que debe velar por su correcto cumplimiento, asegurando la continuidad y la regularidad del tratamiento médico*: una auténtica condena a la efectiva gestión del Derecho; también CSJN, “Floreancing, Andrea C. y otro c. Estado Nacional” del 1 de julio de 2006: “La autoridad pública tiene la obligación impostergable de garantizar el derecho a la salud con acciones positivas”; “Gallardo, Guadalupe y otros c. Dirección de Ayuda Social para el personal del Congreso” del 20 de febrero de 2007: “la autoridad pública tiene impostergable obligación de emprender acciones positivas, especialmente en todo lo que atañe a facilitar el acceso efectivo a los servicios médicos y de rehabilitación que requieran los infantes... *cuyo interés superior* debe ser tutelado por todos los departamentos gubernamentales”; “Defensor del Pueblo de la Nación c. Provincia de Buenos Aires” del 24 de abril de 2007 que hizo lugar a la medida cautelar ordenando el inmediato suministro de drogas oncológicas, sin perjuicio de lo que en definitiva se resuelva sobre la competencia; entre otras.

42 A todas las leyes incumplidas por omisión de gestión administrativa ya denunciadas en notas precedentes, debemos sumar la ausencia de gestión efectiva del Derecho con relación a la ley 26.233 que tuvo por objeto “la promoción y regulación de Centros de Desarrollo Infantil” para la atención de cada niña y niño en su singularidad e identidad, la estimulación temprana a fin de optimizar su desarrollo integral, la igualdad de oportunidad y trato, etc., garantizando las normas de higiene, salubridad y nutrición, los controles periódicos de crecimiento y desarrollo requeridos para cada edad y un sistema de registro que permita el seguimiento del crecimiento y desarrollo de cada niño y niña. La autoridad de aplicación de la ley, Secretaría de la Niñez, Adolescencia y Fa-

Aires y a la Municipalidad de Quilmes que *provean a los amparistas y sus hijos, los elementos necesarios para asegurar una dieta que cubra las necesidades nutricionales básicas y realicen controles sobre la evolución de su salud* (en causa “Rodríguez Karina V. c. Estado Nacional y otros” del 7 de marzo de 2006; en la misma fecha “Esquivel R. y otro c. Provincia de Buenos Aires y otros” en LL DJ 2006-3, 540 y siguientes, con nota de Lisandro E. FASTMAN “El derecho humano a la alimentación”; también en causa “Quiñone, Alberto J. c. Provincia de Buenos Aires” del 11 de julio de 2006, y en causas “Gómez, Norma”, “Gómez, Miriam” y “Leiva de Rotela”⁴³). El 18 de

milia del Ministerio de Desarrollo Social de la Nación, ni siquiera ha acusado recibo de las medidas cautelares ordenadas por la Corte Suprema de Justicia respecto de los niños del barrio La Matera de Quilmes, tal y como lo denunciarnos, en general, en Jurisprudencia Argentina 2007-IV fascículo 3 bajo el título “Incumplimiento de una orden cautelar de la Corte Suprema de Justicia de la Nación: Asegurar una dieta que cubra las necesidades nutricionales básicas de una familia”, destacando la generosa tarea solitaria del Abogado Gonzalo Permyu Vidal que pese a sus esfuerzos sobrehumanos no logra que los jueces federales de La Plata concreten la orden cautelar. En “Inserción social en la gestión administrativa” ya citado, bregábamos porque en los congresos de la disciplina se abordaran estos temas, sin perjuicio de elogiar los talleres que realizaba en el marco de sus congresos la Asociación de Derecho Administrativo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires presidida con decisión en tal sentido por Mabel Daniele. Debemos agregar ahora la realización de unas jornadas inusuales organizadas por la Asociación Bonaerense de Derecho Administrativo que preside Carlos Botassi y el CELS, en la Ciudad de La Plata, los días 18 y 19 de octubre de 2007 sobre “Derecho y Vulnerabilidad Social”, a la que concurrieron escasos tres o cuatro abogados jóvenes dedicados al estudio del Derecho Administrativo. Los especialistas de nuestra disciplina se privaron así de conocer las profundas deficiencias en la gestión efectiva de los derechos sociales narrada directamente por las personas alcanzadas por el flagelo de tal omisión: representantes de la Federación Tierra y Vivienda, del Movimiento Cartoneros de la Argentina y de la Unión de Cartoneros Platenses, de las Madres contra el “paco” de Villa Lamadrid, Partido de Lomas de Zamora, del Programa Médicos Comunitarios, de la Comunidad Boliviana de Escobar, de las Comunidades Mapuche y Tehuelche, etc. Nuestro agradecimiento especial a Luis Federico Arias, motor de tan significativa reunión, junto a Susana Mariel Cisneros, Sandra N. Grahl, Sonia Herrera, y demás colaboradores.

43 Comentamos estas trascendentes decisiones en LL Sup. Administrativo del 11 de junio de 2006, con especial énfasis en la crítica negativa al voto de Highton de Nolasco y Argibay que adhirieron a la doctrina anterior de la Corte expuesta en “Ramos, Marta y otros v. Provincia de Buenos Aires” del 12 de marzo de 2003, bajo el título “La zona de reserva de la administración en materia

setiembre de 2007, la Corte Suprema de Justicia ordenó al Estado Nacional y a la Provincia del Chaco, también con alcance cautelar, “el suministro de agua potable y alimentos a las comunidades indígenas que habitan en la región sudeste del Departamento General Güemes y noroeste del Departamento Libertador General San Martín de esa provincia, como así también de un medio de transporte y comunicación adecuados, a cada uno de los puestos sanitarios. *Corresponde al Poder Judicial de la Nación* -dijo la Corte en esa causa caratulada “Defensor del Pueblo de la Nación c. Estado Nacional y otra”- *buscar los caminos que permitan garantizar la eficacia de los derechos y evitar que estos sean vulnerados, como objetivo fundamental y rector a la hora de administrar justicia y de tomar decisiones en los procesos que se someten a su conocimiento*, sobre todo cuando está en juego el derecho a la vida y a la integridad física de las personas, sin que deba verse en ello una intromisión indebida, cuando lo único que se hace es tutelar derechos, o suplir omisiones en la medida en que aquéllos puedan estar lesionados. La gravedad y urgencia de los hechos denunciados -agregó- exige que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ejerza el control encomendado a la justicia sobre las actividades de los otros poderes del Estado y en ese marco, adopte las medidas conducentes que...tiendan a sostener la observancia de la Constitución Nacional”⁴⁴.

de derechos sociales II”. Las jueces disidentes se enrolaron luego en la doctrina correcta, al votar en “Defensor del Pueblo de la Nación c. Estado Nacional y otra”, el 18 de setiembre de 2007 (LL DJ 2007-3, 683).

44 También protegió de modo magistral la situación de extrema necesidad de un obrero lesionado en un accidente ferroviario en la Provincia de Tucumán, cuyas autoridades no pagaron oportunamente la indemnización a la que la Provincia fue condenada judicialmente y pretendían hacerlo, con diez años de demora, en bonos de consolidación de la deuda pública (en “Chaves, Fabián Mario c Provincia de Tucumán” del 4 de marzo de 2008). La Corte abordó los hechos en el marco de esta contienda ordinaria; al mejor estilo expuesto desde años atrás por Agustín GORDILLO, describió sobre la base de ellos la situación de necesidad por la que atravesaban el actor y su familia, aprobó la liquidación obrante en autos y trabó embargo directamente sobre las cuentas bancarias de coparticipación de la Provincia. Lo comentamos en Suplemento La Ley Administrativo del 5 de junio de 2008, bajo el título “La Corte decidió tutelar de manera efectiva una situación de desamparo e indigencia (o acerca de cómo deberán asumir su vergüenza las autoridades de la Provincia de Tucumán)”: no creo que estén capacitadas para asumir la vergüenza tal y como lo reclamábamos, a juzgar por la muerte de un hombre en la ciudad de San Miguel de Tucumán, en

b) Medio ambiente

La Corte confirió auténtica significación a la cláusula incorporada por la reforma de 1994 como artículo 41 de la Constitución Nacional, en cuanto establece que todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. “El reconocimiento de estatus constitucional del derecho al goce de un ambiente sano -dijo entonces en “Mendoza, Beatriz S. y otros v. Estado Nacional y otros”, en fecha 20 de junio de 2006- *“no configura una mera expresión de buenos y deseables propósitos para las generaciones del porvenir, supeditado en su eficacia a una potestad discrecional de los poderes públicos, federales o provinciales, sino la precisa y positiva decisión del constituyente de 1994 de enumerar y jerarquizar con rango superior a un derecho preexistente, que frente a la supremacía establecida en el artículo 31 CN y las competencias regladas en el artículo 116 CN para la jurisdicción federal, sostiene la intervención de este fuero de naturaleza excepcional para los asuntos en que la afectación se extienda más allá de uno de los Estados federados y se persiga la tutela que prevé la Carta Magna”* (considerando 7, segundo párrafo)⁴⁵. La demanda se dedujo por residentes de la Capital Federal y de la Provincia de Buenos Aires, contra el Poder Ejecutivo Nacional, la Provincia, el Gobierno de la Ciudad y 44 empresas que desarrollan su actividad industrial en las adyacencias de la Cuenca Hídrica Matanza-Riachuelo, quienes denuncian que las autoridades públicas demandadas “desviaron fondos específicos, un préstamo otorgado por el Banco Interamericano de Desarrollo a través del decreto 145/1998, para el ‘Programa de Gestión Ambiental y de Manejo de la Cuenca Hídrica Matanza-Riachuelo’ hacia objetivos ajenos a la solución de la problemática ambiental denunciada y por no ejercer sus facultades de control e implementar políticas preventivas idóneas al respecto” (conforme

el acto organizado para celebrar el 9 de julio, en este año 2008, con la presencia de la presidente de la Nación, a raíz de la instalación deficiente de una tribuna levantada con estructura insuficiente y maderas en estado de descomposición, que cedieron al ser ocupadas por la gente.

45 Entre otras revistas especializadas y periódicos de circulación diaria, se publicó en JA 2006-III, especialmente, página 35.

surge del dictamen del Procurador Fiscal). Piden, amén de medida cautelar y anotación de litis, “que se ordene al Poder Ejecutivo Nacional la reanudación y continuación hasta su finalización del Plan de Gestión” y que se establezcan plazos perentorios para que éste, a través del Ministerio de Salud y otros organismos de salud de las distintas jurisdicciones involucradas, proyecte la realización de un relevamiento actualizado de impactos tóxicos ambientales sobre la población de la cuenca, con el objeto de detectar las enfermedades o patologías que guarden una relación directa con la contaminación de la cuenca y que se disponga su atención médica inmediata. Piden expresamente “que el tribunal tenga una participación activa y que no se genere un expediente de largo trámite”. La Corte analizó cuidadosamente los hechos del caso (las zonas más críticas de la cuenca, la población comprometida, las fuentes de contaminación, la inexistencia de sistemas cloacales, la vertiente en el río de desperdicios provenientes de basurales inadecuados, el impacto en las aguas subterráneas y en el suelo, etc.), admitió el carácter federal de la competencia y su competencia originaria -expresando *el fiel ejercicio de su jurisdicción constitucional más eminente* (considerando 11)- para la pretensión que aquí estamos considerando: la tutela del bien colectivo con prioridad de prevención del daño futuro y la recomposición de la polución ambiental ya causada (considerando 18), destacando que se trata en el caso de “un bien que pertenece a la esfera social y transindividual y de allí deriva *la particular energía con que los jueces deben actuar para hacer efectivos esos mandatos constitucionales*”, por lo que, haciendo uso de las facultades ordenatorias e instructorias que confiere la ley 25.675 a efectos de “proteger efectivamente el interés general”, resolvió, sin perjuicio de solicitar informes específicos en treinta días a las empresas demandadas, “requerir al Estado Nacional, la Provincia de Buenos Aires, la ciudad de Buenos Aires y al COFEMA, para que en el plazo de treinta días presenten un plan integrado, basado en el principio de progresividad, que contemple un ordenamiento ambiental del territorio, el control sobre el desarrollo de las actividades antrópicas, estudio de impacto ambiental de las cuarenta y cuatro empresas involucradas, un programa de educación ambiental, un programa de información ambiental pública a todo el que la requiera y *convocar a una audiencia pública para la que fija día y hora, en la cual las partes deberán informar en forma oral y pública al tribunal sobre el contenido de lo solicitado en los puntos anteriores*”.

En la sentencia definitiva dictada en la misma causa el 8 de julio de 2008, la Corte Suprema de Justicia describe el tránsito del proceso posterior a aquella resolución del 20 de junio de 2006: admitió la participación como tercero interesado del Defensor del Pueblo de la Nación, a quien en definitiva ungió para el control de la ejecución de sentencia “en orden a la plena autonomía funcional que se le reconoce al no recibir instrucciones de ningún otro poder del Estado” (considerando 19), así como, en la misma calidad, de otras organizaciones sociales; reservó en Secretaría un informe presentado espontáneamente en la causa por la Auditoría General de la Nación en el cual se analizaba desde diversas ópticas la problemática ambiental de la cuenca Matanza-Riachuelo; y aprobó un reglamento para la celebración de la audiencia convocada. Refiere la Corte que las administraciones demandadas contestaron el requerimiento en presentación conjunta acompañando el plan integral para el saneamiento de la cuenca y que el 5 de setiembre de 2006 se dio comienzo a la audiencia fijada, en la que expuso la Secretaria de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación, así como, continuada en el tiempo, expusieron las empresas demandadas, las organizaciones sociales y los actores quienes ampliaron su demanda a catorce municipios. A partir del considerando 7° el Tribunal comienza a advertir sobre la insuficiencia de algunos elementos y ordena, por ejemplo, la intervención de la Universidad de Buenos Aires para informar sobre la “factibilidad del plan presentado en la causa por las autoridades estatales” con cuyo resultado, convoca a una nueva audiencia pública para el 4 de julio de 2007; y el 22 de agosto del mismo año advierte que “para poder avanzar en la causa en lo relacionado con la prevención y recomposición era necesario ordenar la recolección de información precisa, actualizada, pública y accesible”. Por ello se impuso a la Autoridad de la Cuenca y a la representación de los tres Estados demandados la obligación de informar sobre el estado del agua, el aire y las napas subterráneas, acompañar un listado de industrias existentes en la cuenca que realicen actividades contaminantes, la memoria de las reuniones llevadas a cabo por la autoridad de cuenca, informes acerca de los traslados poblacionales y de empresas, proyectos sobre el polo petroquímico de Dock Sud, utilización de créditos verdes, saneamientos de basurales, limpieza de márgenes del río, expansión de la red de agua potable, desagües pluviales, saneamiento cloacal, estado de avance de las obras, factibilidad de sus plazos, costos definitivos y financiamiento respecto

de todas las obras (considerandos 11 y 12). Resultan de ello de absoluta obviedad, *las deficiencias ostensibles que la Corte Suprema de Justicia había advertido en la gestión administrativa pertinente*. Por ello y sobre tal base, a partir del considerando 15, “resuelve de modo definitivo la pretensión tramitada en el proceso “urgente y autónomo”. La condena que se dicta -dice- consiste en un mandato de cumplimiento obligatorio para los demandados, cuyo contenido es determinado por el Tribunal en uso de las atribuciones que le corresponden por la Constitución y por la ley general del ambiente”, advirtiendo que el plan integral presentado por la parte demandada carece de una elaboración actualizada y se limita a una “reedición de documentos que existían con anterioridad y que datan de varios años. También han existido dificultades para conocer datos objetivos, públicos y mensurables sobre las distintas situaciones existentes, lo cual ha sido agravado por la dispersión de las fuentes de información y la falta de una terminología homogénea”. Por otro lado, *la eficacia de la implementación requiere de un programa que fije un comportamiento definido con precisión técnica, la identificación de un sujeto obligado al cumplimiento, la existencia de índices objetivos que permitan el control periódico de sus resultados y una amplia participación en el control*. En virtud de este enunciado concreto establece en el considerando 17 que “por la presente sentencia la Autoridad de Cuenca queda obligada a cumplir el siguiente programa”, fijando objetivos (mejora de la calidad de vida, recomposición del ambiente y prevención de daños), mandando adoptar sistemas de medición del cumplimiento de esos objetivos e informar al tribunal competente para la ejecución de la sentencia en el plazo de 90 días hábiles; condenando a organizar en un plazo de 30 días hábiles, un sistema de información pública digital vía Internet; a realizar inspecciones a todas las empresas existentes en la cuenca, así como a intimarlas para que presenten un plan de tratamiento de residuos, todo en igual plazo; condenándola también a la presentación en forma pública, actualizada trimestralmente, del estado del agua y las napas subterráneas, además de la calidad del aire de la cuenca; al saneamiento de basurales; a la limpieza de márgenes de río; a la expansión de la red de agua potable; desagües pluviales; saneamiento cloacal; etc. Todo en los plazos que en cada caso se indican y bajo apercibimiento, para el caso de incumplimiento en tales plazos de una multa diaria a cargo del presidente de la autoridad de cuenca. Del mismo modo, aborda el “plan sanitario de emergencia” destacando el incumplimiento en los informes requeridos al respecto, y

teniendo en cuenta las observaciones realizadas por la Universidad de Buenos Aires, le manda realizar en el plazo de 90 días -siempre bajo el mismo apercibimiento- un mapa sociodemográfico y encuestas de factores ambientales de riesgo a efectos de determinar la población en situación de riesgo, elaborar un diagnóstico de base para todas las enfermedades y un sistema de seguimiento de los casos detectados; sobre tal base “en un plazo de 60 días elaborar y poner en ejecución programas sanitarios específicos para satisfacer las necesidades de la población de la cuenca” (punto IX del considerando 17).

Naturalmente, remitimos a la lectura íntegra de la sentencia. Sin embargo, hemos encarado su transcripción en lo esencial en este estudio porque su texto refleja de manera insustituible la nueva configuración del litigio de Derecho Público a que venimos haciendo referencia. No requiere mayor explicación: sólo destacar el análisis exhaustivo por el Poder Judicial de la gestión administrativa necesaria para la efectiva vigencia de las normas en la materia, el análisis judicial también exhaustivo de las omisiones irresponsables en la gestión administrativa confiada a la autoridad de aplicación de tales normas y la condena judicial a cumplir la Constitución y la ley, con injerencia magistral en el análisis del auténtico interés general de la sociedad expuesto en la materia. Por si esto fuera poco, se destaca en el fallo de la Corte la trascendencia conferida en su ejecución a la figura del Defensor del Pueblo de la Nación que ya anticipamos -unida al fortalecimiento de la participación ciudadana que propugna en el considerando 19- y el control específico de la asignación de fondos y de ejecución presupuestaria de todo lo relacionado con el plan confiado a la Auditoría General de la Nación, considerando “de la mayor trascendencia en orden al alto significado institucional que importa la transparencia en el manejo patrimonial de la cosa pública, sindicando una autoridad responsable de esa importante misión” (considerando 18). Señala expresamente “la exigencia institucional de que las sentencias de esta Corte sean lealmente acatadas, advirtiendo por consecuencia a la autoridad de cuenca condenada, que debe evitarse por parte de ella cualquier tipo de interferencias o intromisiones que frustren la jurisdicción constitucional ejercida en este pronunciamiento”. Magistral: restan palabras para el elogio adecuado.

c) La gestión del Servicio Penitenciario

El 3 de mayo de 2005 la Corte Suprema Nacional juzgó acerca de la presencia de adolescentes y enfermos en establecimientos po-

liciales o en comisarías superpobladas de la Provincia de Buenos Aires y dispuso que, en el plazo perentorio que fija, la Suprema Corte provincial, por las vías procedentes, haga cesar esas situaciones; instruyéndola además, lo mismo que a los demás tribunales locales, para que extremen la vigilancia para el adecuado cumplimiento de las Reglas Mínimas para el tratamiento de reclusos de las Naciones Unidas y de las demás normas que nacional o internacionalmente imponen el tratamiento digno de toda persona privada de la libertad, en especial, en lo que hace a la tutela de la vida humana y la integridad física de los presos, del personal y de terceros. Se trataba en el caso de un *habeas corpus* deducido en forma colectiva respecto del cual el Tribunal dijo que pese a que la Constitución no lo menciona en forma expresa, es lógico suponer que si se reconoce la tutela colectiva de los derechos citados en el párrafo segundo del artículo 43 de la Constitución Nacional, con igual o mayor razón la Carta Magna otorga las mismas herramientas a un bien jurídico de valor prioritario y del que se ocupa en especial, no precisamente para reducir o acotar su tutela, sino para privilegiarla (en causa “Verbitsky, Horacio”, LL DJ 2005-2, 172 y siguientes ⁴⁶).

d) Movilidad de la jubilación

En la causa “Badaro, Adolfo V. v. Administración Nacional de la Seguridad Social”, fallo del 8 de agosto de 2006, la Corte cuestionó la política de otorgar incrementos sólo a los haberes más bajos, considerando que trae como consecuencia el achatamiento de la escala de prestaciones y provoca que quienes contribuyeron al sistema en forma proporcional a sus mayores ingresos se acerquen cada vez más al beneficio mínimo quitándoles el derecho a cobrar de acuerdo a su esfuerzo contributivo. Evaluó entonces que la ausencia de aumentos a los haberes mayores a la suma de \$1.000 no aparece como el fruto de un sistema válido de movilidad, pues la finalidad de la garantía constitucional en juego es acompañar a las prestaciones

⁴⁶ Es interesante el artículo titulado “Competencia judicial para decidir sobre el incumplimiento de las mandas constitucionales por los otros poderes del Estado” de Guillermo Oscar NANO, comentando la sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires en causa “Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires c. Provincia de Buenos Aires” del 19 de marzo de 2003, en La Ley Buenos Aires-2003, páginas 816 y siguientes.

en el transcurso del tiempo para reforzarlas a medida que decaiga su valor con relación a los salarios en actividad. El precepto constitucional de la movilidad de las prestaciones previsionales (art. 14 bis CN) se dirige primordialmente al legislador, encargado de su reglamentación sin alterarla (art. 28 CN), dijo entonces la Corte, y aun admitiendo que la Justicia debía mantenerse dentro del ámbito de su jurisdicción sin menoscabar las funciones que incumben a los otros poderes ni suplir las decisiones que deben adoptar, decidió que correspondía *comunicar al Poder Ejecutivo Nacional y al Congreso de la Nación el contenido de esta sentencia a fin de que, en un plazo razonable, adopten las medidas vinculadas a la movilidad de los haberes provisionales.*

*2. En la jurisprudencia de los tribunales
de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*

Con carácter general, los jueces que integran este fuero han comprendido los profundos cambios impresos al Derecho Administrativo en el transcurso de dos siglos. Sus sentencias constituyen una auténtica revolución que supera plenamente los postulados del pasado. Se han desarrollado en un ámbito académico inspirado en la necesidad de reflexión para lograr la vigencia plena de los postulados del Estado de Derecho en el marco de nuestro sistema institucional, rechazando cualquier retardación autoritaria proveniente de otros fueros⁴⁷. La aceptación primordial de la indiscutible supremacía de las normas internacionales que consagran las garantías universales del acceso pleno a la Justicia y la tutela judicial continua y efectiva, conduce a estos jueces a desplazar la aplicación de todas y cada una de las normas de inferior jerarquía que estén en contradicción con ellas. Asumen así una posición excepcional en el enfoque cotidiano del Derecho Administrativo que continúa aferrándose a normas procesales aún vigentes para discurrir acerca de la aplicación de plazos de caducidad para demandar, alcance meramente revisor de

⁴⁷ Los profesores Agustín GORDILLO y Graciela REIRIZ ven consagradas sus enseñanzas en las sentencias judiciales del fuero de la Ciudad, a manera de un homenaje permanente del que no conozco precedentes. Merecido homenaje por la virtud de la reflexión permanente puesta en el ejercicio de la docencia complementada con el estímulo para salir definitivamente del letargo que invade los estudios de nuestra disciplina.

la jurisdicción, presencia de un acto administrativo de autoridad objeto de la función judicial revisora, configuración por ficción de un acto ausente, imposición de reclamos previos, obligatoriedad de interposición de recursos administrativos, limitaciones a la revisión provenientes de la presunción de legitimidad del acto, desestimación de medidas cautelares como resultado de la ejecutoriedad y, siempre, el reconocimiento expreso de un ámbito de discrecionalidad en el que la autoridad administrativa evalúa de manera inconulta la presencia de un interés público que sólo ella es competente para definir y determinar.

En esa posición excepcional, las sentencias del Poder Judicial de la Ciudad se destacan en el enfoque judicial de la contienda como propia de la jurisdicción judicial, en la consideración especial de los hechos del caso, en la prioridad brindada a las normas de superior jerarquía en la solución del caso, en la profundidad con que se aborda la materia sometida a juicio, y en el definitivo desplazamiento de entelequias y dogmas invocados todavía en otros fueros para no juzgar o para hacerlo de manera tortuosa postergando el caso a la declamación primaria de principios tradicionales. Sin perjuicio de la sistematización de sentencias encomiables de este fuero, principalmente en el ámbito de derechos sociales; que realizamos en un trabajo anterior al que remitimos -“La Justicia Administrativa en Argentina” ya citado-, nos parece ilustrativo integrarla ahora a través de estos tres temas esenciales: el *énfasis puesto en el Estado de Derecho* como garantía fundamental que supera, hasta ignorarlas, todas y cada una de las prerrogativas de la Administración a las que se acude aun en los otros fueros para limitar el juzgamiento; el *acceso a la Justicia* como eje de la contienda judicial, desplazando o inaplicando por inconstitucionales las normas de inferior jerarquía que obstaculizan tal acceso con restricciones propias de la jurisdicción contencioso administrativa, lo que conduce a una *búsqueda de la legalidad transgredida*; y, sobre todo, el honor de juzgar puesto al servicio del ejercicio de la magistratura, en las condenas impuestas a la Administración para la *efectiva gestión del Derecho*.

a) *El énfasis en el Estado de Derecho*

Es en la lectura de las atribuciones que la Constitución circunscribe a la Legislatura -dijo la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario, por su Sala II, en causa “Fernán-

dez, Marcelo F. v. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires”, el 31 de mayo de 2005 ⁴⁸- donde se plasma la función que aquí interesa. En efecto, en el punto 2.º del art. 80 se lee que la Legislatura de la Ciudad legisla en materia de seguridad pública, policía y penitenciaria. Leyes cuya ejecución importa a las funciones del Jefe de Gobierno, como refiere la norma constitucional citada por la demandada (art. 104 inc. 12 en que la demandada funda la competencia del Ejecutivo para actuar en el caso). “Pero el jefe de Gobierno queda claro, resulta ajeno, como instancia creadora originaria, del contenido legal que informa al poder de policía en tanto ejercicio. Por ende, la sola cita de esos artículos muestra que el jefe de Gobierno resulta incompetente para dictar normas como la aquí analizada, es decir, normas que restringen derechos individuales constitucionalmente consagrados. De ahí se sigue, sin más, la nulidad absoluta e insana- ble del decreto cuestionado.

A mayor abundamiento -continúa siempre en el considerando 9- cabe indagar en los fundamentos de esta puntual división de tareas ordenada por la Constitución ¿Por qué legislar en materia de poder de policía y, más precisamente, de restricción de derechos constitucionales resulta de competencia exclusiva del Poder Legislativo? *En la regla restrictiva general que contiene el artículo 14 de la Constitución Nacional se juega el Estado de Derecho* ⁴⁹. Es decir, se enuncia un umbral que es a la vez posibilidad de cancelación de los derechos fundamentales como de armonización colectiva de un interés que excede la manifestación individual de un derecho. Pero el contenido de este interés social es difuso, heteróclito en la base, por lo que su mejor punto de determinación es siempre la resultante de un de-

48 En JA 2006-I, 60 y siguientes, especialmente página 65, considerando 9. Se trataba de una acción de amparo promovida en virtud de la denegatoria de la licencia de conducir con sustento en los antecedentes penales del actor, y la Cámara remite a otros precedentes -a partir de “Ermili, Enrique B. v. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo”- en los que se consideró excesivamente discrecional y sin sustento normativo la actuación de la Administración, criterio esbozado también en líneas generales por el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad en causa “Gagnotti, Santiago”.

49 Si así lo hubiera entendido la titular del Poder Ejecutivo Nacional al defender la legitimidad de la resolución ministerial que impuso restricciones móviles a la exportación de granos (soja y girasol), nos habiéramos ahorrado las consecuencias negativas de un conflicto innecesario que transitó durante más de cien días con graves incidencias en la economía regional y nacional.

bate. El decreto -del Ejecutivo cuestionado en el caso-, en cambio, es la puesta en funcionamiento de un régimen de exclusión -más o menos razonable, no interesa en este punto- a manos de un órgano unilateral y que, conforme a esta característica, no somete la regla restrictiva a debate alguno. *La Legislatura, en cambio, es el poder competente en materia de creación de normas de esta índole, no sólo en razón de un mandato constitucional de atribución de funciones, sino también porque es el poder plural por excelencia. Y es un sustrato plural lo que conviene a una determinación razonable y pacífica del interés de una pluralidad*".

La misma Sala II ordenó al Poder Ejecutivo de la Ciudad que incluya en el presupuesto general de gastos de 2006 las partidas que resulten necesarias para cumplir la ley 1769 -publicada en el Boletín Oficial el 26 de septiembre de 2005- que dispuso la construcción de un hospital con ubicación y detalles de obra específicos, imponiendo el plazo de doce meses desde su promulgación para iniciar la obra. *Constituye un principio fundante del moderno Estado de Derecho -dijo la Cámara en "Comisión de Vecinos Lugano en Marcha y otros v. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires" en fecha 13 de octubre de 2005 -la sujeción de la administración a la ley, incluso en aquellas materias en que la Constitución ha otorgado directamente competencia al Poder Ejecutivo. Así, la Legislatura posee un amplio margen para dictar leyes acerca de las facultades y por cierto obligaciones, que la Constitución de la Ciudad pone en cabeza del Jefe de Gobierno...Luego, la única actitud posible de la administración frente a la ley vigente es someterse a su cumplimiento; en ningún caso podrá dejar de dar cumplimiento a la voluntad legislativa que representa el interés general, ni le corresponde examinar las razones de mérito, oportunidad o conveniencia que haya tenido en cuenta el legislador al momento de sancionar la norma*⁵⁰.

b) Acceso a la Justicia y búsqueda de la legalidad transgredida

En causa "Frávega S.A. c. Ciudad de Buenos Aires" la jueza de grado declaró no habilitada la "instancia" judicial con fundamento en que la actora dejó transcurrir el tiempo previsto para recurrir el

⁵⁰ En JA 2006-I fascículo nº2 del 11 de enero de 2006, principalmente página 62, considerandos 10 y 11 de la resolución.

acto en sede administrativa, provocando de tal modo “la firmeza de la decisión que pretende impugnar en sede judicial”; al mismo efecto, desestimó el planteo de inconstitucionalidad del artículo 94 de la ley de procedimiento administrativo en virtud del cual *la decisión que resuelva la denuncia de ilegitimidad será irrecurrible y no habilitará la instancia judicial*. La Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario a la que llega la causa por apelación, analiza en primer lugar los hechos relevantes para la solución del caso y de ello concluye que la accionante impugnó en sede administrativa la resolución que le aplicó una multa, luego de ocho días hábiles de vencido el plazo de quince días previsto en el Código Fiscal para la interposición del recurso de reconsideración ⁵¹. “En el presente caso -dijo la Cámara- los ocho días hábiles de demora en que habría incurrido el contribuyente para cuestionar el acto en sede administrativa, operarían en la práctica como un verdadero y brevísimo plazo de prescripción que le haría perder el derecho de cuestionar -la multa - ante el Poder Judicial. Así -señaló también -se vedaría en forma arbitraria el acceso a la justicia del particular en el sub lite, *transformando un procedimiento administrativo previo que pretende dar a la administración la oportunidad de revisar sus decisiones o corregir errores, en un modo inconstitucional de consagrar la irrevisabilidad judicial de un acto administrativo*”. Ponderó especialmente que la Constitución de la Ciudad consagra con particular énfasis la garantía del acceso a la Justicia (artículo 12 inciso 6; 13 inciso 3; 14, todos ellos en conjunto con lo dispuesto en el artículo 10 *in fine*) y consignó expresamente -con remisión a “Spisso, Roque”, amparo resuelto por la Sala I el 8 de mayo de 2001- que el Poder Judicial no puede arrogarse funciones reservadas a la Constitución por los otros poderes, *pero lo que sí debe hacer es ejercer la función judicial, esto es, la potestad de juzgar, entre otras cuestiones, la constitucionalidad de las leyes y de los actos administrativos emanados de aquéllos*. Sobre tales bases -y otras que desarrolla- acogió la tacha de inconstitucionalidad formulada por la actora respecto

51 Ponderó también que la resolución impugnada había impuesto la multa por un determinado monto, por haber ingresado voluntariamente el tributo en cuestión con un día hábil de retardo, conducta que luego habría resultado desprovista de reproche por la ley 1543 (sentencia de fecha 28 de diciembre de 2006, considerando 5, en Suplemento LL Administrativo del 22 de marzo de 2007, páginas 54 y 55).

del artículo 94 de la ley de procedimiento administrativo *por cuanto la limitación que consagra la norma implica asignar una suerte de “blindaje” a cierta categoría específica de actos administrativos del eventual conocimiento y control judicial, en abierta contradicción con lo dispuesto por el artículo 106 de la Constitución de la Ciudad que asigna al Poder Judicial “el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por esta Constitución, por los convenios que celebre la Ciudad, por los códigos de fondo, y por las leyes y normas nacionales y locales”*. Se trata asimismo de preservar la integridad del derecho de defensa en juicio previsto en el artículo 8 del Pacto de San José de Costa Rica, 18 de la Constitución Nacional, y en los artículos 12 inc. 6 y 13 inc.3 de la Constitución de la Ciudad -añadió en considerando 6 párrafo catorce- *que se extiende a toda la actividad administrativa y garantiza el acceso, al menos, a una instancia en la cual acudir ante un órgano imparcial e independiente designado conforme los mecanismos constitucionales. Lo contrario implicaría consagrar de hecho en estos casos, la facultad de la administración de resolver una controversia con fuerza de verdad legal, lo cual -como ya quedara expuesto- le está vedado tanto al Ejecutivo local (art. 108 CCABA) como al nacional (art. 109 CN)*⁵².

52 Tal y como la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires otorgó efecto de cosa juzgada judicial con fuerza de verdad legal al acto del intendente municipal de La Plata en causa “Telefónica de Argentina” ya citada. También, en una actitud absolutamente opuesta a la de la Cámara de Apelaciones de la Ciudad que se destaca por su mérito insuperable en la aplicación de las normas del ordenamiento jurídico comenzando por las de mayor jerarquía, la Sala III de la CNCAFed, en una causa en la que se había otorgado al peticionante el beneficio de indemnización previsto en la ley 24.043, por 1282 días de detención, desestimó el reclamo de ampliación de la indemnización en razón de las lesiones sufridas durante la detención ilegal, considerando que la resolución ministerial que había otorgado la indemnización se encontraba firme y consentida. Destaca la Cámara a tal fin (en causa “B., C.J. v. Estado Nacional” del 17 de noviembre de 2005, en JA 2006-II fascículo n°1 del 5 de abril de 2006, especialmente página 61) que el apelante no interpuso el recurso administrativo previsto en la ley aplicable por lo que cabe concluir que lo decidido en las resoluciones administrativas ha quedado firme, “sin que pueda habilitarse el conocimiento de este tribunal ante el recurso deducido contra la resolución... que decidió desestimar la denuncia de ilegitimidad”, por cuanto “el rechazo de una denuncia de ilegitimidad opera en el ámbito estricto del procedimiento administrativo, resultando, por ende, *manifiestamente extraña a la competencia del órgano jurisdiccional, ya que se agota en sí misma, en cuanto valoración del*

En “Asociación Civil de la Estación Coghlan c. Ciudad de Buenos Aires y otros”, se discutía acerca del momento en que comenzaba a correr el plazo para la interposición de un recurso administrativo deducido por una asociación civil de vecinos contra la disposición que autorizó la construcción de un edificio de una superficie mayor a la permitida por el Código de Planeamiento Urbano. La señora fiscal ante la Cámara consideró que para impugnar un acto administrativo de alcance particular, como sucedía en el caso, correspondía cumplir las condiciones para el ejercicio de la acción prevista en el artículo 3° del Código procesal aplicable al caso, sobre cuya base concluyó en que el recurso jerárquico había sido deducido extemporáneamente, por lo que el acto administrativo, entonces, se encontraba firme. La Sala II de la Cámara del fuero de la Ciudad ponderó “la progresiva sensibilización social frente a las violaciones de la legalidad urbanística”, “la trascendencia de los bienes jurídicos implicados, que se vinculan a la calidad de vida y a la preservación de un medio ambiente adecuado” y que “la respuesta del sistema urbanístico al fenómeno patológico de su vulneración o conculcación requiere que se reintegre el orden transgredido a fin de hacer desaparecer del mundo jurídico los actos ilegalmente producidos y, en su caso, la posibilidad de reponer las cosas a su estado anterior”. “Y esa búsqueda de legalidad precisa de mayores oportunidades de control, el que se ve robustecido al ampliar la legitimación y por un *uso adecuado de institutos recursivos que requieren un adecuado tratamiento, que permita la debida intervención de las autoridades administrativas y judiciales*. Es que no se puede admitir una interpretación de las normas procedimentales que limiten el efectivo control en materia urbanística a una diligencia irrealizable por cada vecino de la Ciudad. No se trata -dijo la Cámara, siempre en el considerando 6 de la sentencia de fecha 10 de agosto de 2007⁵³- de ubicar un momento a partir del cual pueda considerarse que la actora tomó conocimiento del contenido del acto y a partir de ese momento computar un breve plazo para recurrir. Por el contrario *de lo que se trata es de posibilitar la efectiva participación y el control comuni-*

organo administrativo a quien incumba decidirla, sin que tal resolución pueda suscitar la reapertura de plazos perentorios” (remite a doctrina de la misma Cámara, Salas III y V, del año 1995, entre otras).

53 En Suplemento LL Administrativo del 23 de octubre de 2007, especialmente página 49.

tario en un tema vinculado a la protección administrativa y judicial de la legalidad urbanística”.

Naturalmente, un lenguaje desconocido hasta ahora en los litigios de Derecho Público, en el marco de un proceso judicial que supera en la consecución de su objetivo los obstáculos puestos por una normativa procesal de inferior jerarquía que no se adecua, al decir de NIETO, a la normalidad constitucional que le viene impuesta a ese proceso.

c) La condena judicial a la efectiva gestión del Derecho.

El 8 de julio de 2005 el Asesor Tutelar ante el fuero en lo contencioso administrativo y tributario de la Ciudad, Gustavo Daniel Moreno, interpuso una acción de amparo contra el Gobierno de la Ciudad por violación flagrante a la integridad física, a la salud mental, a la intimidad y a la dignidad de los pacientes que son ingresados, atendidos o internados en el servicio de guardia del Hospital de Emergencias Psiquiátricas “Torcuato de Alvear”, *solicitando que se condene al Gobierno a diseñar, presentar y ejecutar un plan de obras en tiempo urgente y perentorio*, que contemple refacciones, remodelación y acondicionamiento del Servicio de Guardia, con incorporación del recurso humano necesario, que deberá adaptarse a las necesidades terapéuticas y a la remodelación integral del hospital, respetando la normativa vigente en materia de infraestructura y de seguridad. Al dictar sentencia en la causa (“Asesoría Tutelar CAyT c. GCBA s/Amparo [art. 14 CCABA]” en fecha 6 de noviembre de 2006) el señor juez de primera instancia consideró, en primer lugar, que en el caso se encuentran en juego, por un lado, los derechos subjetivos de cada uno de los pacientes que acuden al servicio y que, por otro, “la resolución del caso tendrá inevitable incidencia colectiva sobre todos los futuros pacientes que en virtud de su incapacidad requieran de la asistencia de ese establecimiento”; señalando a continuación las normas de rango legal y constitucional en que esa hipótesis tiene recepción (artículos 10, 11 y 12 inc. 3 CCABA; art. 20 de la misma Constitución que establece que “el gasto público en salud constituye una inversión social prioritaria” y los incisos 1 y 12 del art. 21; la ley 153 Básica de Salud que reitera el concepto de gasto público en salud como inversión social prioritaria, entre otras disposiciones que cita; y la ley 448 de salud mental, que consagra como derechos el respeto a la dignidad, singularidad, autonomía y

consideración de los vínculos familiares y sociales de las personas en procesos de atención, así como el tratamiento personalizado, la atención integral en ambiente apto, etc.). Dice el juez expresamente que “el conflicto de autos se inscribe en ese marco normativo”, agregando el marco regulatorio que resulta de la Constitución Nacional y de los Tratados internacionales de Derechos Humanos de rango constitucional; y que “el dilema reside en determinar *si la realidad de los hechos constatados en autos respeta, o por el contrario, contradice ese conjunto de derechos de las personas y deberes de la autoridad que impone la norma*”. Lo destacamos, porque constituye claramente el ejercicio de la función de juzgar la gestión adecuada del Derecho por parte de la Administración en cuyo cometido el juez concluye, de su conocimiento y decisión del caso, anticipando que “la situación verificada en el Hospital Alvear demuestra una clara violación de esos derechos y cuando menos, una mora excesiva e injustificada en la conducta administrativa dirigida a resolver el problema, por lo que se hará lugar a la acción impetrada” por las razones que expone a continuación. En los puntos XIII y siguientes de su sentencia analiza todas y cada una de las deficiencias comprobadas por distintos medios probatorios, arribando a la conclusión, en el punto XVI, de que “la insuficiencia de las medidas adoptadas por la Administración para cumplir con las responsabilidades que le fueron atribuidas por las normas y la consecuente deficiencia en la calidad de las prestaciones que reciben los pacientes ...se traduce en la vulneración de sus derechos”. Por ello, condena al Gobierno de la Ciudad “a llevar a cabo en el menor tiempo posible las obras necesarias para la refuncionalización del Hospital Alvear; y a proceder, en el plazo máximo de treinta días, a la designación del personal técnico y profesional necesario a fin de cubrir adecuadamente las necesidades de servicio de cada una de las áreas de dicho establecimiento asistencial, de modo interino y hasta que se sustancien los mecanismos previstos constitucional y reglamentariamente para la designación de ese personal en forma permanente”; asimismo ordena al Gobierno “realizar al margen de las obras licitadas y en el plazo máximo de treinta días, todas las reparaciones necesarias” para evitar los factores de riesgo a que alude; y lo condena a abstenerse de realizar admisiones que excedan la capacidad del servicio de guardia “adoptando las medidas de derivación que resulten necesarias, tanto a otros establecimientos públicos como privados, para que cada una de las personas que requieran internación sea alojada

en condiciones adecuadas para la eficacia del tratamiento y su contención y atención en los aspectos médico, psicológico y social”.

El Gobierno de la Ciudad apeló la decisión así adoptada concentrando sus agravios en la dogmática tradicional del Derecho Administrativo a la que nos hemos venido refiriendo en el curso de este estudio, principalmente: *que el juez excedió sus facultades, incursionando en el ámbito de reserva administrativa convirtiéndose en administrador de políticas de salud; se ha invadido la zona de reserva de los poderes Legislativo y Ejecutivo; y los plazos fijados son de imposible cumplimiento para la Administración.* La Cámara de Apelaciones del fuero, esta vez por su Sala I, dijo, en fecha 25 de junio de 2007, respondiendo a la invocación por la demandada de las prerrogativas emergentes de la “zona de reserva de la Administración”, que no hay en el ejercicio de la función de juzgar tal invasión de tales reservas en tanto “*los jueces constatan si el ejercicio de la función administrativa se adecua o no al Derecho vigente, en el marco del conocimiento y decisión que les confiere el art. 106 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires. Sobre la base del bloque de la legalidad aplicable al caso, el juez constata o juzga que no ha mediado en el caso una efectiva gestión del Derecho por parte de la administración.* Todos los actos u omisiones de la autoridad pública son susceptibles de ser confrontados con el Derecho vigente para evaluar su grado de concordancia con él”.

Son los principios que emergen también de las sentencias del Tribunal Superior de la Ciudad cuando expresa, por ejemplo que “un mandato constitucional incumplido comporta el deber jurisdiccional de subsanar dicha omisión” (voto en mayoría del juez Maier en “Kusis, Fernando” del 23 de diciembre de 2004 ⁵⁴); o cuando afirma

54 Citado por la Sala II de la misma Cámara en “Marecos, Julio C. c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires”, sentencia del 30 de agosto de 2006, causa en la que también la demandada invocó como prerrogativas propias el ejercicio de facultades discrecionales vinculadas a las necesidades del servicio y la existencia de partida presupuestaria para afrontar ciertos gastos; la Cámara destacó en ese caso como prioritaria la presencia de un derecho reconocido normativamente (un cupo laboral para discapacitados) con el efecto inmediato de su vigencia efectiva y la consiguiente exigencia efectiva de su prestación por parte de la Administración Pública a quien la norma la impone, exigiendo concretamente que la Administración *conecte con actos de aplicación* la efectiva vigencia del sistema normativo implantado. Un razonamiento directo con el que no condice una sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia

que “el escrutinio judicial del gasto público es viable y no invade la competencia de otros poderes, cuando en un proceso en el que se impugna la lesión de derechos, resulta dirimente la consideración de ese gasto”⁵⁵.

En causa “Villa 20 y otros contra Instituto de la Vivienda del Gobierno de la Ciudad y otros s/procesos incidentales” el juez de primera instancia evaluó la presentación del Asesor Tutelar del fuero, Gustavo Daniel Moreno, en cuanto destacó la indiferencia y desidia de los funcionarios públicos en relación al caso de la villa 21/24, que la ha sumido en un estado de abandono y desesperanza, censurando el discurso oficial de turno en cuanto encubría su propia violencia por omisión escudándose en la falta de asignación de recursos para el desarrollo de la zona. Todo, frente a la existencia de diversas normas de carácter constitucional y legal que cita, que aseguran a los habitantes vivienda, salud, educación, un hábitat sano y la no discriminación. Pese a ello, afirma, una mirada y un recorrido por las villas -de por sí poco frecuente para algunos funcionarios aun judiciales- *nos muestra que el ordenamiento jurídico en materia de derechos económicos y sociales no ha superado su estado de imprenta*. Observa que las leyes no se actúan, sólo se declaman convenientemente desde el Poder Ejecutivo, sin que se implementen de manera efectiva políticas públicas del Estado. En su resolución de fecha 4 de septiembre de 2007, a los fines de resolver las medidas cautelares peticionadas, el juez destaca que sin perjuicio de los instrumentos jurídicos suscriptos desde 1992 por el Gobierno de la Ciudad con el Estado Nacional y la asociación mutual “Flor de ceibo-Villa 21”, en-

de Buenos Aires que arriba a similar resultado en una situación semejante, pero mediante la exposición de preconceptos que se ve precisada a superar para el caso concreto, tales como la preservación del ejercicio de facultades discrecionales y las salvedades acerca de que no cabe a los tribunales el tratamiento de pretensiones basadas en el resguardo de la legalidad objetiva (en “R., L. N. v. Provincia de Buenos Aires-Ministerio de la Producción” del 5 de abril de 2006, en JA 2006-IV- fascículo n° 13 del 27 de diciembre de 2006).

55 Del voto en mayoría de la doctora Ruiz en “F., E. R. c. Ciudad de Buenos Aires” del 14 de septiembre de 2007, confirmando la sentencia de Cámara que a su vez confirmó la de primera instancia, en la que se había hecho lugar a la acción incoada por quien había percibido el subsidio habitacional establecido en el decreto 895/2002 y reclamaba su inclusión en algún otro plan asistencial debido a que permanecía, junto a su familia, en la misma situación extrema en que se encontraban antes de haber accedido a aquel beneficio.

derezados todos a garantizar la urbanización de la villa y la construcción de viviendas adecuadas para los vecinos residentes, “lo cierto es que la población del asentamiento continúa viviendo en condiciones de extrema precariedad y hacinamiento, en un hábitat degradado, sin servicios elementales y en condiciones que no se condicen con la dignidad de la persona; pese al expreso reconocimiento del Estado -nacional y local -de su obligación de preservar los derechos de las familias afectadas, en las más de seis décadas de existencia de esta villa, la realidad de este enclave urbano no solo no ha mejorado sino que se ha agravado”. Considera de fundamental importancia el informe emitido en el tema por la Defensoría del Pueblo de la Ciudad; destaca que sólo se construyeron 94 unidades habitacionales en una villa en la que habitan 30.000 personas; que sólo hay tres manzanas de las cuarenta existentes en proceso de urbanización; pondera que la falta de resolución de la apremiante problemática social instó a la Legislatura a sancionar la ley 148 (el 30 de diciembre de 1998) por la que se declara de atención prioritaria la problemática social y habitacional y se crea una Comisión Coordinadora Participativa para diagnóstico, propuesta, planificación y seguimiento de la ejecución de las políticas a desarrollarse; y *comprueba que las distintas gestiones que se sucedieron al frente del Ejecutivo no demostraron mayor esmero en cumplir tales obligaciones*. Sobre tales bases dispone tres cuestiones cautelares ordenando que se celebren elecciones barriales a cuyo efecto manda la realización del censo pertinente, en la inteligencia de que existe una vinculación estrecha entre la carencia de representación política democrática y suficiente y el fracaso de la gestión administrativa; interviene judicialmente la villa mientras se desarrolla el acto eleccionario y brinda cobertura a sus habitantes por un desalojo dispuesto por la Justicia federal, solicitando al juez interviniente la suspensión de cualquier medida expulsiva y ordenando al Gobierno de la Ciudad que se abstenga de cualquier acción de desalojo.

3. En la Justicia del fuero de la Provincia de Buenos Aires: necesidad de superar antiguos dogmas

En la Justicia administrativa de la Provincia de Buenos Aires la erradicación de la dogmática tradicional no es tan fácil. Lo que comenzó con una impronta tan decisiva como fue la reforma cons-

titucional de 1994 con la proclama en los debates de la Convención Constituyente acerca de la extinción definitiva de una “jurisdicción revisora”, y continuó con una doctrina de la Suprema Corte de Justicia acerca de la aplicación directa de la nueva cláusula constitucional con sus significativas innovaciones en la materia, se fue diluyendo de a poco tanto en el marco de un código procesal concebido en gran parte en el marco de las instituciones anteriores, como de una jurisprudencia que no se anima al cambio trascendente operado, sin dudas, en la Justicia del fuero de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Muchas veces, pronunciamientos que concluyen con igual resultado, son emanados en un fuero con la convicción de un razonamiento directo inspirado en una doctrina judicial elaborada a partir de principios universales, y en otro, luego de un tortuoso razonamiento previo que busca superar los límites que el Poder Judicial sigue autoimponiéndose para resolver en el marco institucional que brinda el litigio de Derecho Público.

Como clara excepción, anticipando nuestras disculpas por la existencia de alguna sentencia aislada que desconozcamos ⁵⁶, y salvando algunos pronunciamientos de las Cámaras de La Plata y San Martín a que ya hemos hecho referencia, se presentan las decisiones del Juzgado en lo Contencioso Administrativo n° 1 de La Plata con un contenido sistemático de doctrina judicial en el sentido que venimos propugnando ⁵⁷. “Mas allá de la parafernalia discursiva del formalismo -dijo el juez ARIAS en causa “Herrero, Liliana Rosana c. Instituto de Obra Médico Asistencial s/amparo”, en fecha 15 de setiembre de 2005- que en la justicia administrativa bonaerense tradicionalmente ha cercenado el acceso a la jurisdicción, lo que verdaderamente debiera importar a los operadores del derecho (si verdaderamente se pretende la realización del valor justicia) es la vigencia irrestricta de los derechos sustanciales que consagra el ordenamiento jurídico, sin reparar en la idoneidad de la vía elegida y superando los ápices

⁵⁶ Valoramos especialmente la tarea cotidiana de la señora jueza a cargo del Juzgado en lo Contencioso Administrativo N° 2 de La Plata, Dra. Ana C. Logar, que de manera continua y sin denuedo ejerce su función cotidiana en los casos concretos, con sentencias bien elaboradas que indican el conocimiento pleno de ellos para emanar sus decisiones.

⁵⁷ Agradezco especialmente a la Dra. Sonia HERRERO la selección de sentencias y resoluciones y su remisión para esta primera y elemental sistematización que efectúo. Quedo en deuda con ella para una próxima reflexión más completa.

formales que obstan a su realización, mediante una interpretación dinámica y funcional, conforme al citado objetivo, en tanto sea respetado el debido proceso adjetivo”. La consagración expresa de un principio así enunciado e impensado unos pocos años atrás, define una doctrina judicial diferente que se complementa en su aplicación práctica en sucesivas resoluciones y sentencias. Por ejemplo:

- *La exigencia de la interposición de la demanda en un plazo de caducidad, se presenta como un recaudo de origen legal no previsto en la cláusula constitucional que rige la materia (art. 166 de la Constitución Provincial), cuya aplicación deviene improcedente cuando los vicios del acto en cuestión afectan derechos amparados por principios de orden público: en el caso, emergentes de una relación de empleo público que resulta amparada por los principios de orden público del derecho laboral (con cita del artículo 39 de la Constitución Provincial, principalmente, el principio de irrenunciabilidad que dimana del inciso 3°). Exigir el conocimiento de las normas que imponen recaudos formales a un trabajador, para determinar si debe agotar la vía administrativa, no sólo constituye una carga excesiva sino que transforma a la norma en una regla inmoral -acudiendo a GORDILLO- que viola además, elementales principios vinculados a la transparencia de la función administrativa (art. 5 inc.1° Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, ley 26.097). Sobre tales bases, declara la inconstitucionalidad del artículo 18 del Código procesal de la Provincia (entre otras, en causa “Larramendi, María Fernanda c. Ministerio de Salud”, resolución del 27 de setiembre de 2006).*

- *La exigencia prevista en el art. 25 inc. 2 del Código Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires, en cuanto a la previa solicitud en sede administrativa de la suspensión de los efectos del acto -cuya suspensión cautelar se pretende luego en Justicia- se encuentra reñida con la garantía de acceso a la justicia y el principio de tutela judicial continua y efectiva (“Mantenimientos del Sur SRL c. Provincia de Buenos Aires” 8 de julio de 2005, causa en la que se otorgó una medida cautelar confirmada por la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo de La Plata en fecha 10 de abril de 2007).*

- *Se configura un supuesto de demandabilidad directa, esto es que no resulta necesario requerir los expedientes administrativos a la autoridad demandada a fin de efectuar el examen de los requisitos formales previstos en los artículos 14 y 18 del Código procesal, toda*

vez que la pretensión indemnizatoria que se esgrime no se sustenta en la anulación de un acto administrativo ni requiere reclamo previo en sede administrativa (“Cork, Ana M. c. Dirección General de Cultura y Educación”, 26 de marzo de 2004).

En el mismo marco, aborda la protección de los derechos sociales: *El otorgamiento de jerarquía constitucional al Pacto Interamericano de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha modificado el panorama legal en la cuestión: el Estado asume ahora su obligación con características proyectivas, comprometiéndose a la aplicación progresiva del máximo de los recursos disponibles. El reconocimiento de la dignidad del ser humano aparece en forma real y concreta, en el caso -en que se reclamaba la provisión de hormona de crecimiento, causa “Bersani Ledesma, María Clara c. Ministerio de Salud s/amparo”, 7 de septiembre de 2004 con remisión a “Viceconte” de la CNCAFed.- a decisión del juzgador; la labor de los jueces resulta determinante para sortear la paradójica situación derivada del contraste entre la incesante retórica de los derechos humanos frente a la indisponibilidad de los mismos para la mayoría de la población* (en el mismo sentido y también con referencia al derecho a la salud, en “Mendy María Cecilia c. IOMA s/amparo”, 28 de marzo de 2005, proveyendo en vía cautelar la cobertura integral del tratamiento de fecundación ICSI, con remisión a normas de jerarquía internacional y a doctrina de la CSJN en “Asociación Benghalensis” Fallos, 323:1339 y “Campodónico de Beviaqua” Fallos, 323:3229; entre otras muchas, especialmente “Herrero” ya citada, en la que analizó también la violación del derecho a la igualdad por parte del IOMA, vinculado a la obligación de la Provincia de promover el desarrollo integral de las personas, garantizando la igualdad de oportunidades (art. 11 Const. Prov.) y la eliminación de obstáculos económicos y sociales que impidan el ejercicio del derecho a la salud conforme art. 36 primera parte e inciso 8 de la Const. Prov.).

En casos en que se postula el acceso a los derechos sociales de vivienda digna y alimentación, el juez ARIAS ordenó cautelarmente a la Municipalidad demandada, el alojamiento de familias en hoteles o pensiones frente a la pretensión oficial de un desalojo, desoyendo otra medida cautelar anterior que había mandado *arbitrar los medios necesarios y adecuados para la reubicación de las familias afectadas por la orden judicial de lanzamiento* -emitida por otro juez- *de las viviendas ubicadas en un barrio FONAVI*; lo decidió teniendo en cuenta *lo normado en el Pacto Internacional de Derechos Económi-*

cos, Sociales y Culturales, en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, en la Convención sobre los Derechos del Niño y en la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (“Castillo, Gabriela Gisela c. Provincia de Buenos Aires y Municipalidad de Ensenada s/amparo”, 21 de febrero de 2008); destacando que *el artículo 75 inciso 23 de la Constitución Nacional manda legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos con particular respeto de los niños* (“Ermosi, Cristian Ezequiel c. Ministerio de Infraestructura, Vivienda y Servicios Públicos y otros s/amparo” del 11 de octubre de 2005; también, resolución del 29 de noviembre de 2007 en causa “Asociación Defensa Vivienda Familiar Bonaerense c/ Banco Hipotecario y otro s/pretenición declarativa de certeza”, ordenando cautelarmente al banco demandado la suspensión de todas las ejecuciones hipotecarias comprendidas en la ley provincial 13.550).

En un Estado de Derecho -dijo en “Federación Educadores Bonaerenses y otros” del 19 de diciembre de 2006- *el principio de legalidad preside todo el accionar de la administración, ésta se encuentra sometida a la ley y debe limitar sus posibilidades de actuación a la ejecución de la misma*; dispuso en el caso el cese de descuentos en los haberes de docentes públicos que ejercitaron el derecho de huelga, ponderando la omisión de la Provincia en la puesta en funcionamiento del mecanismo constitucional de negociación colectiva y destacando que *la ausencia de reglamentación y puesta en funcionamiento del derecho de solución colectiva de los conflictos laborales (conf. art. 39 inc. 4 Constitución Provincial) conlleva un incumplimiento de las obligaciones asumidas por el Estado para con los trabajadores del sector público* (también en “Asociación Judicial Bonaerense c. Provincia de Buenos Aires s/amparo”, resolución del 2 de mayo de 2007 en la que dispuso cautelarmente hacer cesar los descuentos en los haberes de los empleados judiciales que ejercitaron el derecho de huelga, causa ésta en la que, para proveer en tal sentido, declaró previamente la inconstitucionalidad de la resolución de la SCJBA 1358/06 que dispuso el sorteo de las acciones de amparo entre todos los jueces de primera instancia y tribunales colegiados de instancia única, con exceso de sus facultades de superintendencia y vulnerando el derecho de elec-

ción previsto en el artículo 20 inc. 2 de la Constitución Provincial sin perjuicio de las disposiciones legales acerca del fuero competente, en art. 19 de la ley 7166 conforme ley 13.101).

El mismo enunciado sobre la vigencia efectiva del Estado de Derecho ha permitido el juez ARIAS decidir que *la presunción de legitimidad del acto administrativo es inoponible a la actividad jurisdiccional de los magistrados en tanto no es postulado de validez sino de eficacia del acto y que la sola inobservancia del orden legal por parte de la administración vulnera el interés público representado en este caso por el pleno sometimiento de la administración al ordenamiento jurídico como postulado básico del Estado de Derecho*, venciendo de tal modo la costumbre inveterada de oponer a la procedencia de las medidas cautelares por parte de la Administración demandada, la presunción de legitimidad del acto que obstaculiza la ponderación de la verosimilitud del derecho y la invocación de un interés general a su exclusivo cargo que, en el caso, el juez sustituye magistralmente en su contenido priorizado por el sometimiento de la Administración al ordenamiento jurídico (“Mantenimientos del Sur c. Provincia de Buenos Aires”, resolución del 8 de julio de 2005, con nuestro comentario en Suplemento LL Administrativo, 11 de noviembre de 2005; en el mismo sentido, “Girganti, Orlando R. s/medida cautelar autónoma”, 6 y 11 de junio de 2007). También, al penetrar en el fondo al análisis de la “oferta más conveniente” considerándolo un *concepto jurídico indeterminado susceptible de la más amplia revisión judicial en punto a la legalidad y razonabilidad de la comparación, concluyendo en que se ha operado en el caso una inobservancia de los principios y de las reglas esenciales del procedimiento de selección del contratista, en cuanto tiende a proteger la participación igualitaria y transparente de todos los interesados en la convocatoria pública, afectando las garantías derivadas de los artículos 18 CN y 15 CPBA* (“Goyoaga Nilda c. Ministerio de Economía-Instituto Provincial de Loterías y Casinos”, 11 de octubre de 2005) o al análisis sin condicionamientos de la *situación de emergencia declarada por la Provincia, con la consiguiente declaración de inconstitucionalidad de los artículos 15 y 21 de la ley provincial 12.727 en el marco de un amparo*, sustentando así su condena a restituir las sumas retenidas por el Instituto de Previsión Social por aplicación de tales normas, de los haberes previsionales por él liquidados (“Tartaglia, Élida Dora c. Ministerio de Economía-IPS s/amparo” 25 de abril de 2005). Sobre la base del mismo principio ha dicho expresamente: *sostener*

que existen actividades de la administración ajenas al control judicial es desconocer el concepto mismo de Estado de Derecho y remitir a vetustas concepciones propias de arcaicos desarrollos del Derecho Administrativo⁵⁸ (“Hernández, Lidia Vicenta c. Ministerio de Obras y Servicios Públicos s/amparo” 1 de junio de 2005, causa en la que se pretendía el cese de la distorsión jurídica provocada por la inminente ejecución de la obra de canalización de un arroyo en San Miguel, con remoción de especies arbóreas añejas; la demandada admitió que en el caso no había realizado estudio de impacto ambiental y no obstante invocó en su favor que “había actuado en ejercicio de su derecho de poder administrador ajeno al control jurisdiccional; de allí lo de *vetustas concepciones propias de arcaicos desarrollos del Derecho Administrativo*”). Sobre la base de la legalidad que caracteriza al Estado de Derecho, hizo lugar a la cesación de una vía de hecho planteada por un agente público al que el secretario ejecutivo del Instituto Cultural de la Provincia le comunicó que había cesado su desempeño en el cargo que desempeñaba en el mismo para el que había sido designado, como *personal temporario* por decreto del Poder Ejecutivo; *la existencia de la prerrogativa administrativa de extinguir la relación de empleo público temporaria cuando medien razones de servicio (art. 123 ley 10.430)* -dijo entonces el juez ARIAS con cita expresa de sentencia de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo de La Plata en causa “Holub” del 8 de marzo de 2005- *no se extiende al extremo de convalidar su ejercicio allende las formas y procedimientos esenciales determinados por las normas de procedimiento administrativo, ni exime de fundamentar y motivar las razones que le han servido de justificación para el dictado del acto administrativo de alcance particular que afecta situaciones subjetivas* (en “Blanco Méndez, Alejandro c. Dirección General de Cultura y Educación s/cesación vía de hecho”, 13 de abril de 2007; en similar sentido “Abella Juan Carlos y otro” del 1 de marzo de 2005, esta vez en relación con la omisión del dictado de un acto administrativo intermedio al registrarse nuevas valuaciones fisca-

58 Cualquier similitud con nuestras expresiones empleadas en el curso del presente estudio, no es una casualidad: deriva de la convicción que me enorgullezco de compartir con Luis Federico Arias acerca de la necesidad del cambio postulado por GORDILLO y NIETO, proclamado con alcance general por filósofos y sociólogos -con la cita especial que hicimos de CIURO CALDANI- y cuya concreción cotidiana enaltece a la Justicia administrativa de la Ciudad de Buenos Aires.

les por la Dirección de Catastro Territorial que sostiene el carácter autoaplicativo de un acto de alcance general, también sobre la base expresa de que *en un Estado de Derecho el principio de legalidad preside todo el accionar de la administración*).

En cuanto a la condena judicial a la gestión del Derecho a la que hemos referido en el marco de los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y de la Justicia del fuero de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, merecen destacarse las siguientes decisiones de este juzgado: “Gaviot, María Cecilia y otros s/ medida cautelar anticipada”, resolución del 29 de mayo de 2008 y “Asociación Civil Nuevo Ambiente Centro Vecinal c. CEAMSE S.A. s/amparo” del 2 de marzo de 2006. En “Gaviot” la pretensión fue deducida por médicos del Ministerio de Salud de la Provincia de Buenos Aires ⁵⁹ con el reclamo concreto de que se ordene el *inmediato nombramiento de ocho médicos especialistas en terapia intensiva de pediatría y veinticuatro enfermeras con idoneidad específica en esta tarea en el Hospital de Niños “Sor María Ludovica” de La Plata, aduciendo que la situación ha sido denunciada ante la administración competente que no ha adoptado medida alguna al respecto*; el juez hace lugar a la medida cautelar anticipada ponderando, en cuanto al requisito del interés público comprometido al efecto, que la medida solicitada tiende, precisamente, a garantizarlo. En “Asociación Civil Nuevo Ambiente” se peticionaba el cese de tareas de ampliación del centro de disposición final de residuos sólidos urbanos de Punta Lara, Partido de Ensenada; el juez ponderó -con remisión a sentencia de la SCJBA en “Asociación Civil Ambiente Sur c/Municipalidad de Avellaneda” del 19 de marzo de 2003- que la pretensión articulada no reposa en la afectación de situaciones subjetivas individuales, que el problema de emplazamiento de rellenos sanitarios cercanos a centros poblados está expresamente previsto en la ley 25.916, en especial el art. 20 que impone ubicarlos en lugares alejados del área urbana. El análisis de los hechos del caso le permite concluir que el centro en cuestión *no satisface el citado recaudo legal*,

⁵⁹ Nunca dejaremos de resaltar la trascendencia en cuanto pionera en la cuestión, de la decisión del Tribunal en lo Criminal N°3 de Mar del Plata de fecha 4 de junio de 2002, adoptada sobre la base del principio esencial que el mismo enuncia: *Cuando desde el Estado se pretende promover el bienestar general pero al mismo tiempo se afecta en forma desproporcionada a las personas humanas, algo, evidentemente, no funciona* (“Colegio de Médicos de la Provincia de Buenos Aires IX Distrito s/amparo”).

se encuentra próximo a la reserva natural integral de Punta Lara, no resulta compatible con las características urbanas, turísticas, históricas y naturales de la región ni con los propósitos de la ley 10.907. Destaca además que la secretaría de Política Ambiental provincial manifestó no haber realizado inspecciones en el centro citado, vulnerando así el cometido del art. 28 inciso tercero de la ley de ministerios 12.355 que le encomienda *el control de gestión de la política ambiental*, con la obligación de realizar *acciones conducentes a la adecuada fiscalización de todos los elementos que puedan ser causa de contaminación*, por lo que, concluye, *hay omisión de la administración provincial* respecto de una actividad de enorme relevancia, advirtiendo una disociación entre el descontento y la preocupación de los habitantes de la zona y el estudio de impacto ambiental acompañado por la demandada, *una disociación -apunta- que pudo ser mitigada por la aplicación de técnicas participativas* ya sugeridas por la Cámara Federal de La Plata en causa “Cinturón Ecológico Area Metropolitana S.E. c. Nuevo Ambiente Centro Vecinal de Punta Lara s/amparo”, del 28 de junio de 2005. Sobre tales bases, y otras más que enuncia, hace lugar a la demanda de modo progresivo a fin de adaptar el sistema previsto en el decreto ley 9111/78 a las disposiciones y principios del ordenamiento nacional y prohíbe, a partir de la fecha que indica, el ingreso de residuos generados en Partidos cuya ubicación supere la distancia prevista en el artículo 4 del decreto ley citado.

D. Dilución de los reparos opuestos a los procesos colectivos

1. El caso o causa judicial en el proceso judicial en materia administrativa

Los nuevos contenidos de la Justicia administrativa en la Provincia de Buenos Aires ponen el acento en el *conocimiento y solución integral del caso por los tribunales especializados*, destacando *la plena justiciabilidad de los casos en la materia y el acceso irrestricto al fuero especializado*. Así lo expresó la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo de La Plata en causa “Ribelli, Juan” ya citada⁶⁰,

⁶⁰ Con nuestro comentario “El sistema de juzgamiento de casos en materia administrativa en la Provincia de Buenos Aires” JA 2005-III, suplemento del fascículo n° 5, páginas 93 y siguientes

reiterando y complementando el concepto esencial antes vertido por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires en “Gaineddu”, acerca de que *no se puede restringir legalmente el alcance que la norma constitucional (art. 166 última parte Const. Prov.) otorgó al **diseño de los casos administrativos***. Un diseño que habla claramente de la posibilidad directa de demandar frente a cualquier actuación u omisión en ejercicio de función administrativa en la medida en que constituya afectación suficiente para configurar un caso: ese es pues, el contenido auténtico del caso judicial que configura el litigio de Derecho Público, desarrollado en el ámbito del “conocimiento y decisión” -del caso o causa⁶¹- que consagra el art. 116 de la Constitución Nacional como piedra angular del sistema judicial argentino. Se plasma en ello una necesaria y obligatoria concepción del Derecho Administrativo como derivación lógica del Derecho Constitucional en cuanto estructura fundamental sobre la que se asientan sus instituciones, desechando los modelos extranjeros que son incompatibles con ellas⁶². El diseño constitucional del caso administrativo está vinculado al ejercicio de la función administrativa y, como tal, habrá de adquirir su verdadera dimensión de una contienda judicial sustancialmente idéntica a las restantes contiendas judiciales, en cuanto al conocimiento y decisión de los

61 La Corte Suprema de Justicia de la Nación insiste en la configuración de un “caso contencioso” para habilitar el ejercicio de función judicial (art. 2 de la ley federal 27; *Fallos*, 322:528), en estrecha vinculación con la legitimación adecuada para promoverlo, rechazando que ésta pueda sustentarse en el “interés general de los ciudadanos en que se cumplan la Constitución y las leyes” (*Fallos*, 321:1352) (recientemente, en “Zatloukal, Jorge c. Estado Nacional”, 28 de mayo de 2008; también “Mosquera Lucrecia c. Ministerio de Economía, del 3 de abril de 2003, en LL Sup.Adm. con nota de Maximiliano TORICELLI “Los nuevos contornos del caso judicial”, esta vez bajo la idea de que el “generalizado interés de todos los ciudadanos en el ejercicio de los poderes de gobierno” no confiere legitimación ni, por consiguiente, configura “caso contencioso”). Pero esa delgada línea que delimita tal exigencia, adquiere elasticidad suficiente para admitir la configuración de la contienda a medida que los planteos se apartan de cuestiones patrimoniales para adentrarse directamente en cuestiones sociales o institucionales, como es el caso “Verbitsky” en relación con el Servicio Penitenciario Bonaerense, o, principalmente, el caso “Mendoza, Beatriz” en el que la Corte pone el acento en la participación social activa tanto en la solución de la contienda como en el control de ejecución de su sentencia.

62 GARCÍA MANSILLA-RAMÍREZ CALVO, “La importancia del estudio de las fuentes de la Constitución”, en JA 2006-I fascículo n° 7, 15 de febrero de 2006.

jueces en ejercicio de función judicial, sin prevalencia alguna de una de las partes sobre la otra. Sólo en virtud de la materia sobre la que se desarrolla el proceso judicial, en cuanto consiste en el ejercicio de la función administrativa, surgen las particularidades del caso que dimanen de ese contenido.

2. La trascendencia institucional del caso como única diferencia válida

En ese contenido, en cuanto ejercicio de función administrativa, no puede soslayarse la trascendencia en la “transformación estructural de instituciones del Estado en pos del respeto de derechos y valores democráticos consagrados en la Constitución” que asume el litigio de Derecho Público. Así lo destaca Paola BERGALLO⁶³ quien afirma que este litigio “provee un marco interesante para discutir las contribuciones que desde el derecho podrían formularse al trabajo en pos de la construcción institucional y la transformación social del país”, sin perjuicio de advertir la resistencia que genera a priori la judicialización de reclamos que, se considera, deben ser resueltos por el Congreso o la Administración Pública⁶⁴. Para quienes abogan por un rol activo del Poder Judicial -dice BERGALLO- en la protección de todos los derechos constitucionales, lo que respalda la obligación judicial de intervención son las implicancias morales del principio de igualdad en la definición del contenido sustantivo de los derechos⁶⁵; e insiste en la definición del rol de los tribunales como espacio de transformación social. Me parece que el planteo no debiera darse entre quienes abogan a favor o en contra de una función activa del Poder Judicial en la protección de todos los derechos constitucionales y en las transformaciones que nuestra sociedad reclama;

63 En “Apuntes sobre justicia y experimentalismo en los remedios frente al litigio de Derecho Público” (JA 2006_II, fascículo 12 especial de “Acciones colectivas”), trabajo presentado como “Justicia y experimentalismo: la función remedial del Poder Judicial en el litigio de derecho público” en el Seminario Latinoamericano de Teoría Constitucional, Río de Janeiro, 2005

64 Remite a GARGARELLA, Roberto, *La justicia frente al gobierno*, 1996, Ariel, Barcelona, y, entre otros muchos autores del Derecho Comparado, a CHAYES, Abraham “The role of the judge in public law litigation”, 89 *Harvard Law Review* 1281, 1976.

65 Un tema que está estudiando detenidamente Gonzalo PERMUY VIDAL en su desarrollo de tesis doctoral en la Universidad Nacional de La Plata.

porque creo que ese rol es naturalmente asumido -además de institucionalmente válido- en directa relación con el fracaso de la gestión administrativa para la satisfacción de tales cometidos sociales y la inoperancia de las leyes que, desde el Congreso, no se logra revertir. En buena hora, en tales circunstancias, que asuma ese rol, asunción que no sería posible de mantenernos en el esquema restrictivo de una jurisdicción contencioso administrativa excepcional y extraordinaria.

Del análisis jurisprudencial efectuado en nuestro trabajo que ahora y así concluye, se advierte, principalmente, que sólo en el ámbito de los tribunales del fuero cuyo desempeño celebramos y compartimos, se brinda participación activa a cuestiones de exclusión social y a personas socialmente marginadas. El Congreso de la Nación se limita a consagrar sus derechos en letra de imprenta sin procurar sistemas efectivos de comprobación de resultados en la realidad. Y desde el Poder Ejecutivo, se las sigue considerando sólo como meros objetos benéficos del poder, al decir de Alejandro NIETO ⁶⁶. Las cuestiones resueltas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa “Mendoza, Beatriz”, íntimamente ligada a las pésimas condiciones de vida que padecen los sectores más excluidos, ponen en evidencia la presencia de esta modalidad de litigio definida, precisamente, por su tendencia a las “soluciones experimentales que combinan formas más flexibles de regulación en las que las partes colaboran en un proceso de aprendizaje y reconstrucción” referidas especialmente al sistema de salud mental, escuelas, prisiones, políticas habitacionales y el abuso policial, entre otras ⁶⁷. De allí la natural configuración de esta contienda por la presencia de derechos de alcance colectivo, consagrados y protegidos expresamente por la Constitución Nacional y su natural definición en un alcance colectivo de la condena que aún sigue preocupando a los autores ⁶⁸.

66 ¿Por qué no se los menciona, en absoluto, cuando se habla del gran acuerdo nacional del Bicentenario? (el famoso don Vicente Nario en insuperable expresión reiterada del periodista Jorge Lanata). Se menciona la participación activa de todos los sectores: industria, comercio, entidades financieras, campo (¿) y centrales obreras, concluyendo con ellas toda participación social posible con el más supino desconocimiento del sector marginal a quienes las centrales obreras no representan.

67 Publicación citada, página 9.

68 “Problemas que suscita la legitimación y la cosa juzgada en los procesos colectivos”, KNAVS, Verónica y HERRÁN, Maite, en LL DJ 2007-1, 780; “¿Qué tan

Es necesario diluir los reparos opuestos al alcance colectivo de estos litigios en tanto tal alcance es carácter definitorio de su propia configuración que la Corte Suprema de Justicia de la Nación rescata cuando desplaza de esa configuración a las cuestiones de carácter patrimonial cuyo ejercicio y tutela corresponde a cada uno de los potenciales afectados (entre otras causas “Asociación de Generadores de Energía Eléctrica de la República Argentina c. Estado Nacional-Secretaría de Energía de la Nación”, del 4 de septiembre de 2007) y cuando confirma la sentencia de condena a una empresa de medicina prepaga “a cesar en su práctica de imponer en sus servicios periodos de carencia respecto de las prestaciones comprendidas en el Programa Médico Obligatorio y a cesar en su práctica de difundir publicidad en referencia a esos periodos o que pudiera inducir a engaño a los usuarios acerca del momento a partir del cual tienen derecho a las prestaciones” (“Unión de Usuarios y Consumidores v. Compañía Euromédica de Salud S.A.” del 8 de abril de 2008, en LexisNexis Argentina, Newlester, diario del 30 de abril de 2008).

Resta aclarar que la conclusión que planteamos no importa prestar atención a las denominadas “acciones de clases” cuyo origen en Estados Unidos de Norteamérica las define como propias de todas aquellas personas que fueran afectadas por un decreto cuando su número hacía imposible citarlas simultáneamente a todas a juicio⁶⁹ ni, mucho menos, a la clasificación de los derechos en difusos, colectivos, homogéneos o de cualquier otra índole. El encasillamien-

amplia es la legitimación para requerir tutela que confiere el artículo 43 de la Constitución Nacional?”, JIMÉNEZ, Pablo Eduardo, comentando los fallos de la CSJN en “Colegio Público de Abogados de la Capital Federal c. Ministerio de Economía” del 17 de octubre de 2003 y “Defensor del Pueblo de la Nación c. Ministerio de Economía” del 21 de agosto del mismo año; “La tendencia actual a ampliar la legitimación activa: sus riesgos”, VÁSQUEZ, María G., en JA 2006-II, fascículo 1 del 5 de abril de 2006; “Los derechos individuales homogéneos en la reforma de la ley 24.240 (ley 26.361): legitimación y cosa juzgada”, ARAZI, Roland, en JA 2008-III, fascículo n° 3, 16 de julio de 2008.

69 “Algunas pautas para la regulación normativa de los procesos colectivos”, DE LOS SANTOS, Mabel, en JA 2005-IV, fascículo n° 7 del 16 de noviembre de 2005. Es interesante la opinión de Walter CARNOTA cuando sostiene que la desestimación de múltiples planteos en sede administrativa no convierte automáticamente a sus titulares en sujetos activos de derechos de incidencia colectiva (comentando la sentencia de la Cámara Federal de la Seguridad Social, Sala II del 9 de diciembre de 2002 en “Asociación de Amas de Casa de la Provincia de La Rioja c. Administración Nacional de la Seguridad Social” en LL Sup. Adm.).

to en categorías predefinidas no ha producido resultados positivos en nuestro país; más bien complicó la comprensión de los temas y su solución. Son sencillamente derechos de incidencia colectiva en los términos de nuestra Constitución, como una nueva herramienta puesta a disposición de los operadores jurídicos ⁷⁰ para la profunda transformación que el cambio en el proceso social reclama. Si alguna denominación nos convence, por la trascendencia social que brinda al litigio de Derecho Público, es la de “modelo de litigio experimental” que emplea Paola BERGALLO en el trabajo ya citado, principalmente por la efectividad en la inducción del cumplimiento de obligaciones jurídicas por parte del Estado aliada al fenómeno de rendición de cuentas al público.

⁷⁰ Así los consideran, por ejemplo, CASAS, Laura y ARIAS AMICONE, Patricio, en “Nuevas tendencias del derecho procesal constitucional: hacia una tutela más inclusiva”, en LL DJ 2007-1, 131 y siguientes, especialmente página 135. “Al hablar de inclusión social -dicen CORADI, Fabiana y VÁZQUEZ, Julieta en “Acceso irrestricto a la jurisdicción” LL DJ 2005-3 1067- se hace referencia a tener la posibilidad real de acceder a los derechos sociales”.