

DIEZ POSTULADOS DE LA OBRA DE AGUSTÍN GORDILLO¹

La característica que se desea destacar de la intensa obra de Agustín GORDILLO, consiste en haber enunciado, con muchos años de anticipación, postulados para la configuración de un Derecho Administrativo distinto que se concreta en la actualidad, exhibiéndose como fuente de los nuevos paradigmas en toda América Latina. Su obra que constituye el sustento de la nueva jurisprudencia en materia administrativa, fue elaborada y reelaborada y reeditada de manera continua durante cuarenta años de reflexiones superadoras de la concepción tradicional. Y los logros están a la vista, sobre todo, en la práctica cotidiana de los nuevos tribunales que dictan sentencias desprendiéndose definitivamente de dogmas y atavismos.

Sin perjuicio de las numerosas posibilidades de análisis que ofrece el estudio de su obra, se pretende en esta oportunidad destacar diez postulados de formulación sucesiva o alternada que evidencian, sobre todo, ese anticipo de ideas que nos sorprende por la profundidad de su formulación pero mucho más aun, por la adquisición de vigencia recién ahora, a pesar de haber sido elaboradas tantos años antes. Ahora, todos hablamos de lo mismo pero fue GORDILLO quien organizó de manera constante una revolución en el Derecho Administrativo transformándolo en otro Derecho Administrativo. La selección de postulados que abordamos indica por su sola transcripción esa trascendencia, pero pueden hacerse muchas otras selecciones que conducirán al mismo destino porque la sistemática de la obra está siempre abierta, generosamente, a quienes compartimos el mismo enfoque. También quienes no comparten su enfoque se remiten a su obra para citarlo como si lo compartieran, mientras permanecen complacidos en la comodidad que brinda la dogmática concepción tradicional; sin atisbos de cambio. Al igual que sucede con otro argentino ilustre, pero de la literatura, no todos los que hablan de él lo han leído. Este sistema de selección de postulados resulta entonces sumamente idóneo para decidir, de manera abre-

1 Homenaje al Profesor Agustín GORDILLO en la Ciudad de Dolores, en el IV Congreso de la Asociación Bonaerense de Derecho Administrativo; noviembre de 2007, “Las palabras que faltaban...” por Inés A. D’ARGENIO

viada pero no por ello menos intensa en contenidos, si se adhiere o no al cambio que GORDILLO propone.

1. La transición del Estado de la legalidad al Estado de la constitucionalidad

Ya no basta -dice en 1984 y con remisión a trabajos anteriores- con que la Administración esté sometida a la ley, sino que es necesario también que la ley esté sometida a la Constitución, que haya un orden jurídico superior al mismo legislador, *superando así el dogma de la soberanía popular representada en el Parlamento y pasando a la representación de la soberanía del pueblo en la Constitución*. Esta transición otorga un rol muy importante al Poder Judicial, intérprete último del significado de las normas constitucionales y, por lo tanto, de la validez de las normas legislativas (*Teoría General del Derecho Administrativo*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1984, páginas 52/53, Sección 1 “El derecho administrativo”, capítulo IV “Bases constitucionales. El Estado en el régimen constitucional”, punto 17). Las normas constitucionales -dice en página 55 (punto 19 “Preexistencia de los derechos individuales respecto de la ley”)-, y en particular aquellas que establecen los derechos de los individuos frente al Estado, son imperativas, y deben ser aplicadas tanto si no hay ley que los refirme, como habiéndola, como existiendo una ley que pretenda negarlos; es decir, existen y deben ser aplicados, tanto con, contra o sin ley. Son pues, absolutamente independientes de la voluntad de los órganos del Estado, precisamente porque integran un orden jurídico constitucional superior al Estado (en página 55, punto 19 citado).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación consagró esta doctrina en la causa “Banco Comercial de Finanzas S.A.”, fallo del 19 de agosto de 2004 (con precedente en “Mill de Pereyra, Rita Aurora y otros” del 27 de setiembre de 2001 y las remisiones de ambos) al reconocer a los jueces la facultad de ejercer de oficio el control de constitucionalidad de las leyes, con la expresa consideración de que *la potestad de los jueces de suplir el derecho que las partes no invocan o invocan erradamente -trasuntado en el antiguo adagio iura novit curia- incluye el deber de mantener la supremacía de la Constitución (art. 31 Carta Magna) aplicando, en caso de colisión de normas, la de mayor rango*. Sobre las mismas bases, aunque en el caso con petición de parte, la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tribu-

tario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires declaró la inconstitucionalidad de un precepto de la ley de procedimiento administrativo de esa jurisdicción que niega el acceso a la Justicia administrativa en el supuesto de que la Administración se hubiese expedido en el trámite de un recurso administrativo interpuesto una vez vencido el plazo establecido por esa legislación para recurrir (situación denominada “denuncia de ilegitimidad”); *por cuanto la limitación que consagra la norma -dijo el Tribunal- implica asignar una suerte de blindaje a determinados actos administrativos del eventual conocimiento judicial, en abierta contradicción con disposiciones constitucionales* a las que remite (Sala II en causa “Frávega S.A. c. Ciudad de Buenos Aires”, sentencia del 28 de diciembre de 2006). En el mismo sentido se expidió la Cámara en lo Contencioso Administrativo de San Martín, Provincia de Buenos Aires, en causa “Comper S.A. c. Provincia de Buenos Aires” señalando que el artículo 14 del Código Procesal Administrativo provincial (ley 12.008 y especialmente su modificación por ley 13.101) *no puede contradecir el principio de mayor jerarquía normativa establecido en el art. 166 párrafo final de la Constitución provincial*, descartando sobre tal base la aplicación de esa norma procesal y con sustento en que la interpretación de una norma siempre debe ser sistemática, razón por la cual no debe contrariar las bases y principios en que se funda el sistema jurídico (sentencia del 23 de setiembre de 2004).

2. Bases supraconstitucionales: el sometimiento a las reglas universales

Lo que se creyó máxima aspiración en el pasado, la sujeción de la Administración a la ley y el también necesario sometimiento de la ley a la Constitución, queda superado por *la subordinación de todo el Derecho interno a un Derecho supranacional e internacional (Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, Parte General, 8ª edición, FDA, Buenos Aires, 2003, Capítulo III “Bases políticas, supraconstitucionales y sociales del derecho administrativo”, III-15, punto II. 10)*. De todos modos, la Constitución y las normas supranacionales no son en estos casos un programa de gobierno que pueda cumplirse o no; son un orden jurídico imperativo para el Estado y sus habitantes...La enunciación de los derechos de los individuos no es una declaración programática: es una norma jurídica imperativa y operativa, impuesta por el pueblo al Estado (la misma obra, III-16, punto

II 12). Se llega por fin a la etapa de un orden jurídico supranacional de garantías individuales, que opera también como derecho interno, sin perjuicio del control ulterior en el plano internacional en caso de no remediar los jueces locales la transgresión a los derechos individuales (la misma obra, III-22, punto III 17).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación modificó recientemente una dogmática concepción autoritaria que consideraba en el ámbito exclusivo de una “política de gobierno” -gobierno del que indebidamente se autoexcluía como titular del Poder Judicial- a las decisiones adoptadas por el Poder Ejecutivo en materia de salud y nutrición infantil. En causa “Rodríguez, Karina v. Estado Nacional y otros”, en fecha 7 de marzo de 2006, ordenó cautelarmente a la Provincia de Buenos Aires y a la Municipalidad de Quilmes que provean a los amparistas y sus hijos -la misma decisión se adoptó también en causas “Esquivel R. y otros”, “Quiñone, Alberto J.”, “Gómez, Norma”, “Gómez, Miriam” y “Leiva de Rotela”- los elementos necesarios para asegurar una dieta que cubra las necesidades nutricionales básicas y realicen controles sobre la evolución de su salud. En “Mendoza, Beatriz S. y otros c. Estado Nacional y otros”, dijo en fecha 20 de junio de 2006, que *el reconocimiento de status constitucional del derecho al goce de un ambiente sano no configura una expresión de buenos y deseables propósitos para las generaciones del porvenir supeditados en su eficacia a una potestad discrecional de los poderes públicos*. Los tribunales en lo contencioso administrativo de la Ciudad de Buenos Aires y algunos de los tribunales en la materia de la Provincia de Buenos Aires han honrado este postulado siempre que se trató de decidir en causas vinculadas con el derecho a la salud, a la alimentación, a la educación y a una vivienda digna, entre otros derechos sociales cuya operatividad inmediata concretan a diario en sus sentencias y resoluciones.

3. El cuántum de la distancia entre la norma y la realidad diferencia a las sociedades más desarrolladas de las menos desarrolladas

Cuando son tantas las diferencias entre el sistema formal y la realidad, ya no puede hablarse de menor incumplimiento del sistema; debe pensarse en un sistema paralelo, en una Administración paralela. *La transgresión sistemática por el Estado de su propio Derecho, lleva a la creación de un Derecho supranacional y de organis-*

mos supranacionales de control (Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, Parte General, 8ª edición, FDA, Buenos Aires, 2003, Capítulo IV “Condicionantes económicos y financieros del derecho administrativo. Crisis y cambio” IV-4, punto 1.3 “Génesis y desarrollo de la crisis”, con remisión a “La supranacionalidad operativa de los derechos humanos en el derecho interno” LL Actualidad del 17 de abril de 1990, reproducido como capítulo III de “Derechos Humanos, desde la 1ª edición en ese mismo año de 1990 y posteriormente en LL, 1992-B-1292).

La Justicia en lo contencioso administrativo de la Ciudad de Buenos Aires censura a diario en sus sentencias la *transgresión sistemática por el Estado de su propio Derecho*, asumiendo el deber jurisdiccional de *constatar si el ejercicio de la función administrativa se adecua o no al Derecho vigente*. Sobre la base del bloque de la legalidad aplicable al caso -dice la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario, Sala I- *el juez constata o juzga que no ha mediado en el caso una efectiva gestión del Derecho por parte de la Administración* (en “Asesoría Tutelar CAyT c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires”, 25 de junio de 2007). La Sala II de la misma Cámara, por su parte, ordenó al Poder Ejecutivo de la Ciudad que incluya en el presupuesto general de gastos de 2006 las partidas que resulten necesarias para cumplir con una ley de la Legislatura local que dispuso la construcción de un hospital con ubicación y detalles de obra específicos, imponiendo el plazo de doce meses desde su promulgación para iniciar la obra. *Constituye un principio fundante del moderno Estado de Derecho* -dijo en causa “Comisión de Vecinos Lugano en Marcha y otros v. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires” en fecha 13 de octubre de 2005- *la sujeción de la Administración a la ley, incluso en aquellas materias en que la Constitución ha otorgado directamente competencia al Poder Ejecutivo. Así, la Legislatura posee un amplio margen para dictar leyes acerca de las facultades y por cierto, obligaciones, que la Constitución de la Ciudad pone en cabeza del Jefe de Gobierno. Luego, la única actitud posible de la Administración frente a la ley vigente es someterse a su cumplimiento; en ningún caso podrá dejar de dar cumplimiento a la voluntad legislativa que representa el interés general, ni le corresponde examinar las razones de mérito, oportunidad o conveniencia que haya tenido en cuenta el legislador al momento de sancionar la norma.*

4. Acerca del modo asistemático de ser del Derecho Administrativo

Es difícil pedirle al magistrado, funcionario público o abogado particular que tiene que resolver aquí y ahora un problema de derecho positivo, que tenga presente el marco sistemático y conceptual en el cual su solución habrá de insertarse o, al contrario, podrá transgredir. *Cada uno resuelve el problema concreto sin visualizar, necesariamente, al propio tiempo, toda una suerte de filosofía general de la disciplina* (Prólogo a *Teoría General del Derecho Administrativo*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1984, punto 2). Y dice especialmente con relación a los magistrados: *muchas veces parecen carecer del impulso vital de hacer progresar la democratización de la Administración con ideas renovadoras, con cambios y progresos hacia el futuro, y se contentan con respetar las viejas fórmulas del pasado. En una palabra, en llevar la prudencia a un defecto, al quietismo y al inmovilismo conceptual* (en el mismo Prólogo, punto 3.1 “La influencia asistemática en la justicia”).

En causa “Comunidad Indígena Eben Ezer c. Provincia de Salta”, la comunidad indígena actora cuestionó un conjunto de actos y normas provinciales relativos a la desafectación como reserva natural de determinados lotes fiscales, por entenderlos contrarios a derechos y garantías emanados de la Constitución Nacional. La Corte Suprema de Justicia de la Nación revocó la sentencia de la Justicia provincial que rechazó la acción de amparo, considerando que desatendió el planteo de inconstitucionalidad sin fundamento alguno y mediante clichés (fallo del 30 de setiembre de 2008). Los clichés utilizados en sentencias son símbolo del *quietismo e inmovilismo conceptual*: uno de ellos, referido a “la misión más delicada del Poder Judicial que es la de saber mantenerse dentro de la órbita de su jurisdicción sin menoscabar la función que compete a los otros poderes del Estado”, continúa siendo utilizado por ejemplo, por la Sala 3ª de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (en causa “Marby SA” del 24 de octubre de 2008), luego de que la Corte Suprema censurara el uso en sentencias de clichés; y luego de que la Corte Suprema considerara que los jueces deben actuar con particular energía para hacer efectivos los mandatos constitucionales incumplidos por los otros poderes (en causa “Mendoza, Beatriz” ya citada); y luego de que la Corte Suprema consagrara el deber jurisdiccional de adoptar las medidas conducentes sobre los otros

poderes del Estado cuando están en juego derechos constitucionales, lo que no significa intromisión sobre los otros poderes del Estado (en “Defensor del Pueblo de la Nación c. Estado Nacional y Provincia del Chaco”, del 18 de setiembre de 2007).

5. Las pseudo nociones fundantes del Derecho Administrativo: el anquilosado paradigma de la prevalencia del interés general

Es increíblemente frecuente la utilización del anquilosado paradigma de un interés sobre otro. Venimos luchando contra él desde diciembre de 1963, pero al parecer con escaso eco vernáculo (en *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo 3 *El acto administrativo*, 9ª edición, FDA, Buenos Aires, 2007, Introducción, punto 3, con remisión a ediciones anteriores, tomo 2, cap. VI 5 “Felicidad colectiva, interés público, bien común, *omnis et singulatis. Everything and Nothing*”; 5.1 “La inefable felicidad colectiva”; 5.2 “Interés público e interés individual”; 5.3 “El interés público no es el interés de la administración pública”). *Se confunde, como siempre, pretendiendo que la Administración Pública, haga lo que haga, es siempre fiel tutora del interés público y el particular su enemigo, contraparte, contracara. Se cree que administración y sociedad son lo mismo. Esa gran falacia importa también no advertir que las arbitrariedades administrativas no controladas judicialmente en tiempo oportuno, son el caldo de cultivo de la corrupción que tanto la Convención Interamericana como la Convención Internacional mandan prevenir y no consumir...es afirmar apodóticamente, y por ende no demostrar, que el poder representa siempre y necesariamente para el caso concreto, como principio natural derivado de la naturaleza y la esencia de las cosas, todo lo bello, lo bueno y lo verdadero, el interés público, el bien común, el buen orden de la comunidad, o la frase que se quiera elegir. Puesto que no se lo deriva de Dios sino de un funcionario o empleado público autóctono, es el más ilógico argumento de autoridad.*

“Cuando desde el Estado se pretende promover el bienestar general, pero al mismo tiempo se afecta en forma desproporcionada a las personas humanas, algo, evidentemente, no funciona, más aun cuando desde hace siglos la civilización occidental no acepta que las personas puedan ser medios para la realización de un fin, por lo que la realización del bien común no debe dejar de mirar el bien

particular de cada persona que integra la comunidad a que este bien común está destinado”. Así lo expresó, magníficamente, el Tribunal en lo Criminal N°3 de Mar del Plata en sentencia de fecha 7 de agosto de 2002, confirmada por la Cámara de Apelación y Garantías en lo Penal del mismo departamento, en un amparo planteado por médicos agremiados frente a la ausencia de asistencia sanitaria mínima en los hospitales públicos de la ciudad, acreditada mediante intensa producción de prueba que permitió a los jueces un acabado conocimiento de la situación real llevada a sus estrados. La Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario, Sala II, se pronunció en causa “Boscolo, Elsa c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires” del 16 de agosto de 2001, señalando que *no son suficientes las reiteradas menciones de la demandada al interés público comprometido para oponerse a la suspensión de un acto administrativo, si no demuestra razones de esa índole de singular trascendencia, cuya prevalencia exija la ejecución inmediata del acto cuestionado*; y destacando que el control judicial de lo decidido por la Administración debe *comprender el examen de los hechos*, con la pertinente prueba conducente a ese efecto incluida, naturalmente, la que hace a las circunstancias que configuran el interés público invocado en justicia por la Administración.

Cuando comentamos estas decisiones judiciales en un trabajo anterior -“La Justicia administrativa en Argentina” FDA 2006- afirmábamos que la obra de Agustín GORDILLO marca un hito de referencia en el desarrollo judicial de estas ideas (III-E, 62 nota 161). Nos anticipábamos así a este homenaje que no es más que el reconocimiento expreso de esa circunstancia.

6. La Convención Interamericana contra la Corrupción

La forma de prevenir o responder a las amenazas a la sociedad que implican el narcotráfico y la corrupción, no depende solamente de la política legislativa o gubernativa (la misma Introducción del T. 3, punto 10, con remisión para este tema a “Los tribunales administrativos como alternativa a la organización administrativa”, Universidad Austral, Organización administrativa, función pública y dominio público, Buenos Aires, RAP, 2005; “El control jurisdiccional en el mundo contemporáneo” en *Memorias del primer congreso internacional de tribunales de lo contencioso administrativo locales de la República Mexicana*, Toluca, México, octubre de 2003; “El caso

Ángel Estrada”, Res Publica Revista de la Asociación Iberoamericana de Derecho Administrativo, año I, n° 2, México, 2005), depende también de que los jueces apliquen las directrices preventivas que les manda claramente, como principios jurídicos imperativos, la Convención Interamericana contra la Corrupción (con remisión a Juzgado en lo CA N°1 de La Plata en “Ecodyma” del 31-03-2004)... Considerar o no vicio del acto administrativo la violación de las medidas preventivas previstas en la Convención Interamericana contra la Corrupción, es una opción que no debiera justificar la duda de nadie y sin embargo la tiene de casi todos.

Íntimamente vinculado con el postulado anterior en cuanto desprecia la posibilidad de *afirmar apodócticamente, y por ende no demostrar, que el poder representa siempre y necesariamente para el caso concreto, como principio natural derivado de la naturaleza y la esencia de las cosas, todo lo bello, lo bueno y lo verdadero, el interés público, el bien común, el buen orden de la comunidad, o la frase que se quiera elegir*. Su referencia expresa nos remite al caso “Ecodyma Empresa Constructora S.A. c. Fisco de la Provincia de Buenos Aires” y, específicamente, a la decisión adoptada en un incidente cautelar por el señor Juez de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo N° 1 de La Plata, Provincia de Buenos Aires. En ella el Juez consideró que el contenido del interés público en cuestión, introducido por la demandada para oponerse a la suspensión cautelar del procedimiento de licitación, no se agota en la necesidad de la obra pública *sino que se constituye en la circunstancia de que la obra no se realice a cualquier precio* analizando sobre la base de las normas internacionales de lucha contra la corrupción, la cuestión esencial comprometida en la causa acerca del *destino de los fondos públicos* que la sociedad cuyo bienestar se intenta proteger, integra con el trabajo personal de sus miembros.

7. El eje de la tutela judicial efectiva en la Justicia procesal administrativa

Al dejarse frontalmente de lado el carácter pretendidamente revisor de la Justicia administrativa -remite expresamente a decisiones del Juzgado en lo Contencioso Administrativo N° 1 de La Plata, a cargo del juez Luis Federico Arias, en causas “Ramírez” del 7-01-2004 y “Alvarellós” del 2-03-2004, en la misma Introducción del Tomo 3 citada, punto 4- cambian muchas soluciones del dere-

cho procesal administrativo y del derecho administrativo mismo. Así, por ejemplo, el agotamiento de la vía, de ser una regla, pasa a ser una excepción (con cita de SCJBA “Gaineddu” JA 2003-III, 252, “Comper” de la Cámara de San Martín y decisiones del mismo Juzgado en lo CA N°1 de La Plata sobre demandabilidad directa en materia de daños). *En los sistemas constitucionales contemporáneos como el nuestro y en el sistema interamericano e internacional de derechos humanos, el eje del sistema de control es el acceso a la tutela judicial efectiva. Dentro de ésta, el centro de análisis son las pretensiones procesales del individuo, no el acto impugnado.* Del esquema tradicional, aunque ya empieza a mostrar fisuras, queda todavía mucho en pie; y hay también constantes retrocesos en modificaciones legislativas. *La doctrina que se caracteriza por defender al poder, quienquiera que lo ejerza, calla o habla de temas de otro siglo, que es lo mismo que callar. Leyes y actos inconstitucionales no tienen problemas para ser aplicados por jueces que así desconocen el derecho constitucional y de los tratados, no por supuesta ignorancia culposa, sino por actos conscientes, voluntarios y deliberados de inaplicación.*

La Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires se ha hecho eco de este postulado de manera sistemática. En un caso en el que se pretendía el cobro de una suma de dinero que se decía adeudada por la demandada, decidió que *tal planteo configura una pretensión de una prestación debida, específica y determinada* que justifica el acceso directo a la Justicia sin provocar el dictado de un acto denegatorio previo para procurar su impugnación (en “Covimet S.A. Concesionaria Vial Metropolitana S.A. c. Ciudad de Buenos Aires” del 14 de abril de 2003, Sala I; también “Latinoconsult S.A. y otros”, “Linser S.A.” del 11 de junio de 2002, “Ligotti” del 3 de abril de 2002; Sala II “Productores de Frutas y Hortalizas” del 5 de setiembre de 2001, entre otras). Resultan especialmente relevantes todos y cada uno de los casos en los que se hizo directa aplicación judicial de los tratados internacionales para la satisfacción de derechos sociales conculcados, como los que atañen a una vivienda digna, expresando que *se encuentra habilitada su tutela judicial si sus titulares invocan su lesión o menoscabo* (por ejemplo, Sala I en “Ortiz, Cécica y otros” del 28 de diciembre de 2001; “Sánchez, Claudia” del 26 de junio de 2002; Sala II “Morales, Enriqueta” del 12 de octubre de 2004; “Ramallo, Beatriz” del 30 de setiembre de 2004, entre muchos otros casos).

8. El problema sistemático en una crisis estructural

Para todos esos millones de personas que no tendrán la solución mágica que elimine las desigualdades económicas y sociales...la gran pregunta que debemos formularnos quienes nos preocupamos de los problemas de la Administración y del Derecho Administrativo, es *si tampoco habremos de brindarles al menos una perspectiva jurídica e institucional que les proporcione la dosis de acceso al poder a que en una democracia de objetivos igualitarios deberán tener derecho. Ya que no es posible brindarles a todos los ciudadanos pleno empleo, total seguridad social y económica, salud, vivienda, etc., intentemos al menos proporcionarles protección contra la arbitrariedad, un trato razonable y democrático de las Administraciones Públicas, participación en la Administración, la sensación y la realidad de ser parte activa e igualitaria de la sociedad, al menos en cuanto hace al funcionamiento de la administración* (en el mismo Prólogo, punto 4).

En la misma línea que el postulado anterior, pero esta vez con toda la fuerza del reconocimiento de una exclusión social sin precedentes que nos desborda a los estudiosos del Derecho dejándonos inermes para la búsqueda de una solución. Exige GORDILLO la inserción social en la gestión administrativa en estrecha vinculación con su especial exigencia de aplicación continua y efectiva de las normas internacionales de lucha contra la corrupción. El 18 de setiembre de 2007 la Corte Suprema de Justicia de la Nación ordenó al Estado Nacional y a la Provincia de Chaco *el suministro de agua potable y alimentos a las comunidades indígenas que habitan en la región sudeste del Departamento General Güemes y noroeste del Departamento Libertador General San Martín de esa provincia, como así también de un medio de transporte y comunicación adecuados, a cada uno de los puestos sanitarios. La gravedad y urgencia de los hechos denunciados -agregó en causa "Defensor del Pueblo de la Nación c. Estado Nacional y otra"- exige que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ejerza el control encomendado a la Justicia sobre las actividades de los otros poderes del Estado y en ese marco, adopte las medidas conducentes que tiendan a sostener la observancia de la Constitución.* Si acudimos a la expresión que se atribuye a BIELSA, acerca de que todo argentino tiene el deber de sentir vergüenza, su aplicación a las autoridades nacionales y provinciales adquiere en este caso la calidad de una sanción sin retorno por no

avergonzarse públicamente de las terribles falencias de la gestión administrativa que asumen como propias al ingresar el cargo y juran desempeñar bajo el autoapercibimiento de que, de no hacerlo, Dios y la Patria se lo demandarán. Y se ofenden cuando el pueblo los demanda en Justicia para instarlos a cumplir con su función, invocando prerrogativas exclusivas en la determinación de las “políticas públicas”. En realidad, no advierten los funcionarios que las políticas públicas ya han sido establecidas por el Congreso de la Nación o las Legislaturas provinciales según sus competencias, y que ellos deben desarrollar la función de gestión administrativa para el cumplimiento efectivo del Derecho vigente, nada más. Es ostensible el incumplimiento de normas como las leyes nacionales 23.661 que crea el Sistema Nacional de Salud; 26.206 de educación nacional que obliga a las autoridades competentes a crear las oportunidades necesarias para promover en cada educando la capacidad de definir su proyecto de vida; 25.724 que creó el Programa de Nutrición y Alimentación Nacional instituyendo una Comisión especial para la evaluación permanente de la marcha del programa y sus resultados; 26.233 de promoción y regulación de Centros de Desarrollo Infantil para la atención de cada niña y niño en su singularidad e identidad; 26.061 de minoridad y la ley provincial 13.298 que fue especialmente ponderada por el juez Luis Federico Arias en causa “Asociación Civil Miguel Bru y otros v. Ministerio de Desarrollo Social de la Provincia de Buenos Aires y otros”, al resolver una medida cautelar en fecha 10 de noviembre de 2008 respecto de la situación de calle a la que se encuentran expuestos niños y niñas en condiciones de pobreza. *Toda dilación en la implementación de los distintos engranajes que propone la ley 13.298 -dijo el juez-, implicaría desatender los más básicos deberes, no sólo de la función jurisdiccional, sino de la condición humana que ostentan los involucrados. El niño -añadió- por su inmadurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, según lo afirma la Convención sobre los Derechos del Niño, siendo necesario prestar especial atención a los niños pertenecientes a grupos desfavorecidos y vulnerables; la aplicación de sus principios generales de no discriminación y del interés superior del niño no puede estar condicionada a los recursos presupuestarios, puesto que en la práctica, la pobreza es claramente una de las principales causas de la discriminación.*

9. Condicionantes económicos y financieros del Derecho Administrativo. Crisis y cambio en el siglo XXI

El intervencionismo regulador del Estado en la economía, concebido como control de desequilibrios sociales y económicos, en la práctica distaba de ser siempre no ya eficaz sino, incluso, sensato (*Tratado*, Tomo I, Parte General, 8ª edición, 2003, Capítulo IV, IV-3, punto 1.3 “Génesis y desarrollo de la crisis”). *La inexistencia de consenso social acerca de la bondad del funcionamiento del sistema regulatorio, lleva inexorablemente a su falta de cumplimiento y a la generación de reglas espontáneas de comportamiento social, no solamente de los particulares sino también de la propia Administración Pública* (con remisión a *La administración paralela. El parasistema jurídico administrativo*, Madrid, Civitas, 1982, 4ª reimpresión 2001). Se produce así algo parecido al fenómeno que en algunas sociedades tribales se denomina “derecho no estatal” (*non state law*) y que en las sociedades subdesarrolladas hemos denominado parasistema jurídico y administrativo.

10. La búsqueda colectiva de los consensos sociales necesarios a una sociedad madura

La pregunta real no es donde estaremos dentro de cien años, sino en qué dirección estamos ahora dando qué pasos (*Tratado*, Tomo I citado, IV-10 y IV-11, II- “La prospectiva” 3. “El futuro ahora previsible” con remisión a “1995-2095, cien años de derecho administrativo”, *Revista jurídica de Cataluña*, Barcelona, 1997 y *The future of Latin América. Cant the EU Help?*, prólogo de Spyridon FLOGAITIS, Londres, Esperia, 2003). La regulación internacional es creciente. Acompaña también al proceso el creciente desarrollo de las organizaciones no gubernamentales, personas jurídicas privadas o públicas no estatales que realizan actividades de interés público. El Estado nacional pierde poder a manos de las regiones estatales internas; pierde poder a manos de la comunidad estatal supranacional; pierde poder a manos de organizaciones no gubernamentales (IV-12, 3.3 “La distribución y fractura mundial del poder estatal”; IV-13 3.5. “La participación”).

Su percepción anticipada de un cambio tan profundo en el pensamiento universal acerca de la transformación del Estado-Nación y del desplazamiento del poder centralizado y burocrático que él re-

presenta, se destaca hoy en el acompañamiento de sus postulados por intelectuales de otras disciplinas. Cornelius CASTORIADIS acudía en 1982 a la creación de la democracia en la antigua Grecia para restituir las significaciones y las instituciones que encarnan esas significaciones por medio de las cuales *cada sociedad se constituye como tal*. En una serie de seminarios desarrollados en ese año en la Escuela de Altos Estudios de París (publicados en *Lo que hace a Grecia. De Homero a Heráclito*, Fondo de Cultura Económica, 2006) explica la política así concebida como *creación de una actividad explícitamente autoinstituyente de la colectividad*. El propósito explícito de una institución de la sociedad por parte de una colectividad que se instituye a sí misma -dice en página 204- , presupone la ausencia de un orden ideal predefinido de las cosas humanas; no existe ley social conocida o impuesta de antemano que sea válida de una vez por todas. La democracia directa de los atenienses requiere una *participación efectiva de los ciudadanos en los asuntos de la polis*, participación que es a la vez alentada y estimulada por medidas expresas; el logos no puede ser creado efectivamente -dice en el anexo II sobre el pensamiento político-, más que en la medida en que el movimiento del demos *instaura en acto un espacio público y común*, donde la exposición de las opiniones, la discusión y la deliberación se vuelven posibles por primera vez en la historia de la humanidad. La actividad autoinstituyente de la *polis* se desarrolló durante casi tres siglos: es la creación de una institución donde las fuerzas en lucha en la ciudad se equilibran por una autolimitación mediante la cual el poder ya no puede pertenecer a una persona o a una categoría particular, sino que pertenece a todos y a nadie, está a la vez ubicado a igual distancia de todos y ya no puede ser objeto de apropiación sino que también *es participado por todos de manera simultáneamente colectiva. No hay polis sin creación de un espacio público de interrogación y de control recíproco. No existe espacio público verdadero más que en la medida en que existe un interés vital de los ciudadanos por este espacio público*. El espacio público, el ágora, tal como existió en Atenas era sostenido por el interés activo de los ciudadanos (páginas 339 a 359). Antonio NEGRI destaca la presencia de una *dinámica democrática en contra de las concepciones trascendentales del poder en la modernidad*. Lo único que puede permitir interpretar la época contemporánea -dice en *La fábrica de porcelana. Una nueva gramática de la política*, Paidós, Barcelona, edición en castellano, 2008- es un cambio de paradigma.

Los modelos jurídicos de la soberanía están sometidos a una crítica política del Estado que permite poner en evidencia la *circulación del poder en el cuerpo social*. Con la globalización, la crisis del Estado-Nación y de los conceptos conexos de pueblo y de soberanía, se vuelve irreversible (página 60). El gobierno deja de ser una forma de poder -dice más adelante- para ser cada vez más un *espacio dentro del cual se desenvuelve el enfrentamiento entre las potencias de lo común*. Sólo las realidades comunes pueden decidir. La *decisión* es por tanto, un acto común, una *expresión de la multitud*.

La Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires dictó una sentencia que facilita la participación comunitaria para la protección de la legalidad urbanística. En causa “Asociación Civil de la Estación Coghlan y otros c. Ciudad de Buenos Aires” rechazó la consolidación de una transgresión a la legalidad urbanística por el mero transcurso de un plazo fugaz para interponer un recurso administrativo. La respuesta del sistema urbanístico al fenómeno patológico de su vulneración o conculcación -dijo al decidir en la causa- requiere que se reintegre el orden transgredido, teniendo especialmente en cuenta la trascendencia de los bienes jurídicos implicados, que se vinculan a la calidad de vida y a la preservación de un medio ambiente adecuado (en fecha 10 de agosto de 2007). Si bien la interpretación restrictiva de los recaudos formales impuestos para demandar por las normas procesales fue sustentada en la preeminencia de hacer viable la garantía de la tutela judicial efectiva, la sentencia a que nos referimos tiene el mérito de posibilitar la *participación comunitaria en la restitución de la legalidad*. Facilita, en términos de CASTORIADIS, la instalación de un espacio público verdadero; un espacio público que no existe más que en la medida en que exista un interés vital en la cosa pública, la cual a su vez no puede existir más que en la medida en que los integrantes de la sociedad puedan algo en cuanto a esa cosa pública. La sentencia de Cámara restituye el ágora; ésta es su trascendencia, aunque en un análisis efectuado desde el Derecho Administrativo parezca que, simplemente, realizó una interpretación razonable de los requisitos formales impuestos para acceder a la Justicia administrativa.

La necesidad de consenso social expuesta por GORDILLO en 1982, su lucha durante todos estos años por una auténtica descentralización del poder vinculada a la superación de la concepción trascendente del interés general y el consiguiente desplazamiento de la

regulación hacia la sociedad civil, conducen a la nueva configuración de un Derecho Administrativo signado por la participación social y la democracia activa, en el marco general de los nuevos principios formulados por la Filosofía y la Sociología. Es tiempo de que una comprensión acabada de su obra nos permita la consolidación de un Derecho Administrativo diferente, sin dogmas ni atavismos, sin reiteración irreflexiva de tradiciones decimonónicas. Porque a esta altura, él ya está pensando en otras cuestiones, para el futuro, aunque poniendo el acento en la pregunta real acerca de los pasos que hoy debemos dar con ese destino. Como cuando en su formulación del objetivo de luchar contra la pobreza y la exclusión propone un gobierno compartido para que las organizaciones internacionales que ayudan a financiar proyectos en países en vías de desarrollo, sean responsables por la conveniencia de tales proyectos, su utilidad a los fines perseguidos, la estricta valoración de su impacto en el medio ambiente y por la correcta y adecuada utilización del dinero prestado, libre de desviaciones, corrupción y mala administración (“La futura responsabilidad de las organizaciones internacionales en un gobierno compartido”, traducción corregida del trabajo presentado al seminario sobre “Gobierno compartido: combatiendo la pobreza y la exclusión, IIAS, Yaoundé, 17 de junio de 2003 en *Perspectivas del derecho público en el umbral del siglo XXI*, coordinadores Miguel Alejandro LÓPEZ OLVERA-Juan Martín VOCOS CONESA, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2003).