

Panel N° 11: ¿Cómo controlar a la Administración sin sustituirla en el marco de la ejecución de políticas públicas?

María Angélica **GELLI**, Laura **MONTI** (Procuradora Fiscal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación) y Domingo **SESÍN** (Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba)

Director de panel: Fernando **JUAN LIMA**

I.- Bases teóricas para la discusión

Los derechos fundamentales son normas y en tanto tales, comparten todos los problemas del concepto de norma.¹ Así, siempre que alguien posee un derecho fundamental, existe una norma válida de derecho fundamental que le otorga ese derecho: normas de derecho fundamental y derecho fundamental, son dos caras de la misma moneda. Ahora bien, estas normas, en cuanto a su estructura, pueden responder a la clasificación de principios y reglas. Tanto los principios como las reglas, son normas.²

Ahora bien, las normas constitucionales describen fines que resultan obligatorios para el Estado (estatuyen deberes); son mandatos jurídicamente objetivos dirigidos al legislador, a la Administración³ y al juez. A su vez, las normas constitucionales muchas veces no establecen la adopción de ningún medio específico para lograr esos fines. Dicho de otro modo, las normas constitucionales poseen un alto grado de indeterminación y por ello requieren una *concreción* mediante políticas públicas, sean legislativas o de la Administración Pública.⁴ En este sentido, la actuación de los órganos del Estado es, esencialmente discrecional por la *estructura propia* del derecho constitucional, que no establece ningún medio específico de cumplimiento y lo deja librado al operador estatal.

De ello se sigue que si la Constitución no determina con claridad el objeto de la obligación –los medios de actuación– no es posible otorgar a ningún sujeto activo la capacidad de exigir ante los jueces la realización de algún medio específico. Pero sí se puede solicitar que la protección que otorga la Administración sea suficiente, es decir,

¹ Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 48. Alexy sostiene que “el concepto de norma es el concepto primario con respecto al concepto de enunciado normativo”. (Ídem, p. 52 y ss.)

² Cfr. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 83. Para el autor, el punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que algo sea “realizado en la mayor medida de lo posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes”. De allí que sean susceptibles de cumplimiento gradual y progresivo y por ello, pueden entenderse –utilizando las palabras de Alexy como “mandatos de optimización”. Por el contrario, las reglas son normas que pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces, ha de hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen *determinaciones* en el ámbito de lo *fáctico y jurídicamente* posible.

³ Bernal Pulido, Carlos, *Fundamento, concepto y estructura de los derechos sociales*, en *El Derecho de los Derechos*, Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 310/311.

⁴ Bernal Pulido, Carlos, *Fundamento, concepto y estructura de los derechos sociales*, cit., p. 312.

se puede exigir que el Estado cumpla con brindar algún tipo de protección adecuada en vista del derecho a resguardar.

El Tribunal Constitucional Alemán denomina a esto “prohibición de protección deficiente” (*Untermaßverbot*). Según esta teoría, las disposiciones constitucionales sobre derechos fundamentales sociales se concretan en posiciones que imponen un determinado deber de legislar o deberes de actuación en caso de la Administración (e incluso sobre el Poder Judicial) y responden a la siguiente estructura: **a)** su sujeto activo es un individuo o grupo de individuos; **b)** su sujeto pasivo son el legislador, el juez o la Administración; **c)** su contenido es una prestación, es decir, un conducta positiva consistente en proveer los medios necesarios para remediar la situación de afectación del derecho fundamental social.⁵

En definitiva, se requiere al Estado que realice acciones “adecuadas” para cumplir con las mandas constitucionales. Si ello no sucede, porque el Legislador o la Administración no instrumentan los medios normativos o fácticos para hacer efectivo el derecho fundamental, el Poder Judicial debe intervenir en virtud de su posición de garante de los derechos fundamentales.

Cuando las normas constitucionales no identifican medios específicos y concretos, el control judicial debe recaer –según la jurisprudencia mayoritaria- sobre el control de la adecuación de fines y los medios escogidos para promover ese derecho fundamental.

En otros términos, el control judicial es un control de la ponderación efectuada por el órgano con competencia para ponderar. Al respecto, Clérico afirma que existe una violación a una obligación de protección o de prestación *iusfundamental* (prohibición por omisión o insuficiencia) en tres supuestos: **a)** cuando las reglamentaciones atacadas y las medidas estatales sean inidóneas o irregulares para alcanzar el fin de protección; **b)** o cuando quedan muy por detrás de lo obligado y **c)** cuando el poder estatal permanezca totalmente inactivo (omisión en sentido estricto).⁶ En lo que respecta al supuesto **c)** es el más simple porque directamente se trata de una omisión. En cambio en los casos **a)** y **b)**, lo que se controlará es el medio utilizado por la Administración, pues lo que se critica es el cumplimiento de prestación que se caracteriza como “insuficiente”, “irregular” o “defectuosa”.

En el caso *Q* la Corte hizo uso de este bagaje conceptual mediante un control de razonabilidad de las medidas estatales.⁷ Aún cuando los jueces no pueden sustituir a

⁵ Bernal Pulido, Carlos, *Fundamento, concepto y estructura de los derechos sociales*, cit., p. 322.

⁶ Clérico, Laura. *Sobre la prohibición por acción insuficiente por omisión o defecto y el mandato de proporcionalidad*, p. 175, en Sieckmann, Jan. R. (Ed): *La teoría principialista de los derechos fundamentales. Estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy*, Marcial Pons, Madrid, 2011 (con citas del Tribunal Constitucional Alemán, BVerGE 77,170, 250 (264)).

⁷ Esto no es más que la expresión del ideal de racionalidad de la decisión. En el sentido que proponía Linares cuando sostenía que cuando los jueces declaran inconstitucional una ley lo hacen porque entienden que la ley es irrazonable y concluye que la razonabilidad ponderativa es la igualdad, proporción o equilibrio axiológico – jurídico entre el hecho antecedente de la endonorma y la prestación con sus modalidades o entre el entuerto de la perinorma y la sanción de ella (Linares, Juan Francisco, *Razonabilidad de las leyes. El debido proceso como garantía innominada en la Constitución Nacional Argentina*, Astrea, Buenos Aires, 2002, p. 150).

la Administración en sus atribuciones para decidir el modo más oportuno o conveniente de cumplir con sus obligaciones constitucionales, sí pueden exigir "Razonabilidad", que implica en este campo atender a las garantías mínimas indispensables para que una persona sea considerada como tal en situaciones de extrema vulnerabilidad.

En definitiva, la Corte argentina construye -en términos generales y a grandes rasgos- una doctrina análoga a los tribunales de otros países. Así, por ejemplo: **i)** a la Corte Norteamericana en "Chevron" respecto del control de razonabilidad: "*No recae sobre los tribunales de justicia la responsabilidad de determinar el acierto y la sabiduría de estas decisiones (...) Nuestra Constitución ha otorgado tales responsabilidades a los poderes políticos*"; **ii)** al Tribunal Supremo español en cuanto a que el juez no puede sustituir a la Administración frente a un "núcleo último de oportunidad o conveniencia"; **iii)** al Tribunal Federal alemán, cuando establece que como regla debe respetarse al ámbito funcional de cada órgano sin que pueda ser sustituido. Aunque en el caso alemán, ello viene matizado por el análisis del impacto que las medidas o decisiones tengan para los derechos fundamentales.

II. Interrogantes.

Sobre la base de lo esbozado, cabe preguntarse:

- 1)** *¿Es acertado el modelo de control judicial fijado por la Corte Suprema argentina?*
- 2)** *¿Existe en nuestro país un método jurídico racional para controlar el diseño y ejecución de las políticas públicas?*
- 3)** *¿Puede establecerse un patrón o modelo para ejercer controles débiles o fuertes según se trate de afectaciones más o menos intensas a los derechos fundamentales?*
- 4)** *En el marco de un proceso judicial, ¿La carga argumental se desplaza hacia el Estado frente ciertos incumplimientos u omisiones en relación con los derechos fundamentales?*