

Director

JORGE LUIS BASTONS

DERECHO PÚBLICO PARA ADMINISTRATIVISTAS

Asdrúbal AGUIAR

Daniela ALETTI

Mónica ANDRIEU

Jorge Luis BASTONS

Oswaldo BEZZI

Marcelo BOLAÑOS

Pablo CABRAL

Néstor CAFFERATTA

Juan Martín COLOMBO

Analia CORREA WAGNER

Jorge CRISTALDO MONTANER

Alberto DALLA VIA

Inés D'ARGENIO

Analia ELIADES

Anibal FALBO

Andrea GONZÁLEZ

Miguel GONZÁLEZ PINO

Diego ISABELLA

Simón ISACCH

Manuel LARRONDO

Eduardo MERTEHIKIAN

Roberto Daniel MORA

Pablo PERRINO

Iván TENAGLIA

Manuel VENTURA ROBLES



**LIBRERÍA
EDITORIA
PLATENSE**

Jorge Luis BASTONS
Director

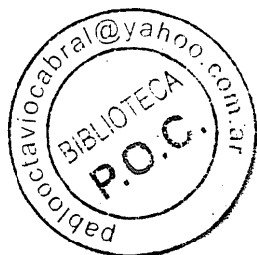
Derecho Público **para** **administrativistas**

Asdrúbal AGUIAR
Daniela ALETTI
Mónica ANDRIEU
Jorge Luis BASTONS
Oswaldo BEZZI
Marcelo BOLAÑOS
Pablo CABRAL
Néstor CAFFERATTA
Juan Martín COLOMBO
Analia CORREA WAGNER
Jorge CRISTALDO MONTANER
Alberto DALLA VIA
Inés D'ARGENIO

Analia ELIADES
Anibal FALBO
Andrea GONZÁLEZ
Miguel GONZÁLEZ PINO
Diego ISABELLA
Simón ISACCH
Manuel LARRONDO
Eduardo MERTEHIKIAN
Roberto Daniel MORA
Pablo PERRINO
Iván TENAGLIA
Manuel VENTURA ROBLES



LIBRERIA
EDITORIA
PLATENSE La Plata, 2008



*Edición al cuidado de
Enrique Bonatto*

© *Librería Editora Platense S.R.L.*
Calle 15 N° 644 - CP 1900 - La Plata - Buenos Aires - Argentina
info@editoraplatense.com.ar - www.editoraplatense.com.ar

Diseño de tapa, armado y paginación
Juan Bonatto Seoane
Impreso en Argentina - Queda hecho el depósito de ley

Derecho público para administrativistas
Asdrúbal Aguiar...[et.al.].
1a ed. - La Plata: Librería Editora Platense, 2008.
832 p.; 23x16 cm.
ISBN 978-950-536-200-4
1. Derecho Público.
CDD 342

ISBN 978-950-536-200-4

TABLA DE CONTENIDO

Prólogo.....	7
Derecho Público. Derechos Humanos.	
Derecho de la Información	
Las ramas del Derecho Público	
Alberto Ricardo DALLA VIA.....	11
Análisis de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derecho Humanos en materia de derechos Civiles y políticos	
Manuel E. VENTURA ROBLES.....	25
Prohibición de censura previa en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos	
<i>Reflexiones en torno a la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos</i>	
Miguel GONZÁLEZ PINO.....	79
El derecho de acceso a la información pública	
<i>Derecho humano y herramienta fundamental para la realización de un control democrático de la actividad administrativa</i>	
Jorge Luis BASTONS - Analía ELIADES.....	95
Derecho Internacional y Derecho Interno. Relaciones.	
Empleo Público Internacional	
Las relaciones entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno de los Estados	
<i>Reconstrucción teórica a la luz del principio de la coherencia funcional</i>	
Asdrúbal AGUIAR.....	129
Empleo público internacional	
Jorge Luis BASTONS.....	171
Derecho Ambiental	
El derecho al ambiente en la Constitución Nacional	
Aníbal José FALBO.....	193
Proceso colectivo ambiental	
<i>(A la luz de la ley 25.675 General del Ambiente)</i>	
Néstor A. CAFFERATTA.....	217

4 Derecho Público para administrativistas

Gestión e interés público. Empleo público. Convenciones colectivas. Responsabilidad penal de los funcionarios públicos. Régimen de Faltas

Inserción social en la gestión administrativa

Inés A. D'ARGENIO.....257

Las claves conceptuales del Empleo Público en Argentina

Jorge Luis BASTONS.....289

La negociación colectiva en el Sector Público

-con especial referencia al Paraguay-

Jorge Darío CRISTALDO MONTANER.....325

El delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público

Analia CORREA WAGNER.....349

Algunas cuestiones al régimen de faltas en la Ciudad

Autónoma de Buenos Aires

Andrea GONZÁLEZ.....365

Contratos Administrativos. Revocación. Indemnización

Revocación por oportunidad de contratos de infraestructura
y resarcimiento del "lucro cesante"

*(Análisis crítico del Régimen Nacional de Contrataciones
aprobado por el decreto delegado n° 1023/01)*

Eduardo MERTEHIKIAN.....403

El alcance de la indemnización en los supuestos de extinción
de contratos administrativos por razones de interés público

(El reconocimiento del lucro cesante moderado)

Pablo Esteban PERRINO.....417

Servicios Públicos.

Derechos de los consumidores y usuarios

Tribunales Administrativos para los Servicios Públicos

Roberto Daniel MORA.....441

Servicio Básico Telefónico. Competencia federal de su regulación,
control y jurisdicción. Controversias que suscita

la ley provincial N° 13.133

Manuel LARRONDO.....477

Reflexiones en torno a las perspectivas del ejercicio del control
provincial sobre los servicios públicos de competencia nacional

Jorge Luis BASTONS.....513

Defensa del consumidor: hacia dónde vamos

Daniela ALETTI.....535

Derecho Público Provincial y Municipal Bonaerense

Honorable Tribunal de Cuentas de la Provincia
de Buenos Aires. Experiencia y actualidad

Mónica Graciela ANDRIEU.....585

¿Reforma Constitucional o legal para los municipios
de la Provincia de Buenos Aires?

Iván Darío TENAGLIA.....619

Proceso Contencioso Administrativo Bonaerense

La Justicia Administrativa de la Provincia de Buenos Aires

Oswaldo H. BEZZI - Marcelo BOLAÑOS.....659

Presupuestos para el acceso al proceso contencioso
administrativo bonaerense. Las pretensiones
y el agotamiento de la vía administrativa

Diego P. ISABELLA.....715

La pretensión prestacional en el sistema
constitucional bonaerense

Pablo Octavio CABRAL.....741

La reconducción de las pretensiones procesales en el fuero
contencioso administrativo bonaerense. Aportes para una
teoría de la impregnación

Jorge Luis BASTONS - Analía ELIADES.....767

Enjuiciamiento de los casos contencioso administrativos
originados en la responsabilidad del Estado.

Situación actual en la Provincia de Buenos Aires

Juan Martín COLOMBO.....781

El juicio de apremio bonaerense. Algunos aspectos
de su nuevo perfil

Simón Francisco ISAACH.....813

LA PRETENSIÓN PRESTACIONAL EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL BONAERENSE

Pablo Octavio CABRAL

“En nuestro país, como en otros, el Derecho acostumbra a hacer lo que no debe: maltrata a quien debe cuidar, persigue a quienes debe proteger, ignora a quienes debe mayor atención, y sirve a quienes debe controlar”

(Roberto GARGARELLA, *El derecho a la protesta. El primer derecho*, Ad-Hoc).

SUMARIO. I. Presentación.- II. La pretensión prestacional en el proceso administrativo bonaerense.- III. El Estado de Bienestar, el constitucionalismo social y la intervención positiva del Estado. IV. El nuevo modelo de organización social estatuido en la Constitución bonaerense: El Estado social y democrático de Derecho.- V. El control de la Administración en el régimen constitucional bonaerense.- VI. Conclusión: la pretensión prestacional es una herramienta procesal necesaria para el funcionamiento del Estado social de Derecho

I. PRESENTACIÓN

El objetivo del presente trabajo es encontrar y exponer argumentos jurídicos (desde el Derecho Constitucional) y políticos (desde las teorías del Estado) en favor de la validez procesal de la pretensión prestacional en el ámbito de la Justicia administrativa bonaerense y rechazar por inconstitucional los intentos llevados a cabo desde el poder político para anular dicha herramienta institucional de control del sistema administrativo provincial y municipal.

Para ello buscaremos la relación entre la forma de organización estatal y el ejercicio por parte de los ciudadanos de la pretensión prestacional ante el nuevo fuero contencioso administrativo, vinculando esta herramienta procesal con los ideales sociales y políticos plasmados en la Carta bonaerense reformada en 1994.

Consideramos que la nueva Carta Magna provincial transformó institucionalmente al Estado bonaerense dejando atrás el clásico modelo liberal y construyendo formalmente un Estado social y democrático de Derecho, que aún no ha sido concretado en la realidad por una clara decisión política. Vemos en la pre-

tensión prestacional una importante herramienta constitucional para efectivizar los derechos sociales y reforzar la categoría de ciudadanía social, pilar necesario para la construcción de un Estado benefactor, democrático, participativo y controlado.

II. LA PRETENSIÓN PRESTACIONAL EN EL PROCESO ADMINISTRATIVO BONAERENSE

En este punto analizaremos las normas procesales que regulan el trámite de los juicios administrativos en la Provincia de Buenos Aires, sin perder de vista que entre las relaciones existentes entre los tres Poderes constituidos la sanción de leyes es una de las formas en que el poder político (Poder Legislativo y Poder Ejecutivo) establece los límites y alcances de la actividad del Poder Judicial.

El antiguo sistema judicial contencioso administrativo no preveía la posibilidad para los particulares de iniciar una acción pretendiendo una decisión judicial tendiente a realizar una conducta positiva por parte del Estado provincial o municipal. El proceso regulado por el Código Varela se distinguió por su carácter revisor de la actuación administrativa y por su formalismo extremo que, acompañado por una interpretación restrictiva de la Suprema Corte provincial, desvaneció toda posibilidad de control Judicial del poder político, negando sistemáticamente el acceso a la justicia administrativa en el territorio bonaerense ¹. Esta regulación era acorde al modelo constitucional que sostuvo institucional y jurídicamente al Estado liberal y capitalista de occidente.

Luego de la modificación constitucional del sistema de Justicia administrativa la Legislatura bonaerense sancionó la ley 12.008 (en adelante CCA) que adoptó el sistema de unidad de acción y pluralidad de pretensiones enunciando en su artículo 12 las peticiones procesales que pueden ser radicadas en el fuero contencioso administrativo.

La pretensión procesal administrativa constituye, según la clásica definición de Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, el objeto de la con-

¹ Ver nuestro trabajo "La tutela judicial efectiva en la Provincia de Buenos Aires. La problemática de la jurisdicción contencioso administrativa", JA, Suplemento de Derecho Administrativo, 9 de octubre de 2002, p. 2.

tienda judicial y se manifiesta a través de la declaración de voluntad por la cual el actor peticiona ante un órgano jurisdiccional frente a un sujeto pasivo, diferente del accionante, en demanda de que se haga algo jurídico ².

En el inciso 6 del art. 12 del CCA se incorporó la llamada pretensión prestacional al afirmar que en el proceso contencioso administrativo podrán articularse pretensiones con el objeto de obtener la realización de una determinada prestación, por parte de alguno de los entes previstos en el art. 1 del mismo texto. Por su parte el artículo 17 regulaba el procedimiento ante otros supuestos de inactividad administrativa que pusieran en marcha la pretensión prestacional.

Como explica Pablo PERRINO la pretensión prestacional es un remedio procesal frente a la inactividad material de la Administración producida fuera de un procedimiento administrativo y generada en el ámbito de cualquiera de las funciones que el Estado desarrolla ³.

La reforma del CCA efectuada mediante ley n° 13.101 realizó una modificación estructural del sistema de la ley 12.008, reestableciendo algunas instituciones del viejo Código Varela y eliminando del listado de pretensiones la regulada en el inciso 6.

Esta “contrarreforma” llevada a cabo por el poder político provincial no logró eliminar de la realidad jurídica las pretensiones utilizadas por los ciudadanos encaminadas a que el Estado provincial y los municipios cumplan con sus obligaciones constitucionales originadas en el reconocimiento de los derechos sociales y de tercera generación.

Desde la dogmática jurídica, la doctrina ha reconocido el mero carácter enunciativo del artículo 12 del código y que las diversas pretensiones, enunciadas y no enunciadas en dicho catálogo, pueden ser utilizadas en forma conjunta o individual siendo factible acumular varias pretensiones en una sola acción procesal ⁴. También se argumentó a favor de la procedencia de la pre-

2 GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Derecho procesal administrativo hispanoamericano*, Temis, Bogotá, 1985.

3 PERRINO Pablo, “Las pretensiones en el CCA”, ED, T. 180, p. 893.

4 SORIA, Daniel F., “Apuntes sobre el régimen de las pretensiones en el Código Procesal Administrativo de la Provincia de Buenos Aires”, en el libro colectivo *El nuevo proceso contencioso administrativo de la Provincia de Buenos Aires*, Platense, La Plata, 2000.

tensión prestacional combinando el artículo 166 de la Constitución bonaerense que considera materia contencioso administrativa la conducta estatal omisiva con el artículo 15 del mismo texto que garantiza la tutela judicial continua y efectiva ⁵.

Salvada esta cuestión corresponde analizar los alcances, límites y potencialidades que esta nueva pretensión tiene en cuanto a lograr la efectivización de los derechos sociales y los llamados derechos de tercera generación.

La pregunta a responder es si un ciudadano puede exigir a través de una pretensión prestacional que el Estado le efectivice un derecho social o de tercera generación que se encuentra expresamente garantizado en las Constituciones nacional y provincial.

Daniel SORIA analiza la naturaleza del deber jurídico que obliga al Estado a actuar positivamente en una situación determinada, distinguiendo aquellas obligaciones determinadas y específicas impuestas por normas expresas, de aquellas otras más genéricas o abstractas. Las primeras, a diferencia de las segundas, pueden ser viabilizadas por la pretensión prestacional del proceso contencioso administrativo.

Entre las obligaciones determinadas y específicas se encuentran, por ejemplo, el deber del Estado de cumplir con la ejecución del contenido de un acto administrativo, el pago de sumas debidas, la entrega de un objeto, la remoción de un obstáculo, la realización de una inspección u otra actividad, entre otras, advirtiendo que: "En todos los casos, ha de tratarse de deberes positivos impuestos por normas expresas, establecidos en actos operativos o convenidos en contratos administrativos".

Dentro de las obligaciones más genéricas o abstractas menciona el derecho a la salud, a la seguridad ciudadana, a la vivienda digna, en fin, algunos de los derechos sociales y de tercera generación que garantiza nuestro sistema constitucional. En opinión de este autor, estos derechos "al igual que otras actividades inherentes al Estado de bienestar o servicial, escapan del ámbito de aplicación de esta norma. No cabría por ende condenar a la Provincia por el tan generalizado estado de inseguridad ciudadana".

5 BOTASSI, Carlos A., "Contrarreforma del proceso administrativo bonaerense (inconstitucionalidad parcial de la ley 13.101)", JA- Suplemento de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 3 de noviembre de 2004, p. 2.

¿Dónde hallamos los límites que dividen unas obligaciones de otras? SORIA propone como criterio la determinación de las personas legitimadas y la concreción de los objetos de las actuaciones involucradas, encontrando la malla de seguridad del sistema en la densidad y precisión regularoria establecida en las normas materiales de aplicación.

Es entonces en el tipo de norma que dispone la obligación del Estado de actuar positivamente donde SORIA encuentra el fundamento de la distinción mencionada. Explica que "La fuente de las prestaciones puede hallarse tanto en actos normativos (reglamentos u ordenanzas generales); administrativos o convencionales, etc.", en otras palabras, deberes positivos "impuestos por normas expresas, establecidos en actos operativos o convenidos en contratos administrativos".

Pareciera que debe existir una manifestación expresa de la voluntad de la Administración (reglamento, acto o contrato) reconociendo dicha obligación para que sea posible reclamarla judicialmente mediante el ejercicio de la acción por la pretensión prestacional.

Nada más parecido al régimen del derogado Código Varela donde para que la acción proceda era menester que el derecho vulnerado sea un derecho administrativo establecido por una ley, decreto, reglamento u otra disposición administrativa preexistente (art. 1, ley 2961).

Este criterio de distinción se desvanece si consideramos que la norma que expresamente estableció los derechos sociales es la propia Constitución y que su efectivización no puede depender de reglamentación alguna que los desnaturalice por parte del Poder Legislativo y mucho menos por parte de la propia Administración, obligada por la Carta Magna a satisfacer las necesidades básicas de los sectores más desprotegidos de nuestra sociedad. Los derechos sociales deben ser tan exigibles como el derecho a la propiedad y el derecho a la libertad y una de las vías procesales para ejercerlos es la acción contencioso administrativa y la pretensión concreta es la llamada "prestacional".

Humberto QUIROGA LAVIÉ, al comentar el texto de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, se manifestó a favor de la exigibilidad judicial de los derechos sociales. Así, dijo que "Ya hemos expuesto nuestra posición en el sentido de que frente a un estado de necesidad de los derechos fundamentales

como son la vida, la salud o la educación, los tribunales de justicia están habilitados para emitir mandamientos judiciales dirigidos a tutelar, en tiempo real, la situación de emergencia que vive la persona, dentro del contexto de recursos con que cuente el patrimonio público, por supuesto".⁶

Uno de los problemas que se plantean es el de tener que resolver un sinnúmero de necesidades con contados recursos materiales, lo que seguramente provocará la necesidad de optar entre diferentes derechos o intereses. En estos casos las decisiones deberán ser tomadas racionalmente indicando en forma expresa cuál es el real conflicto de derechos y dando prioridad a aquellas personas que de una manera evidente tengan menores posibilidades personales para poder darle satisfacción a sus necesidades básicas (salud, alimentación, vivienda, etc.) con recursos propios.

Más allá de los argumentos jurídicos en un sentido y en otro, los tipos de derechos y su efectividad (que en definitiva es de lo que estamos hablando) no dependen de la dogmática jurídica sino de la realidad política. Como advirtió Guillermo MUÑOZ la utilización de este tipo de pretensión se vincula con el modelo de Estado imperante y con las ideas predominantes en un determinado momento histórico⁷. Para un Estado liberal la función de la Justicia administrativa es limitar la actividad estatal cuando ésta interfiere en la esfera propia de los individuos, no alcanzando este contralor a los casos donde la Administración omite actuar. Por su parte el control de las omisiones tiene una importancia vital en la administración prestacional que caracteriza al Estado benefactor.

Como veremos a continuación, políticamente la pretensión prestacional es imprescindible para el desarrollo del proyecto institucional dispuesto constitucionalmente para la Provincia de Buenos Aires y para lograr el grado necesario de legitimación que el propio sistema exige para evitar las crisis y sostener un equilibrio funcional.

6 QUIROGA LAVIE, Humberto, *Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Comentada*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1996, p. 70.

7 MUÑOZ, Guillermo Andrés, "Demandas por omisión", *AeDP* N° 9, p. 149.

III. EL ESTADO DE BIENESTAR, EL CONSTITUCIONALISMO SOCIAL Y LA INTERVENCIÓN POSITIVA DEL ESTADO

El Estado de Bienestar importa una responsabilidad estatal para asegurar unos mínimos básicos de protección social para sus ciudadanos y donde las contingencias individuales se resuelven a través de mecanismos colectivos de carácter corporativo (sindicatos, mutuales) o estatales (seguridad social, salud y educación pública, etc.)⁸.

Si bien sus orígenes los hallamos a finales del siglo XIX en la Alemania de BISMARCK y en su legislación social, su consolidación mundial se concreta en la Europa capitalista de la segunda posguerra mundial fundandose en la doctrina inglesa del *Report Beveridge* y en la política económica keynesiana.

Esta modificación del papel del Estado se reflejó en un nuevo constitucionalismo que fue calificado como social y que se caracterizó por la inclusión en los textos constitucionales de declaraciones de derechos sociales y económicos que abarcan el ámbito de la educación, la cultura, la familia, el trabajo, la asociación profesional o sindical, la propiedad social, la economía, la minoridad, la ancianidad, la seguridad social, la discapacidad, etc., estableciendo regulaciones de la "cuestión social" referidas a la situación del hombre en función del trabajo y sus relaciones con el capital, las clases sociales, los factores de producción y el Estado. Como explica BIDART CAMPOS: "Por un lado, pues el constitucionalismo acusa una tendencia a marcar la función social de los derechos; por el otro, se preocupa por estructurar un orden social y económico a efectos de que la remoción de obstáculos permita a todos los hombres una igualdad de oportunidades y un ejercicio real y efectivo de las libertades y los derechos subjetivos".

En la Argentina de los años 50' del siglo pasado, movimientos sociales como el sindicalismo cuyo poder fue potenciado por la ola inmigratoria europea de las primeras décadas del siglo, fundados en ideas socialistas, anarquistas y comunistas, generaron las condiciones necesarias para efectuar un cambio social

⁸ Ampliar en BÉJAR, Ramón, CASILDA Y TORTOSA, José María, *Pros y contras del Estado de Bienestar*, Tecnos, Madrid, 1996.

que modificara las relaciones entre trabajadores y empleadores y reconociera como derechos las necesidades de los sectores sociales más castigados por las disfunciones del mercado.

Luego de la llegada al gobierno de Juan D. PERÓN, se transformó este modelo de organización estatal, incorporando al sistema jurídico los derechos sociales y modelando un Estado social que se plasmaría en la Constitución de 1949⁹. En su andar el peronismo se propuso como meta la armonización de los conflictos sociales y la afirmación del predominio del aparato público por sobre los intereses particulares, objetivo que logró a pesar del exceso de personalismo, su inclinación al autoritarismo, el ataque a la oposición política y la disminución de los controles institucionales del poder. El gobierno que lo sucedió luego de hacerse con el poder mediante el golpe de Estado de 1955 derogó dicha ley fundamental rescatando algunos derechos sociales en el artículo 14 bis de la reformada Constitución de 1957.

El “Estado de bienestar” ha dado nacimiento a los “derechos sociales” que, aun cuando han sido consagrados constitucionalmente, no han desarrollado de hecho las formas y garantías con que el Estado de Derecho tuteló a los derechos de libertad y propiedad.

Esta falta de protección jurídica de los derechos sociales (a través de mecanismos institucionales que garanticen su efectivización) repercute negativamente en la categoría de “ciudadanía social” que, según la clásica proposición de MARSHALL, es una de las ideas centrales del Estado de Bienestar.

El concepto de ciudadanía social implica básicamente la concesión a la población de derechos sociales con igual estatus legal y práctico que los derechos de propiedad, esto es, deben ser inviolables y estar otorgados en forma universal y sin ningún requisito más que ser ciudadano. Esto supone una desmercantilización del estatus de los individuos con relación al mercado ya que el bienestar de éstos no dependerá del circuito monetario. Como explica GOSTA ESPING-ANDERSEN la desmercantilización se produce cuando se presta un servicio social como un asunto de derecho y cuando una persona puede ganarse la vida sin depender del mercado.

⁹ Ampliar en BERROTARÁN, Patricia y otros, *Sueños de bienestar en la nueva Argentina. Estado y políticas públicas durante el peronismo, 1946- 1955*, Editorial Imago Mundi, Buenos Aires, 2004.

La enunciación constitucional de los derechos sociales a prestaciones públicas positivas no se ha visto acompañada de la elaboración de garantías procesales adecuadas, es decir de técnicas de defensa y de justiciabilidad comparables a las creadas por las garantías liberales para la tutela de los derechos de libertad y propiedad. El desarrollo del Estado de Bienestar en este siglo se ha producido en gran medida a través de la simple ampliación de los espacios de discrecionalidad de los aparatos burocráticos y no por la institución de técnicas de garantía adecuadas a la naturaleza de los nuevos derechos.

Veremos en los puntos siguientes cómo en la Provincia de Buenos Aires la Constitución reformada en el año 1994 estableció un Estado Benefactor otorgando nuevas garantías procesales para proteger y efectivizar los derechos sociales y de tercera generación que se dieron a la ciudadanía social bonaerense.

III. EL NUEVO MODELO DE ORGANIZACIÓN SOCIAL ESTATUIDO EN LA CONSTITUCIÓN BONAERENSE: EL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO

A pesar de haberse realizado en un período histórico de nuestra república donde, tanto desde el Estado nacional como desde las provincias, se puso en marcha un modelo económico y social neoliberal, los Constituyentes de la Provincia de Buenos Aires colocaron en la cúspide de nuestro ordenamiento jurídico una Constitución de eminente carácter social, superando el modelo institucional liberal de la Carta reformada ¹⁰.

10 ZIULU, Adolfo Gabino, *Derecho Constitucional*, Depalma, Buenos Aires, 1997, T° 1, p. 58 y siguientes: "Respecto de la concepción del hombre, el constitucionalismo social parte de una comprensión más integral de él, a la vez que reconoce su naturaleza gregaria. Así se tutela específicamente al hombre frente a diversas situaciones sociales que debe afrontar (enfermedad, trabajo, necesidad de vivienda, salud, alimentación, etc.), y también como integrante de grupos sociales más necesitados de protección (familia, trabajadores, infancia, mujeres, discapacitados, enfermos, ancianos). Con relación al Estado, se supera la concepción estrecha del Estado-gendarme -que era tanto más eficaz cuanto menos intervenía-, para pasar a un enfoque más participativo de él. Se le debe reconocer al Estado un papel activo y protagónico, para hacer posible el aseguramiento del goce de los derechos constitucionales, en especial por aquellas personas y grupos que aparecen socialmente como más disminuidos".

El texto constitucional de la Provincia de Buenos Aires, a la larga, fue una piedra en el zapato para aquellos teóricos del neoliberalismo que anunciaban la muerte del Estado benefactor y el surgimiento del nuevo Estado subsidiario. Juan Carlos CASSAGNE dice en el tomo I de su *Derecho Administrativo* que: "La quiebra del modelo que caracterizó al denominado Estado benefactor, está a la vista de todos. La sociedad ya no acepta que el Estado intervenga activa y directamente en el campo económico-social asumiendo actividades que corresponde realizar a los particulares *jure proprio*" ¹¹.

Durante la década de los '90 se pudo observar en el país la reducción de los aparatos estatales, la disminución de sus funciones, la reforma de sus estructuras, el traspaso a manos privadas de cometidos públicos, la privatización de las empresas prestatarias de servicios públicos¹², el reinado del "libre mercado" que con su mano invisible regularía precios, mercaderías e injusticias. Esta adhesión a las políticas públicas recetadas por los organismos financieros internacionales y el Tesoro Norteamericano, que dio en llamarse "consenso de Washington" ¹³, nos hizo dejar al margen el nuevo constitucionalismo social de nuestra Provincia calificado por muchos como una utopía irrealizable. Los textos constitucionales pasaron a un segundo plano frente a la efectiva aplicación de los diez puntos del infalible consenso de Washington por parte de gestores de los intereses foráneos que impusieron sus reformas del sector público y nos gobernaron durante esta nefasta década.

Así CASSAGNE nos explica, desde la ciencia del Derecho, el papel secundario o decorativo de nuestro constitucionalismo social: "La desaparición del Estado Benefactor, cuya estructura

¹¹ CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, LexisNexis, Buenos Aires, 2002, tomo 1, p. 68.

¹² GORDILLO, Agustín, *Después de la reforma del Estado*, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1996.

¹³ Denominación acuñada por John WILLIAMSON, "What Washington Means By Policy Reform", Capítulo 2 de *Latin American Adjustment: How Much Has Happened?*, John Williamson Ed., 1990. Ver también: WILLIAMSON, J., "Revisión del consenso de Washington", en L. ENNERIJ y NÚÑEZ DEL ARCO, Compiladores. Banco Interamericano de Desarrollo, Washington DC, 1996 y OCAMPO, J.A., "Más allá del Consenso de Washington: una visión desde la CEPAL", Documento CEPAL, diciembre de 1998.

modélica continúa aún formalmente vigente en muchas Constituciones políticas de este siglo, si bien no ha plasmado aún en todos los textos constitucionales aunque muchos han incorporado determinados principios como el de la libertad de mercado, se halla confirmada por los programas y planes puestos en práctica por los gobiernos de los Estados principalmente de Europa y, actualmente, de América Latina, que han iniciado intensos procesos de transformación del Estado y de sus estructuras fundamentales”¹⁴.

La idea de un *Estado Gendarme*, sostenida por la ideología liberal-individualista, limita su intervención al reconocimiento y protección de los derechos naturales de los ciudadanos, basándole para ello con asegurar la administración de justicia, organizar una policía de seguridad, responder en las relaciones internacionales y garantizar la seguridad exterior del Estado. En este modelo el Estado sólo puede intervenir en las libres actividades de los hombres cuando éstas causen daño a otros o atenten contra la seguridad jurídica y esta concepción estrecha de las funciones del Estado se justifica en que del progreso y riqueza individuales, libremente obtenidos por algunos, provendrá el bienestar de la comunidad entera¹⁵.

Los gobiernos liberales y conservadores de la dupla MENEM-DE LA RÚA llevaron a cabo medidas para reestablecer las leyes del mercado y políticas monetarias para rebajar los altos índices de inflación, reduciendo considerablemente el gasto público en busca del tan ansiado equilibrio fiscal, aun a costa de las políticas de bienestar.

En nuestro país los beneficios sociales del modelo neo-liberal nunca llegaron y la sucesión de crisis económicas derivó en una grave crisis institucional que puso en evidencia la total falta de

14 CASSAGNE, Juan Carlos, ob. cit., p. 75.

15 NOVOA MONREAL, Eduardo, *El Derecho como obstáculo al cambio social*, Siglo Veintiuno Editores, México D.F., 1999: “Conforme a los principios liberal-individualistas, será la libre acción de los individuos, impulsada por la libre iniciativa y el espíritu de lucro, amparada por las garantías individuales y la libertad de industria y comercio, apoyada en el derecho de propiedad privada y con todas las posibilidades que da la libertad de contratación, la que promoverá el adelanto y progreso de toda la humanidad. Del libre juego de la actividad de los individuos surgirá una sociedad cada vez más adelantada, más rica en sus individuos y, por consiguiente, en su conjunto” (p. 124).

legitimación del sistema político administrativo ¹⁶. En este caso los integrantes de nuestra sociedad experimentamos los cambios de estructuras como críticos y vimos amenazada nuestra identidad social, temiendo que la desintegración de nuestras instituciones nos lleve a una sociedad anómica ¹⁷.

Lo mismo ocurrió en el resto de América Latina que adoptó el fundamentalismo de mercado pregonado por el FMI y el Tesoro de los Estados Unidos, como lo explica el premio Nobel J. E. STIGLITZ: "Si el consenso de Washington tuvo sus frutos, aún no se ha gozado de ellos o por lo menos los ciudadanos promedio de muchos de los países aún no lo han hecho. Países como Bolivia, que se encontraron entre sus primeros seguidores, todavía preguntan: Hemos sentido el dolor, ¿cuándo nos toca la recompensa? Si las reformas expusieron a los países a un mayor riesgo, evidentemente no les dieron las fortalezas para una recuperación rápida; en América Latina en su conjunto siguió casi media década de caída en el ingreso *per capita*... Cuando las reformas fracasaron en el cumplimiento de lo prometido, tal como sucedió en un país tras otro, los gobiernos volvieron a perder credibilidad. Así, las debilidades de las instituciones públicas fueron causadas en parte por las instituciones de Washington" ¹⁸.

Este fracaso del modelo neoliberal nos evidencia la necesidad de un Estado presente y es ahí cuando buscando entre las ruinas de nuestras desgracias encontramos el texto de nuestra

16 Basta recordar los hechos acaecidos en nuestro país el 19 y 20 de diciembre de 2001 y la profunda crisis de legitimación del poder político que se manifestó en una interminable sucesión de presidentes.

17 La gravedad de la crisis económica se puede analizar desde los datos brindados por el INDEC, que, si bien demuestran una mejora en las cifras, exponen estadísticamente este problema humano. "Casi 15 millones de pobres. El nivel de pobreza pasó del 54% al 44,3 %. El nivel de pobreza se redujo durante el primer semestre del año al 44,3 % de la población, comparado con el 54 % que se registraba entre enero y junio de 2003, aunque traducido en datos concretos eso significa que casi 15 millones de habitantes se encuentra bajo la línea de pobreza, y de ellos más de 5 millones viven en la miseria, según datos del primer semestre del Instituto Nacional de Estadística y Censos (Indec). También el nivel de indigencia -la proporción de la población que no tiene dinero para comer-, se redujo al 17 %, desde el 25,7 % de 2003", diario 'La Nueva Provincia', Bahía Blanca, sábado 18 de septiembre de 2004, p. 3.

18 STIGLITZ, J. E., "El Consenso Post Consenso de Washington", Documento presentado en "Del consenso de Washington para una Gobernanza Global", Forum Barcelona, 2004.

Carta Magna local, que desde su sanción siempre mantuvo su literalidad, sus institutos, su catálogo de derechos, sus controles, en fin, su nuevo sistema de pesos y contrapesos, que hasta hoy no ha sido puesto en marcha en su totalidad. Es el tiempo de rescatar la estructura del Estado de bienestar modelada por nuestro constitucionalismo.

Desde un punto de vista jurídico la forma institucional que adopta la Provincia de Buenos Aires, a través de su Carta Magna, es la de un "Estado Social de Derecho". Según la definición del constitucionalista español Isidre MOLAS, Estado de Derecho es aquel que garantiza el ejercicio de los derechos fundamentales, que divide el ejercicio de los poderes del Estado en diferentes instituciones u órganos y que subordina la actuación de éstos a la ley, en cuanto expresión de la voluntad del pueblo ¹⁹.

La reforma constitucional del año 1994 estableció una novedosa forma de Estado de Derecho para la Provincia de Buenos Aires, donde el control de legalidad debe estar acompañado de la efectividad de los deberes de acción positiva del Estado provincial y de la protección de los derechos que de esta acción resultan, transformando así los contornos y funciones de la Administración Pública provincial.

Analicemos desde la visión holística de la teoría general de sistemas el nuevo modelo institucional organizado desde la cúspide del ordenamiento jurídico en el marco del sistema social. Este ordenamiento jurídico funciona como un sistema menor que se encuentra incluido dentro del sistema total sociedad ²⁰.

Los sistemas son conjuntos de elementos que guardan estrechas relaciones entre sí, manteniéndolo directa o indirectamente unido de modo más o menos estable, cuyo comportamiento global normalmente persigue algún tipo de objetivo. Un sistema es un todo inseparable y no la simple suma de sus partes y esta interrelación de dos o más partes resulta en una cualidad emergente que no se explica por las partes consideradas separadamente. La totalidad del fenómeno no es igual a sus partes, sino algo diferente y superior, por lo que, si pretendemos anali-

19 MOLAS, Isidre, *Derecho Constitucional*, Tecnos, Madrid, 1998, p. 47.

20 Ampliar en BERTALANFFY, Von L., *Teoría General de Sistemas*, Fondo de Cultura Económica, México, 1976.

zar un fenómeno sistémico tendremos que mirar más allá de sus partes y detenernos en la complejidad de su organización ²¹.

Cuando empleamos la teoría de sistemas para comprender o estudiar algún fenómeno, es esencial entender que un sistema es ante todo una entidad independiente, no importa que a su vez pertenezca o sea parte de otro sistema mayor, y que, visto así, es a su vez un todo coherente que podemos analizar para mejorar la comprensión de ese fenómeno.

Por eso estudiaremos desde un punto de vista teórico el modelo de sociedad del "Estado Social de Derecho" o "Estado de Bienestar", con la ayuda de dos autores alemanes que han analizado las contradicciones y los problemas de legitimación del capitalismo tardío europeo.

Para ello recurriremos a la teoría de los sistemas sociales creada por Niklas LUHMANN, utilizando el modelo de funcionamiento del capitalismo tardío expuesto por Claus OFFE y Jürgen HABERMAS, quienes encuentran explicación a la incumplida predicción de Carlos MARX referida a la contradicción existente entre "democracia y capitalismo" en el paso del Estado liberal o gendarme al Estado Benefactor. Dejemos de lado las críticas que, desde la derecha y desde la izquierda, sufrió esta forma de organización estatal en Europa, para detenernos en su modelo teórico de funcionamiento.

El Estado de Bienestar cumplió una función pacificadora de las democracias capitalistas avanzadas para el período subsiguiente a la Segunda Guerra Mundial. Esta fórmula de paz, explica OFFE, consiste básicamente en la obligación que asume el Estado de suministrar asistencia y apoyo a los ciudadanos que sufren necesidades y riesgos específicos característicos de la sociedad mercantil; dicha asistencia se suministra en virtud de pretensiones legales otorgadas a los ciudadanos (derechos sociales). En el Estado de Bienestar cumplen un rol importante los Sindicatos o Gremios que ejercen un papel formal en la negociación colectiva de las condiciones de trabajo como en la formación de planes públicos ²².

21 BUCKLEY, W., *La Sociología y la Teoría Moderna de los Sistemas*, Amorrortu, Buenos Aires, 1973.

22 OFFE, ob cit, p. 135.

Esta composición estructural del Estado de Bienestar tiene la función de limitar y mitigar el conflicto de clases, equilibrando la asimétrica relación de poder entre trabajo y capital, y de ese modo colabora en superar la situación de luchas paralizantes y contradicciones que constituía el rasgo más visible del capitalismo liberal.

En nuestro país, los Estados provinciales dispusieron en sus Constituciones locales normas que le dan forma a una organización típica de los Estados democráticos de bienestar europeos. Los datos de la realidad no reflejan el predicado "bienestar" de la sociedad. Aquí es donde se nos presenta un problema ya que no existe correspondencia entre lo que se dice y lo que se hace, entre los derechos que se garantizan a los ciudadanos y su efectivo ejercicio, entre los roles activos de los Estados y su tibia intervención en los mercados.

Jürgen HABERMAS, al analizar las tendencias a la crisis en el capitalismo tardío, expone en un modelo descriptivo del "Estado de bienestar" o "capitalismo regulado por el Estado" sus rasgos estructurales más importantes. Esta forma de organización social, según este filósofo de la Escuela de Francfort, se distingue por dos fenómenos: por un lado, el proceso de acumulación de empresas y la organización de los mercados de bienes, de capitales y de trabajo; por el otro, el hecho que el Estado interviene en las crecientes fallas de funcionamiento del mercado ²³.

Según Claus OFFE, este Estado "se caracteriza, más bien, por estructuras organizativas y constitucionales cuya selectividad específica se ordena a reconciliar y armonizar la economía capitalista organizada privadamente y los procesos de socialización disparados por esta economía".²⁴

En el último medio siglo el Estado moderno ha asumido funciones nuevas en la inmensa mayoría de países desarrollados, interviniendo en la economía y asumiendo cada día un mayor número de funciones de beneficio social o de interés colectivo.

Esta nueva construcción de un Estado benefactor pretende dejar atrás el modelo de capitalismo liberal y conformar un

23 HABERMAS, Jürgen, *Problemas de legitimación en el capitalismo tardío*, Amorrortu, Buenos Aires, 1998, p. 49.

24 OFFE, Claus, *Contradicciones en el Estado de Bienestar*, Alianza Editorial, Madrid, 1990, p. 61 y sgtes.

modelo donde los diferentes sistemas sociales funcionen de la siguiente manera:

Gráfico N° 1



Este modelo sistémico expuesto por Claus OFFE y seguido, con algunas variantes, por HABERMAS, funciona de la siguiente manera: el sistema económico depende de la continua intervención estatal eliminando sus defectos internos de funcionamiento (servicios reguladores); por su parte, el sistema económico transfiere (a través del pago de impuestos) partes del valor producido en él al sistema político-administrativo (recaudación fiscal). El sistema político-administrativo se vincula al sistema socio-cultural por las expectativas, demandas y pretensiones a las que se ve enfrentado y ante las cuales reacciona a través de servicios organizativos y otros del Estado de Bienestar (rendimientos sociales del Estado). Por otra parte, la autonomía y capacidad de acción del sistema político-administrativo depende de la lealtad de masas (apoyo difuso)²⁵. El sistema político administrativo debe mantener equilibradas las relaciones con los otros dos sistemas para evitar crisis que afecten sus relaciones con ellos (crisis de racionalidad en su relación con el sistema económico²⁶ y crisis de legitimación en su vinculación con el

²⁵ OFFE, Claus, ob. cit., p. 61 y sgtes.

²⁶ THURY CORNEJO, Valentín, *Juez y división de poderes hoy*, Editorial Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2002: "La crisis económica o fiscal hace referencia a la tendencia de las demandas de intervención dirigidas al Estado a crecer más rápidamente que las posibilidades para producir respuestas intervencionistas por parte de éste, con lo cual nos introducimos en una de las

sistema socio-cultural) ²⁷.

El sistema político administrativo a fin de mantener su legitimidad en el ejercicio del poder debe brindarle al sistema socio-cultural los rendimientos sociales del Estado, a cambio de una difusa lealtad de masas. Este tipo de apoyo difuso, según OFFE, puede describirse como la capacidad del sistema administrativo para ganarse una auténtica aceptación de sus estructuras, procesos y resultados políticos efectivos ²⁸.

El Fisco, como explica HABERMAS, debe cargar con los costos comunes de una producción cada vez más socializada: los costos de obras de infraestructura que atañen directamente a la producción (sistemas de comunicaciones, progreso técnico-científico, formación profesional); los costos del consumo social que afecta indirectamente a la producción (construcción de viviendas, acondicionamiento del tránsito, salud pública, educación, seguridad social); los costos de la asistencia social (planes y subsidios para desempleados) y, por último, los costos externos generados por las empresas privadas (deterioro del ambiente). A esta lista hay que agregarle, para países del tercer mundo como el nuestro, el costo del pago de deuda externa (Banco Mundial y Fondo Monetario Internacional) ²⁹. Todo ello debe financiarse con lo recaudado del cobro de impuestos.

El Estado provincial bonaerense garantiza, a través de la nueva Carta Magna, entre otras, las siguientes conductas: a) la

típicas paradojas del sistema, en la cual se requiere un mayor intervencionismo estatal, pero, si éste se produjera, amenazaría las posibilidades de desarrollo económico del sistema capitalista. El Estado de bienestar, por lo tanto, debe responder a una doble dinámica de mercantilización-demercantilización, según la cual la propia supervivencia del Estado supone su autolimitación frente al sistema capitalista, al mismo tiempo que la morigeración de sus efectos perversos requiere de su intervención operativa" (p. 131).

²⁷ HABERMAS, ob. cit., p. 81.

²⁸ OFFE, Claus, ob. cit., p. 69.

²⁹ Ampliar en LOZADA, Salvador María, *La deuda externa y el desguace del Estado nacional*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2002; CALCAGNO, Alfredo Eric y CALCAGNO, Eric, *La deuda externa explicada a todos (los que tienen que pagarla)*, Ediciones Catálogos, Buenos Aires 2000; CÁNEVA, Pablo, *La deuda ¿Debemos o nos deben?*, Ediciones Nuestra América, Buenos Aires 2003; MORELLO, Augusto Mario, *La Deuda Pública Externa*, Rubinzal-Culzoni, Sante Fe, 2002; MEZA, Jorge y IUDICA, Juan Ignacio, *La Deuda Argentina. La condena de Sísifo*, Dunken, Buenos Aires, 2003.

promoción del desarrollo integral de las personas, garantizando la igualdad de oportunidades y la efectiva participación de todos en la organización política, económica y social (art. 11 CPBA.); b) la tutela judicial continua y efectiva (art. 15 CPBA.); c) la conservación y recuperación del medio ambiente (art. 28 CPBA.); d) la eliminación de obstáculos económicos sociales o de cualquier otra naturaleza, que afecten o impidan el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales (art. 36 CPBA.); e) los derechos a la protección de la familia (art. 36 inc. 1 CPBA); f) los derechos de la niñez (art. 36, inc. 2 CPBA); g) los derechos de la juventud (art. 36 inc. 3 CPBA); h) los derechos de la mujer (art. 36 inc. 4 CPBA); i) los derechos de la discapacidad (art. 36 inc. 5 CPBA); j) los derechos de la tercera edad (art. 36 inc. 6 CPBA); k) el derecho a la vivienda (art. 36, inc.7 CPBA); l) el derecho a la salud (art. 36 inc. 8 CPBA); ll) los derechos de los indígenas (art. 36 inc. 9 CPBA); m) los derechos de los veteranos de guerra (art. 36 inc. 10) n) el derecho a percibir, a través de políticas efectivas de acción social y salud, las utilidades producidas por los juegos de azar (art. 37 CPBA); ñ) la educación para el consumo y el establecimiento de procedimientos eficaces para la prevención y resolución de conflictos (art. 38 CPBA.); o) la fiscalización de las normas laborales y propiciar el pleno empleo (art. 39 CPBA.); p) los regímenes de seguridad social (art. 40 CPBA.); q) el reconocimiento de las entidades intermedias, gremiales, sociales y económicas, fomentando la organización y desarrollo de cooperativas y mutuales (art. 41 CPBA.); r) la investigación científica y tecnológica (art. 43 CPBA.); y s) el desarrollo de políticas protectoras del patrimonio cultural, histórico, arquitectónico, arqueológico y urbanístico.

Estas conductas activas que le son ordenadas a la Administración por la actual Constitución, hacen nacer en cabeza de los ciudadanos los siguientes derechos fundamentales: a) a la igualdad de oportunidades y a la no-discriminación; b) a la tutela judicial efectiva; c) a un ambiente sano; d) a la protección social; e) a la vivienda, f) a la salud g) a la educación; h) a la protección laboral; i) a la seguridad social; j) a la asociación en entidades intermedias, gremiales, sociales y económicas, entre otras.

Los derechos fundamentales se afirman siempre como leyes del más débil en alternativa a la ley del más fuerte que regía o regiría en su ausencia. Los derechos fundamentales son impues-

tos por la Constitución a las decisiones de la mayoría y al libre mercado.

Del texto constitucional se puede inferir la construcción de un renovado estatuto institucional de la Administración Pública provincial, enmarcado en un “Estado social y democrático de derecho”. Este rol activo en materia social que debe desempeñar la Administración local, como vimos, trae consigo el nacimiento de nuevos derechos en cabeza de los administrados. Esta situación debe estar acompañada por la modificación de los sistemas de control del poder público al que la Constitución le ordenó administrar un “Estado Benefactor” que intervenga complementando y sustituyendo parcialmente los mecanismos del mercado ³⁰.

V. EL CONTROL DE LA ADMINISTRACIÓN EN EL RÉGIMEN CONSTITUCIONAL BONAERENSE

A diferencia del Constitucionalismo Social de 1949 la Carta Magna bonaerense prevé un nuevo sistema de control de la actividad del Estado Benefactor provincial a través de los clásicos contralores administrativos financieros (Fiscalía de Estado, Tribunal de Cuentas, Contaduría y Tesorería), de nuevas autoridades administrativas independientes (Tribunal Social de Responsabilidad Política, Organismo imparcial de resolución de conflictos colectivos entre el Estado provincial y los trabajadores estatales y el Defensor del Pueblo) y de la nueva Justicia contencioso administrativa ³¹.

Todas estas herramientas tienden al control del poder político y de la Administración Pública provincial y municipal y pueden ser clasificadas según se trate de órganos de contralor que integren uno de los poderes constituidos o se ubiquen fuera de ellos. No obstante la presencia de características especiales que diferencian a cada herramienta jurídico institucional de con-

30 BREWER CARIAS, Allan R., “Los condicionamientos políticos de la Administración Pública en los países de América latina”, Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública, Año XXVI.303, p. 91 y sgtes.

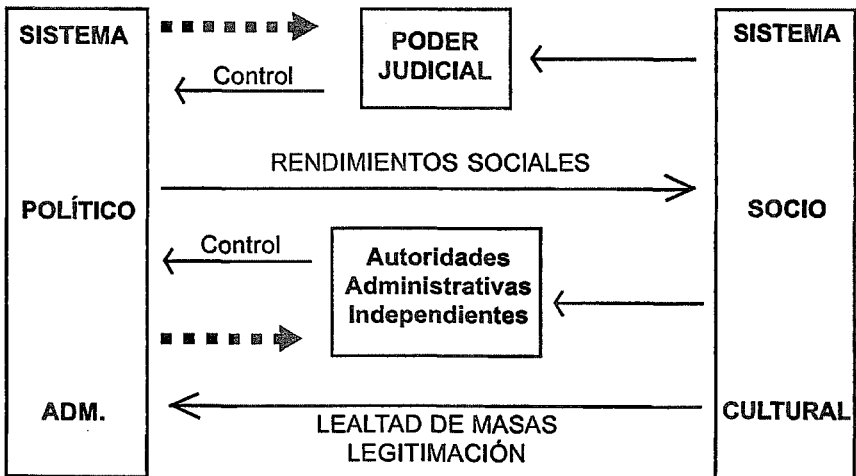
31 Ver nuestro trabajo: “La justicia administrativa como herramienta constitucional de control del sistema político-administrativo”, JA, Suplemento de Derecho Administrativo, 3 de noviembre de 2004, p. 11.

trol, su funcionamiento coordinado debe dar como resultado un sistema de organización estatal donde disminuya el número de aquellos elementos disfuncionales que en la actualidad obstruyen el desarrollo de nuestra sociedad.

Es posible afirmar que, tanto en el ámbito nacional como local, las reformas constitucionales del año 1994, al incorporar nuevos elementos a nuestro sistema jurídico institucional (autoridades administrativas independientes), alteraron, en cierta medida, la clásica división tripartita de poderes, buscando dividir aun más los centros de ejercicio de cada cuota de poder y multiplicando las relaciones de pesos y contrapesos entre los integrantes del sistema. El resultado de la reforma es un sistema jurídico institucional más abierto a la sociedad civil y que permite, a través de las nuevas herramientas creadas, una mayor fluidez en las relaciones de la ciudadanía con aquellos que ejercen funciones públicas.

Analizaremos la función de control del Poder Judicial y de las autoridades administrativas independientes referidas, en el marco de las relaciones entre el Sistema Político Administrativo y el Sistema Socio Cultural.

Gráfico N°2



En este esquema teórico se puede observar que a mayor control del poder se disminuyen las disfunciones internas del Sistema Político Administrativo (corrupción, ineficiencia, burocracia) obteniendo como resultado el aumento de los rendimientos sociales que tienden a satisfacer las necesidades y expectativas del Sistema Socio Cultural. Éste, por su parte, le imputa al Sistema Político Administrativo los niveles de lealtad difusa de masas necesarios para legitimar su poder.

Si bien, tanto el *Poder Judicial* como las *Autoridades Administrativas Independientes* integran el Sistema Político Administrativo, ambos se encuentran desplazados del centro del poder político (Poder Ejecutivo y Poder Legislativo) hacia el Sistema Socio Cultural, cumpliendo la función indirecta de agilizadores del traspaso de los rendimientos sociales del primer sistema hacia el segundo. En otras palabras, son parte integrante del Estado pero independientes del Sistema Político Administrativo, en cuanto a su autogobierno y poder de decisión.

Resulta pertinente adelantar que esta batería de herramientas previstas constitucionalmente no ha sido puesta en marcha aún (a excepción de la Justicia Administrativa cuyo funcionamiento se hizo efectivo, en forma parcial, con seis años de retraso), fiel muestra del agravamiento de las disfunciones de nuestro sistema institucional que con su creación el constituyente pretendió eliminar o, al menos, disminuir.

Desde el nacimiento de las sociedades modernas la limitación y control del poder constituyó una meta de los sistemas políticos democráticos ³². En el plano institucional, la división de poderes ³³ es por antonomasia, la técnica clásica más eficaz de control que se encuentra disponible en los países civilizados,

32 Ampliar en ABRIL, Ernesto, *Las limitaciones del Soberano*, B.E.F.D.P., México, DF, 1998.

33 A pesar de la división de Poderes, el poder del Estado es percibido por los ciudadanos como único. Así lo expresó VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamin, *Derecho Administrativo*, Tº V, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1954, p. 97, quien en un pasaje sumamente ilustrativo expresó: "El poder del Estado es unívoco. Impone su voluntad a los individuos por medio de órganos especializados, a los cuales se atribuyen por el ordenamiento constitucional determinadas funciones. Como ya se ha manifestado, el poder en sí mismo no puede ser objeto de división ni de partición; su desmembración no podría cambiar su sustancia".

idea originada en los pensadores pre-revolucionarios ³⁴ que a fines del siglo XVIII buscaron racionalizar el gobierno y limitar las facultades absolutas del monarca ³⁵.

Fue el Derecho Constitucional en su devenir histórico, quien tuvo la misión de instrumentar los medios para hacer efectivo ese control del poder, utilizando a tal fin diversas técnicas jurídicas ³⁶.

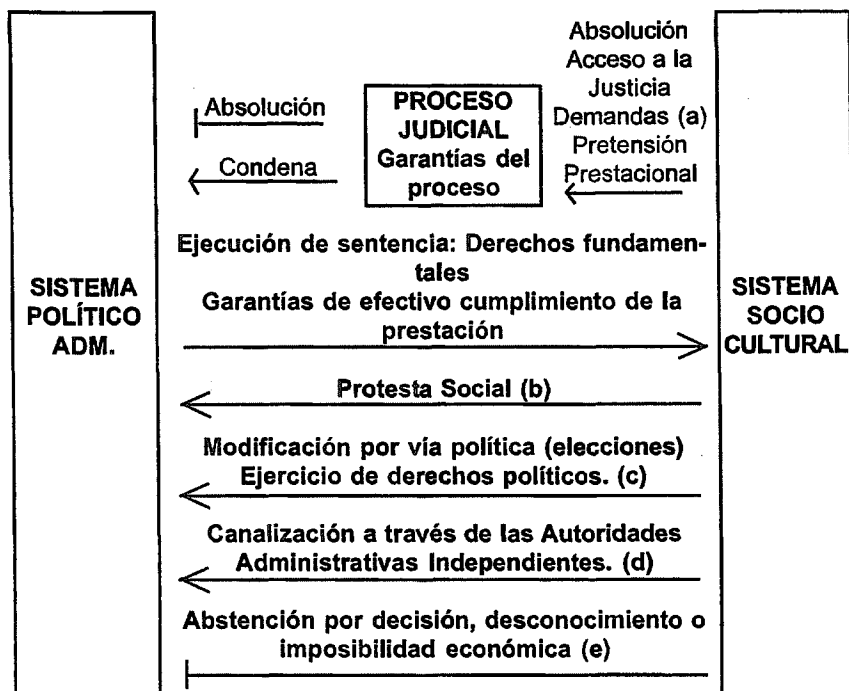
Esta función del Poder Judicial puede ser incluida en el modelo de relación sistémica entre la organización política administrativa estatal y la sociedad civil (gráfico N° 2), identificando las etapas del proceso (en sentido amplio, no jurídico) en las que se deben efectivizar las garantías de los derechos sociales y de tercera generación, agregando a estas consideraciones las alternativas racionales en que se puede expresar la conducta de la sociedad frente al gobierno.

34 Ampliar en GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Revolución Francesa y Administración Contemporánea*, Civitas, Madrid 1994.

35 "La idea de someter el Poder sistemáticamente a un juicio en el que cualquier ciudadano pueda exigirle cumplidamente justificaciones de su comportamiento ante el Derecho —afirmó GARCÍA DE ENTERRÍA— es una idea que surge del Estado montado por la Revolución Francesa, pero que aparece de manera ocasional". Conf. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, "La Lucha contra las inmunidades del Poder", *Revista de Administración Pública Española (RAP)*, N° 38 y posteriormente editado como libro, en Civitas, Madrid, 1974 y reeditado por la misma editorial en 1995.

36 ZIULU, Adolfo Gabino, *Derecho Constitucional*, ob. cit., T° I, p. 41, explicó que "[e]l constitucionalismo es el proceso histórico en virtud del cual se van incorporando, a las leyes principales de los Estados, disposiciones que protegen la libertad y la dignidad del hombre, y limitan adecuadamente el ejercicio del poder público". Isidre MOLAS por su parte (*Derecho Constitucional*, Tecnos, Madrid, 1998, p. 31) dijo al efecto que "[a]sí apareció el constitucionalismo, que ha comprendido distintas orientaciones ideológicas y políticas, con el fin de situar al Estado bajo el control de los miembros de la comunidad y garantizar la seguridad en el disfrute de los derechos de la persona, es decir eliminar la arbitrariedad del poder".

Gráfico N° 3



En este modelo esquemático se puede observar cómo la disconformidad social, producto de la incompleta satisfacción de las expectativas creadas, se puede canalizar en cuatro tipos ideales de acción social: a) Conducta de reclamo judicial que se expresa a través del inicio de una demanda solicitando el reconocimiento de un derecho ante el Poder Judicial. Tratándose de una obligación positiva del Estado la pretensión prestacional, como ya vimos, es la vía procesal por la que debe correr el pedido. Esta acción debiera ser facilitada por la presencia de Defensorías Oficiales especializadas en Derecho Público. b) Conducta de protesta social intentando modificar las decisiones gubernamentales y/o transformar el sistema político institucional. c) Conducta político electoral, ejerciendo el derecho político del voto y tratando de modificar las políticas estatales a partir del cambio de los actores políticos. d) Conducta de canalización a través de las Autoridades Administrativas Independientes. e) Conducta de abstención social por decisión propia, desconoci-

miento de los derechos que le asisten o imposibilidad económica de utilizar las vías judiciales.

¿Todas aquellas situaciones que generan disconformidad social pueden ser canalizadas indistintamente por estos tipos de conductas?

En un Estado social democrático de derecho como el formalmente establecido en nuestra constitución, pareciera que la respuesta a esta pregunta debe ser afirmativa ya que el ordenamiento jurídico ha reconocido los derechos individuales, los derechos políticos, los derechos sociales y por último los llamados derechos de tercera generación (protección de género, medio ambiente, patrimonio cultural, etc.).

Independientemente de la legitimidad del uso de cualquiera de las vías expuestas frente a la disconformidad del ciudadano con el sistema social, consideramos que la utilización del reclamo judicial mediante la pretensión prestacional (a) puede brindar, en ciertas condiciones, resultados concretos en un corto plazo y con la posibilidad de generar en el ámbito procesal un genuino intercambio de argumentos y razones respecto de los derechos fundamentales en juego.

La inexistencia en la práctica de todos los canales de conductas positivas institucionalizadas (a, c y d) recargan tanto la conducta positiva no institucionalizada (b) como la conducta negativa (e).

VI. CONCLUSIÓN: LA PRETENSIÓN PRESTACIONAL ES UNA HERRAMIENTA PROCESAL NECESARIA PARA EL FUNCIONAMIENTO DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO

La Justicia administrativa es la encargada de efectuar el control de la actividad estatal e intervenir en los conflictos que se produzcan entre los particulares y la Administración Pública, buscando la protección de todos los derechos que el ordenamiento le garantiza a los ciudadanos ³⁷.

37 En la Provincia de Buenos Aires la Constitución dispuso en su artículo 166 que los casos originados por la actuación u omisión de la Provincia, los municipios, los entes descentralizados y otras personas, en el ejercicio de funciones administrativas, serán juzgados por tribunales competentes en lo contencioso administrativo.

La vía procesal que actúa como garantía de la efectividad de los derechos sociales de los ciudadanos bonaerense es la llamada pretensión prestacional que, como vimos, permite al particular demandar ante la Justicia administrativa la realización por parte del Estado de una conducta positiva o prestación.

Es por ello que la reciente jurisprudencia del nuevo fuero administrativo desmiente la teoría de la no justiciabilidad de los derechos sociales ya que a pesar de no estar expresamente prevista la pretensión prestacional en el reformado CCA los magistrados encontraron los medios procesales de ampliación de la protección jurisdiccional a través de medidas cautelares anticipadas, acciones de amparo o pretensiones de reconocimiento o restablecimiento de derechos en materia de salud, vivienda, reparación del medio ambiente, seguridad social, etc.

Una interpretación sistémica del ordenamiento jurídico local nos autoriza a afirmar que en la Provincia de Buenos Aires los derechos sociales son garantizables del mismo modo que los demás derechos patrimoniales, porque los actos requeridos para su satisfacción son exigibles jurisdiccionalmente y su acción u omisión susceptible de control judicial.

Pero más allá de la posibilidad de realización técnico jurídica hay que considerar que la satisfacción de los derechos sociales es costosa, exige la obtención y distribución de recursos y es incompatible con la lógica del mercado, y que estos obstáculos son de naturaleza política y exigen una lucha activa por los derechos y sus garantías.

Esta crisis económica por la que pasan nuestro país y región no puede conducirnos a la falacia realista de la reducción del derecho al hecho. La distancia existente entre la norma y la realidad debe ser disminuida en tanto su reducción actuará como fuente de legitimación del sistema jurídico político ³⁸.

La lucha por los derechos sociales y de tercera generación debe comenzar por considerar a estos derechos como bienes, incorporados a los activos de cada ciudadano y no como una abstracción conceptual que sólo puede encontrarse en un texto constitucional o un libro de la materia. Como explica JAURETCHÉ, en nuestro país; "los derechos del hombre son una abstracción, cuan-

38 Ver FERRAJOLI, Luigi y otros, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2001.

do se trata del hombre de carne y hueso, concreto, ese que va a nuestro lado en la calle. Y eso ampliado ‘para todos los hombres del mundo que quieran habitar el suelo argentino’. Y aun los que no lo habitan, según nuestra ‘intelligentzia’ se aflige más por el derecho en las antípodas que en su propio país, siempre dispuesta a participar en todas las luchas por derecho de las multitudes lejanas y tan constantemente ajena en la lucha por el derecho de los nuestros”³⁹.

Por último, como decía Rudolph VON IHERING en su libro *La lucha por el derecho*: “Resistir a la injusticia es un deber del individuo para consigo mismo, porque es un precepto de la existencia moral; es un deber para con la sociedad, porque esta resistencia no puede ser coronada con el triunfo, más que cuando es general”⁴⁰.

39 JAURETCHÉ, Arturo, *Manual de zonceras argentinas*, Corregidor, Buenos Aires, 2005, p. 153.

40 VON IHERING, Rudolph, *La lucha por el derecho*, 1958, Perrot, Colección Torre de Babel, p. 77.

Se terminó de imprimir en Gráfica MPS S.R.L.
Buenos Aires, Argentina
En el mes de enero de 2008