



Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo
Euro-Latin American Journal of Administrative Law



Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo
ISSN: 2362-583X
revistaredoeda@gmail.com
Universidad Nacional del Litoral
Argentina

GUZMÁN BERÓN, NICOLÁS

El impacto de la tutela positiva de los Derechos Fundamentales en la discrecionalidad administrativa
Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo, vol. 5, núm. 1, 2018, Enero-Junio
Universidad Nacional del Litoral
Argentina

Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=655969795006>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

REVISTA EUROLATINOAMERICANA DE DERECHO ADMINISTRATIVO

VOL. 5 | N. 1 | ENERO/ JUNIO 2018 | ISSN 2362-583X
SANTA FE | ARGENTINA | PERIODICIDAD SEMESTRAL

Revista oficial de la Red Docente Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo
formada por las siguientes instituciones:





DOI: 10.14409/REDOEDA.V5I1.9095

REVISTA EUROLATINOAMERICANA
DE DERECHO ADMINISTRATIVO

ISSN 2362-583X

El impacto de la tutela positiva de los Derechos Fundamentales en la discrecionalidad administrativa

The impact of the active protection of fundamental rights in the administration's discretion

NICOLÁS GUZMÁN BERÓN^{I,*}

^IUniversidad Nacional del Litoral (Santa Fe, Argentina)

ngberon@gmail.com

Recibido el/Received: 09.07.2019 / July 9th, 2019

Aprobado el/Approved: 05.10.2019/ October 5th, 2019

RESUMEN:

El objetivo del presente trabajo es abordar las consecuencias en la discrecionalidad del Estado de la exigibilidad de los derechos fundamentales, sobre todo en relación a aquellos que requieren un conjunto de prestaciones positivas. El artículo se centra en dos de estas consecuencias. La primera, referente a la posibilidad de exigir estos derechos judicialmente, en la cual se concluye que sin perjuicios de las dificultades que conlleva, es necesario que, en determinados supuestos de violación de mínimos existenciales de derechos o mínimos vitales, se permita su demandabilidad por tratarse de conceptos jurídicos indeterminados. La segunda, defiende la necesidad de una reforma de la Administración que sea lo suficientemente eficiente para cumplir y satisfacer los derechos a los que se ha comprometido.

Palabras Claves: derechos fundamentales; discrecionalidad; mínimos vitales; conceptos jurídicos indeterminados; reforma de la administración.

ABSTRACT:

The objective of the present work is to demonstrate that contemporary conceptions of the fundamental human rights, demand to the State a complex of positive actions that modify its discretion. The article describes two of the consequences of this conception. One, about the possibility to demand them through a trial, where we conclude that despite the difficulties that implies, it is necessary in cases where exist a violation of a minimum standard of satisfaction of these rights. The second defends the necessity to reform the administration to fulfill its obligations.

Keywords: fundamental rights; discretion; standard of minimum satisfaction; undetermined law concepts; administration's reform.

Como citar este artículo | How to cite this article: GUZMÁN, Nicolas. El impacto de la tutela positiva de los Derechos Fundamentales en la discrecionalidad administrativa. **Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo**, Santa Fe, vol. 5, n. 1, p. 105-120, ene./jun. 2018. DOI: 10.14409/rededa.v5i1.9095

* Abogado – Universidad Nacional del Litoral (Santa Fe, Argentina). Colaborador en grupo de investigación CAI+D 2016 (UNL).



SUMARIO:

1. Introducción; **2.** Marco Teórico; **2.1.** Evolución en la concepción de los derechos fundamentales y en el modelo de estado; **2.2.** Derechos a acciones positivas por parte del estado; **2.3.** Derechos Económicos, sociales y culturales; **2.3.1.** Las obligaciones emanadas del PIDESC; **3.** La Exigibilidad de los Derechos Fundamentales; **3.1.** Discrecionalidad de la Administración pública; **3.2.** ¿Es posible controlar esta discrecionalidad por la vía judicial? **4.** Una solución preventiva. La reforma de la administración. **5.** Conclusión. **6.** Referencias.

1. INTRODUCCIÓN

Asistimos en nuestro tiempo a una permanente y exponencial inflación de derechos fundamentales que, desde la ideología y nuestro orgulloso sentimiento humanitario, no podemos más que celebrar y victoriar. Ahora bien, el problema que se nos presenta es que el interminable menú de derechos consagrados, a nivel nacional e internacional, en gran cantidad de oportunidades – para no decir mayoritariamente – no se condicen con la realidad fáctica nos impera. Tampoco gozamos en nuestro arsenal de herramientas suficientes para poder defender y exigir estos derechos ante las autoridades judiciales o administrativas, por lo que nos resignamos en muchos casos a dejarlos allí exhibidos como un triunfo del progreso democrático y social, cual vitrina de trofeos, en detrimento de la propia confiabilidad del sistema jurídico. Por otra parte, tampoco puede desconocerse que la intencional redacción de textura abierta de estos derechos genera incertidumbre en cuanto a su extensión, volviendo difusas las exigencias personales para con el Estado.

Ante esta situación surgen una innumerable cantidad de interrogantes, que se ven reflejados en la bibliografía sobre el tema: ¿Qué carácter tienen estos derechos? ¿Son planes de gobierno de carácter programático o pueden exigirse como propios? ¿Son exigibles judicialmente? ¿En qué medida? ¿Debe el Estado satisfacer la totalidad de estos Derechos? ¿Se encuentra habilitado para incumplirlos? Si no puede cumplir la totalidad ¿Cómo elige entre ellos cual cumplir? ¿Puede la Administración desde una estructura clásica cumplir con las nuevas exigencias? ¿o requiere una transformación?

Por supuesto, tratar acabadamente la totalidad de estas cuestiones es una tarea por demás de extensa para un artículo como el presente. Independientemente de ello, es el propósito bosquejar algunas ideas respecto a las repercusiones de los derechos fundamentales en la Administración pública, especialmente en cuanto a las obligaciones positivas emanadas de los mismos. La tesis que atravesara la totalidad del trabajo es que existen obligaciones a prestaciones positivas de parte del Estado que modifican su ámbito de discrecionalidad, especialmente en caso de incumplimiento con standares existenciales mínimos, que se configuran como conceptos jurídicos indeterminados.



De ello se desprende la necesidad de repensar la relación judicial entre poderes y de reformar la administración pública.

Para ello, desarrollare en primer lugar una breve explicación de las obligaciones positivas en cabeza del Estado y sus consecuencias respecto a la discrecionalidad de la administración. En segunda instancia, me referiré a dos niveles de solución de estos conflictos. Uno, de lectura más usual en la doctrina como es la posibilidad de justiciabilidad de los DESC. Por otro lado, la necesidad de una trasformación en la administración pública, para poder cumplir con los pactos internacionales.

2. MARCO TEÓRICO

2.1. EVOLUCIÓN EN LA CONCEPCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y EN EL MODELO DE ESTADO

La clasificación más conocida de los derechos fundamentales es aquella que los divide en Derechos de Primera, Segunda y Tercera generación. La misma, además de reflejar su orden de aparición, permite rastrear las distintas concepciones de orden teórico-político que dieron lugar a cada uno de estos derechos y, sobre todo, el rol que se adjudicó al Estado. Ambas cuestiones se encuentran íntimamente relacionadas, y son la consecuencia de nuestro entendimiento actual de las relaciones entre el Estado y pueblo. Recordemos brevemente lo pertinente para este trabajo.

Los llamados Derechos de Primera Generación, también conocidos como Derechos Civiles y Políticos, tuvieron su origen como consecuencia de los pensamientos de corrientes iluministas y revolucionarias que se levantaron contra el antiguo régimen, donde los males del Estado provenían del autoritarismo¹ y los particulares debían proteger su propia libertad contras las arbitrariedades del soberano. Como producto de dicha concepción se configuró un Estado Liberal de Derecho². La Administración debía abstenerse de intervenir en la vida de la comunidad, limitándose meramente a garantizar las condiciones mínimas de seguridad y justicia. En este contexto, los derechos eran interpretados como defensas, es decir prerrogativas que evitaban los abusos del poder, limitaban al gobierno y protegían los bienes esenciales de la persona para el desarrollo de su vida, pero no colocaban al estado como obligado mas allá de los deberes clásicos de seguridad y justicia.

Posteriormente surgen los Derechos de Segunda Generación, también llamados Derechos Económicos Sociales y Culturales, ante las insurgentes protestas de las clases

¹ ATRIA, Fernando. ¿Existen derechos sociales? **Revista Discusiones, Alicante**, vol. nº 4, p. 15-59. 2004.

² DELPIAZZO, Carlos. ¿Hacia dónde va el Derecho Administrativo?. In: MOLINA, Carlos Mario; Rodríguez, Libardo RODRIGUEZ (Coord). **El Derecho Público en Iberoamérica**: Tomo I. Primera edición. Bogotá: Temis, 2010. p. 373-ss.



trabajadoras y el fortalecimiento de corrientes de izquierda. A partir de ello también se gesta un cambio de paradigma, y la doctrina reconoce el paso de un Estado Liberal de Derecho a un Estado Social de Derecho. Si bien la Administración mantuvo su deber de seguridad y justicia, también comenzó a intervenir y participar del mercado a los fines de paliar los efectos negativos del capitalismo. Los derechos dejaron de ser defensas en poder de los ciudadanos, sino que requirieron de la protección activa del Estado a los mismos.

Un tercer momento, cuya génesis es rastreable hasta finales del siglo pasado, es la consagración de un Estado Constitucional de Derecho, derivado de corrientes llamadas neoconstitucionalistas que postulaban un mayor protagonismo de la ley fundamental, proyectable a la totalidad del ordenamiento jurídico. La Constitución dejó de ser un conjunto de reglas programáticas que diseñaban un modelo de Estado, sino que cobró operatividad. Los Derechos fundamentales, dejaron de ser meramente defensas contra el estado, para convertirse en verdaderos deberes exigibles a la administración, quien debía garantizar y realizar todo cuanto este a su alcance para cumplir con esos derechos.

DelPiazzo, describe a estos tres modelos de Estado como círculos concéntricos, en donde el último comprende a los dos primeros. Es decir, la evolución en la concepción de Estado consistió en un ensanchamiento de los deberes en cabeza del mismo, y en la forma en que se entendía su rol en la Sociedad. En el último de los círculos llegamos a la mayor extensión posible, donde el Estado a través de sus políticas públicas debe orientarse al cumplimiento de los derechos otorgados a los ciudadanos en la Constitución Nacional.

2.2. DERECHOS A ACCIONES POSITIVAS POR PARTE DEL ESTADO

Como producto de esta evolución histórica, es que actualmente entendemos que los derechos fundamentales presentan una complejidad de obligaciones para el Estado. Algunas se condicen con los clásicos deberes de abstención, mientras que otras obligaciones consisten en adoptar otro tipo de comportamientos de carácter prestacional. En el presente parágrafo analizaremos algunas de las concepciones reinantes respecto a las obligaciones positivas del Estado, sus clasificaciones y variantes.

Una forma de clasificación comúnmente utilizada es la que distingue entre obligaciones de respetar, proteger, promover y garantizar derechos fundamentales. Estas cuatro obligaciones permiten un amplio espectro de acciones derivadas de derechos.

Las obligaciones de *Respeto* son aquellas que refieren al deber del estado debe privarse de traspasar la esfera privada de las personas, es decir, son obligaciones netamente negativas o de abstención. El estado no puede realizar censura previa, ni restringir



su libertad individual sin orden de autoridad competente, por ejemplo. La obligación de respetar se identifica con la defensa del individuo ante el Estado y, como ya se dijo, proviene del Estado Liberal de Derecho.

En cambio, las obligaciones de protección, promoción y garantía, son producto de las concepciones más recientes del Estado y requieren de otro tipo de comportamientos. *Proteger* consisten en la prestación por la que se evita que terceros interfieran y dañen derechos individuales; *Promover*, es generar las condiciones que incentiven la realización de una determinada conducta; *Garantizar* consiste en asegurar que el tercero adquiera el bien cuando no puede hacerlo por sí mismo.³

Otra clasificación posible es la realizada por Robert Alexy, del quien tomaremos – de su extensa obra- simplemente la referente a derechos derivados de una tutela positiva por parte del Estado; lo que él denomina Derechos Prestacionales en sentido amplio. La razón de esta distinción afirma el autor a que el Estado puede realizar prestaciones tanto normativas como fácticas para garantizar el cumplimiento de estos derechos, es decir, que de las obligaciones positivas adjudicadas al Estado, este puede cumplir algunas mediante comportamientos materiales y otras mediante la emisión de normas. Según el profesor alemán existen tres clases o dimensiones de derechos prestacionales en sentido amplio: Derechos de protección, derechos de procedimiento, y derechos prestacionales en sentido estricto.⁴

La primera categoría (Derechos de protección) consiste en la posibilidad del ciudadano de exigir al Estado la defensa y garantía de sus derechos contra la actividad de terceros, materializándose en el poder de policía estatal. Nadie puede atentar contra los derechos de otro, y es el Estado quien debe, bajo determinadas circunstancias, proteger al ciudadano de estas injerencias. Desde esta perspectiva encontramos algunos puntos de contacto entre la obligación de defensa de los derechos fundamentales. Mientras esta consiste en una prohibición en exceso para el estado, la protección sería una prohibición de omisión para el mismo.⁵ Esta dimensión tiene alcances idénticos a la obligación de protección de la clasificación anterior.

En cuanto a la dimensión procedural, el autor destaca la influencia de los derechos fundamentales en los procedimientos administrativos, como principios rectores e imprescindibles. Esto no significa necesariamente la consagración de un determinado tipo de proceso, sino una nueva orientación finalística. “Los derechos procedimentales pueden ser tanto derechos al establecimiento de determinadas normas

³ ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Cristian. **Los Derechos Sociales como Derechos Exigibles**. 2da Edición. Madrid: Editorial Trotta. 2004. p.29

⁴ ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Primera edición. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 1993. p. 430.

⁵ SCHMIDTD-ASSMAN, Eberhard. **La Teoría General del Derecho Administrativo como Sistema**. Primera edición. Barcelona: Ediciones Jurídicas y Sociales. 2003. p. 72.



procedimentales como derechos a una ‘determinada interpretación y aplicación concreta’ de normas procedimentales”⁶ En este caso la relación de la dimensión procedural con la obligación de promoción no es de igualdad, sino de genero especie, es decir, una de las formas de promoción de los Derechos es mediante el establecimiento de normas procedimentales efectivas.

Por último, respecto a los “derechos prestacionales propiamente dichos”, se identifica con la obligación de garantía, donde se faculta al individuo para obtener algo frente al estado que, de tener los medios económicos, podría obtener también de los particulares.⁷ En otras palabras consiste en la posibilidad de exigir al estado la prestación de bienes y servicios.

Los derechos prestacionales en sentido estricto pueden ser concebidos con un distinto grado de intensidad. Este grado de intensidad depende de la combinación de tres factores estructurales que mencionaremos a continuación. En primer lugar, se debe considerar si es susceptible o no de tratamiento jurisdiccional, es decir si el Poder Judicial está facultado para imponer su cumplimiento o se trata de cuestiones no justiciables (vinculante o no vinculante) Luego, si confiere derechos subjetivos o solo obligan a estado objetivamente. Por último, la consideración como normas o principios (definitivos o *prima facie*).⁸ Como se ve aquí, la opción no es extrema. No se debe elegir entre lo blanco o negro, sino que hay una considerable gama de grises a tener en cuenta. Si observamos el cuadro que se encuentra debajo podemos observar que, bajo esta esquematización, existen 8 alternativas diferentes. Siendo la numero 1 la forma de protección más fuerte y la número 8 la más débil.⁹

Vinculante				No vinculante			
Subjetivo		Objetivo		Subjetivo		Objetivo	
Definitivo	Prima Facie	Definitivo	Prima Facie	Definitivo	Prima Facie	Definitivo	Prima Facie
1	2	3	4	5	6	7	8

Alexy, Robert. 2012. Teoría de los Derechos Fundamentales. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. p. 443

⁶ ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Primera edición. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 1993. p. 458.

⁷ ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Primera edición. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 1993. p. 482.

⁸ ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Primera edición. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 1993. p. 430.

⁹ ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Primera edición. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 1993. p. 484



De esta forma se observa que los Derechos fundamentales tienen una gran cantidad de consecuencias completamente distintas de acuerdo a su grado e intesidad. Esto se debe, por mas que resulta evidente, que no todas las circunstancias fácticas, ni todos los derechos pueden gozar de una tutela identica, pues de lo contrario, caeríamos en una paradoja de los derechos testimoniales, es decir sin vigencia fáctica. Por lo tanto debe generarse una dogmática de las obligaciones prestacionales para entender sus distintas implicancias.

2.3. DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

Es común la distinción entre ambos según la cual los DCP consisten básicamente en obligaciones negativas del estado, que no debe interferir en el ejercicio de esos derechos. En cambio los DESC implicarían obligaciones positivas. De ello se derivo un óbice a su exigibilidad, por cuanto presupuestariamente es imposible exigirle al estado que cumpla con la totalidad de derechos sociales. A este punto volveremos mas adelante.

Esta distinción efectuada entre ambos no es completamente precisa, porque tanto de una como de otra categoría de derechos se derivan un complejo de obligaciones positivas y negativas. Abramovich y Courtis hace un tiempo despejaron la falacia interpretativa que entendía que los Derechos Civiles y Políticos se correspondían con prestaciones negativas, mientras que los Económicos, Sociales y Culturales con respuestas positivas por parte del Estado. Lo cierto es que ambos tipos de derechos se derivan obligaciones de carácter positivo y otras de carácter negativo.

Los derechos Civiles y Políticos no se limitan a una abstención estatal, sino que requieren también que se garanticen las condiciones institucionales necesarias para que los mismos se cumplan. Lo mismo ocurre con los Derechos Economicos, Sociales y Culturales que pueden ser violentados mediante políticas que violen mandatos de abstención, como por ejemplo: la restricción del acceso a la salud o a la educación de forma irrazonable. Todo ello sin perjuicio de que verdaderamente existen mayores complicaciones en cuanto a los niveles de accionar positivo del estado en los DESC que en los DCP. Si bien los autores realizan esta disquisición respecto a los niveles de exigibilidad judicial de los derechos, tema altamente controvertido, resulta de interés metodológico adoptar como categoría las prestaciones estatales orientadas a la satisfacción de derechos tan civiles y políticos como económicos sociales y culturales. Por ello en adelante los denominare, genéricamente, derechos prestacionales. No en cuanto una categoría distinta de derechos, sino como obligaciones de actuación emanados de los mismos.



2.3.1 Las obligaciones emanadas del PIDESC. Especial intereses tiene las obligaciones las emanadas del PIDESC. Abramovich y Courtis las sintetizan mediante las siguientes

a) reconocen en un primer término la obligación de adoptar medidas inmediatas, es decir, que sin importar la naturaleza claramente progresiva en la consecución de estos derechos, los estados deben implementar aquellas que tengan efectos a corto plazo o que cuanto menos comiencen con la tarea. Dentro de ellas se encuentra la adecuación del marco legal, el relevamiento de información, vigencia efectiva y formulación de un plan; y provisión de recursos efectivos.

b) Asimismo reconocen la obligación de garantizar niveles mínimos de derechos que surge del art. 2.1 del pacto. "En algunos casos implicará adoptar medidas que conlleven algún tipo de acción positiva, cuando el grado de satisfacción del derecho se encuentre en niveles que no alcancen los mínimos exigibles" (pag 89) argumento de la limitación de recursos.

c) se encuentra la obligación de progresividad y prohibición de regresividad

Una vez descripto el marco teórico, resta referirnos a como dichos derechos fundamentales impactan en el diseño institucional del Estado. Para ello he elegido dos temas a mi entender con más interés en la materia. Uno relativo a la posibilidad de controlar la discrecionalidad administrativa mediante su exigibilidad judicial. La otra respecto a las reformas de la administración necesarias para cumplir con estas obligaciones en forma preventiva a su exigencia judicial.

3. LA EXIGIBILIDAD DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

3.1. DISCRECIONALIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Tal como hemos afirmado, la caracterización que se ha realizado en torno a los derechos prestacionales repercute en una gran cantidad de aspectos del sistema jurídico considerado en su totalidad. Uno de ellos, a mi gusto de gran relevancia, son las modificaciones en la discrecionalidad en la administración pública. Mas allá del grado de intensidad que adoptemos respecto a derechos prestacionales u obligaciones de garantía, estos tienen una la relación directa con el margen de libertad que tiene el Estado para actuar se observa sin demasiado esfuerzo. A mayores exigencias y deberes en cabeza de la administración, menos decisión política y de gestión. Para ello, recordemos en primera instancia algunos conceptos.

La discrecionalidad de la Administración pública es una derivación de las potestades que le son estatuidas por el ordenamiento jurídico. En otras palabras, la discrecionalidad no existe al margen de la ley, sino que es una consecuencia de esta. Es por esto que comúnmente se distingue entre potestades administrativas regladas y discretionales.



Las primeras no otorgan libertad para decidir, sino que se limitan a imputar a un determinado supuesto de hecho una consecuencia. En cambio, las potestades discrecionales requieren una valoración subjetiva de la Administración, a la cual la ley le otorga un cierto margen de aplicación.

Es común confundir a la discrecionalidad con los conceptos jurídicos indeterminados. Maurer argumenta que la discrecionalidad sucede cuando no se asigna una consecuencia a un supuesto de hecho, sino que faculta a la administración a determinar por sí misma, pudiendo ser tanto la necesidad de intervención como las medidas posibles a tomarse¹⁰. Por lo tanto, podríamos definir a los conceptos jurídicos indeterminados como aquellos en los que ley establece un supuesto de hecho a través de conceptos abstractos y meramente teóricos que solo pueden concentrarse al aplicarlos prácticamente. Ejemplos de esto son: la buena fe, el orden público, interés general, etc. Su razón de ser se encuentra en una decisión del legislador de no completar su contenido en busca de una mejor solución aplicable por el juez en miras del caso concreto.

La diferencia fundamental se percibe en las consecuencias. Los conceptos jurídicos indeterminados imputan necesariamente una consecuencia a un supuesto de hecho, es decir, dado A, necesariamente debe ser B. La "discrecionalidad" se encuentra en la existencia o no de A. El problema de la aplicación de estos conceptos ha sido explicado por la doctrina alemana mediante los tres círculos de certeza. De esta forma hay dos círculos de certeza en los extremos, uno de aplicación positiva, en donde no caben dudas de la aplicación del supuesto de hecho, y otros de exclusión negativa donde tampoco se discute su inexistencia. En cambio, en el centro se encuentran el tercer círculo, lugar en el cual radican las situaciones conflictivas, de difícil solución. Difiere de la discrecionalidad propiamente dicha, ya que en esta no hay un supuesto de hecho abstracto sino que las consecuencias pueden ser elegidas libremente por el sujeto. "Dado A puede ser tanto B, C como D". Cabe hacer un par de aclaraciones aquí. Primero que nada entendemos por "A" a la situación de hecho o de derecho que da lugar a las opciones que el sujeto puede tomar. Es posible que si es una situación de derecho, pueda interpretarse también como finalidad, que no sería otra cosa que el cumplimiento de la norma o, la adecuación de la realidad al enunciado normativo. Esto lo retomaremos más adelante, cuando sumemos los derechos fundamentales a la ecuación. En segundo lugar las opciones pueden ser ilimitadas. Depende de la situación que le de origen.

Retomando, en las potestades discrecionales no hay un problema de conocimiento de la realidad, sino un problema volitivo, de elección. La importancia de esta diferencia radica en la posibilidad de ejercer o no un control jurisdiccional. Los problemas cognoscitivos pueden ser controlados por un tercero, mientras que los volitivos requieren

¹⁰ MAURER, Hartmut. **Derecho Administrativo**: Parte General. Primera edición español. Madrid: Marcial Pons. 2011. p. 167.



de una clara disconformidad con el derecho. Esta disconformidad es la violación del campo libre de acción que estatuye el ordenamiento jurídico. Esta distinción es la que nos posibilitara responder la respuesta en cuanto a su exigibilidad judicial

3.2. ¿ES POSIBLE CONTROLAR ESTA DISCRECIONALIDAD POR LA VÍA JUDICIAL?

Hasta aquí hemos dejado sentado que, en el paradigma de derecho contemporáneo, el Estado se encuentra obligado tanto mediante su derecho interno como por el derecho internacional, a una satisfacer una multiplicidad de Derechos y que ello lo puede realizar mediante una variedad de prestaciones distintas. Una cuestión controvertida, es si se puede exigir mediante la vía judicial, que el Estado cumpla con estas obligaciones. Esta posibilidad presenta cuanto menos dos grandes dificultades, una de orden político-institucional y otra presupuestaria.

En primer lugar, los derechos fundamentales se encuentran regulados intencionalmente con gran amplitud y de forma indeterminada, dejando amplio grado de discrecionalidad en su concreción. Por ello la aplicación de los mismos se vuelve en muchos casos una decisión de naturaleza completamente política. Si el poder judicial ejerce un control completo, se estaría produciendo materialmente un traslado de las facultades constitucionales en detrimento del Poder Legislativo o de la Administración Pública. Por esto mismo es Schimt-Assman defiende que sea el Poder Legislativo quien regule este tipo de derechos, previamente a la intervención de la administración pública, con la excepción de aquella que tenga el fin de garantizar los mínimos. En otras palabras, para la autora, los derechos prestacionales tienen un carácter no vinculante, salvo que se trate de mínimos vitales. La definición de estos la daremos más adelante. La segunda posición, denominada "teoría de la discrecionalidad"¹¹, sostiene que la imputación del presupuesto a determinados fines, al ser competencia del Poder Ejecutivo y Legislativo, no podría ser modificada por parte del poder jurisdiccional, pues significaría una injerencia en facultades propias de estos poderes.

La segunda cuestión a considerar, más alla de las repercusiones en el sistema constitucional de división de poderes, es que las obligaciones positivas tienen serias implicancias y limitaciones en materia presupuestaria y presentan un conflicto con respecto a otros derechos.¹² Los derechos sociales generan necesariamente un gasto

¹¹ ORLANDO, Federico. Los argumentos de la insuficiencia de recursos y de la discrecionalidad frente al reclamo de derechos sociales (rudimentos para una dogmática constitucional-financiera consistente). **Revista de la Asociación de Derecho Administrativo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires**, Buenos Aires, p. 97-132, dic. 2013. p.118

¹² La CSJN ha dicho al respecto de este tema: Este grado de operatividad significa que, en principio, su implementación requiere de una ley del Congreso o de una decisión del Poder Ejecutivo que provoque su implementación. Ello es así porque existe la necesidad de valorar de modo general otros derechos, como por ejemplo la salud, las prestaciones jubilatorias, los salarios, y otros, así como los recursos necesarios. En estos



económico por lo tanto, tiene un fuerte impacto en materia financiera. Las acciones estatales en materia de tutela de derechos fundamentales por acciones prestacionales propiamente dichas, se realiza necesariamente a costa del presupuesto, lo que provoca una contraposición de intereses. “Cada vez aparece con más fuerza la idea de que la dimensión prestacional de los derechos fundamentales está vinculada a estructuras triangulares —e incluso multipolares— de intereses necesitados del sustento público”.¹³ La primera, llamada “teoría de la insuficiencia”¹⁴, sostiene la imposibilidad de hacer responsable a la Administración cuando esta carece de recursos para cumplir con las obligaciones correspondientes. La misma podría utilizarse desde dos flancos. Uno sería, para justificar la omisión ya efectuada y dentro de esta lógica, los derechos fundamentales vulnerados, mientras que el segundo consistiría en una defensa ante el reclamo por una intervención activa.

Sin perjuicio de ello, estos argumentos no resultan óbice para negar de forma absoluta la exigibilidad de los Derechos Sociales. Si bien los límites presupuestarios e institucionales son cuestiones de trascendencia y no pueden pasarse sencillamente por alto, hay circunstancias particulares de gravedad tal que reclaman una solución inmediata, y que la administración no puede escudarse en la falta de recursos. Hay ciertos mínimos básicos que deben ser cubiertos. Si no existe un cumplimiento factico de los derechos fundamentales, el texto constitucional se convierte en una mera declaración de intenciones. Normas que han sido tan bien redactadas y estructuradas, que a cualquiera nos provoca un sentimiento de identidad y progreso pero que no tienen incidencia en la realidad. La posibilidad de otorgarle a cada ciudadano una libertad real, necesita de instrumentos materiales por parte del Estado y es por esto que “la consecuencia de que la decisión de cumplir o no con ellos, o de destinar -o no- fondos presupuestarios para su cumplimiento, se encuentra expulsada de la arena política de, por ejemplo, la Legislatura o la Administración.”¹⁵

En este mismo sentido coincidimos con Alexy que resuelve la cuestión estableciendo una doble condición para justificar la tutela activa de derechos fundamentales: 1) la

supuestos hay una relación compleja entre el titular de la pretensión, el legitimado pasivo directo que es el Estado y el legitimado pasivo indirecto que es el resto de la comunidad que, en definitiva soporta la carga y reclama de otros derechos. (CSJN Quisberth Castro c/ CABA s/amparo. 24 de Abril 2012. Buenos Aires. p.17)

¹³ SCHMIDTD-ASSMAN, Eberhard. **La Teoría General del Derecho Administrativo como Sistema**. Primera edición. Barcelona: Ediciones Jurídicas y Sociales. 2003. p. 74.

¹⁴ ORLANDO, Federico. Los argumentos de la insuficiencia de recursos y de la discrecionalidad frente al reclamo de derechos sociales (rudimentos para una dogmática constitucional-financiera consistente). **Revista de la Asociación de Derecho Administrativo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires**, Buenos Aires, p. 97-132, dic. 2013. p.104.

¹⁵ ORLANDO, Federico. Los argumentos de la insuficiencia de recursos y de la discrecionalidad frente al reclamo de derechos sociales (rudimentos para una dogmática constitucional-financiera consistente). **Revista de la Asociación de Derecho Administrativo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires**, Buenos Aires, p. 97-132, dic. 2013. p. 117.



libertad fáctica (real) debe exigir urgentemente su tutela. 2) la división de poderes y la contraposición fáctica de derechos individuales de forma relativamente reducida a la prestación que se llevará a cabo.¹⁶

Para él, la satisfacción de mínimos existenciales de derechos cumple con ambas:¹⁷ Lo mismo afirma Schmidt-Assman "A falta de Ley, sólo en supuestos fácticos muy especiales (como cuando se alude al estándar existencial mínimo) es posible —y siempre como excepción— deducir pretensiones prestacionales directamente derivadas de los derechos fundamentales."¹⁸

Esto se debe a que los mínimos vitales son conceptos jurídicos indeterminados que facultan al Poder Judicial a comprobar de forma fáctica su cumplimiento (ver p.III) Lo cual no implica, en definitiva un ámbito de discrecionalidad, sino simplemente la estipulación de un supuesto de hecho, por lo tanto inteligible y valorable. Esto permite la intervención del poder jurisdiccional y anula cualquier defensa basada en la discrecionalidad. De hecho, es el mismo PIDESC en sus observaciones generales N°14 el que restringe la discrecionalidad presupuestaria y política.

Ahora bien, la cuestión difícil radica determinar la existencia de un mínimo existencial necesario de tutela, es decir, en corroborar la existencia del supuesto fáctico que obligue a la administración a intervenir. Al respecto dice Orolando que si bien los mínimos indispensables son conceptos de gran amplitud y vaguedad, esto no varía de cualquier otra norma constitucional¹⁹. Por lo general, estas son de una textura abierta y establecen conceptos jurídicos indeterminados, por la misma naturaleza de la materia que se pretende regular. Balbin las caracteriza como de carácter "abierto" y "flexible"²⁰

Teniendo en cuenta esta característica, toma importancia la interpretación (en este caso determinación) que se realice de dichas normas. Según BALBÍN, el método adecuado se corresponde a una interpretación dinámica que el mismo se basa en una serie

¹⁶ ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Primera edición. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 1993. p. 494.

¹⁷ "Que a modo de conclusión corresponde señalar que los derechos fundamentales que consagran obligaciones de hacer a cargo del Estado con operatividad derivada, están sujetos al control de razonabilidad por parte del Poder Judicial. Que ello significa que, sin perjuicio de las decisiones políticas discretionales, los poderes deben atender a las garantías mínimas indispensables para que una persona sea considerada como tal en situaciones de extrema vulnerabilidad" (CSJN Quisberth Castro c/ CABA s/amparo. 24 de Abril 2012. Buenos Aires. p.29)

¹⁸ SCHMIDTD-ASSMAN, Eberhard. **La Teoría General del Derecho Administrativo como Sistema**. Primera edición. Barcelona: Ediciones Jurídicas y Sociales. 2003. p. 73.

¹⁹ ORLANDO, Federico. Los argumentos de la insuficiencia de recursos y de la discrecionalidad frente al reclamo de derechos sociales (rudimentos para una dogmática constitucional-financiera consistente). **Revista de la Asociación de Derecho Administrativo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires**, Buenos Aires, p. 97-132, dic. 2013. p.118.

²⁰ BALBIN, Carlos Francisco. **Curso de Derecho Administrativo**. Primera edición. Buenos Aires: La Ley. 2007. p.75.



de elementos.²¹ Es por esto que la determinación de los mínimos vitales, como todo texto abierto y flexible, no puede permanecer estática, sino que debe adecuarse al contexto en que se aplica. Es por lo tanto una valoración primordialmente casuística, pero que debe realizarse sin temor a intervenir en facultades de otros poderes.

La aplicación de derechos prestacionales con carácter vinculante, más allá de los mínimos vitales, es una cuestión de mayor complejidad. Lo que sí podemos afirmar, es que todas las personas deben poder ejercer sus derechos de forma completa, y no solamente en lo necesario para su subsistencia. Más allá de esto, los derechos prestacionales en sentido estricto no nos parecen una herramienta para lograr un cumplimiento acabado de los derechos fundamentales, sino una especie de salvavidas de emergencia para suplir las omisiones y arbitrariedades administrativas.

4. UNA SOLUCIÓN PREVENTIVA. LA REFORMA DE LA ADMINISTRACIÓN

Hemos dejado sentado ya que la exigencia judicial de derechos prestacionales no debe ni puede consistir en la principal herramienta en manos de los ciudadanos para solicitar el cumplimiento efectivo de sus derechos. La demanda judicial debe estar reservada a situaciones de extrema vulnerabilidad e indefensión que justifiquen dichas medidas extremas (ver punto anterior) Por lo tanto debe pensarse en otro tipo de herramientas que permita que cumplir en el devenir cotidiano con los exigentes estándares de los derechos fundamentales y prevenir las situaciones de extrema indefensión.

En esta inteligencia, los esfuerzos teóricos por pensar una reforma en la Administración tienen una gran relevancia, porque entiendo que no resulta posible propugnar un rol activo del estado, conservando una estructura administrativa pensada para el antiguo Estado liberal de derecho. En esta orientación existen grandes esfuerzos tanto por parte de la doctrina, como de distintos organismos internacionales que desarrollan estándares y políticas de reforma.

No existen dudas de que la constitución a nivel nacional y los tratados de derechos humanos a nivel internacional han colocado a la persona humana en el centro de la escena. Con mayor o menor rigidez, los estados tienen la obligación de orientarse hacia la protección de esos mínimos vitales. Lo curioso es quizás, que resulta imposible a esta altura pesar en con las viejas recetas, debe buscarse de forma incansable un nuevo esquema de gestión que colabore con la eficiencia.

En esta línea REYNA propone una reforma de las Administraciones locales para que se generen en su ámbito unidades de organización, con competencia específica y central en materia de intergobernabilidad para la tutela de los núcleos existenciales de los

²¹ BALBIN, Carlos Francisco. **Curso de Derecho Administrativo**. Primera edición. Buenos Aires: La Ley. 2007. p.77.



derechos humanos y fundamentales y que dicha administración local debe impulsarse con el cometido de la intergobernabilidad para la defensa de los núcleos mínimos de derechos fundamentales; teniendo en cuenta que para ello son todos los niveles de gobierno quienes deben responder ante el ciudadano.²²

Comparto la conclusión del autor respecto a la trascendencia del rol que han de jugar las administraciones locales en esta materia. aun mas en países como el nuestro de vastos territorios y realidades completamente distintas. Allí el panorama de lo local resulta de una relevancia trascendente para constituirse en el andamiaje firme de la maquinaria que reforme la totalidad de la administración. Los esfuerzos reformistas deben centrarse cerca del objetivo final que es la persona humana en sí misma. No obstante el rol protagónico de estas administraciones, tampoco debe perderse de vista que no son el único responsable. En la misma escala se debe actuar como aglomeración de esfuerzos para la coconstrucción de mecanismos que permitan la mayor eficiencia y eficacia posible. La escala local otorga el beneficio de la cercanía, el conocimiento profundo y empírico, pero siempre y cuando que sirva de motor de transformación social en su conjunto. Para ello se requiere un dialogo fluido y reciproco con todos los actores, con mecanismos de comunicación que eviten las dilaciones típicas de la gestión burocrática weberiana. Pensemos en situaciones de diagnóstico y reconocimiento conjunto, que permita detectar los problemas con la mayor eficacia posible.

Pero las administraciones locales no pueden ser las únicas responsables. Es necesario también pensar en niveles de interacción endonacional e internacional que repercutan en lo local, y creo que allí está el mayor desafío. La Administración debe dejar de pensarse con el clásico esquema de división de competencias, finalidades y objetivos. Los intercambios de información y esfuerzos deben aumentarse hasta el máximo nivel posible.

Un aporte hacia la construcción de estos espacios creo que puede provenir de algunas líneas ya mencionadas previamente, específicamente respecto al amplio margen de aplicación de los Derechos Sociales. Para ello debe traerse nuevamente a colación, la tabla de R. Alexy, y la variedad de consecuencias de estos derechos prestacionales, porque justamente los niveles de menor intensidad son los que deberían influir en lo cotidiano de la administración. Si bien no es posible considerar a todos los derechos como vinculantes, subjetivos y definitivos – como sería la defensa de mínimos vitales – la consideración como principios de los mismos (*prima facie*) tiene consecuencias innegables que deberían permear en lo cotidiano. Una cuestión clave, que presenta gran similitud respecto a los derechos civiles y políticos, consiste en la creación de las condiciones institucionales adecuadas que permitan el ejercicio mismo de los derechos,

²² REYNA, Justo José. La reforma de la Administración Pública local para la tutela de los derechos fundamentales en el siglo XXI. **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**. Belo Horizonte, n. 56, p. 35-89, abril/junho, 2014.



sin que sean garantizados en forma explícita por el estado, recordemos que los derechos a una tutela activa pueden ser satisfechos mediante obligaciones de promoción, normativas o procedimentales.

En este sentido, creo que cuanto menos existen dos condiciones mínimas de institucionalidad que deben ser garantizadas por todos los Estados nacionales y endonacionales, a nivel local y nacional, a los fines de producir políticas públicas de gestión responsables, eficientes y participativas.

El primero es la producción de métodos de diagnóstico y conocimiento adecuados que permitan a la administración obtener de forma efectiva información en relación a los estados de los Derechos, por parte de organismos mixtos con facultades de control. En otras palabras, deben existir organismos descentralizados, distintos de la administración que informen sobre el Estado de cumplimiento y satisfacción de los derechos, que reciban denuncias y expidan dictámenes. Si bien este rol es cumplido por órganos de control externo clásicos como el defensor del pueblo, o el mismo poder legislativo, el cumplimiento de derechos fundamentales debe otorgarse al pueblo en sí mismo, con conformación interdisciplinaria y plural.

Una segunda cuestión es la necesidad de implementación de partidas presupuestarias específicas para solucionar problemas de violación a mínimos vitales. Existen mandatos internacionales, como por ejemplo la OG N° 14 del CDESC que impide la utilización de argumentos económicos cuando la totalidad de los recursos no fueron utilizados para solucionar esos casos especiales. Por lo tanto, la preasignación a situaciones de vulnerabilidad es una forma de cumplir con dicho mandato.

5. CONCLUSIÓN

La tutela de la persona humana por parte del estado a través del cumplimiento de derechos fundamentales implica la existencia de un complejo de obligaciones positivas que se colocan en cabeza del Estado. De ello se derivan una serie de deberes de distinta naturaleza, que restringen la discrecionalidad de la administración pública para actuar. Respecto a los derechos prestacionales las influencias son de dos ordenes distintos, en cuanto a las obligaciones de carácter progresivo, el estado se compromete a tomar las medidas pertinentes para su cumplimiento. En cambio, en lo que respecta a la satisfacción de mínimos vitales de derechos, como conceptos jurídicos indeterminados se genera una posibilidad de justicialización.

El cumplimiento de los mandatos otorgados por los Derechos fundamentales en materia económico, social y cultural requiere de una profunda reforma de la estructura administrativa, que permita establecer procedimientos eficaces para la adecuada protección de la persona humana. En este sentido se deben crear condiciones institucionales propicias para esta protección, proponiendo específicamente dos.



6. REFERENCIAS

ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Cristian. **Los Derechos Sociales como Derechos Exigibles**. 2da Edición. Madrid: Editorial Trotta. 2004.

ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Primera edición. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 1993.

ATRIA, Fernando. ¿Existen derechos sociales? **Revista Discusiones, Alicante**, vol. nº 4, p. 15-59. 2004.

BALBIN, Carlos Francisco. **Curso de Derecho Administrativo**. Primera edición. Buenos Aires: La Ley. 2007.

DEPLIAZZO, Carlos. ¿Hacia dónde va el Derecho Administrativo?. In: MOLINA, Carlos Mario; Rodríguez, Libardo RODRIGUEZ (Coord). **El Derecho Público en Iberoamérica**: Tomo I. Primera edición. Bogota: Temis, 2010.

MAURER, Hartmut. **Derecho Administrativo**: Parte General. Primera edición español. Madrid: Marcial Pons. 2011.

ORLANDO, Federico. Los argumentos de la insuficiencia de recursos y de la discrecionalidad frente al reclamo de derechos sociales (rudimentos para una dogmática constitucional-financiera consistente). **Revista de la Asociación de Derecho Administrativo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires**, Buenos Aires, p. 97-132, dic. 2013.

REYNA, Justo José. La reforma de la Administración Pública local para la tutela de los derechos fundamentales en el siglo XXI. **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**. Belo Horizonte, n. 56, p. 35-89, abril/junho, 2014.

SCHMIDTD-ASSMAN, Eberhard. **La Teoría General del Derecho Administrativo como Sistema**. Primera edición. Barcelona: Ediciones Jurídicas y Sociales. 2003.