

# Derechos fundamentales, principios jurídicos y discrecionalidad del poder público

## Fundamental rights, legal principles and discretionality of the public power

Juan Gustavo Corvalán\*

*El objetivo de este artículo es analizar la relación entre los derechos fundamentales concebidos como principios y la discrecionalidad del poder público. Establecer qué se controla y cómo se controla la discrecionalidad de los órganos del Estado en el marco de un Estado Constitucional de Derecho.*

*This article's objective is to analyze the relationship between the fundamental rights conceived as principles and the discretionality of the public power. Establish what to control, and how to control the discretionality of the public administration, in the context of Constitutional Rule of Law.*

**Palabras clave:** Estado Constitucional de Derecho, derechos fundamentales, principios jurídicos, poderes discrecionales de la Administración Pública, control judicial.

**Keywords:** Constitutional Rule of Law, fundamental rights, legal principles, discretionary powers of the public administration, judicial review.

### Introducción

La discrecionalidad, en sentido estricto, puede definirse como un modo normal de conferir poderes por el sistema jurídico en situaciones en que se considera importante que los órganos jurídicos, por ejemplo, la Administración Pública, adopten decisiones atendiendo a las evaluaciones de oportunidad, mérito o conveniencia, que ellos mismos realicen a

---

\* Abogado (UBA) y Doctor en Derecho (USAL). Profesor Adjunto de Elementos de Derecho Administrativo (UBA). Presidente de DPI (Derecho para Innovar) y Juez en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Presidente de DPI Cuántico (Derecho para Innovar). Correo electrónico: juancorvalan@derecho.uba.ar

Recibido el 6 de julio de 2015 y aceptado el 11 de enero de 2016.

la luz de las circunstancias de los casos concretos<sup>1</sup>. Dicha “concesión” puede estar contenida tanto en normas constitucionales como en normas infraconstitucionales. En este sentido, discrecionalidad y competencia, pueden ser entendidas como un mismo fenómeno, pues aquí se entiende a esta última como un poder dado por el ordenamiento jurídico a una autoridad pública para crear, modificar o extinguir ciertas relaciones jurídicas<sup>2</sup>.

Siguiendo a Alexy, cuando estos poderes están contenidos en una norma fundamental, como puede ser, en una Constitución, pueden ser entendidas como “principios formales”, en tanto, establecen los márgenes de acción para los “principios materiales” (derechos fundamentales). Pero, además, encuentran su legitimación en un principio material: el *principio democrático*. En palabras de Alexy: “Un principio formal o procedimental es el que establece que el legislador democrático debe tomar las decisiones importantes para la comunidad. Este principio formal puede ser sopesado, conjuntamente con un principio material que sirve solo intereses comunitarios relativos, frente a un principio de derecho fundamental que otorga derechos individuales (...) En la medida en que la concesión de márgenes de acción trae como consecuencia que exista menos protección que la que existiría si no hubiese dichos márgenes de acción, aquel principio puede ser calificado como una razón de restricción independiente”<sup>3</sup>.

En este sentido, los principios formales son entendidos como principios procedimentales, pues no establecen ningún contenido, sino solo señalan quién debe establecer dicho contenido y en cuanto tal, este principio impone que el Legislador democráticamente legitimado sea, en la mayor medida posible, quien tome las decisiones importantes para la comunidad. Sin embargo, también los derechos fundamentales son entendidos como principios y como normas de competencia “negativa”, es decir, como una norma que restringe una norma de competencia “positiva”<sup>4</sup>. En otras palabras, se confían “algunas” cosas a su discrecionalidad y otras no, es decir, hay ciertas cosas que están ordenadas o prohibidas. Esto corresponde al modelo material-procedimental de la Constitución<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> Así lo he sostenido en mi tesis doctoral recientemente aprobada, titulada: *La discrecionalidad administrativa y tributaria*.

<sup>2</sup> Aquí basta con tomar la mencionada referencia pues no es necesario a estos efectos definir el carácter deóntico que corresponde a la competencia y se identifica o no con el facultativo. Ver HUERTA 2010, 244.

<sup>3</sup> ALEXY 2014, 133.

<sup>4</sup> Por ejemplo, si una norma constitucional prohíbe las detenciones sin orden judicial, y el Estado puede regular las normas de para proceder a las detenciones (competencia positiva), un límite a esa competencia es la norma que exige para la detención la “orden judicial”.

<sup>5</sup> En este sentido Alexy sostiene que la actividad de los poderes se encuentra enmarcada por lo ordenado y prohibido por la Constitución. Lo que se confía a la discrecionalidad, en este contexto es lo que no se encuentra ordenado o prohibido. Así, lo discrecional define el margen de acción de tipo estructural que se termina o tiene validez jurídica en razón de las normas de la Constitución. En este contexto, propone hablar de un “margen de acción material”, que se origina a partir de la estructura de las normas de la Constitución. El margen de acción estructural

Reconocido lo anterior, es fácil concluir, que los sistemas normativos fundamentales de los modernos Estados Constitucionales de Derecho implican que la Administración tiene la competencia y la “obligación de” efectivizar ciertas prestaciones relacionadas con ciertos derechos fundamentales y de allí que, entre los derechos fundamentales y la competencia del Estado para la toma de decisiones puedan existir tensiones. Las cuales son producto de la elección discrecional del Estado para el cumplimiento de esos fines, puesto que los medios pueden resultar, por ejemplo, deficientes para el cumplimiento de ese derecho fundamental constitucionalizado<sup>6</sup>.

Sobre el particular –explica Alexy– que esos conflictos o divergencias surgen porque se encuentra permitido tomar decisiones dentro de márgenes “epistémicos correctos”, con lo que concluye que pueden existir decisiones legítimamente tomadas pero “incorrectas”. Los errores pueden surgir en razón de investigaciones empíricas que no habían sido llevadas a cabo o de argumentos normativos no contemplados hasta el momento. Consecuentemente, entiende que los márgenes epistémicos están necesariamente vinculados al problema de la divergencia entre lo que los derechos fundamentales ordenan, prohíben y confían a la discrecionalidad del Legislador/Administración y lo que razonablemente pueda reconocerse como que estos derechos ordenan, prohíben y permiten<sup>7</sup>.

Ahora bien, la función de contralor de la actividad del Estado, en estos sistemas, se encuentra en cabeza del Poder Judicial. Ello en el sistema jurídico argentino, se deriva, de que es este poder quien se encuentra legitimado para el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución, y por las leyes de la Nación, con la reserva hecha en el inc. 12 del Artículo 75: y por los tratados con las naciones extranjeras” (Art. 116 de la Constitución Nacional, en adelante CN). En definitiva, tiene un marcado rol de garante de los Derechos Fundamentales.

Por ello, el objetivo de este artículo es dar cuenta, esencialmente, de dos cuestiones. Por un lado, se efectuará una reconstrucción de lo que es, lo controlable en el marco de dichas tensiones por el Poder Judicial y por el otro, de las implicancias de dicho control. En definitiva, se trata de establecer qué se controla y cómo se controla la discrecionalidad de los órganos del Estado en el marco de un Estado Constitucional de Derecho. Para ello utilizaremos la nociones de principios de la teoría de Robert Alexy y la fórmula del Tribunal Constitucional Alemán de “prohibición de protección deficiente” (*Untermaßverbot*).

---

consiste entonces, en aquello que, en razón de los límites, la Constitución ordena y prohíbe definitivamente. Ver ALEXY 2002, 21.

<sup>6</sup> También, puede existir otro tipo de conflictos, por ejemplo, entre principios formales. Como puede ser entre competencias entre la Nación y las Provincias. Pero no nos abocaremos a su análisis en el presente trabajo.

<sup>7</sup> ALEXY 2002, 60.

## I. La estructura normativa de los derechos fundamentales y su compatibilidad con la ponderación de principios

Para poder dar cuentas de las obligaciones en cabeza de la Administración (o incluso del Legislador) debe establecerse previamente –o cuanto menos estipularse– a qué estructura o a qué idea normativa responden los derechos fundamentales, esto es: ¿Son derechos subjetivos, son normas en el sentido que hemos analizado anteriormente, son argumentos normativos? La respuesta a este interrogante es determinante a efectos de entender cómo se encuentra vinculada la Administración a su cumplimiento. De allí que, en primer lugar, nos abocaremos a intentar brindar una respuesta a ese respecto.

El análisis que realiza frecuentemente la doctrina –e incluso el que realiza la jurisprudencia– pasa por alto que las normas de derechos fundamentales son, precisamente, normas. También, suele suceder que cuando se reconoce su carácter normativo no se dice mucho acerca de su estructura normativa. Por tanto, nos parece preciso establecer nuestro punto de partida: los derechos fundamentales son normas y en tanto tales, comparten todos los problemas del concepto de norma<sup>8</sup> que ya hemos analizado *in extenso* en otro trabajo<sup>9</sup>.

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. Estas normas, en cuanto a su estructura, pueden responder a la clasificación de principios y reglas. Tanto los principios como las reglas, son normas porque ambas dicen lo que debe ser y a la vez, pueden ser formulados con la ayuda de los caracteres deónticos<sup>10</sup>.

Siguiendo a Alexy, el punto decisivo para la distinción<sup>11</sup> entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que algo sea “reali-

<sup>8</sup> ALEXY 2014, 48. Conviene destacar que ALEXY comparte el criterio de norma presentado en este trabajo, sobre el particular (Ver ALEXY 2014, 52 y siguientes). Téngase presente que con cita de v. Wright sostiene que: “el concepto de norma es el concepto primario con respecto al concepto de enunciado normativo” (*fn*, en nuestra terminología). Asimismo, sobre enunciado normativo y norma y proposición (Ver ALEXY 2014, 55).

<sup>9</sup> Me refiero a mi tesis doctoral, *La discrecionalidad administrativa (en prensa)*.

<sup>10</sup> ALEXY 2014, 83. Sin embargo, no será motivo de análisis si la estructura que se propone es la correcta. Contra la forma lógica de los principios que propone ALEXY puede realizarse una serie de fuertes objeciones, en particular, si se tiene en cuenta que esta ni siquiera, forma parte de la fórmula de ponderación que propone. Es decir, en definitiva, dicha forma no presenta utilidad. Contra la forma lógica de los principios puede leerse el trabajo de: ALONSO.

<sup>11</sup> Aquí cabe hacer una distinción en principios y reglas. Guardan entre sí una relación de parecido de familia, y existe entre ellos una diferencia de grado, no cualitativa. Reglas y principios desempeñan un papel similar o análogo en el discurso jurídico. Típicamente, los principios tienen una mayor generalidad que las reglas, pero por lo demás no hay especiales características para distinguirlos de ellas. A veces, sin embargo, se pone el énfasis en el hecho de que el contenido axiológico de los principios está presente de modo más “evidente” que en el caso de las reglas. Los principios expresan simplemente valores. Sin embargo, puesto que las reglas tienen también un contenido axiológico, reglas y principios no pueden separarse unos de otros en lo que a esto

zado en la mayor medida de lo posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes<sup>12</sup>". 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<sup>13</sup>. Por lo tanto, las reglas contienen *determinaciones* en el ámbito de lo *fáctico* y *jurídicamente* posible<sup>14</sup>.

En este sentido merece destacarse que la teoría principialista parte de la base de la "positividad" de los derechos fundamentales. Esto es, la existencia de los principios tiene su base en el derecho positivo. De esto se sigue que los principios tendrán validez como normas jurídicas de acuerdo con las condiciones del sistema jurídico<sup>15</sup>. No obstante, su reconocimiento como un tipo de norma jurídica y su alto grado de indeterminación implican que el operador contará en su interpretación con un amplio margen para integrar o identificar su contenido<sup>16</sup>.

Debemos aclarar que tomaremos a la distinción, entre reglas y principios, como "prima facie", pues no siempre resulta claro, cuando algo es una regla o es un principio. Aunque, claro está sirve para evidenciar que los principios tienen un mayor grado de indeterminación que las reglas<sup>17</sup>.

Ahora bien ¿qué significa que un principio es un mandato de optimización? Como señala con acierto Aarnio, en su crítica a Alexy: "El principio

---

se refiere. Se asemejan entre sí sin ser completamente idénticos. Me parece que ni la tesis de la demarcación fuerte ni la de la demarcación débil son válidas en cuanto tales. Ambas captan algunos aspectos relevantes del problema, pero no alcanzan a proporcionar una imagen verdadera. En orden a demostrar esto se analizarán dos formulaciones sobre las tesis de la demarcación: i) Los principios pueden ser seguidos solo "más o menos", y ii) "*Los principios son mandatos de optimización, que requieren ponderación y balance.*" (Ver AARNIO 2000, 593-602)

<sup>12</sup> ALEXY 2014, 86.

<sup>13</sup> Un ejemplo de regla a nivel constitucional sería la descrita en el artículo 18 CN en tanto prohíbe la obtención de una declaración coactiva del imputado contra sí ("Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo"). De obtenerse, debe descalificarse la declaración del imputado, no admitiendo otra resolución posible que la nulidad absoluta (lo mismo que toda prueba obtenida a partir de ella).

<sup>14</sup> ALEXY 2014, 87.

<sup>15</sup> Con esto quiere destacar Bernal Pulido que la institucionalización de los derechos fundamentales atribuye a estos su existencia en el mundo jurídico y por tanto, es independiente e incluso prevalece sobre toda interpretación moral (Ver BERNAL PULIDO 2015, 237-238).

<sup>16</sup> BERNAL PULIDO 2015, 238.

<sup>17</sup> Sobre la extensa discusión acerca de si la distinción es gradual o bien cualitativa resulta informativo, dado que reseña todas las posturas sobre el particular, ver SIECKMANN 2011, 27-50. // Téngase especialmente que contra una distinción estricta entre "reglas y principios", se objeta que no existe ninguna diferencia lógica –es decir, estructural– entre ellos, sino a lo sumo *una diferencia gradual (de mayor o menor nivel de indeterminación)*. Ver: Poscher, R, *Grundrechte als Abwehrrechte*, MohrSiebeck, Tübingen, 2003 y LERCHE, P., *Übermaß und Verfassungsrechte*, XXII, 2ª Ed., Keip, Goldbach 1999, (citados por SIECKMANN). Esto último es lo que intenta referenciar en el presente trabajo y no representa en ningún modo una toma de posición acerca de si dicha posición es correcta, dado que excede con creces las posibilidades del autor.

mismo no puede, conceptualmente, ser *un* mandato de optimización. Dicho mandato es una proposición normativa acerca de los principios, y como tal es necesariamente parecido a una regla: o se sigue o no. Por lo tanto, el mandato de optimización no puede ser aplicado “más o menos”<sup>18</sup>.

Vistas así las cosas, el principio jurídico en realidad se refiere a ciertos estados de cosas ideales que *deben* alcanzarse y al *modo* de alcanzarlos. El mandato de optimización, por tanto, dice algo acerca del uso de un principio: el contenido de un principio tiene que ser optimizado en el proceso de ponderación<sup>19</sup> y en esos procesos, entran en consideración, tanto posibilidades fácticas como posibilidades jurídicas de aplicación<sup>20</sup>. Ello, halla su correlato en que la Constitución puede entenderse “como un orden de principios” que vincula a los órganos creadores de derecho y que obliga a estos a realizar una ponderación “correcta” que será susceptible de un control jurídico constitucional por el Poder Judicial. Esto implica, en esencia, que tanto creadores como los aplicadores de derechos, cuentan con una discrecionalidad limitada<sup>21</sup>.

Uno de los rasgos característicos de la ponderación es que el resultado de la ponderación lo establece el sujeto que pondera y no puede determinarse en forma independiente del juicio de ponderación. De allí que el poder judicial no pueda interferir en decisiones sustantivas o de contenido que toman los otros órganos en el marco de sus competencias (esto que sustituyan) sino que deben limitarse a controlar los errores en el proceso de ponderación.

Esto implica que un presupuesto para la intervención judicial, en un modelo de ponderación de principios, es que se demuestre un error en la ponderación del órgano con competencia para efectuarla, sea este el legislador o la Administración<sup>22</sup>. Tales errores pueden tener origen en: la no consideración de principios jurídicos-constitucionales; las asunciones o apreciaciones empíricas erróneas; la vulneración de las exigencias de coherencia, como

<sup>18</sup> AARNIO 2000, 598.

<sup>19</sup> Por otra parte, solo los principios, no las reglas, son normas de ponderación (Peczenik 1989, 74). Por ejemplo, en caso de conflicto entre dos principios-valor, el mandato de optimización ordena: el balance entre los principios debe llevarse a cabo en la forma óptima (Ver AARNIO 2000, 598).

<sup>20</sup> ALEXI 2014, 86. No obstante, dicha concepción al depender de la optimización de posibilidad jurídicas y fácticas existentes su contenido queda debilitado o atenuado hasta punto tal que no puede producir ninguna colisión con otros mandatos de optimización. De ahí que los mandatos de optimización deban ser satisfechos *por completo*. Para dar cuenta de esto señala SIECKMANN, ALEXI ha modificado su definición de los principios y distingue ahora entre los mandatos de optimización, por un lado y los principios como normas que deben optimizarse, por el otro (Ver SIECKMANN 2011, 29). Si bien SIECKMANN sostiene que los principios responden mejor a la idea de “argumentos normativos que constituyen al mismo tiempo, razones y objetivos de los juicios de ponderación” (Ver SIECKMANN 2011, 49).

<sup>21</sup> Señala incluso SIECKMANN que también el legislador se halla limitado. Sin embargo, eso según algunos afecta la idea de democracia (Ver SIECKMANN 2011, 44).

<sup>22</sup> SIECKMANN 2011, 45.

v.gr.: cuando existen razones de menor peso se produce una injerencia fuerte en un derecho fundamental que en un caso análogo. Esto puede considerarse, desde la perspectiva jurídico-constitucional, como una aplicación del principio de igualdad en el marco del examen de proporcionalidad, etc.<sup>23</sup>.

La ponderación, a su turno, lleva consigo incluida a la denominada “dogmática de los márgenes de acción”<sup>24</sup>, puesto que los márgenes de acción estructural de la autoridad pública están constituidos por el margen de acción para determinar fines y el margen para elegir medios<sup>25</sup>. Los márgenes

<sup>23</sup> SIECKMANN 2011, 45.

<sup>24</sup> BERNAL PULIDO 2015, 238.

<sup>25</sup> Este criterio dogmático pareciera ser reconocido (o mejor dicho insinuado) por la CSJN, en tanto ha señalado que: “la estimación subjetiva o discrecional por parte de los entes administrativos solo puede resultar de haber sido llamada expresamente por la ley que ha configurado una potestad y la ha atribuido a la Administración con ese carácter presentándola como libertad de apreciación legal”. CSJN, in re: “Consejo de Presidencia de Bahía Blanca de la Asamblea Permanente de Derecho Humanos”, Fallos 315:1361. En dicha causa la CSJN se expide sobre la existencia de la discrecionalidad como categoría jurídica y sus caracteres aunque lo hace a manera de “obiter”. En este sentido el alto tribunal sostuvo: “mientras en algunos supuestos el ordenamiento jurídico regula la actividad administrativa en todos sus aspectos –reemplazando así el criterio del órgano estatal– al predeterminedar qué es lo más conveniente para el interés público y reducir su actividad a la constatación del presupuesto fáctico definido por la norma en forma completa y la aplicación de la solución que la ley agotadoramente ha establecido (poderes reglados o de aplicación legal automática), en otras ocasiones el legislador autoriza a quien debe aplicar la norma en el caso concreto para que realice una estimación subjetiva que completará el cuadro legal y condicionará el ejercicio para ese supuesto de la potestad atribuida previamente o de su contenido particular al no imponerle, por anticipado, la conducta que debe necesariamente seguir (facultades o potestades de ejercicio discrecional)”. En dicho precedente a la vez se sostuvo que la Administración no tiene nunca una libertad frente a la norma, porque tal identificación colisionaría con el principio de legalidad y que, por tanto, la estimación subjetiva o discrecional por parte de los entes administrativos solo puede resultar consecuencia de haber sido llamada expresamente por la ley que ha configurado una potestad y la ha atribuido a la administración con ese carácter, presentándose así en toda ocasión como libertad de apropiación legal, jamás extralegal o autónoma. Finalmente, sostuvo que la esfera de discrecionalidad de la Administración no implica en absoluto que estos tengan un ámbito de actuación desvinculado del orden jurídico o que aquella no resulte fiscalizable. En otras palabras, que aun aquellos actos en los que se admite un núcleo de libertad no puede desconocerse una periferia de derecho toda vez que “la discrecionalidad otorgada a los entes administrativos no implica el conferirles el poder para girar los pulgares para abajo o para arriba”, en tanto, ello llevaría a consagrar “una verdadera patente de corso en favor de los despachos administrativos”. De allí deduce que no existen no existen actos reglados ni discrecionales cualitativamente diferenciales, sino únicamente actos en los que la discrecionalidad se encuentra cuantitativamente más acentuada que la regulación y a la inversa, al no poder hablarse hoy en día de dos categorías contradictorias y absolutas como si se tratara de dos sectores autónomos y opuestos sino más bien de una cuestión de grados, no cabe duda de que el control judicial de los actos denominados tradicionalmente discrecionales o de pura administración encuentra su ámbito de actuación en los elementos reglados de la decisión, entre los que cabe encuadrar, esencialmente, a la competencia, la forma, la causa y la finalidad del acto. La revisión judicial de aquellos aspectos normativamente reglados se traduce así en un típico control de legitimidad –imperativo para los órganos judiciales en sistemas judicialistas como el argentino–, ajeno a los motivos de oportunidad, mérito o conveniencia tenidos en mira a fin de dictar el acto. A la vez, esta construcción representa la forma de compatibilizar la teoría de los principios con la teoría de la democracia.

podrán tener origen en una habilitación legal o bien tener fuente directa en una norma de tipo constitucional.

En resumidas cuentas los derechos fundamentales responden a la idea de principios (sustanciales) y por tales son susceptibles de un proceso de ponderación, en tanto, no puedan ser reconducidos a “prohibiciones principales”<sup>26</sup>. El control de la condiciones de la ponderación es lo que se encuentra en cabeza del Poder Judicial.

## II. El caso de derechos sociales como derechos fundamentales que exigen prestaciones activas del estado

Algunos derechos constitucionales exigen prestaciones positivas de parte del Estado. Especialmente, esta configuración se encuentra presente en los derechos sociales, económicos y culturales. El derecho a acciones positivas del Estado comprende derechos de muy diversa índole que pueden clasificarse de maneras muy diversas. Una de ellas es la clasificación en: 1. Derechos de protección; 2. Derechos a organización y funcionamiento; 3. derechos fundamentales sociales<sup>27</sup>.

El rasgo común de los derechos mencionados, es que para no conculcarlos, no basta con que el Estado se abstenga de intervenir en esos ámbitos de protección, por ejemplo, en la vida, la libertad o la propiedad. En los derechos prestacionales el Estado debe *hacer* algo<sup>28</sup>. No obstante, ese “hacer algo” permanece indeterminado hasta que la Administración o el Legislador lo concretan con algún contenido.

Esto requiere una explicación. Es claro que las normas constitucionales, describen, por un lado, fines que resultan obligatorios para el Estado (estatuyen deberes), pero, a su vez, no establecen la adopción de ningún medio específico para obtenerlo. Esos fines, también, son mandatos jurídicamente objetivos dirigidos al legislador y a la Administración<sup>29</sup> pero indeterminados. En virtud de esa estructura poseen un alto grado de indeterminación y por ello requieren una *concreción* mediante políticas públicas, sean legislativas o de la Administración Pública<sup>30</sup>. 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 puede otorgarse a ningún

<sup>26</sup> Un ejemplo de prohibición principal sería el siguiente: “Nadie podrá ser condenado sin juicio previo”, esto implica una prohibición al Estado de imponer condenas sin juicio y por tanto, no es ponderable en ninguna situación.

<sup>27</sup> ALEX Y 2011, 121.

<sup>28</sup> ALEX Y 2011, 121.

<sup>29</sup> BERNAL PULIDO 2005, 310-311.

<sup>30</sup> BERNAL PULIDO 2015, 312.

sujeto activo la posibilidad de exigir ante los jueces la realización de algún medio específico. A esto, se lo denomina margen de acción epistémico de naturaleza normativa, es decir, no se tiene la certeza sobre cuál es la manera más apropiada para sopesar los derechos fundamentales que se encuentran en juego, y se reconoce que el Legislador o la Administración, dispone de un determinado marco, dentro del cual puede adoptar una decisión según su propia valoración<sup>31</sup>. Pero entonces, ¿qué es lo que puede solicitarse al Estado? Lo que puede solicitarse es que la protección que otorga la Administración sea suficiente, es decir, 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 sociales se concretan en posiciones que impone 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) sujeto activo: el individuo b) sujeto pasivo: el legislador, el juez o la administración; c) una prestación, es decir, un conducta positiva consistente en proveer los medios necesarios para remediar la situación de afectación del derecho fundamental social<sup>32</sup>. Sin embargo, la intervención la actividad estatal que afecta el derecho social estaría justificada, si y solo si, con dichas acciones no logran satisfacerse las necesidades básicas (mínimas) protegidas por el derecho<sup>33</sup>.

En efecto, lo que se exige es una subespecie de principio de proporcionalidad. Se exige al Estado que realice acciones “adecuadas” para cumplir con la manda constitucional. Esto, asimismo, es un resultado del principio formal de competencia para definir finalidades a perseguir y los medios para la promoción de los fines escogidos<sup>34</sup>. No obstante, si el Estado sea porque el Legislador o la Administración no instrumentan los medios normativos o fácticos para hacer efectivo el derecho el Poder Judicial debe intervenir en virtud de su posición de garante de los derechos fundamentales.

Ahora bien, como ya señalamos para el cumplimiento de esos derechos constitucionales sociales no se especifican medios específicos y concretos de parte de la Administración y por ello, el control judicial debe recaer sobre el control de la adecuación de fines y los medios escogidos para promover ese derecho fundamental. Esto es lo que, en definitiva, será objeto de control por parte del Poder Judicial<sup>35</sup>. O en otros términos, lo que en definitiva realizará

<sup>31</sup> ALEXY 2002, 50.

<sup>32</sup> BERNAL PULIDO 2005, 322.

<sup>33</sup> BERNAL PULIDO 2005, 352.

<sup>34</sup> DA SILVA 2011, 251.

<sup>35</sup> Este criterio de adecuación surge del precedente Q ya citado en tanto la CSJN dado que en definitiva analiza es la adecuación de las medidas adoptas con relación al caso que se planteaba a decisión: “(...) y su hijo no es suficiente o adecuado ya que ni siquiera atiende a las mínimas necesidades que la situación del grupo familiar demandante requiere. Si bien puede admitirse

el Poder Judicial, como ya hemos señalado con anterioridad, es un control de la ponderación efectuada por el órgano con competencia para ponderar.

Coincidimos con Clérico en que se podrá afirmar que existe una violación al cumplimiento de una obligación de protección o de prestación *iusfundamental* (prohibición por omisión o insuficiencia) en tres supuestos: i) cuando las reglamentaciones atacadas y las medidas estatales sean inidóneas o irregulares para alcanzar el fin de protección; ii) o cuando quedan muy por detrás de lo obligado y iii) cuando el poder estatal permanezca totalmente inactivo (omisión en sentido estricto)<sup>36</sup>.

En definitiva, los tres casos tratan sobre omisiones, por directamente no realizar conducta alguna o por realizar una conducta ineficiente y por tanto, no cumplir con el deber (i y ii). En lo que respecta al supuesto iii) es el más simple porque directamente se trata de una omisión. En cambio en los casos i) y ii), 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". Por ello, el abordaje acerca de si fue vulnerado o no un derecho, es un análisis normativo: en efecto, se debe dar cuenta de las normas que confieren poderes a la administración y del derecho de los particulares a esas prestaciones positivas. Pero también es fáctico porque deben ponderarse los recursos existentes. No obstante, esto como ha puesto de resalto la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (en adelante CSJN) en el caso "Q" no es más que un derivado del principio de proporcionalidad y de la razonabilidad de las leyes<sup>37</sup>.

### III. El estándar de la prohibición de protección deficiente (*untermaßverbot*)

El Tribunal Constitucional Federal alemán cuando ha realizado el control de la ponderación efectuada por otros órganos bajo el argumento del mandato de prohibición de protección deficiente, ha utilizado la siguiente regla: "Es necesaria una protección adecuada bajo consideración de los bienes jurídicos que colisionan; será decisivo que la protección sea como tal eficaz. Las medidas

---

que no hay una única manera de responder al derecho de vivienda, lo cierto es que las alternativas implementadas por la ciudad *no dan una respuesta adecuada, definitiva y acorde a las extremas circunstancias* que debe afrontar la recurrente". Este criterio de adecuación (de proporcionalidad, en el derecho alemán) puede ser la base sobre la que efectuar los controles de los derechos constitucionales en materia social.

<sup>36</sup> CLÉRICO 2011, 175. (con citas del Tribunal Constitucional alemán, BVerGE 77,170, 250 (264)).

<sup>37</sup> Esto no es más que la expresión del ideal de racionalidad de la decisión. En el sentido en el 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 (Ver LINARES 2002, 150-151).

legislativas o de la Administración deber suficientes para alcanzar una protección adecuada y eficaz”<sup>38</sup>.

En efecto, el Tribunal reconoce la existencia de tensiones entre la competencia de la Administración para decidir políticas públicas y los derechos fundamentales. En tal sentido, señala Clérico, que la tensión –entre principios materiales y formales– puede ser planteada en los siguientes términos: vistas las cosas desde el sujeto de la prestación, el medio que hay someter a examen, es la omisión o acción estatal insuficiente y el medio ordenado, será una acción suficiente o adecuada. El Estado, por el contrario, entiende que la selección del medio, forma parte de su margen de apreciación. Incluso, puede afirmar que no existiría la obligación de elegir algún medio determinado que implique un hacer específico<sup>39</sup>. De ello se sigue que es necesario repensar la forma en como deben resolverse los conflictos que involucran a derechos fundamentales. En lo que respecta al actuar discrecional de la Administración, es conveniente distinguir entre dos formas en que pueden generarse conflictos con un derecho fundamental: i) por una simple omisión (“el Estado debería haber realizado alguna acción con relación a un derecho fundamental”); ii) por acciones insuficientes o irregulares (“el Estado realizó una acción lesiva de un derecho fundamental o defectuosa con relación al mismo”).

No obstante, para realizar ese análisis alguien tiene que poder decir que esa acción u omisión es lesiva o defectuosa con relación a un derecho constitucional, sobre la base de algún parámetro objetivo. Para eso utilizaremos la noción de proporcionalidad señalada al principio de este apartado la “*Un-termaßverbot*” (Prohibición por acción insuficiente o defectuosa) del Tribunal Constitucional Federal Alemán. A nuestro juicio, está fórmula no es más que otro camino para analizar racionalmente<sup>40</sup> la ponderación de principios.

Seguidamente, trataremos de reconstruir las bases sobre las que es posible efectuar ese control y en qué medida. Para ello, utilizaremos un caso lo que nos permitirá hacer un análisis de proporcionalidad para determinar:

<sup>38</sup> BVerfGE 88,203 (254, 257, 265,262) cito a través de: CLÉRICO 2011, 176.

<sup>39</sup> CLÉRICO 2011, 177

<sup>40</sup> Sobre la contestación de las críticas a ALEXY sobre la (supuesta) “irracionalidad de la ponderación” ver: SCHAUER 2011, 51-78. El artículo es una defensa de la racionalidad de la ponderación en ALEXY con relación al desmérito que sufrió la teoría del *balancing* por su aplicación desde mediados del siglo pasado en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos al derecho a la libertad de expresión. En particular el citado autor analiza que, cuando se acusa al proceso de ponderación como irracional, en realidad lo que realmente quieren decir los críticos es que el proceso es *indeterminado (unconstrained)*. Y sostiene que la variabilidad dependiente de la persona que tome la decisión –un fenómeno frecuentemente referido a la indeterminación o subjetividad– es efectivamente un tema para el derecho, pero rara vez la irracionalidad es un problema jurídico y al establecer la estructura de una forma común de la así llamada ponderación ALEXY ha dado aún más prueba de su racionalidad. En opinión SCHAUER, ALEXY demuestra que la estructura del argumento de proporcionalidad hace incluso *menos variable* la decisión del operador que un proceso de ponderación abierto (*open-ended*) en el cual quien tome la decisión es libre no solo de decidir qué factores son relevantes, sino también de decidir cuánto peso deberían tener cada uno de esos factores.

Si puede exigírsele a la Administración una actividad (simple omisión con relación a un derecho fundamental); en qué medida debe desarrollar esa actividad, o; si en el caso de que la Administración haya desarrollado algún tipo de actividad, puede predicarse de la misma que es defectuosa o insuficiente, y por tanto, si corresponde determinar cómo y en qué medida puede exigírsele a la Administración la adopción de acciones complementarias o bien medidas alternativas.

#### IV. Un caso objeto de estudio: el caso "Q" de la CSJN

El caso conocido como "Q"<sup>41</sup> ha sido un punto de inflexión en materia de discrecionalidad administrativa<sup>42</sup>. Recurriremos a él como un ejemplo el papel de las normas que confieren poderes en tensión con los derechos constitucionales y el análisis de la proporcionalidad o razonabilidad del medio adoptado por la Administración.

El caso elegido por la CSJN para tomar posición respecto de la cuestión era, realmente, extremo<sup>43</sup>. Veamos. La Sra. "Q" había iniciado una acción de amparo contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (en adelante GCBA) solicitando que este cesara en su conducta ilegítima de denegarle la inclusión en los programas gubernamentales vigentes en materia de vivienda y no proporcionarle alternativas para salir de la "situación de calle" en la que se encontraba junto a su hijo. La jueza de primera instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires hizo lugar a la acción, la que luego fue confirmada por la Cámara de Apelaciones del mismo fuero y revocada por el Tribunal Superior de Justicia local remitiéndose al precedente "Alba Quintana" de fecha 12 de mayo de 2010. Arribado el caso a la CSJN vía recurso de hecho, esta le ordenó al GCBA garantizar el derecho a la vivienda a la actora y su hijo menor de edad discapacitado. En concreto ordenó garantizar, aún en forma no definitiva un alojamiento en condiciones edilicias adecuadas a la patología que presentaba el niño, disponiendo de tal forma mantener la medida cautelar hasta tanto la demandada cumpla con lo ordenado. Para llegar a tal conclusión, consideró acreditado que la actora y su hijo menor de edad eran habitantes de la Ciudad de Buenos Aires y que su situación personal, económica y social no les permitía, pese a sus razonables esfuerzos, procurarse los medios para acceder a un lugar para vivir, con las condiciones mínimas de salubridad, higiene y seguridad necesarias para preservar su integridad física, psíquica y moral.

Los argumentos que llevaron a la Corte a decidir de tal forma se pueden sistematizar en tres (3) ejes que pueden resumirse de la siguiente manera:

<sup>41</sup> CSJN, "Q. 64. XLVI. Recurso de Hecho Q. C., S. Y. con Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo.

<sup>42</sup> CSJN; "Q.S. s/ Recurso de Hecho c/ GCBA S/amparo".

<sup>43</sup> Un análisis in extenso del fallo "Q" puede leerse en: BELLOCCHIO y CORVALÁN 2014,71 y ss.

### 1. Operatividad del derecho a la vivienda

“La operatividad del derecho a la vivienda tiene un carácter derivado en la medida en que se consagran obligaciones de hacer a cargo del Estado”;

“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, pues 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 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”.

### 2. Control de razonabilidad por parte del Poder Judicial

“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”;

“Existe una *garantía mínima* del derecho fundamental que constituye una frontera a la discrecionalidad de los poderes públicos. Para que ello sea posible, debe acreditarse una afectación de la garantía, es decir, una amenaza grave para la existencia misma de la persona”;

“La razonabilidad significa que, sin perjuicio de las decisiones políticas discrecionales, los poderes deben atender a las garantías mínimas indispensables para que una persona sea considerada como tal en situaciones de extrema vulnerabilidad”.

### 3. Disponibilidad de los recursos estatales

“La disponibilidad de recursos aunque condiciona la obligación de adoptar medidas, no modifica el carácter inmediato de la obligación, de la misma forma que el hecho de que los recursos sean limitados no constituye, en sí mismo, una justificación para no adoptar medidas”;

“Aunque se demuestre que los recursos disponibles son insuficientes, sigue en pie la obligación del Estado Parte de velar por el disfrute más amplio posible de los derechos económicos, sociales y culturales. Habida cuenta de las circunstancias reinantes, los Estados Partes tienen el deber de proteger a los miembros o grupos más desfavorecidos y marginados de la sociedad aun en momentos de limitaciones graves de recursos, adoptando programas específicos de un costo relativamente bajo”;

“En caso de que un Estado aduzca limitaciones de recursos, los principales criterios objetivos a examinar son: (i) nivel de desarrollo del país; (ii) situación económica del país en ese momento –teniendo particularmente en cuenta si atraviesa un período de recesión económica–; y (iii) si el Estado intentó encontrar opciones de bajo costo”;

“La inversión del Estado debe ser adecuada, lo que no depende únicamente del monto que este destina, sino fundamentalmente de la idoneidad de la erogación para superar la situación o paliarla en la medida de lo posible. De esta manera debe hacerse un análisis integral para encontrar la solución más eficiente y de bajo costo”.

## V. El análisis de la proporcionalidad de las decisiones de la administración pública

Para efectuar el análisis de la idoneidad del medio elegido por la Administración, se pueden realizar dos tipos de análisis: una exigencia débil y una exigencia fuerte. En la versión “débil” el examen de idoneidad del medio, queda habilitado al Poder Judicial para examinar si la medida adoptada por el Estado fomenta el fin a través de algún medio y en general. En contra de la habilitación de un control de tal magnitud por parte del Poder Judicial –como señala Clérico– pueden plantearse dos argumentos de peso: i) el argumento de racionalidad que requiere que se agote la consideración de todos los argumentos relevantes para la resolución del caso y ii) el problema de la tensión entre las competencias del legislador (o la Administración) legitimado democráticamente y el tribunal.

La exigencia “fuerte” requiere un doble análisis para determinar la idoneidad del medio elegido por la Administración, primero, la medida del fomento en abstracto y en general, del fin estatal y de la realización del derecho de prestación positiva –que puede o no coincidir con el medio estatal perseguido– a través del medio atacado –omisión o acción defectuosa<sup>44</sup>, segundo, la medida de fomento en concreto y en el caso individual, del fin estatal y de la realización del derecho de prestación positiva –que puede o no coincidir con el fin estatal perseguido– a través del medio atacado (omisión o acción insuficiente)<sup>45</sup>.

¿Cómo se evalúa a la adecuación de la respuesta del Estado para satisfacer ese derecho que exige una prestación activa de su parte? A través de la superación de los criterios i) y ii) se establecerá si un medio es idóneo o no. Así, si un medio no fomenta un fin ni la realización del derecho de prestación positiva, en el supuesto i) y ii), entonces estamos frente a un caso claro de falta de idoneidad o bien, frente a una omisión injustificada<sup>46</sup>.

Además, para evaluar la idoneidad de los medios, deberán analizarse si, por ejemplo, el Estado cuenta con medios de coordinación interadministrativa, si realizó una catalogación de las necesidades y priorizó las mismas, enfocar sus recursos en la satisfacción de esas necesidades, entre muchos otros aspectos. Esto permitirá, a su vez, determinar si las decisiones responden o no a premisas empíricas ciertas o, por el contrario, si el órgano adopta deci-

<sup>44</sup> CLÉRICO 2011, 179.

<sup>45</sup> CLÉRICO 2011, 179.

<sup>46</sup> CLÉRICO 2011, 180.

siones sobre premisas empíricas inciertas<sup>47</sup> o, incluso, incorrectas. Además, estas variables serán las que, en definitiva, permitirán realizar el doble análisis de proporcionalidad para –cabe reiterar– determinar si la acción estatal es insuficiente o bien si directamente se trata de una omisión<sup>48</sup>.

Analicemos el caso Q a la luz de lo expuesto aquí. Allí entraban en tensión: por un lado, las potestades de la Administración local (el GCBA) en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, para el establecimiento de subsidios habitacionales y el fomento de políticas habitacionales. Por el otro, el derecho a la salud y a una vivienda digna. El caso era, por cierto, extremo: La señora “Q” se encontraba en situación de calle con su hijo menor de edad quien tiene una discapacidad producida por una encefalopatía crónica no evolutiva. Así, con el patrocinio de la Defensoría General de la Ciudad inició una acción de amparo contra el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en la que solicitó que se la incluyera en los programas gubernamentales vigentes en materia de vivienda y se le proporcionara una alternativa para salir de la “situación de calle” en la que se encontraba junto a su hijo (por ejemplo, un subsidio en cantidad suficiente para alquilar una vivienda). En cambio, la CSJN optó por la versión fuerte del control de proporcionalidad. Es decir, efectuó un doble análisis, en abstracto y en concreto, para habilitar el control de las medidas adoptadas por el Estado para fomentar el derecho a la vivienda y entendió que no satisfacía el mínimo indispensable de vida en el caso “Q”. De esta forma, la CSJN entendió que si bien el Gobierno de la Ciudad había implementado una serie de medidas (medios), estas no resultaron *adecuadas* con relación a la situación del accionante. En particular sostuvo que: “(...) Si bien puede admitirse que no hay una única manera de responder al derecho de vivienda, lo cierto es que las alternativas implementadas por la ciudad no dan una respuesta adecuada, definitiva y acorde a las extremas circunstancias que debe afrontar la recurrente” (considerando 12°). De allí que analizando las respuestas disponibles, obligó al Gobierno de la Ciudad a lo que se conoce como “respuesta alternativa”. Es decir, a una respuesta distinta a las respuestas disponibles. Esto quiere decir lo siguiente: se considera que el Estado tiene prevista una respuesta que puede entenderse para la mayoría de los casos satisfactoria (análisis de proporcionalidad en abstracto), pero no adecuada (proporcional) para subsanar la situación de “Q” (análisis de la proporcionalidad en concreto).

Por tanto, el Poder Judicial puede obligar al Estado a tomar una medida alternativa que en este caso consistió en otorgar un subsidio mayor y con distintas características al disponible para situación de calle. Pero a la vez, la CSJN también sienta una regla de intervención del Poder Judicial. Así, la intervención deberá efectuarse cuando sea necesario asegurar la satisfacción de “niveles mínimos y esenciales de cada uno de los derechos”. Dicho de otro modo, existe una garantía mínima del derecho fundamental que consti-

<sup>47</sup> DA SILVA 2011, 251.

<sup>48</sup> CLÉRICO 2011, 170.

tuye una frontera a la discrecionalidad de los poderes públicos. En palabras de la CSJN: "En el campo de las reglas normativas, ello significa que hay una garantía mínima del derecho fundamental que constituye una frontera a la discrecionalidad de los poderes públicos. Para que ello sea posible, debe acreditarse una afectación de la garantía, es decir, una amenaza grave para la existencia misma de la persona".

Como vemos, la CSJN reconoce la tensión entre el principio formal de competencia de la Administración y el principio material del derecho a la vivienda, y frente a ello ejerce un control para determinar la idoneidad del medio frente a un estándar mínimo –vulnerado– de tutela del derecho fundamental<sup>49</sup>. Aunque no lo reconstruya en los términos en aquí se lo hace.

No podemos dejar de señalar que la CSJN, no obligó al Estado a optimizar el derecho a la vivienda. Tan solo se ocupó de fijar la posición del Poder Judicial frente a la insuficiencia en garantizar pisos mínimos de tutela frente a circunstancias extremas de vulneración a derechos fundamentales. Ello, además, se demuestra por el hecho de que en todos los casos posteriores a "Q", la CSJN resolvió aplicar o no la doctrina en "Q", según las circunstancias extremas o no en la que se encontraban los actores –enfermedad, hijos discapacitados, etc.–. Lo afirmado, se ha podido comprobar a partir de realizar un análisis exhaustivo de la gran mayoría de los casos posteriores a "Q" que hemos relevado en otro estudio<sup>50</sup>.

En conclusión: la Constitución exige la satisfacción de diversos derechos sociales –al igual que la mayoría de las constitucionales latinoamericanas–, y el Estado no cuenta con recursos suficientes para realizar totalmente –de modo óptimo– el derecho a la vivienda de todas las personas (esto es demostrable empíricamente, es decir, tiene una base empírica cierta). Por tanto, es tarea del legislador –en primer término– y del ejecutivo –en segundo plano–, decidir y posteriormente seleccionar los medios y el modo mediante los cuales harán frente a la prestación que –se sabe de antemano– será parcial con relación a esos derechos. Por tanto, es determinante definir jerarquías y prioridades a partir de las cuales seleccionara los medios para la "máxima realización posible" de los derechos fundamentales<sup>51</sup>.

Ahora bien, además del caso "Q", también existen otros casos en donde se obligó al Estado a tomar medidas con relación a su propia organización

<sup>49</sup> Cfr. CSJN, en "Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo", en la que sentó que "Lo razonable en estos casos está relacionado con el principio que "manda desarrollar las libertades y derechos individuales hasta el nivel más alto compatible con su igual distribución entre todos los sujetos que conviven en una sociedad dada, así como introducir desigualdades excepcionales con la finalidad de maximizar la porción que corresponde al grupo de los menos favorecidos". Si bien utilizando términos complejos la CSJN sostuvo que deben realizarse intervenciones positivas de los poderes públicos para favorecer a los sectores de la sociedad más débiles. Esto no es más que una aplicación del principio de igualdad en sentido material (Art. 16 CN).

<sup>50</sup> CORVALÁN y BELLOCCHIO 2013, LXX-200.

<sup>51</sup> Ver al respecto, aunque no planteado en términos idénticos: DA SILVA 2011, 258.

interna, a los fines de brindar un derecho prestacional adecuado por no satisfacer ni el estándar abstracto, ni el concreto. Aquí utilizamos el caso citado en el trabajo de Clérico (que además encuadra en un conflicto *pluriindividual*), que servirá para ilustrar adecuadamente la cuestión.

Los habitantes de La Pampa se encontraban altamente expuestos a contraer la Fiebre Hemorrágica Argentina, esta situación solo se verificaba en La Pampa, con el que el resto de los argentinos no teníamos chances de contraer la enfermedad (salvo si visitábamos La Pampa, claro está). Esta enfermedad se prevenía a través de una vacuna. El Estado Nacional compró la vacuna desde el año 1991 a 1995 a un proveedor de los Estados Unidos de Norteamérica. Este programa del Ministerio de Salud Nacional se interrumpió posteriormente, porque el proveedor dejó de producir la vacuna. En 1996 mueren habitantes de La Pampa a raíz de esta enfermedad. El Estado decide empezar a producir la vacuna, sin embargo no de forma inmediata, pues no podía producirla en cantidad suficiente porque debía realizar una modificación edilicia al instituto donde se desarrollaba la cura (en adelante, M1, "medio atacado). No pudo producir cantidad suficiente sino hasta 1988.

Un ciudadano de La Pampa, interpuso una acción de amparo colectivo con la intención de obligar al Estado argentino a fabricar la vacuna Candid 1. Fundó el pedido en su derecho a la salud y en el derecho a la salud de las personas en riesgo de contraer la enfermedad. Además, planteó que la medida sanitaria más efectiva para combatir la enfermedad es el suministro de la vacuna Candid 1 (cuya efectividad está en el orden del 95% y ha sido avalada por la Organización Mundial de la Salud, OMS). Además, se trataba de una vacuna denominada huérfana, pues su producción no resultaba rentable para los laboratorios.

Este es un ejemplo claro, de una medida que no puede fomentar, ni en concreto ni abstracto, el derecho a la salud. En efecto, como con acierto señala Clérico, ni aun en los casos de quienes tenían medios para comprar la vacuna el Estado podía proveerla.

En este contexto, la Sala V de Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, condenó al Estado Nacional y consideró que las omisiones en la implementación del proceso de producción de la vacuna constituían una violación del derecho a la salud. En consecuencia, estableció la obligación del Estado de fabricar la vacuna y le ordenó cumplir estrictamente y sin demoras con el cronograma que el propio Ministerio de Salud había elaborado al efecto<sup>52</sup>.

Ahora bien, en este caso existía ya un cronograma de salud. Y por tanto la justicia no analizó la adecuación del cronograma. Distinto es el supuesto frente a los conflictos judiciales que en América Latina reciben diferentes

<sup>52</sup> Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso-Administrativo Federal, Sala V, "Viceconte, Mariela c. Estado Nacional (Ministerio de Salud y Ministerio de Economía de la Nación) s/ Acción de Amparo".

denominaciones tales como “litigio estratégico”, “caso estructural”, “casos colectivos”, “derecho de interés público”, entre otras denominaciones<sup>53</sup>.

En estos casos podemos situar al caso “Mendoza”<sup>54</sup>. Estos supuestos, presentan características concretas que por lo general se derivan de dos factores: i) un número importante de personas que ven lesionados sus derechos fundamentales y ii) la omisión del Estado a través del paso del tiempo. Bergallo entiende que estos litigios surgen porque no se logran: i) la definición de los principios de cobertura y priorización de recursos; ii) las precarias organizaciones responsables de esa definición; los procedimientos de toma de decisiones sobre los paquetes de prestaciones básicas y iv) los mecanismos de monitoreo y apelación de las decisiones de cobertura<sup>55</sup>.

En Mendoza se hallaba en juego el derecho a la salud y al medio ambiente sano. Luego de rechazar la competencia originaria para conocer los reclamos individuales por los daños, la Corte accedió a intervenir en la acción por los daños colectivos generados por la situación de la cuenca y en la solicitud de prevención y reparación ambiental para las generaciones futuras. El dictamen del tribunal comenzaba con una declaración sobre la falta de información disponible para determinar las pretensiones sobre la violación de los arts. 41 y 43 de la CN y la Ley General del Ambiente.

Frente a esa ausencia de datos, ordenó que se cumpla con la obligación de generar estudios de impacto e instó a todos los niveles de gobierno implicados y al Consejo Federal del Medio ambiente a que produjeran un plan ambiental conjunto para cumplir con las disposiciones de la LGA. La CSJN estableció que el plan, como mínimo, debía incluir:

1. Un plan de ordenamiento territorial;
2. El control de actividades riesgosas/perjudiciales;
3. Actividades de educación ambiental, y;
4. Programas de difusión de la información ambiental al público en general<sup>56</sup>.

Es decir, la CJSN frente a una omisión muy considerable de alto impacto para los derechos fundamentales, de cara a un universo considerable de ciudadanos, ejerció un control que fue mucho más allá de los controles que ejerce respecto de conflictos individuales o plurindividuales. Por tanto, a partir de la escasez de información y de la ausencia de estándares legales claros aplicables a desafíos técnicos, el Poder Judicial organizó un proceso “dinámico y dialógico enfocado en el avance de la planificación. Este proceso presu-

<sup>53</sup> RODRÍGUEZ GAVARITO 2014, 214.

<sup>54</sup> Un análisis abarcativo del impacto de la causa “Mendoza” puede verse en BERGALLO 2014, 245- 291.

<sup>55</sup> BERGALLO 2014, 248.

<sup>56</sup> BERGALLO 2014, 258.

ponía la dificultad de buscar una respuesta unívoca ante la complejidad y la naturaleza transitoria en el contexto de información disponible...<sup>57</sup>.

El esquema planteado hasta aquí, que podría ser objeto de otro estudio, sirve para analizar prestaciones positivas. Por ejemplo, una colisión entre el derecho a la vida y la integridad física de una persona y la promoción por parte del Estado de políticas energéticas (de energía nuclear), podrían ponderarse por la idoneidad los *métodos alternativos menos lesivos* frente a la posible afectación de la integridad física a través del medio seleccionado por el Estado (promoción de la producción de energía nuclear)<sup>58</sup>.

## VI. Interrogante abierto y desafíos: el problema de la escasez de recursos

Los Estados constitucionales deben afrontar la satisfacción de múltiples derechos y, por tanto, la existencia de otras obligaciones determinan múltiples dificultades. Y los recursos son limitados. Ello se agrava frente a naciones en las que la implementación de medidas se da en un contexto de economías con menor capacidad para hacer frente a los múltiples desafíos del Estado constitucional. Por ello la priorización es la contracara de la escasez. En síntesis, los mayores problemas derivados de la escasez, surgen cuando se toman simultáneamente todos los reclamos de los derechos del mismo modo y al mismo tiempo. Es la suma de todas las obligaciones tomadas en conjunto –de modo inmediato– la que no puede ser asegurada<sup>59</sup>.

Aquí es donde se cristaliza la idea según la cual no es plausible tratar a todos los derechos como entidades idénticas<sup>60</sup>. Esto se denomina conflictos intra –derechos.

Waldron ejemplifica el caso de conflictos *intraderechos* bajo la ecuación derecho a la salud-recursos médicos limitados<sup>61</sup>. Así, el conflicto se configura

<sup>57</sup> BERGALLO 2014, 260.

<sup>58</sup> El análisis del medio menos lesivo presenta, por lo menos, tres elementos y dos comparaciones: supone, como el examen de idoneidad, una relación medio-fin, aunque más compleja pues implica a) más de un medio técnicamente adecuado, ya que sin comparación de medios no puede llevarse a cabo el examen. La comparación es b) doble: los medios alternativos se comparan con el implementado en relación con el fomento del fin estatal (examen de medios alternativos respecto a la idoneidad) y en relación con la intensidad de la afectación del derecho (examen de medios alternativos que menos limita al derecho). Los medios alegados por el afecto y por otros discutidos, en círculos de especialistas, legisladores, la administración, en organizaciones no gubernamentales, deben ser sometidos a una doble comparación (Ver CLÉRICO 2011, 186).

<sup>59</sup> CLÉRICO 2011, 21.

<sup>60</sup> CLÉRICO 2011, 35.

<sup>61</sup> Desde la óptica de WALDRON, los “conflictos en derecho” pueden ser clasificados en dos categorías: 1) conflictos entre diferentes instancias del mismo derecho (intraderechos); 2) conflictos interderechos que se dan cuando la obligación generada por un derecho resulta incompatible con el cumplimiento de una obligación generada por un derecho distinto WALDRON postula como ejemplo de conflictos interderechos (2), cuando una obligación generada por un derecho es incompatible con el cumplimiento de una obligación generada por un derecho distinto: a mayor

cuando se pretende atender a todo el universo de personas *del mismo modo y al mismo tiempo*. Como esto no es posible, sostiene este autor, se debe atender a la mayor cantidad de personas posibles aun cuando esto lleve a excluir a otras de *modo inmediato*.

No se trata entonces de anteponer argumentos presupuestarios. Antes bien, *se debe ponderar, jerarquizar y articular de modo eficaz y eficiente la suma de las obligaciones que surgen a partir de los derechos fundamentales*. Y esta faena solo puede lograrse desde una perspectiva global, jerarquizada, sistémica e integral; es decir, partiendo de premisas empíricas ciertas o, cuando menos, determinables. Y teniendo en consideración, fundamentalmente, la satisfacción de pisos mínimos en materia de derechos fundamentales sociales. De este modo, el Estado debe promover una desigualdad en la asignación del gasto público a los fines de lograr la igualdad real entre las personas. Este punto de partida básico, no es disponible para quienes tienen la tarea de custodiar la aplicación y vigencia de los mandatos constitucionales. Todos los poderes públicos deben realizar el máximo esfuerzo posible para que, en el ámbito de sus competencias, estos mandatos no sean meras declamaciones normativas.

## Conclusiones

Los poderes discrecionales y los derechos fundamentales pueden entrar en tensión, generando genuinos problemas constitucionales.

Los poderes discrecionales se vinculan con los denominados principios constitucionales formales, derivadas del principio democrático y del principio de división de poderes. En cambio, los derechos fundamentales son principios constitucionales materiales. No obstante, nuestro derecho constitucional y los tratados de Derechos Humanos ponen a los derechos fundamentales como centro del sistema normativo.

A su turno, los principios son entendidos como "normas de ponderación". Esto es, son susceptibles de cumplimiento gradual (por contrario, a que son exigibles a "todo o nada"). Por tanto, la fórmula "mandato de optimización" dice algo acerca del uso de un principio: el contenido de un principio tiene que ser optimizado en el proceso de ponderación. Asimismo, este método permite resolver ambos grupos de casos: individuales y pluriindividuales.

La administración puede vulnerar un derecho fundamental que exija prestaciones positivas, esencialmente, de dos grandes maneras: por una simple omisión o por acciones insuficientes o defectuosas. El método para determinar si la prestación es o no defectuosa es el principio de proporcionalidad.

---

número de recursos que gastemos en hospitales, menor será el monto que podremos gastar en seguridad policial (Ver CLÉRICO 2011, 33-34).

En los derechos a prestaciones positivas por parte del Estado, este debe dar cuenta del derecho –medios y fines–, estos últimos, empíricamente comprobables. La adecuación de los fines y los medios escogidos para promoverlos, cuando entre en colisión con un derecho fundamental que exija una prestación activa, es lo que será objeto de control por parte del Poder Judicial. Así las cosas, el principal punto de este examen es la pregunta sobre la comprobación de una relación entre medios y fines.

Ahora bien, existirá una violación al cumplimiento de una obligación de protección o de prestación *iusfundamental* en dos supuestos: a) cuando las reglamentaciones atacadas y las medidas estatales sean inidóneas o defectuosas para alcanzar el fin de protección o cuando quedan muy por detrás de lo obligado o b) cuando el poder estatal permanezca totalmente inactivo.

Si las medidas no son adecuadas el Poder Judicial puede dependiendo sea el derecho invocado, revocar la medida, ordenar la prestación u ordenar la satisfacción del derecho por un método alternativo distinto a la prestación brindada por el Estado.

Por último, si los recursos presupuestarios si son finitos y escasos solo surgen cuando se toman simultáneamente en cuenta “todos” los reclamos de los derechos. Es la suma de todas las obligaciones tomadas en conjunto –de modo inmediato– la que no puede ser asegurada.

Finalmente, no puede pasarse por alto que las normas del sistema de protección internacional de los Derechos Humanos presentan la misma estructura que las normas constitucionales; es decir, responden a la estructura de principios. Por tanto, los Estados Nacionales tienen competencia para decidir los fines a promover y los medios para hacerlos efectivos.

## Bibliografía citada

- AARNIO, Aulis (2000): “Reglas y principios en el razonamiento jurídico”, en: *Anuario da Faculdade de Dereito da Universidade da Coruña*, N° 4, pp. 593-602.
- ALEXY, Robert (2002): “Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales”, en: *Revista Española de Derechos Constitucional*, Año 22, N° 66 septiembre-diciembre, pp.13-64.
- \_\_\_\_\_ (2011): “Sobre la estructura de los derechos fundamentales de protección”, en SIECKMANN (Ed.); *La teoría principalista de los derechos fundamentales* (Barcelona, Marcial Pons), pp. 119-136.
- \_\_\_\_\_ (2014): *Teoría de los derechos fundamentales* (Trad. y estudio introductorio de Carlos Bernal Pulido, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales) 608 pp.
- BELLOCCHIO, Lucía y CORVALÁN, Juan Gustavo (2014): “El estado actual de la jurisprudencia argentina sobre el Derecho a la Vivienda”, en: *Revista de Direito Administrativo y Constitucional*, pp. 71 y ss.
- \_\_\_\_\_ (2013): “La jurisprudencia de la CSJN en materia de derecho a la vivienda luego del fallo” en *Revista Iberoamericana de Derecho Administrativo*, 17 de diciembre, IJ-LXX-200.
- BERGALLO, Paola (2014): “La causa “Mendoza”; una experiencia de judicialización cooperativa sobre el derecho a la salud”, en: GARGARELA, Roberto (comp.): *Por una justicia dialógica, El poder judicial como promotor de la deliberación democrática* (trad. H. Salas, B. Aires, Siglo XXI Editores), pp. 245-291.

- BERNAL PULIDO, Carlos (2015): "Fundamento, concepto y estructura de los derechos sociales", en: *El Derecho de los Derechos* (Buenos Aires, Universidad Externado de Colombia).
- \_\_\_\_\_ (2005): *El derecho de los derechos* (Bogotá, Universidad Externado de Colombia) 322 pp.
- \_\_\_\_\_ (2011): "¿Es la ponderación irracional y contraria al principio democrático?", en SIECKMANN (Ed.): *La teoría principialista de los derechos fundamentales de Robert Alexy* (Barcelona, Marcial Pons) 322 pp.
- BULYGIN, Eugenio (1991): "Sobre el status ontológico de los derechos humanos", en: ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio: *Análisis lógico y derecho* (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales) 664 pp.
- CLÉRICO, Laura (2011): "Sobre la prohibición por acción insuficiente por omisión o defecto y el mandato de proporcionalidad", en: SIECKMANN, Jan. R. (Ed): *La teoría principialista de los derechos fundamentales. Estudios sobre la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy* (Barcelona, Marcial Pons) 322 pp.
- DA SILVA, Alfonso (2011): "Teoría de los principios, competencias para la ponderación y separación de poderes", en: SIECKMANN (Ed.): *La teoría principialista de los derechos fundamentales de Robert Alexy* (Barcelona, Marcial Pons) 322 pp.
- HUERTA, Carla (2010): "La discusión sobre el carácter deóntico de las normas de competencia: obligación o permiso", en: *Anuario de Filosofía y Teoría General del Derecho*, N° 4, UNAM, pp. 243-275.
- LINARES, Juan Francisco (2002): *Razonabilidad de las leyes. El debido proceso como garantía innominada en la Constitución Nacional Argentina*, 2ª Ed., 2ª Reimpresión (Buenos Aires, Astrea).
- RODRÍGUEZ GAVARITO, César (2014): "El activismo dialógico y el impacto de los fallos sobre los derechos sociales", en: GARGARELLA, Roberto (Comp.): *Por una justicia dialógica* (Buenos Aires, Siglo XXI editores) 360 pp.
- SIECKMANN, Jan – R. (2011): "Los derechos fundamentales como principios", en: SIECKMANN (Ed.): *La teoría principialista de los derechos fundamentales de Robert Alexy* (Barcelona, Marcial Pons) 322 pp.
- SCHAUER, Frederick (2011): "Ponderación, subsunción y el rol restringente del texto jurídico", en: BEADE, Gustavo y CLÉRICO, Laura (Editores): *Desafíos a la ponderación* (Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho, N° 57) 536 pp.
- WALDRON, Jeremy (2010): *Los derechos en conflicto* (Bogotá, Centro de Investigación de Filosofía y Derecho, Universidad Externado de Colombia, N° 10).

## Normativa citada

Ley N° 24.430, Constitución de la Nación Argentina. Boletín Oficial, 23 de agosto de 1994.

## Jurisprudencia citada

Viceconte, Mariela con Estado Nacional (Ministerio de Salud y Ministerio de Economía de la Nación) s/ Acción de Amparo. Corte Suprema de Justicia de la Nación, 2 de junio de 1998.

Q.C., S.Y. con Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ Amparo. Corte Suprema de Justicia de la Nación 24 de abril de 2012.