



Área Estado y Políticas Públicas

TESIS PARA OPTAR POR EL TÍTULO DE
MAGISTER EN POLÍTICAS PÚBLICAS Y DESARROLLO

Título:

**“Control judicial de políticas públicas: la
desigualdad social en la jurisprudencia de la Corte
Suprema de Justicia de la Nación en el período
2005-2023”**

Tesista: *Mgtr. Rodrigo Emmanuel Vera*

Director de Tesis: *Dr. Rodolfo Ricardo Raúl Roquel*

Lugar y fecha: **Formosa, Agosto de 2023**

Tesis de Maestría Políticas Públicas y Desarrollo (CH4-2019-2021)

TÍTULO:

“Control judicial de políticas públicas: la desigualdad social en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el período 2005-2023”

RESUMEN:

La tesis aborda la compleja interrelación que existe entre las políticas públicas, la desigualdad y el derecho. Estas temáticas trascendentes tienen un punto de contacto crítico al realizarse el control judicial de políticas públicas, actividad que asume el Poder Judicial en un ámbito sensible, no exento de tensiones políticas e institucionales en el marco de un Estado democrático y republicano. El escenario se complejiza al incorporar en esta dinámica a la desigualdad social, la cual constituye una grave problemática para el desarrollo integral de una comunidad y para el ejercicio pleno de los derechos humanos. Por este motivo sostenemos el argumento de que la Corte Suprema de Justicia de la Nación considera a la desigualdad social como un criterio relevante a la hora de evaluar políticas públicas, y para ello analizamos sentencias del máximo tribunal entre los años 2005-2023. De esta manera indagamos sobre los límites de la evaluación judicial de políticas públicas y su impacto en el ciclo vital de éstas e investigamos la conceptualización de la desigualdad social y su rol en este proceso, identificando criterios que puedan resultar de utilidad para la futura formulación y aplicación de políticas públicas en el marco de un Estado de Derecho social y democrático.

INDICE

Capítulo I – Introducción

Capítulo II - El control judicial de las políticas públicas

- A) La teoría de las políticas públicas y el derecho: una dinámica cada vez más compleja y aún inexplorada
- B) Impacto del control judicial sobre el ciclo vital de las políticas públicas
- C) El control judicial sobre las decisiones políticas
 - i – Límites y excesos: principio de deferencia y judicialización de la agenda pública
 - ii- Limitaciones técnicas y argumento contramayoritario
 - iii- Tensiones y límites de poderes en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación
- D) Recapitulación

Capítulo III - La desigualdad social en la dinámica “Derecho – Políticas públicas”

- A) La desigualdad social como principal problema político, social y económico
- B) Conceptualización jurídica y política de la desigualdad social
- C) Las “políticas públicas” en la visión de la Corte Suprema y su interrelación con los otros poderes del Estado
- D) El principio de razonabilidad o proporcionalidad
- E) Recapitulación

Capítulo IV - La desigualdad social en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

- A) Aplicación del derecho por parte del Poder Judicial: mitos y realidad
- B) La CSJN habla a través de sus sentencias: metodología de análisis
- C) Análisis de fallos entre los años 2005-2023
 - i. Caso “Arriola” (2009)
 - ii. Caso “Q.C.S.Y.” (2012)
 - iii. Caso “Asociación de Trabajadores del Estado s/acción de inconstitucionalidad” (2013)
 - iv. Caso “Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires” (2015)
 - v. Caso “Castillo” (2017)
 - vi. Caso “González Victorica” (2018)
- D) Recapitulación

Capítulo V - Conclusiones

Capítulo I - Introducción

Esta tesis tiene como objetivo el abordaje de un fenómeno complejo, trascendente, y a la vez poco analizado, que se produce en la interrelación entre las políticas públicas, la desigualdad social y el derecho. Estas tres temáticas, que son universos en sí mismos, tienen un punto crítico de contacto que se produce al momento de realizarse el control judicial de una política pública.

Afirmamos que es un punto crítico, en primer lugar, porque el control judicial de una política pública entraña un delicado equilibrio de las competencias que le son inherentes a distintos poderes del Estado, donde la extralimitación de alguno de ellos pone en riesgo las bases mismas de un sistema republicano de división de poderes. Al mismo tiempo, este tipo de control puede generar cuestionamientos basados en la legitimidad democrática que podrían esgrimirse sobre las decisiones del Poder Judicial que afectan a políticas públicas dispuestas por los poderes políticos (Waldron, 2008), los cuales son elegidos de manera directa por el voto popular.

Debemos destacar, además, que la trascendencia de la evaluación judicial sobre una política pública está dada por el hecho de que constituye el control más determinante y definitorio que ésta pueda tener, ya que lo decidido por el órgano judicial tiene un impacto inmediato y vinculante sobre las políticas públicas que son sometidas a su jurisdicción, pudiendo incidir decisivamente tanto en su diseño, implementación, modificación o, incluso, en su eliminación. Paradójicamente, a pesar de la gran relevancia que tiene este control judicial sobre las políticas públicas, existe una notable ausencia de análisis de este fenómeno en la teoría de las políticas públicas. La praxis jurídica, especialmente en lo referente a la jurisprudencia de los tribunales locales, parece ser vista como un elemento exógeno a la vida de una política pública, ya que no es tenida usualmente en cuenta en la planificación o ejecución de

ninguna de sus etapas, y sin embargo puede irrumpir trastocándola completamente.

En efecto, desde la teoría de las políticas públicas suele abordarse la evaluación y control de éstas desde la tarea que llevan adelante los gobiernos u organismos estatales encargados de su diseño o implementación (Neirotti, 2007). Desde una perspectiva más amplia, se habla también del control institucional – Congreso Nacional–, social –organizaciones sindicales, sociales, económicas– o político, que realizan tanto los partidos políticos como la ciudadanía respecto de las políticas públicas de su comunidad (Muñoz 2017). Incluso se ha señalado que el debate político en una comunidad es en gran medida una permanente evaluación de los resultados de las diferentes políticas públicas (Vallès, 2007). Sin embargo, no se encuentra suficientemente abordada la evaluación que realiza el Poder Judicial, con los criterios que utiliza para esta actividad, ni el sustancial impacto que tiene en el devenir de una política pública determinada.

La manera más práctica y útil de vincular estos universos que parecen no dialogar entre sí está –desde mi punto de vista– en la indagación de los estándares interpretativos que utiliza la Corte Suprema a la hora de evaluar políticas públicas. Esto significa analizar los fallos del máximo tribunal nacional para descubrir y comprender los criterios rectores que utiliza a la hora de evaluar una política pública, a fin de que ellos puedan ser tenidos en cuenta por los organismos competentes al momento de diseñar o implementar futuras políticas públicas.

Desandar este camino implica comprender, de manera preliminar, que una decisión judicial no es la mera “aplicación de la ley”, es decir, el mero control de legalidad de la estructura jurídica que posee toda política pública. Ello es así porque los jueces no solo “aplican leyes”, sino que deben “aplicar derecho”. Esto significa que ante cada caso deben realizar una operación interpretativa que incluye leyes, normas

constitucionales, normas administrativas, convenios internacionales y también los principios generales y valores que son jurídicamente relevantes para un caso judicial determinado. Señala al respecto Rodríguez Puerto (2010, pág. 320) que “la interpretación no es una tarea subsidiaria, sino central, porque el derecho sólo aparece mediante la interpretación reiterada de los textos jurídicos ante nuevos casos”.

Por estas razones, los criterios o estándares interpretativos que consolida la Corte Suprema a través de sus sentencias adquieren una gran importancia, pues constituyen marcos conceptuales a partir de los cuales serán analizadas futuras políticas públicas traídas a su conocimiento, o bien a conocimiento de tribunales inferiores. Esta última mención no es un detalle menor y es la explicación de por qué elegimos estudiar los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación: es porque los principios que sienta en sus fallos deben ser seguidos por todos los tribunales de país, e incluso por ella misma, cuando sienta jurisprudencia al respecto.

A esta dinámica entre las políticas públicas y el derecho, sumamos un tercer elemento: la desigualdad social. Considero que no solamente es el principal problema político, económico y social que enfrenta la humanidad, sino que además la desigualdad se encuentra en el núcleo mismo de los otros dos elementos que analizamos, es decir, tanto en el centro de las políticas públicas como del derecho como ciencia social.

En un mundo y un país tan inequitativos, con indicadores sociales y económicos que dan cuenta de una injusticia distributiva de tipo estructural incompatible con el pleno ejercicio de los derechos humanos (Muñoz, 2016), sería lógico y justo que el control judicial de las políticas públicas tenga en cuenta esta perspectiva, con miras a consolidar la equidad en y desde las políticas públicas. Por este motivo, nos

planteamos como objetivo central de esta investigación el identificar y analizar el rol de la desigualdad social en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el marco del control judicial de las políticas públicas.

Para avanzar hacia esta meta, resulta necesario abordar otros dos puntos de investigación que planteamos como objetivos secundarios y que, a su vez, constituyen capítulos diferentes de esta tesis. El primero de ellos es la indagación sobre los límites y conflictos que se plantean en el control judicial de las políticas públicas en el marco de la división de poderes y el sistema democrático, así como su impacto en el ciclo vital de las políticas públicas, temas que son abordados en el capítulo II. El segundo punto radica en indagar sobre la conceptualización que hace la Corte Suprema de Justicia sobre la desigualdad social y las distintas dimensiones que esta presenta, con el fin de identificar y analizar su rol como criterio o estándar interpretativo en la evaluación de políticas públicas. Este punto se desarrolla en el capítulo III de la tesis, junto con la conceptualización de las políticas públicas y el principio de razonabilidad en la jurisprudencia del máximo tribunal. En términos metodológicos, cabe anticipar que tanto las indagaciones preliminares como los marcos teóricos de estas temáticas aparecen desarrollados separadamente en sus respectivos capítulos, toda vez que la desconexión epistemológica que existe entre los diferentes temas tratados –cuestión que es abordada en la tesis– hacen inconveniente su unificación en un mismo capítulo de indagaciones o un único capítulo de marco teórico, sin perjuicio de las relaciones e interconexiones que son expuestas en el capítulo final de las conclusiones.

En este marco, sostenemos como argumento central que la Corte Suprema de Justicia de la Nación considera a la desigualdad social como un criterio relevante a la hora de evaluar políticas públicas y que esa actividad evaluatoria se realiza con límites poco definidos o precisos, generando tensiones con los otros poderes políticos del

Estado en el marco del principio republicano de la división de poderes.

Para verificar esta hipótesis y cumplir con los objetivos propuestos, en el capítulo IV nos abocamos a analizar sentencias (jurisprudencia) de la Corte Suprema de Justicia de la Nación dictadas entre los años 2005 y 2023, utilizando una metodología cualitativa de análisis documental. La recolección de estas fuentes documentales la efectuamos a partir del sistema de búsqueda¹ que ofrece la Secretaría de Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Este repositorio virtual de las sentencias dictadas por el máximo tribunal nacional es de amplia utilización a partir de la eficiencia y precisión demostrada en su funcionamiento, constituyendo la principal herramienta de búsqueda para todos los operadores jurídicos del país, ya sean tribunales nacionales o provinciales, abogados litigantes, investigadores académicos o público en general.

Utilizando este sistema informático establecimos primeramente un filtro temporal que abarcó el período desde el año 2005 hasta la actualidad (año 2023). Tomamos como punto de partida aquel año por ser el momento en que se terminó de integrar la “nueva Corte Suprema” que reemplazó al tribunal conformado en la década de los 90 durante la presidencia de Carlos Menem. Esta nueva Corte Suprema comenzó su proceso de renovación a partir de la decisión política del entonces presidente Néstor Kirchner en el año 2003, y finalizó con la incorporación de sus últimos dos miembros –los Dres. Argibay y Lorenzetti– en el año 2005, siendo este último el presidente del máximo tribunal durante la mayor parte del período considerado. Esta Corte Suprema consolidada en el año 2005, aunque haya variado parcialmente su composición por la renuncia o fallecimiento de algunos de sus miembros y por la incorporación de otros dos nuevos jueces en 2016 (Dres. Rosatti y

¹ Disponible en: <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/fallos/consulta.html>

Rosenkrantz), es la que ha sentado los precedentes jurisprudenciales de las últimas dos décadas y lo sigue haciendo hasta la actualidad, constituyendo estos precedentes los principios ordenadores para las decisiones de todo el sistema judicial argentino.

En segundo lugar, utilizamos un filtro temático a partir de la introducción de la frase exacta “políticas públicas” en el sistema de búsqueda de sentencias, arrojándonos un resultado de 44 fallos en los que la Corte Suprema abordó esta materia en los últimos 18 años. Estos fallos, que en su conjunto totalizan 1.814 fojas a ser analizadas, constituyen las unidades empíricas a partir de las cuales efectuamos nuestro trabajo de investigación. No obstante ello, el universo de jurisprudencia analizada fue aún mayor, puesto que de la lectura de los 44 fallos precitados surgían remisiones a otras sentencias de la Corte que abordaban también cuestiones relevantes para nuestro trabajo, y que sin embargo no contenían en su texto la frase exacta de “políticas públicas”. Lo mismo ocurría con fallos que eran destacados en la bibliografía utilizada para esta tesis, y que también fueron incorporados a nuestro análisis por ser sentencias que sentaron jurisprudencia relevante sobre los temas estudiados.

Una vez delimitado el universo de sentencias de la Corte Suprema sobre esta temática en el rango temporal de los últimos 18 años, procedimos con una metodología cualitativa de análisis de los textos de los fallos judiciales y de la argumentación jurídica contenida en ellos para dar respuesta a nuestro argumento central y cumplir con los objetivos previstos. Para ello fue necesario “descomponer” cada una de las sentencias en sus diferentes partes, las cuales tienen distintas utilidades a los efectos de este trabajo. En efecto, la primera de esas partes es la reseña de los antecedentes de hecho que son expuestos en cada fallo judicial (es decir, los “hechos” que constituyen el problema o controversia que la Corte debe

resolver) y que sirven para brindar un contexto fáctico que explica y fundamenta a la decisión judicial que finalmente contiene toda sentencia.

Seguidamente, se analizan las dos partes más relevantes para conocer el proceso de formación de la decisión judicial: la *ratio decidendi* y la *obiter dictum*. Esta última es un latinismo equivalente a “dicho sea de paso o —a propósito de—” y se compone de los análisis, razonamientos y principios que son invocados por el juzgador en un caso concreto pero que no constituyen el principio normativo central sobre el cual se basa su decisión. En estas expresiones de “a mayor abundamiento” suelen explicitarse marcos teóricos o conceptualizaciones que coadyuvan a fundamentar la decisión tomada, aunque no formen parte del núcleo central de la misma. Los *obiter dictum* de las sentencias constituyeron, a los efectos de nuestro trabajo, el insumo principal para avanzar en los objetivos secundarios de esta tesis, es decir, el de comprender los límites y conflictos que se plantean en el control judicial de las políticas públicas en el marco de la división de poderes y el sistema democrático, y conocer la conceptualización que la Corte Suprema realiza sobre la desigualdad social y las distintas dimensiones que ésta presenta en el marco de la evaluación de las políticas públicas.

La *ratio decidendi* (latinismo equivalente a “la razón para la decisión”) es la parte más importante y relevante en toda sentencia puesto que allí el tribunal expone el razonamiento judicial central sobre el cual resuelve el caso particular de determinada manera; es decir, constituye la operación de interpretación, integración jurídica y argumentación lógica por la cual el juez, utilizando el conjunto de normas, principios generales y valores que entiende aplicables al caso, extrae el principio normativo particular para resolver la controversia bajo análisis. Esta acción interpretativa/creadora que realizan los jueces se explicita a través de palabras, de un

discurso lógico y argumentativo que es el objeto empírico de nuestro análisis. El estudio de las *ratio decidendi* de las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación fue el insumo central para indagar sobre el rol que tiene la desigualdad social en el control judicial de las políticas públicas.

Finalmente, cabe señalar que al ser las sentencias judiciales textos eminentemente jurídicos, para avanzar en el análisis de las mismas utilizamos los métodos de interpretación propios de la ciencia jurídica; es decir, combinamos los clásicos métodos gramatical, lógico, sistemático e histórico (Gutiérrez, 2015), con el fin de identificar o reconstruir las categorías analíticas o estándares interpretativos que utiliza la Corte Suprema de la Nación en la revisión de las políticas públicas. Con este trabajo de análisis, descomposición e interpretación de los textos de las sentencias buscamos dar respuesta a los interrogantes y objetivos planteados por esta tesis, con la aspiración de que ello signifique un aporte al conocimiento de la compleja interrelación entre las políticas públicas, el derecho y la desigualdad social, así como a la identificación de criterios que puedan resultar útiles para el futuro diseño, implementación y evaluación de políticas en el marco de un Estado de Derecho social y democrático.

Capítulo II - El control judicial de las políticas públicas

A) La teoría de las políticas públicas y el derecho: una dinámica cada vez más compleja y aún inexplorada

Abordar esta temática requiere, en primer lugar, tener una noción conceptual de lo que se considera una “política pública”, ya que las definiciones que podemos encontrar en el marco de la teoría de las políticas públicas pueden tener consecuencias jurídicas distintas según su amplitud.

Una primera aproximación, que tiene relación directa con el abordaje que propone esta tesis, es la que sostiene Vallès (2007) a partir del concepto de “política”, entendida ésta como la gestión del conflicto social que surge a partir de la existencia de diferencias sociales o desigualdades que son consideradas injustas en una comunidad. En este contexto, las políticas públicas son el conjunto interrelacionado de decisiones que se toman para regular o resolver un determinado conflicto o tensión social. Agrega el autor que las políticas públicas surgen como resultado del proceso político en el que se entrecruzan una multiplicidad de intervenciones de actores públicos y privados, y son decisiones que se caracterizan por su dosis de coerción u obligatoriedad sobre la comunidad “porque derivan de la autoridad y cuentan con alguna legitimidad política” (Vallès, 2017, p. 378). Destacamos esta definición por la relación que efectúa entre las políticas públicas y las desigualdades consideradas intolerables en una comunidad, por el carácter eminentemente político del proceso que las genera y por resaltar que la obligatoriedad de las políticas se fundamentan en la legitimidad política de la autoridad que las decide.

Otra aproximación bastante comprensiva de la noción de políticas públicas la

ofrece Villanueva (1996, p.24), quien las define como un comportamiento propositivo, intencional, planeado, que surge a partir de la decisión de alcanzar determinados objetivos a través de ciertos medios; si bien es una acción con sentido, también incluye a la inacción, ya que en ese caso se ha decidido deliberadamente no actuar frente a un problema público. Esta definición del autor se completa con un relevante aspecto institucional, ya que una política pública se trataría de: “la decisión de una autoridad legítima, adoptada dentro de su campo legítimo de jurisdicción y conforme a procedimientos legalmente establecidos, vinculante para todos los ciudadanos de la asociación, y que se expresa en varias formas: leyes, sentencias, actos administrativos...” (p.22).

Nos interesa especialmente esta definición porque, por un lado, comprende todos los elementos que estudiamos en la teoría de las políticas públicas, es decir, la decisión de actuar (o no actuar) frente a un problema público, los fines y objetivos que busca cumplir esa decisión, la planificación, los medios a ser utilizados, etc. Y, por otro lado, da cuenta de la estructura jurídica e institucional de toda política pública, mencionando la legitimidad de la autoridad que la toma, de sus procedimientos y de su “jurisdicción”. Al señalar finalmente que esa decisión puede tener forma de “leyes, sentencias, actos administrativos”, el autor está tomando una posición relevante para nuestro objeto de estudio: que una política pública puede ser dispuesta por el Poder Legislativo (leyes), por el Poder Ejecutivo (actos administrativos) y también por el Poder Judicial (sentencias).

Para esta línea de pensamiento la generación de políticas públicas no sería privativa de los poderes políticos —es decir, del Poder Legislativo y Poder Ejecutivo— sino que provendría del Estado, incluyendo también al Poder Judicial. En este sentido Oszlak y O'Donnell (1981) reconocen el carácter controvertido del sentido y extensión

de estas conceptualizaciones, y por su parte definen al término “política estatal (o pública)” como “un conjunto de acciones y omisiones que manifiestan una determinada modalidad de intervención del Estado en relación con una cuestión que concita la atención, interés o movilización de otros actores en la sociedad civil” (p.112).

La inclusión del Poder Judicial como generador de políticas públicas es una afirmación que no está exenta de polémica, ya sea por cuestionamientos sobre su legitimidad democrática para hacerlo, como por las limitaciones procesales de su accionar o limitaciones de *expertise* técnico en las materias sobre las que ellas versan, entre otras observaciones que más adelante abordaremos. No obstante ello, es innegable el impacto determinante que pueden tener decisiones del Poder Judicial sobre una política pública, con la particularidad de que esta modulación o afectación no se da en el marco de los procesos habituales de diseño e implementación de políticas públicas, sino que se produce en el ámbito de una causa judicial que tiene reglas, procedimientos y fines propios. Al respecto, expresa Santiago (2014) que a lo largo de su historia la Corte Suprema argentina ha tenido que juzgar en numerosísimas ocasiones acerca de la constitucionalidad de leyes que instrumentaban políticas públicas, aunque “no deja de llamar la atención y sorprender por lo novedosa esta aproximación de nuestro máximo tribunal a la temática del análisis, discusión y, en algunos casos, definición de las políticas públicas que tradicionalmente le era ajeno” (p.294).

La teoría de las políticas públicas no ha dado debida cuenta de este fenómeno a pesar de la decisiva incidencia que tiene sobre su campo de conocimiento en general, y sobre las políticas concretas en particular.

Esta evaluación judicial se realiza a partir del contenido jurídico que tiene toda política pública, y que se expresa en tres dimensiones: primero, en la norma jurídica

que implementa a esa política (ley, decreto, resolución, disposición, etc.); segundo, en el derecho sustancial que dicha política pretende hacer realidad (por ejemplo, derecho a la educación, a la salud, a la vivienda, etc.); y por último, en los principios y valores del derecho que fundamentan a esa política y que, a su vez, constituyen pautas de interpretación y aplicación del derecho por parte de los tribunales. La primera de estas dimensiones tiene mucha relación con el Derecho Administrativo, el cual regula todo accionar estatal –y por ende a toda política pública–, tanto en la competencia para actuar del organismo decisor como en el procedimiento para su implementación, lo cual es consecuencia del principio de juridicidad que rige al Estado y del principio de especialidad de las personas jurídicas². Las otras dos dimensiones, tanto la del derecho sustancial que se pretende satisfacer como la de los valores y principios generales del derecho, tienen relación directa con el Derecho Constitucional y con todo el desarrollo doctrinario y jurisprudencial que de él se desprenden, en especial el control de constitucionalidad y de razonabilidad que realiza el Poder Judicial.

Esta evidente relación entre las políticas públicas y el derecho administrativo y constitucional es la que posibilita el control que realiza el Poder Judicial sobre las políticas traídas a juicio. Es justamente aquí donde se advierte una laguna o zona gris en la teoría de las políticas públicas, como si el control judicial que permanentemente recae sobre ellas (modificándolas, eliminándolas, o incluso generándolas) fuera una materia ajena, exógena, y por ende, exclusiva de las ciencias jurídicas.

Una línea interesante de abordaje entre el derecho y las políticas públicas se da en el llamado “enfoque de derechos en las políticas y estrategias de desarrollo”, que considera al derecho internacional de los derechos humanos como un marco

² El principio de especialidad de las personas jurídicas indica que ellas pueden obrar únicamente guiadas por habilitaciones normativas y dentro de su competencia específica, a diferencia del principio de libertad que rige para las personas físicas, para quienes está permitido todo aquello que no está expresamente prohibido por las normas.

conceptual que puede ofrecer un sistema de principios y reglas a las políticas públicas. En este contexto, destaca Abramovich (2006) determinados componentes de esta estrategia como lo son la igualdad y la no discriminación, la participación y el otorgamiento de poder a los sectores postergados y excluidos, a partir de su reconocimiento como titulares de derechos que obligan al Estado; es decir que las personas desaventajadas no son meros beneficiarios de políticas asistenciales sino sujetos con derecho a demandar determinadas prestaciones y conductas estatales. No obstante ello, reconoce el autor que “el campo de las políticas de desarrollo y el de los derechos humanos han ido por carriles paralelos, con pocos puntos de encuentro o conexión” (Abramovich, 2006, pág. 38), y si bien no existen aún elaboraciones suficientemente sólidas sobre este punto en el derecho internacional ni en el derecho constitucional de los países latinoamericanos, los derechos humanos pueden brindar un marco conceptual valioso para la formulación e implementación de políticas públicas.

No obstante ello, considero que el ámbito de conexión más determinante que podemos encontrar entre ambos mundos –es decir, el del derecho y el de las políticas públicas–, se evidencia en las sentencias donde el Poder Judicial ejerce su control sobre éstas. En este contexto puede resultar valiosa la tarea de identificación y análisis de los principios rectores de esa operación judicial, puesto que constituye un conocimiento empírico y determinante que, una vez sistematizado, podría aportar a la teoría de las políticas públicas en sus distintas etapas.

B) Impacto del control judicial sobre el ciclo vital de las políticas públicas

Al estudiar las cuestiones que habitualmente se suscitan en las distintas etapas del ciclo vital de las políticas públicas, podemos encontrar ámbitos donde el control

judicial puede generar una incidencia determinante. Siguiendo a Vallès (2007) podemos reseñar 4 etapas básicas en el ciclo vital de una política pública, con sus respectivas cuestiones a dilucidar:

a) La *iniciación*, que el autor ubica a partir de una situación problemática, tensión o controversia que surge a partir de divisorias o clivajes entre distintos sectores, donde hay una asimetría o distancia entre lo percibido y lo esperado por determinado grupo social. Por esta razón el problema colectivo sería siempre una construcción social, que implica una situación de insatisfacción para un sector, el cual tiene la capacidad de incorporarlo en la agenda pública. En efecto, como señala Muñoz (2017), no todas las insatisfacciones se convierten en problemas públicos, y no todos los problemas públicos alcanzan la categoría de temas en torno a las cuales se pueden generar políticas públicas.

De esta caracterización de la etapa de iniciación se advierte la compleja interacción social que se produce entre diferentes sectores de una comunidad, con percepciones disímiles sobre lo que consideran que le corresponde a cada uno, planteando además problemáticas que normalmente mantienen una relación de interdependencia unas con otras. Esto conlleva la necesidad de alcanzar “un acuerdo mínimo para obtener una «buena» definición del problema, puesto que sólo así será posible elaborar una adecuada respuesta al mismo” (Vallès, 2007, p.381). Completa esta idea Tamayo Sáenz (1997) al señalar que la definición de un problema es de gran importancia porque determina el posterior desarrollo de la política pública al reducir el ámbito de posibles alternativas a considerar, por eso “la definición de problemas es ante todo una cuestión política, decidir a quién se tiene en cuenta y hasta qué punto” (p.286).

Ahora bien, el control judicial de una política pública implica que previamente una

persona o sector de la comunidad ha decidido llevar su demanda a los estrados judiciales, solicitando que sea allí donde se dirima la controversia o tensión. De esta manera la situación que es percibida como problemática por este sector abandona el ámbito de la construcción social, la interacción con otros sectores y la búsqueda de acuerdos mínimos, para ser considerada como un problema a tratar por parte del Poder Judicial. Teniendo en cuenta el carácter político de la definición de los problemas y su rol clave en la definición de políticas públicas, podemos plantear como conflictivo que esta etapa tan determinante de las políticas públicas abandone la arena social para trasladarse a los tribunales, cuyas decisiones bien podrían ser consideradas injustas por los demás sectores que no han tenido participación en el proceso judicial y también se ven afectados, o bien poseen problemáticas interdependientes con la revisada judicialmente.

b) La *elaboración*, que incluye la formulación de alternativas y selección de proyectos de políticas públicas, para lo cual Vallès (2007) enumera 4 modelos basados en la relación entre los objetivos fijados y los medios disponibles. Esos son:

- i. Proceso de racionalidad radical u optimización, donde hay claridad de objetivos, información suficiente, recursos disponibles y efectos previsibles para lograr los resultados óptimos. Este modelo se basa en precondiciones tan perfectas como difíciles de obtener, razón por la cual parece más un modelo teórico que uno efectivamente practicable.
- ii. Proceso de racionalidad limitada o satisfacción razonable, donde se reconoce que la definición del problema es imperfecta, la información es parcial, los recursos limitados y la imposibilidad de calcular una solución que satisfaga a todos los interesados, razón por la cual se plantea la negociación entre las

partes interesadas sobre los efectos aceptables para llegar a resultados razonables.

- iii. Proceso incremental o de compromiso, donde los actores no coinciden en los objetivos ni en los medios, por lo que van maniobrando sobre visiones y acuerdos parciales en permanente revisión, donde un modo frecuente de salir del paso es simplemente incrementar la cantidad de recursos aplicados a la solución del problema, sin profundizar en debates de otras cuestiones de fondo.
- iv. Proceso de *garbage can* o casualidad, se da en un contexto donde los fines son ambiguos, los instrumentos son discutibles y los actores intervienen de manera intermitente, por lo que la adopción de determinada alternativa termina siendo una coincidencia casual que podría adaptarse a una necesidad pendiente.

Reseñamos estos 4 modelos porque consideramos que la injerencia del Poder Judicial en esta etapa podría trastocar cualquiera de estos procesos. Esta intervención judicial podría originarse ante la demanda por la omisión de una política pública concreta donde se requiere que el gobierno implemente políticas en un determinado sentido, o bien una demanda que solicite la modificación de una política existente, lo que significaría cambiar la alternativa que fuera seleccionada oportunamente en base a cualquiera de los modelos mencionados. De esta manera, una sentencia judicial podría trastocar aspectos relativos a los objetivos, medios o resultados previstos, o a las negociaciones entre diferentes actores que aceptaron determinados resultados razonables, o avanzar en el debate de cuestiones de fondo más allá de una decisión de incremento cuantitativo de una política. Así, el proceso de evaluación judicial de una política pública podría exceder

el mero análisis de sus efectos eventualmente lesivos de derechos, para extenderse a las etapas previas de diseño y elección de alternativas, según la amplitud con que el Poder Judicial ejerza esta facultad.

c) La *implantación*, que normalmente la realizan las administraciones públicas con sus agentes locales, pero que tiene una permanente relación con la etapa de elaboración, ya que este proceso puede darse no solo de arriba para abajo (*top-down*) sino también de abajo para arriba (*bottom-up*). Así la elaboración y la implantación no son etapas diferenciadas y encomendadas a agentes totalmente aislados unos de otros (Vallès, 2007) sino que los aportes de los agentes locales que implementan las políticas en terreno se incorporan a la fase de elaboración y revisión de las mismas, en un proceso de adaptación de objetivos y modos de hacer que influyen decisivamente en el resultado.

En esta etapa también vemos el posible impacto de una intervención judicial con relación a una política pública, puesto que lo decidido por un tribunal puede interferir en este proceso fundamental de interacción entre “decisores” y “ejecutores” que posibilita la adaptación de una política pública para el mejor logro de sus objetivos. En este sentido, los efectos de una política pública durante su implementación o implantación podrían estar determinados por lo resuelto por un tribunal que evalúa una política pública, modificando lo previsto originalmente por los órganos decisores o bien lo aportado por los agentes locales en su experiencia práctica en terreno.

d) La *evaluación y sucesión* de la política: destaca el autor catalán que las políticas son por naturaleza materias de controversia entre los actores implicados que buscan ver colmada la diferencia entre sus expectativas y la situación percibida, razón por la cual “la valoración de las políticas públicas –ya se realice de modo

técnicamente preciso, ya sea resultado de la observación superficial de los medios de comunicación o de otros sectores ciudadanos– es siempre materia constante del debate político” (Vallès, 2007, p. 387-8). El resultado de esta evaluación, que siempre requiere de una previa determinación de indicadores y de valores, es lo que finalmente decidirá la continuidad, modificación o eliminación de una política pública. Con relación a esta etapa evaluatoria, la reflexión no se centra en cómo impactaría el control judicial de una política pública, sino en la posibilidad de solapamiento o reemplazo de una actividad evaluatoria por otra. En otras palabras, tiene que ver con el reconocimiento de si el Poder Judicial puede o no realizar evaluación de políticas públicas, y en ese caso, qué características tiene esa actividad que la diferencien del control que realizan los órganos administrativos. Debemos partir del hecho de que cada una de las etapas de las políticas públicas tiene una “sustancia propiamente política, manifestada en el conflicto permanente sobre los fines deseables y los medios convenientes. Se trata de un conflicto que está en la raíz misma de la política” (Vallès, 2007, p. 389). Por lo tanto asumir que el Poder Judicial evalúa políticas públicas conlleva aceptar también el carácter político que tiene la actividad que este poder desempeña.

En general la teoría de las políticas públicas parece soslayar esta cuestión a partir de su conceptualización de esta etapa evaluatoria. Neirotti (2007) recopila distintas fuentes de la teoría general para sintetizar una definición de *evaluación de políticas públicas*, calificándola entonces como “un proceso de indagación sistemático, valorativo, cuyo propósito es generar aprendizaje sobre la intervención de un programa o política con el fin de mejorar la toma de decisiones y de otorgarle mayor

transparencia a la gestión” (pág. 9)³. Esta evaluación suele realizarse con indicadores que miden el grado de alcance de los objetivos previstos (indicadores de impacto o resultados), o bien con indicadores de proceso para monitorear la implementación de la política pública (indicadores de productos, cobertura, presupuestario, etc.), e incluso pueden tener en cuenta datos del contexto socio económico (población, empleo, ingresos) sobre los que la política pública impacta. Sin embargo, advertimos que desde esta teoría general no se incluye a la dimensión jurídica en la evaluación de políticas públicas.

Por otro lado, la difundida conceptualización que mencionamos en el párrafo anterior restringe el proceso evaluatorio al realizado por los mismos órganos gubernamentales que diseñan e implementan políticas públicas, o bien desde órganos de control externo que desarrollan el proceso de valoración de una política con las mismas características y finalidades antes mencionadas. No obstante ello, considero que el control judicial también es una modalidad de evaluación de políticas públicas, toda vez que invalidar una norma que implementa una política pública es una operación que “requiere, como paso previo, realizar una evaluación de los resultados de las políticas en cuestión y valorar los mismos a través del tamiz de los derechos” (Giles, 2019, p. 105).

En efecto, estamos ante una actividad evaluativa que, según el *Manual de Base para la evaluación de políticas públicas en Argentina* (Jefatura de Gabinete, 2016),

³ Otras definiciones pueden encontrarse en manuales institucionales que, si bien son más extensas, quedan adecuadamente subsumidas en la conceptualización expuesta por Neirrotti. Un ejemplo de ese tipo de definición es la contenida en el *Manual de Base para la evaluación de políticas públicas en Argentina* (Jefatura de Gabinete, 2016), el cual expresa que “la evaluación es una actividad programada que emite juicios valorativos, fundamentados y comunicables, sobre la planificación, la implementación y/o los resultados de las intervenciones públicas (políticas, programas y/o proyectos), sustentados en procedimientos sistemáticos de recolección, análisis e interpretación de información y en comparaciones respecto de parámetros establecidos, para contribuir a la mejora de los procesos de gestión y legitimar social y técnicamente las políticas, con el fin de impactar en la calidad de vida de la población a través del fortalecimiento de las capacidades de intervención del Estado”.

incluye la “apreciación sistemática y objetiva” de una política pública con emisión de “juicios valorativos, fundamentados y comunicables” sobre su planificación, implementación y/o resultados. La evaluación judicial requiere de esta misma actividad valorativa, con la diferencia de que utiliza otros métodos –en este caso, propios de las ciencias jurídicas– y persigue otras finalidades, que no es el aprendizaje institucional para una mejor toma de decisiones, sino que es la adecuación de la política a la normativa vigente y la protección de derechos involucrados en su implementación.

C) El control judicial sobre las decisiones políticas

i – Límites y excesos: principio de deferencia y judicialización de la agenda pública

El fenómeno del control judicial de las políticas públicas se vio amplificado en los últimos años por razones institucionales y políticas. A nivel de diseño institucional, nuestra Constitución Nacional prevé un poder judicial que debe intervenir –por regla– solo en casos concretos y con efectos entre las partes. Esta limitación de origen se refleja también en un principio de “no injerencia” de un poder del Estado sobre las facultades inherentes a otro poder, que en el caso concreto de nuestro estudio, implica la imposibilidad de que el Poder Judicial se arroge facultades del Poder Ejecutivo o Poder Legislativo en lo referente a la elección, diseño e implementación de políticas públicas.

Estos límites se fueron haciendo más difusos a partir de la reforma constitucional de 1994, la cual introdujo nuevos derechos sociales, un nuevo concepto de igualdad y mejores mecanismos de acción colectiva en la justicia (Abramovich,

2019), lo cual contribuyó a lo que la doctrina denomina el exceso de constitucionalización del derecho. Los jueces adquirieron, con estas novedades, un amplio poder sobre el legislador y el gobierno, ya que su límite no estaría dado solo en invalidar decisiones legislativas o actos administrativos que implementan políticas públicas que se consideran lesivas de derechos, sino que también le brindan argumentos al Poder Judicial para exhortar al legislador o al gobierno a garantizar derechos por vía de acciones positivas concretas. Esto, además, puede producirse en el marco de una acción procesal que excede a meros individuos particulares y comprende ahora a una pluralidad de personas o grupo, a la vez que las medidas dispuestas pueden afectar no solo a las partes que intervienen en la causa, sino también a toda una comunidad, provincia o país.

En síntesis, a partir de estas novedades institucionales, la decisión del Poder Judicial podría tener alcances mucho más amplios de los diseñados inicialmente por nuestra Constitución original de 1852/60. En el caso de estar cuestionada una política pública, sus decisiones podrían tener alcances más allá de las partes de un caso concreto, afectando a toda una comunidad, generándose así un delicado equilibrio o límite con las facultades que constitucionalmente les corresponden a los poderes políticos constituidos, es decir, al Poder Ejecutivo y al Poder Legislativo.

Por otro lado, encontramos razones políticas que han fomentado esta mayor amplitud y alcance de las decisiones judiciales, y en particular, una mayor expansión del control judicial sobre las políticas públicas. Me refiero especialmente a la creciente judicialización del debate político democrático del país (hablamos de la Argentina, pero observamos que es sin dudas un fenómeno que abarca, cuanto menos, a todo nuestro continente). En efecto, las disidencias políticas que surgen entre distintos sectores partidarios de un país, provincia o municipio, comienzan en su ámbito natural

que es la arena política, y cada vez con más frecuencia terminan en los estrados judiciales. Así, cualquier política pública implementada por un gobierno ya no es solo combatida por la oposición gubernamental en las legislaturas, congresos, medios de comunicación o redes sociales, sino que rápidamente se replica en denuncias o acciones procesales en el Poder Judicial, con la finalidad de suspender, modificar o eliminar la política pública en cuestión.

Define Noretto (2014, pág. 95) al fenómeno de la judicialización de la política argentina como el “efecto estratégico de la captura de las prácticas políticas por la forma tribunal” y lo desagrega en cuatro tipos de prácticas políticas que resultan alcanzadas por la judicialización, a saber: (1) la canalización de las demandas sociales, (2) el debate público, (3) la legislación y (4) el diseño, ejecución y control de políticas públicas.

Ante la tan mentada crisis de la autoridad estatal, de representatividad y de ciudadanía, una corriente de investigadores señala que los ciudadanos deciden hacerse oír en los tribunales, donde los jueces deben mediar entre un interés general contenido en una política pública por un lado, y los derechos individuales de los particulares por otro. Para Thury Cornejo (2016):

“surge así un nuevo modelo de formación de las decisiones públicas, pendiente todavía de teorización y concreción normativa, que corroe los fundamentos sobre los que tradicionalmente se asentó el derecho administrativo continental europeo, fuente de la mayor parte de los ordenamientos latinoamericanos. La interpretación y ejecución del ‘bien común’ no puede ya presumirse en cabeza de la administración de un modo unificado, sino que su determinación se complejiza con otros actores y visiones intervinientes”. (pág. 247)

Esta nueva realidad, impulsada por los motivos institucionales y políticos que

explicamos, no está exenta de polémica y dificultades. Ello es así porque el control judicial de las políticas públicas se da en un ámbito de intersección de facultades judiciales con las prerrogativas propias de los poderes políticos, y en el delicado equilibrio entre estas esferas se juegan los pilares democráticos y republicanos sobre los que se asienta el Estado de Derecho y nuestro diseño constitucional como Nación.

ii- Limitaciones técnicas y argumento contramayoritario

La expansión del control judicial de las políticas públicas en los últimos tiempos no es un fenómeno pacífico, sino que ha generado un debate cuyos fundamentos hunden sus raíces en la definición misma de la democracia tal como la conocemos.

En efecto, la soberanía política en los estados democráticos modernos reside en la ciudadanía, la cual decide su destino a través del voto popular. Los poderes estatales legitimados por este voto son los que tienen la potestad y la obligación de gobernar a través de medidas que afectan a toda la comunidad, y que se caracterizan no solo por la generalidad de sus alcances, sino también por sus dosis de coerción y obligatoriedad, justificadas por derivarse de una autoridad que cuenta con legitimidad política (Vallès 2007). En efecto, estas medidas se expresan en políticas públicas que son dispuestas ya sea por leyes del Poder Legislativo, o por decretos y/o actos administrativos del Poder Ejecutivo. Es decir que el carácter obligatorio y general que tienen las políticas públicas radica en el hecho de que son implementadas por poderes políticos legitimados por el voto popular; son poderes que a su vez canalizan el debate político público en nuestro sistema representativo, exteriorizando los intereses, ideologías y pujas de poder sectoriales que pueden darse en cualquier comunidad. Como contrapartida a estas facultades, son los poderes políticos los que están sujetos a los controles institucionales, administrativos y políticos que prevé la normativa

vigente y, sobre todo, están sujetos de manera directa a la evaluación de la ciudadanía, la cual decide periódicamente con su voto soberano sobre el rumbo que desea seguir, ratificando o cambiando a las autoridades que son las responsables de las políticas públicas implementadas.

Esta lógica propia del sistema democrático y representativo entra en tensión cuando el Poder Judicial interviene en el diseño, implementación, modificación o supresión de una política pública dispuesta por los órganos políticos legitimados para hacerlo. En este mismo sentido, señala Waldron (2018) que se plantean preocupaciones sobre la legitimidad y el posible carácter no democrático que supone permitir que jueces —no elegidos por el voto popular y electoralmente irresponsables— puedan retirar del ordenamiento jurídico leyes aprobadas por un legislativo que es representativo de la voluntad popular. Este “argumento contramayoritario” expresado por el autor tiene directa relación con nuestro objeto de estudio porque el control de constitucionalidad de los tribunales puede efectivamente quitarles toda efectividad jurídica a leyes votadas por los representantes del pueblo. Cuando esto sucede, corren la misma suerte las políticas públicas que tienen a aquellas normas como soporte jurídico.

Esta tensión en los principios democráticos básicos que rigen nuestra sociedad será superada —o no— a partir de la definición de límites precisos entre las facultades del Poder Judicial y las prerrogativas de los otros dos poderes ejercidas a la hora de diseñar e implementar las políticas públicas sometidas a revisión. Lo relevante aquí es comprender que esos límites no están precisados en ninguna norma de manera concreta y rígida, y son aún más difusos luego de las reformas introducidas por la Constitución de 1994, tal como lo explicáramos en el apartado anterior. Por ende, es necesario indagar sobre la manera en cómo se definen esos límites en la práctica,

siendo indispensable para ello el análisis de las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, donde se establecen los criterios generales sobre esta materia.

Además de la crítica a su legitimidad democrática, podemos agregar las capacidades estatales para implementación de políticas públicas (Isuani 2007) que son propias de los gobiernos, y que ciertamente carecen –por diseño institucional y *expertise* técnica específica– los funcionarios judiciales. Esto se refleja de diversas maneras. Por ejemplo, en la necesidad de contar con una visión integral y contextual para abordar un problema público específico, analizando los distintos factores en juego (sociales, culturales, económicos, históricos, etc.), los actores públicos y privados que intervienen, así como la variedad de herramientas técnicas a utilizar para lograr los objetivos propuestos. Todo este análisis, propio de la teoría de las políticas públicas, excede conceptualmente a las facultades que tienen los órganos judiciales, los cuales además están limitados procesalmente para actuar –en principio– en un caso concreto y con efecto entre las partes.

Esta divergencia se encuentra incluso en la etapa previa al diseño de una política pública, puesto que, tal como lo expusieramos en la definición inicial de la misma, el Estado puede elegir o no actuar sobre un problema público determinado, lo cual implica que puede evaluar y decidir sobre cuáles son los problemas que va a priorizar en su agenda. Destacamos nuevamente el carácter eminentemente político de la definición de un problema público (Tamayo Sáenz,1997), porque ninguna comunidad posee la capacidad ni los recursos para atender a la totalidad de las demandas de sus integrantes, y solo algunas son problematizadas a partir de su incorporación en la agenda de problemas socialmente vigentes (Oszlak y O'Donnell,1981).

Esta definición de las cuestiones problematizadas está en el centro de la vida política de una comunidad y en la discusión entre sus distintos actores, porque como bien destaca Villanueva (1996):

“la existencia y magnitud de la relación política de poder está determinada por lo que está en juego en la política. Por ende, las políticas -su diseño y desarrollo-, no son un tranquilo y neutro espacio jurídico o administrativo sino una arena política en la que convergen, luchan y conciertan las fuerzas políticas...La política real, en tanto lucha por el poder en función de intereses y ventajas, se expresa y efectúa en el proceso de elaboración de las políticas” (p.31).

Encontrándose entonces el diseño de una política pública en el centro del debate democrático y las disputas de poder en una comunidad, cabe preguntarse sobre el rol que corresponde –o no corresponde– que tenga el poder judicial en ese contexto. La pregunta es relevante porque cuando existe una acción judicial respecto de una política pública –o bien sobre la ausencia de ella–, cualquier particular puede llamar la atención sobre lo que él considera un problema, y luego un órgano judicial decide “hasta qué punto” se lo tiene en cuenta. De esta manera, el contenido político de este punto crítico en la gestación de las políticas públicas pasa a definirse en una sentencia judicial.

Similares impactos de la actividad judicial encontramos en las demás etapas del ciclo vital de las políticas públicas, tal como lo reseñáramos en el apartado B) de este capítulo, incluyendo el proceso de formulación de alternativas y selección de proyectos de políticas públicas, así como en la implantación de la misma con su permanente adaptación a las circunstancias en las que se aplica, y finalmente en la etapa de evaluación y eventual sucesión de la política. Sin embargo, volvemos a

destacar su impacto en esta primera etapa de iniciación, con la selección y definición de un problema público incorporado a la agenda, porque es aquí donde más se evidencia la esencia eminentemente política de este proceso (Tamayo Sáenz, 1997 y Vallès, 2007), y que también podemos encontrar, con diferente intensidad, en las demás etapas de las políticas públicas

iii- Tensiones y límites de poderes en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

Habiendo expuesto las complejidades y las tensiones que se presentan en el ámbito del control judicial de políticas públicas, pasamos a analizar fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el período 2005-2023 donde detectamos el abordaje de estas temáticas, a fin de dilucidar la manera en cómo estos límites difusos entre facultades de los distintos poderes del Estado se resuelven en casos concretos.

Indagando en el conjunto de sentencias de la Corte Suprema que constituyen nuestras unidades empíricas a ser analizadas, encontramos un primer abordaje integral de la temática de la delimitación de competencias entre los distintos poderes del Estado en el caso **Verbitsky (2005)**⁴. En esta causa se discutía una acción de habeas corpus correctivo y colectivo en amparo presentado por el CELS en favor de todas las personas privadas de su libertad en jurisdicción de la Provincia de Buenos Aires detenidas en establecimientos penales y comisarías sobrepobladas, a pesar de que legal y constitucionalmente su alojamiento debía desarrollarse en centros de detención especializados. En esta oportunidad, el máximo tribunal nacional estableció que:

⁴ “Verbitsky, Horacio s/ habeas corpus”, *Fallos* 328:1146, V. 856. XXXVIII.

“no compete a esta Corte evaluar la oportunidad, el mérito o la conveniencia de las medidas políticas adoptadas por la administración provincial, ni poner en discusión su política penitenciaria y, menos aún, su política criminal en la parte en que le compete, como tampoco podría hacerlo ni siquiera respecto del Estado Federal” (consid. 25°).

En el considerando siguiente, agrega el fallo que:

“reconoce la actora que la actuación judicial tiene sus límites y que en materias tales como la presente no puede imponer estrategias específicas, sino sólo exigir que se tengan en cuenta las necesidades ignoradas en el diseño de la política llevada a cabo. En consonancia, acepta que no se trata de que la Corte Suprema defina de qué modo debe subsanarse el problema pues ésta es una competencia de la Administración, en tanto una Corte Constitucional fija pautas y establece estándares jurídicos a partir de los cuales se elabora la política en cuestión” (consid. 26°).

En estos pasajes la Corte Suprema de Justicia de la Nación expone claramente el **principio de no injerencia**, el cual impide a ésta “evaluar la oportunidad, el mérito o la conveniencia de las medidas políticas adoptadas por la administración provincial”; es decir, no corresponde al Poder Judicial analizar el momento de la implementación de una política pública (oportunidad⁵), ni tampoco el valor que pueda tener la misma (mérito⁶) o la utilidad (conveniencia⁷) que su elección o implementación pueda revestir. Todas estas cuestiones están reservadas en la esfera del poder administrador como principio general, mientras que el Poder Judicial solo “fija pautas y establece

⁵ “Oportunidad” es definida por la Real Academia Española como “Momento o circunstancia oportunos o convenientes para algo”. Ver <https://dle.rae.es/oportunidad>

⁶ “Mérito” es definido por la Real Academia Española en una de sus acepciones como “Valor o importancia de una persona o de una cosa”. Ver <https://dle.rae.es/merito>

⁷ “Conveniencia” es definida por la Real Academia Española utilizando sinónimos tales como “Utilidad, provecho”. Ver <https://dle.rae.es/conveniencia>

estándares jurídicos” a partir de los cuales se elabora la política en cuestión. Esta última afirmación también evidencia la relación estrecha –y generalmente soslayada– que existe entre el control judicial de las políticas públicas y la teoría general de ellas, ya que la etapa de elaboración o diseño de una política no podría desconocer o prescindir de las “*pautas y estándares jurídicos*” fijados por el Poder Judicial, so pena de ser posteriormente modificada o eliminada por una sentencia.

A renglón seguido, en este caso “Verbitsky” la Corte avanza como *obiter dictum* en una definición clave para nuestro objeto de estudio, que es la diferencia que existiría entre su accionar y la evaluación de las políticas públicas, así como el punto de interrelación o solapamiento entre ambos conceptos. En efecto, en el considerando 27° del fallo expresa el máximo tribunal que:

“...a diferencia de la evaluación de políticas, cuestión claramente no judicial, corresponde sin duda alguna al Poder Judicial de la Nación garantizar la eficacia de los derechos, y evitar que éstos sean vulnerados, como objetivo fundamental y rector a la hora de administrar justicia y decidir las controversias. Ambas materias se superponen parcialmente cuando una política es lesiva de derechos, por lo cual siempre se argumenta en contra de la jurisdicción, alegando que en tales supuestos media una injerencia indebida del Poder Judicial en la política, cuando en realidad, lo único que hace el Poder Judicial, en su respectivo ámbito de competencia y con la prudencia debida en cada caso, es tutelar los derechos e invalidar esa política sólo en la medida en que los lesiona. Las políticas tienen un marco constitucional que no pueden exceder, que son las garantías que señala la Constitución y que amparan a todos los habitantes de la Nación; es verdad que los jueces limitan y valoran la política, pero sólo en la medida en que excede ese marco y como parte del

deber específico del Poder Judicial. Desconocer esta premisa sería equivalente a neutralizar cualquier eficacia del control de constitucionalidad”.

Este pasaje medular requiere de un detenido análisis conceptual, gramatical y sistémico, puesto que sienta las bases y delimita puntos de conflicto sobre los cuales discurre el control judicial de las políticas públicas, tanto en este caso particular como en los casos futuros que fueron fallados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, donde este precedente “Verbitsky” fue aplicado expresamente, o bien implícitamente, para fundar las sentencias. En este sentido, podemos ordenar la lógica argumentativa del Máximo tribunal nacional en 3 puntos:

- i) Principio general: la evaluación de políticas es una “*cuestión claramente no judicial*”, es decir, el Poder Judicial no se encontraría habilitado para avanzar sobre esta etapa del ciclo vital de una política pública, lo cual se condice con el principio de no injerencia mencionado previamente, ya que no compete a la Corte Suprema evaluar la oportunidad, el mérito o la conveniencia de las medidas políticas.
- ii) Limitación al “caso”: recalca el Máximo Tribunal que su función es la de “administrar justicia y decidir las controversias”; lo primero se comprende como su función primordial en el marco de la división de poderes de un Estado republicano, y lo segundo es determinante como habilitación para actuar: el Poder Judicial solo puede intervenir y expedirse para resolver “controversias”, es decir, casos concretos que son llevados a su jurisdicción por partes interesadas. Esto significa, en el marco de nuestro objeto de estudio, excluir *a priori* la posibilidad de una revisión genérica o abstracta de una política pública.
- iii) Excepción: la Corte Suprema de Justicia de la Nación reconoce que hay una “superposición parcial” de la tarea de administrar justicia y evaluar una política, y

ello ocurre cuando ésta lesiona derechos. Entiende que no hay aquí una injerencia indebida, sino que “lo único que hace el Poder Judicial, en su respectivo ámbito de competencia y con la prudencia debida en cada caso, es tutelar los derechos e invalidar esa política sólo en la medida en que los lesiona”. Si bien queda claro en términos teóricos esta excepción, lo cierto es que su aplicación práctica depende de la “prudencia debida” en cada caso, es decir, de la prudencia del juez o tribunal interviniente de no excederse de las competencias que le son propias. Ello es así porque en toda política hay derechos involucrados, y generalmente para garantizar algunos de ellos es necesario restringir o limitar otros, por lo que la función de “tutelar derechos” puede llegar a tener interpretaciones muy amplias. Así lo vemos en la realidad, donde el ejercicio de esa prudencia debida no es nada sencilla, y su ejercicio no está exenta de tensiones y controversias.

Sentados estos tres ejes centrales, donde vemos un principio general de no actuar, una limitación de actuación al caso concreto y una excepción para intervenir en el caso de verificarse una política lesiva de derechos, podemos extraer aún más información en relación a las características que tiene esta intervención excepcional a criterio de la Corte Suprema. En efecto, podemos destacar lo siguiente:

- Relación «políticas públicas-derecho»: señala el máximo tribunal nacional que “Las políticas tienen un marco constitucional que no pueden exceder, que son las garantías que señala la Constitución y que amparan a todos los habitantes de la Nación; es verdad que los jueces limitan y valoran la política, pero sólo en la medida en que excede ese marco...”. Tal como lo expusieramos en el apartado A) de este capítulo, toda política pública tiene una estructura jurídica que la soporta, y es justamente ésta una de las dimensiones que habilita la

intervención del poder judicial. Aquí la Corte Suprema solo hace mención del “marco constitucional”, pero lo cierto es que el marco existente es el de la “juridicidad”, que incluye no solo a las normas de la Constitución y tratados internacionales de DDHH con jerarquía constitucional, sino también a las leyes sancionadas por el Congreso, las normas administrativas que rigen a cada materia y los valores y principios generales del derecho, cuya violación habilitaría la intervención del Poder Judicial en cualquiera de estos supuestos.

- Efectiva evaluación de políticas públicas: la Corte Suprema reconoce que excepcionalmente debe proceder a “*valorar la política*” para definir si es lesiva de derechos, y ello implica intrínsecamente un ejercicio evaluatorio de la política pública. Esto significa asumir, desde la teoría de las políticas públicas, el hecho de que la evaluación de las políticas no es una actividad exclusiva del poder administrador, reconociendo que es una tarea que también realiza –con sus limitaciones y particularidades– el Poder Judicial. Coincidimos así con lo expresado por Giles, en el sentido de que la limitación o invalidación de una política pública por parte del poder judicial “requiere, como paso previo, realizar una evaluación de los resultados de las políticas en cuestión y valorar los mismos a través del tamiz de los derechos” (Giles, 2019, p. 105).
- Tipo de Evaluación: señala la Corte Suprema que al analizar una política pública su función “es tutelar los derechos e invalidar esa política sólo en la medida en que los lesiona”. De esta afirmación podemos extraer 3 características sobre el tipo de evaluación que realiza el Poder Judicial:
 1. Al tener como posible resultado la invalidación de una política pública, estamos frente a una evaluación vinculante, que debe ser obligatoriamente acatada por la Administración Pública, a diferencia de las evaluaciones

internas realizadas por organismos gubernamentales, que son orientativas y sirven para generar aprendizaje sobre la intervención de un programa o política con el fin de mejorar la toma de decisiones y de otorgarle mayor transparencia a la gestión (Neirotti, 2007).

2. Al poder invalidar una política “en la medida en que lesiona” derechos, estamos frente a una evaluación que es eminentemente parcial, es decir, que solo puede centrarse sobre los aspectos que serían lesivos de derechos, excluyendo –en principio– evaluaciones generales o integrales de las políticas públicas.
3. Es una evaluación *ex post*, ya que el poder judicial solo podría actuar ante derechos lesionados –o puestos en peligro concreto– por una política pública, y ello requiere necesariamente la previa implementación de esa política y la verificación de sus consecuencias lesivas. Este punto, así como el anterior, quedan ratificados por este pasaje del fallo analizado: “No se trata de evaluar qué política sería más conveniente para la mejor realización de ciertos derechos, sino evitar las consecuencias de las que clara y decididamente ponen en peligro o lesionan bienes jurídicos fundamentales tutelados por la Constitución” (consid. 27°).
4. Es una evaluación cuyo resultado, además de la eventual invalidación de una política, es la generación de pautas y estándares generales, no la imposición de medidas concretas para resolver el problema, puesto que ello es competencia del Poder Administrador. Así lo expresa la Corte Suprema al señalar que ésta: “no puede imponer estrategias específicas, sino sólo exigir que se tengan en cuenta las necesidades ignoradas en el diseño de la política llevada a cabo...no se trata de que la Corte Suprema defina de qué

modo debe subsanarse el problema pues ésta es una competencia de la Administración, en tanto una Corte Constitucional fija pautas y establece estándares jurídicos a partir de los cuales se elabora la política en cuestión” (consid. 26°).

Este último punto ha llegado a tener distintos alcances en fallos posteriores a partir del denominado “activismo judicial”. Al resolver el caso “Verbitsky”, la Corte reitera que no corresponde un pronunciamiento suyo sobre el tema debatido, pero ante la gravedad de la situación “cabe que exhorte a los Poderes Legislativo y Ejecutivo de la Provincia de Buenos Aires a que adecuen la legislación procesal penal en materia de prisión preventiva y excarcelación a los estándares mínimos internacionales” (consid. 58), poniendo como ejemplo lo receptado por la legislación procesal penal de la Nación.

Con el paso del tiempo la Corte Suprema fue avanzando en la amplitud de su intervención en relación a políticas públicas sometidas a control judicial. Un ejemplo paradigmático de ello fue el caso Mendoza (2008)⁸ en la cual personas damnificadas por la contaminación ambiental de la cuenca hídrica Matanza-Riachuelo demandaron contra el Estado Nacional, la Provincia de Buenos Aires, el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y 44 empresas que vertían fluidos en esa zona. En esta oportunidad, luego de sucesivas audiencias públicas, informes solicitados a universidades nacionales y el requerimiento de un Plan Integral a las jurisdicciones gubernamentales demandadas, la Corte entendió que lo planificado por éstas era deficiente para atender la situación sanitaria y ambiental existente, además de adolecer de datos objetivos suficientes, públicos y mensurables para abordar una

⁸ “Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios (daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza - Riachuelo)” M. 1569. XL.

solución integral. Es por ello que, ante esta situación, la Corte Suprema entendió que:

“...la recomposición y prevención de daños al ambiente obliga al dictado de decisiones urgentes, definitivas y eficaces. De acuerdo con este principio, la presente sentencia resuelve de modo definitivo la específica pretensión sobre recomposición y prevención que ha tramitado por medio de este proceso urgente y autónomo. El objeto decisorio se orienta hacia el futuro y fija los criterios generales para que se cumpla efectivamente con la finalidad indicada, pero respetando el modo en que se concreta, lo que corresponde al ámbito de discrecionalidad de la administración. De tal modo, el obligado al cumplimiento deberá perseguir los resultados y cumplir los mandatos descritos en los objetivos que se enuncian en la presente, quedando dentro de sus facultades la determinación de los procedimientos para llevarlos a cabo” (consid. 15°).

En este caso, la evaluación que realiza la Corte Suprema sobre la política pública ambiental en relación a la cuenca Matanzas-Riachuelo tiene matices diferentes respecto a la realizada en el caso anterior. Aquí, en primer lugar, la Corte parece ampliar el foco de su análisis de la política pública, trascendiendo algún aspecto de ella que pudiera resultar lesiva de derechos, para posarse en una mirada más integral de la misma. Así ocurre cuando considera “insuficiente” la planificación integral propuesta por los gobiernos demandados, y desde esa misma mirada integral –que abarca tanto al problema ambiental en cuestión como a la política para solucionarlo– menciona la necesidad de dictar “decisiones urgentes, definitivas y eficaces”, estableciendo para ello “los criterios generales” para cumplir con dicha finalidad, aunque “respetando el modo en que se concreta”, puesto que la determinación de estos procedimientos los reconoce en el ámbito de la discrecionalidad de la Administración. Sin embargo, la Corte Suprema no solo establece criterios generales,

sino que también fija los objetivos que la política debe cumplir, ya que las demandadas deberán “perseguir los resultados y cumplir los mandatos descritos en los objetivos que se enuncian en la presente”. A renglón seguido la Corte enumera un plan de acción a ser cumplimentado, con detalle pormenorizado de los actores responsables, las acciones a llevarse a cabo, los sujetos obligados y los plazos a ser cumplidos, lo cual dista de la idea de “criterios generales” y se asemeja mucho al diseño de una política integral en la materia.⁹

Un matiz diferente expone la Corte en el caso “García Méndez”¹⁰ de diciembre de 2008 (vale la aclaración del mes, puesto que el fallo “Mendoza” fue de julio de ese año), donde se analizaba la política penal con relación a los menores de edad. Lo llamativo del caso es que el objeto de análisis normativo no eran leyes o decretos que disponían políticas públicas, sino la sentencia dictada por la Cámara Nacional de

⁹ Para mayor comprensión de lo expuesto, resulta útil la exposición del programa decidido por la Corte en este caso, y que se encuentra detallado en el considerando 17° del fallo. En primer lugar, establece como Objetivos los siguientes “1) La mejora de calidad de vida de los habitantes de la cuenca; 2) La recomposición del ambiente en la cuenca en todos sus componentes (agua, aire y suelos); 3) La prevención de daños con suficiente y razonable grado de predicción.”, exigiendo para ello el establecimiento de sistemas internacionales de medición en un plazo de 90 días. Seguidamente, y so pena de imposición de multas, la Corte Suprema exige organizar un sistema de información pública vía internet para el público en general donde consten los avances en el cumplimiento del programa en un plazo de 30 días hábiles. En el apartado “Contaminación de origen industrial” exige la realización de inspecciones a todas las empresas existentes en la cuenca Matanza-Riachuelo en un plazo de 30 (treinta) días hábiles e intimación a todas las empresas identificadas como agentes contaminantes que arrojan residuos para que presenten a la autoridad competente el correspondiente plan de tratamiento, y la orden para las empresas cuyo plan no haya sido presentado o aprobado, de cese en el vertido, emisión y disposición de sustancias contaminantes que impacten de un modo negativo en la cuenca. En el apartado “Saneamiento de basurales” la Corte exige la ejecución de medidas necesarias para el cierre de los basurales ilegales o clandestinos, un programa de prevención de formación de nuevos basurales a cielo abierto y las medidas para erradicar las habitaciones sobre los basurales y posteriormente impedir la instalación de nuevas habitaciones sobre los mismos. Se ordena también la limpieza de márgenes del río, la desratización, limpieza y desmalezado de cuatro sectores individualizados en el Plan Integral Cuenca Matanza-Riachuelo, y obras para transformar toda la ribera en un área parquizada, de acuerdo con lo previsto en el Plan Integral Cuenca Matanza-Riachuelo.

Avanzando en la integralidad del programa decidido, la Corte exige el avance de obras de expansión de redes de agua potable, desagües pluviales y saneamientos previstos en el Plan Integral Matanza-Riachuelo, con mención de plazos y multas en caso de incumplimiento.

Finalmente, el máximo tribunal nacional hizo hincapié en un “Plan Sanitario de Emergencia”, a partir de informes de facultades universitarias, exigiendo la realización de un mapa sociodemográfico y encuestas de factores ambientales de riesgo a los efectos de determinar la población en situación de riesgo; elaborar un diagnóstico de base para todas las enfermedades que permita discriminar patologías producidas por la contaminación del aire, suelo y agua, un sistema de seguimiento de los casos detectados para verificar la prevalencia y supervivencia de tales patologías y especificar las medidas de vigilancia epidemiológicas adoptadas en la zona de emergencia.

¹⁰ Fallo “García Méndez, Emilio y Musa, Laura Cristina s/ causa N° 7537”. Recurso de hecho. G. 147. XLIV.

Casación Penal que había declarado la inconstitucionalidad de una norma sobre menores en conflicto con la ley penal, y a renglón seguido establecía un plan de acción en materia de política penal que incluía directrices diferentes a las normadas en la legislación nacional. En efecto, la Cámara Nacional de Casación Penal exhortaba al Poder Legislativo a que en el plazo de 1 año modifique la legislación sobre la materia; le encomendaba a los jueces de menores a que convoquen a una “mesa de diálogo” a autoridades públicas y organizaciones civiles para modificar la situación de los menores en conflicto con la ley penal y para “planificar y evaluar las propuestas para una implementación estructural de los planes y políticas mencionados en los arts. 32 y ss. de la ley 26.061”, debiendo remitir a esa Cámara informes bimestrales de los avances logrados en base a las pautas fijadas por mismo fallo.¹¹

Podemos observar que este fallo de la Cámara seguía claramente una línea de acción similar al precedente “Mendoza” de la Corte Suprema al disponer parámetros específicos, interacción con organismos públicos e informes periódicos, con centro en el propio órgano judicial que dictó la sentencia. Sin embargo, la Corte Suprema revocó esta decisión de la Cámara Nacional de Casación Penal alegando en su considerando

¹¹ Los puntos V, VI y VII de la sentencia de la Cámara de Casación establecía el siguiente plan de acción: “Exhortar al Poder Legislativo para que dentro de un plazo no mayor a un (1) año, adecue la legislación penal en materia de menores a los nuevos estándares constitucionales y establezca un sistema integral y coordinado con la ley 26.061. VI) Encomendar a los jueces de menores a que convoquen a una mesa de diálogo e inviten a los actores involucrados con la problemática de los menores, junto con el accionante, la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia, los Directores o Encargados de los Institutos de Menores y a organizaciones civiles que pretenda participar, para que: 1) Dentro de un plazo no mayor a 90 días se ordene la libertad progresiva de los menores de 16 años que a la fecha se encuentren dispuestos en los términos de la ley 22.278 y se articule con los organismos administrativos con competencia en la materia la confección de los planes individuales y se adopten las medidas que la normativa autoriza (arts. 32 y ss. de la ley 26.061) para cumplir con el objeto de la protección integral de los niños; 2) Con relación a los casos de menores de 16 años que ingresen al sistema penal por una supuesta infracción a la ley penal, con posterioridad al día de la fecha, aplicar la misma modalidad aquí expuesta, para que Cuna vez comprobada la edad del menor en un plazo no mayor de 90 días se implementen con relación a ellos los planes mencionados en los arts. 32 y ss. de ley 26.061, para su oportuna incorporación. 3) Planificar y evaluar las propuestas para una implementación estructural de los planes y políticas mencionados en los arts. 32 y ss. De ley 26.061; debiendo remitir a esta Sala en forma bimestral un informe que dé cuenta del resultado y contenido de los avances de las reuniones que a tal fin se realicen. VII) Convocar a los jueces de menores, conforme a la representación que ellos acuerden, y a los demás actores que intervengan en la mesa de diálogo para el día 18 de marzo de 2008, a las 11:30 hs. a una primera audiencia ante esta Sala a fin de poner en conocimiento los avances implementados, conforme las pautas aquí fijadas”.

6° que las discrepancias entre la normativa nacional y los estándares internacionales en esta materia “no puede justificar que por vía pretoriana se arbitre o se tienda a arbitrar, sin más, una suerte de régimen general sustitutivo del previsto por la ley 22.278, y nada menos que con los alcances que le confiere el fallo apelado”. Aclara que dicha sentencia, si bien acierta en el diagnóstico del problema, erra luego en el medio escogido para superarlo, ya que:

“no es propio del cometido fijado al Poder Judicial en el art. 116 de la Constitución Nacional dictar una sentencia con carácter de norma general derogatoria de las disposiciones en cuestión implementando un mecanismo de reemplazo en su lugar, cuando resulta evidente que en esta materia tal solución requiere de la suficiente e indispensable concreción de medidas de política pública previas” (consid. 6°).

Concluye la Corte que el abordaje de la problemática de los menores en conflicto con la ley penal requiere de otras políticas al unísono (en materia de educación, salud, deporte, etc.), con personal adecuado y recursos, “cuya implementación es atributo directo de los poderes públicos”. También expresa que frente a la delicadeza, gravedad y complejidad del tema, “El análisis de tales aspectos remite al diseño de las políticas públicas en general, y la criminal en particular, que ameritan un debate profundo y juicios de conveniencia, que exceden la competencia de esta Corte” (consid. 6°).

Vemos así que la actitud proactiva de la Cámara Nacional en el caso “García Méndez” no tuvo, para la Corte Suprema, la legitimidad que sí tuvo la actitud proactiva del Máximo Tribunal en el caso “Mendoza”. Si bien los mecanismos dispuestos en ambas sentencias pueden verse como similares, la diferencia sustancial –a criterio de la Corte Suprema– es que la Cámara Nacional de Casación con su proceder intentó

sustituir un régimen jurídico vigente, generando una nueva política pública en la materia, lo cual corresponde al poder administrador y no al poder judicial. Podemos notar, además, que la Corte menciona tangencialmente las limitaciones técnicas que reseñáramos previamente sobre el control de políticas públicas, puesto que habla de la necesidad de un abordaje integral de esta problemática de los menores en conflicto con la ley penal, lo cual requiere de una coordinación de esferas nacionales y provinciales y articulación de políticas en distintas materias (incluyendo planificación de recursos humanos, económicos, etc.) que escapan a las posibilidades de análisis del Poder Judicial.

En un caso más reciente en el tiempo, la Corte Suprema recalibra este principio exigiendo “conductas positivas” a la Administración Pública. En efecto, en el caso “Gutiérrez” (2015)¹² también se discutía sobre la política penitenciaria federal por las condiciones de detención de los internos, en particular en lo referente a la demora en los mecanismos de apertura de las puertas de una unidad penitenciaria que implicaba una seria dificultad en caso de emergencias. Si bien en este fallo la Corte cita fragmentos del caso “Verbitsky” como precedente, luego va más allá en sus consideraciones al invalidar la sentencia del tribunal anterior porque éste entendió que las medidas dispuestas por la primera instancia judicial para garantizar la seguridad de los reclusos “desnaturalizaba el alcance de esta garantía en tanto no había ordenado el cese de un acto sino el diseño e instrumentación de medidas cuya adopción, entendió, competía en forma exclusiva al Servicio Penitenciario Federal” (consid. 7º). Frente a ello, la Corte Suprema interpretó que el tribunal:

“soslayó indebidamente que, en casos como el presente, el cese de la

¹² “Gutiérrez, Alejandro s/ causa N° 11.960”. CSJ 713/2010 (46-G)

situación irregular estructural que ilegítimamente agrava la detención de las personas puede no alcanzarse mediante el mero requerimiento a las autoridades penitenciarias para que se abstengan de realizar una conducta determinada sino que, por el contrario, para poner fin a este estado de cosas, también puede resultar necesario exigir la adopción, por parte de las autoridades penitenciarias, de conductas positivas de realizar reformas sistémicas”. (Consid. 7°)

Considero relevante señalar la diferencia entre los fallos “Verbitsky” y “Gutiérrez”, ya que en el primero la Corte Suprema es cuidadosa al evitar imponer “estrategias específicas”, ya que su rol es más bien el de “fijar pautas y establecer estándares jurídicos” para elaborar o implementar una política pública. Por el contrario, en este último precedente la Corte Suprema expresa que frente a una situación irregular puede no bastar la abstención de realizar determinadas conductas, sino que “puede resultar necesario exigir la adopción, por parte de las autoridades penitenciarias, de conductas positivas de realizar reformas sistémicas”. La primera diferencia que se advierte es que ya no habla la Corte de “pautas y estándares” sino de “conductas positivas” concretas, expresión que incluso va más allá de la imposición de una “estrategia específica” que anteriormente señalaba que no podía imponer. La segunda diferencia que advertimos es que en el fallo “Verbitsky” la Corte habla de intervenir sobre una política “en la medida en que lesiona” derechos, lo cual implica una evaluación eminentemente parcial, mientras que en el fallo “Gutiérrez” habla de imponer la adopción de medidas concretas por parte del órgano gubernamental para “realizar reformas sistémicas”, lo cual implica una valoración general e integral de una política pública.

Con la reseña de los fallos que hemos analizado, podemos observar que no

son precisos ni fijos los límites que la Corte Suprema reconoce para sí misma –y por ende, para todo el Poder Judicial– a la hora de evaluar políticas públicas. También podemos advertir que esos límites, además de difusos, fueron adquiriendo progresivamente interpretaciones más laxas, tanto en los supuestos en los que la Corte Suprema tendría competencia para actuar, como también en la amplitud de la evaluación que ella podría realizar sobre una política pública traída a su conocimiento.

D) Recapitulación

A modo de síntesis de lo desarrollado en este primer capítulo, podemos afirmar que el control judicial tiene una importancia fundamental en el ciclo vital de las políticas públicas, y sus implicancias no han sido suficientemente abordadas por la teoría general de las mismas.

Los campos de conocimiento del derecho y de las políticas públicas parecen discurrir por caminos diferentes e indiferentes entre sí. Sin embargo, estos conceptos tienen una estrecha relación que se expresa en una triple dimensión: la norma jurídica que implementa a una política pública; el derecho sustancial que dicha política pretende hacer realidad; y los principios y valores del derecho que fundamentan a esa política, los que al mismo tiempo constituyen pautas de interpretación y aplicación del derecho por parte de los tribunales. Estas dimensiones del contenido jurídico de toda política pública son las que habilitan el control judicial sobre ellas, constituyendo estas decisiones del Poder Judicial el punto de intersección más claro y determinante de la relación derecho-políticas públicas.

La evaluación judicial no aparece contemplada en la teoría de las políticas públicas, y sin embargo, con sus propios métodos y finalidades, es la actividad

valorativa más determinante que ellas pueden recibir puesto que su resultado, al estar incluido en una sentencia judicial, es vinculante y de cumplimiento obligatorio.

De la mano de su importancia viene también su complejidad. El control judicial de políticas públicas es un fenómeno de alta sensibilidad institucional y, a su vez, ha evolucionado en el tiempo. De un diseño original acotado en la Constitución Nacional de 1853-60, con la habilitación del accionar judicial solo en casos concretos y con efectos entre las partes, se pasó a un diseño más laxo a partir de la Reforma Constitucional de 1994, con la incorporación de nuevos derechos, de los tratados internacionales con jerarquía constitucional y con nuevos mecanismos de acción procesal colectiva. Ello, sumado al fenómeno de la “judicialización de la política”, amplió considerablemente el accionar del poder judicial sobre las leyes y normas administrativas que implementan políticas públicas.

Esta amplificación del control judicial de las políticas públicas no es un proceso pacífico, sino que genera tensiones y debates que se ubican en el centro del proceso democrático de una comunidad. Existen objeciones y limitaciones importantes a considerar. Mencionamos el “argumento contramayoritario” por el cual se deja evidencia la débil legitimidad democrática que tendría el Poder Judicial para anular leyes o decretos que contienen políticas públicas y que emanan de órganos y autoridades legitimadas de manera directa por el voto popular. La intervención judicial también puede generar tensiones en las distintas etapas del ciclo vital de las políticas públicas. La propia definición de lo que es un problema público –y su consecuente inserción como prioridad en la agenda pública– es una cuestión eminentemente política, que ante una acción judicial pasa a trasladarse a la órbita judicial, sin que sea éste el ámbito natural del debate democrático ni de las disputas de poder entre los distintos actores de una comunidad. Asimismo, el diseño de políticas públicas requiere

de capacidades institucionales específicas, así como de *expertise* técnico y visión contextual/integral sobre el problema y la realidad que se van a abordar, que no son facultades ni capacidades que sean inherentes al Poder Judicial.

Estas complejidades exigen identificar y conocer cabalmente los límites que tiene el Poder Judicial a la hora de intervenir en estos ámbitos, y para ello resulta fundamental conocer cómo esos límites han operado en la práctica, indagando la jurisprudencia de la Corte Suprema en la que se realizó el control judicial de políticas públicas. Así vimos que en un primer momento la Corte aborda esta temática en la causa “Verbitsky” sentando el principio de no injerencia al reconocer que no le compete intervenir en las cuestiones de oportunidad, mérito y conveniencia de las políticas públicas, aclarando que no puede imponer estrategias específicas sino que ella “fija pautas y establece estándares jurídicos” a partir de las cuales las políticas se elaboran. En fallos posteriores la Corte Suprema fue haciendo más laxa esta limitación, avanzando hacia un rol más activo en el control e incluso implementación de una política pública. Así ocurrió con el caso “Mendoza” donde los objetivos y el plan de acción dispuestos por la Corte Suprema en materia ambiental se asemejó mucho más al diseño de una política integral antes que a una mera fijación de criterios generales.

Los matices se van complejizando con el paso del tiempo. Por un lado, en la causa “García Mendez” la Corte Suprema invalida la sentencia de un tribunal anterior que dispuso una solución proactiva similar a la que el máximo tribunal había establecido en el caso “Mendoza”. Para ello alegó que la revisión que estaba haciendo ese tribunal de la política sobre menores en conflicto con la ley penal (que incluía una declaración de inconstitucionalidad, una exhortación al Poder Legislativo a modificar la legislación impugnada y el llamado a una mesa de diálogo entre jueces, autoridades

y organizaciones civiles) significaba “arbitrar, sin más, una suerte de régimen general sustitutivo” de la ley invalidada, aclarando además que el diseño de las políticas públicas exceden a la competencia de la Corte. Sin embargo, en el caso “Gutiérrez” la Corte Suprema invalidó la sentencia de un tribunal anterior que consideraba improcedentes las medidas judiciales dispuestas en la primera instancia sobre política penitenciaria, y aclaró que para solucionar este tipo de problemas también puede resultar necesario exigir la adopción de “conductas positivas de realizar reformas sistémicas”.

Podemos concluir del análisis expuesto que, si bien el control judicial de políticas públicas es un fenómeno complejo de alta sensibilidad política e institucional, el marco dentro del cual se ejerce esta potestad fue variando a lo largo del tiempo y los límites son cuanto menos difusos. De esta manera, al evaluar y decidir sobre una política pública (pudiendo modificarla o invalidarla) la Corte Suprema de Justicia de la Nación ejerce una facultad extraordinaria y superior respecto de los Poderes Legislativo y Ejecutivo, que son los órganos habilitados para diseñar e implementar políticas, quedando también al arbitrio de la Corte Suprema la delimitación final de las pautas que limitan ese ejercicio excepcional. Así vemos que en algunos fallos se aplica en un criterio general restringido de actuación en esta materia propia de los órganos políticos, mientras que en otros fallos esas pautas se van interpretando de manera más laxa, dando lugar a tensiones con los demás poderes del Estado y a interrogantes respecto de los principios básicos que deben regir en un sistema de gobierno republicano y democrático como es el que se otorga para sí la República Argentina en la Constitución Nacional.

Capítulo III - La desigualdad social en la dinámica “Derecho – Políticas públicas”

Habiendo tratado en el capítulo anterior la relación y las tensiones que se producen entre el derecho y las políticas públicas en el ámbito del control judicial de éstas, en el presente capítulo incorporamos a esa dinámica a la desigualdad social. Abordaremos la problemática que esta significa para el desarrollo de una comunidad y para el pleno ejercicio de los derechos humanos, así como su conceptualización por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y las distintas dimensiones que ella presenta, lo cual nos lleva también a conocer su relación con el concepto de políticas públicas que utiliza el máximo tribunal y el principio de razonabilidad que opera como estándar en la evaluación de las mismas.

A) La desigualdad social como principal problema político, social y económico

Es una temática ampliamente investigada la relación que existe entre las políticas públicas y la desigualdad social, especialmente en el impacto que tienen las políticas públicas —o la ausencia de ellas— en los indicadores que dan cuenta de la desigualdad social en un país. Este panorama adquiere mayor dimensión en Latinoamérica atento a que “desde que existen estadísticas confiables, basadas en microdatos, los países de la región aparecen entre los más desiguales del mundo” (Amarante, Galván & Mancero, 2016). Asimismo, estudios realizados en la materia coinciden en destacar que la posibilidad de reducir la pobreza en la región está ante todo ligada a que consiga bajar las cifras de desigualdad, que son las mayores de todo el planeta (Kliksberg, 2005).

La elección de centrarnos en esta problemática no es casual: la desigualdad social es reconocida como uno de los principales problemas éticos, económicos y políticos a ser resuelto por cualquier comunidad, puesto que ella tiene un carácter multidimensional y pone en riesgo los contenidos mínimos de los derechos humanos fundamentales (Abramovich y Pautassi, 2010). Tal es así que podríamos asumir que la mayoría de las políticas públicas tienen como fundamento explícito o implícito la lucha contra algún tipo de asimetría o desigualdad, en tanto ella supone un obstáculo al bienestar de la población y al interés general, que son fines inherentes a todo Estado y a todo programa de gobierno. Esta idea ha sido sostenida incluso por importantes corrientes de pensamiento en la teoría de las políticas públicas, como la sostenida por Marshall, para quien las políticas públicas son el producto de acciones de gobierno e iniciativas de la participación social dirigidas a moderar o compensar las desigualdades inherentes a la economía capitalista (Vilas, 2011).

Esta interrelación entre políticas públicas y desigualdad social es particularmente intensa en nuestro continente, y el pensamiento latinoamericano ha dado cuenta de ello especialmente en las últimas décadas. Faletto (1989) planteaba una interesante relación entre la desigualdad, la democracia y el desarrollo, señalando que en el contexto de democratización de nuestro continente:

“el objetivo de desarrollo que se persigue debe encerrar dimensiones de equidad y, por consiguiente, continúan siendo relevantes temas como la distribución del ingreso y el nivel de consumo de los sectores populares. Además, la equidad no es sólo un requisito de los objetivos de democratización, sino también un elemento clave para la marcha misma de la economía, puesto que la cohesión social, que la equidad hace posible, tiene un papel crucial en el desarrollo económico” (p. 73).

La equidad, como contrapunto de la desigualdad, aparece entonces como un factor central para la convivencia democrática y para el desarrollo de una comunidad, a partir de la cohesión social que genera. En esta misma línea del pensamiento latinoamericano, señalaba Fajnzylber (1992) que:

“La equidad favorecería entonces al crecimiento, directamente por la vía de inducir un patrón de consumo compatible con una tasa más alta y más eficiente de inversión e, indirectamente, en la medida en que crea un clima social compatible con el esfuerzo de «construcción de futuro» que requiere necesariamente de legitimidad por parte de la élite y del sistema para favorecer la disposición del conjunto de la sociedad a emprender las acciones y decisiones conducentes al propósito del crecimiento”.

La creciente desigualdad social, entonces, pondría en riesgo estos objetivos de crecimiento y cohesión social, tal como lo advertía Faletto (1989), al señalar que “cuando los afectados pertenecen a los sectores urbanos, pueden experimentar una sensación —que por cierto no es puramente psicológica— de total distanciamiento de los valores que se suponen básicos en el resto de la comunidad” (p. 80). En este contexto la capacidad política del Estado resulta fundamental para la distribución del ingreso y el logro de consensos básicos que consoliden la democracia y el desarrollo económico, siendo las políticas públicas sus principales herramientas de acción.

Este fenómeno no es exclusivo de nuestro continente, sino que tiene escala mundial, exacerbado por la globalización de la economía. Tal como lo señala Vilas (2011), la aceleración de los movimientos transnacionales de capitales, bienes, servicios e información se produce en el marco de un “sistema internacional de profundas desigualdades en materia de desarrollo económico, integración social, niveles educativos, científicos y tecnológicos”, las cuales se presentan en una doble

dimensión, ya que no solo se verifican transferencias de ingresos desde los países menos desarrollados a los más desarrollados, sino también “dentro de cada país, desde los sectores de ingresos bajos y medios hacia los más acomodados... Una estructura de desigualdad y explotación que da sostén a alianzas y convergencias entre las élites locales de poder y las de las economías más desarrolladas” (p. 57).

En este mismo sentido, explican Crespo y Ghibaudi (2017) que a nivel global se ha expandido el número de empresas y la producción se encuentra crecientemente atomizada; sin embargo, sólo una pequeña fracción de la población mundial se apropió de las mejoras de productividad, especialmente la pequeña élite que controla los grandes conglomerados industriales y financieros. Concluyen entonces los autores que “aunque la producción tendió a descentralizarse, los ingresos se concentraron tanto en términos personales como funcionales. La desigualdad volvió a los niveles anteriores a la Segunda Guerra Mundial” (p. 34).

Sobre este tema han sido relevantes los estudios de evolución macroeconómica de Milanovic (2017), quien ha señalado que la «gran divergencia» generó un aumento exponencial de la desigualdad entre países pobres y ricos hasta la Primera Guerra Mundial, cuando empiezan a advertirse tendencias diferentes, en coincidencia con un proceso de descolonización mundial. La tendencia empieza a revertirse efectivamente a partir de los años '80, donde se advierte una creciente «convergencia» de los países del sudeste asiático, China y posteriormente India, que pasan a tener un crecimiento económico sistemáticamente mayor al de los países desarrollados, generando una reconfiguración geográfica de la economía mundial. No obstante ello, las desigualdades dentro de las naciones son cada vez mayores. En efecto, señala el autor que por primera vez desde la revolución industrial hace dos siglos, la desigualdad mundial no está siendo determinada por brechas crecientes

entre países, y que “si la tendencia de convergencia de los ingresos medios continuase, las perspectivas para la reducción de la desigualdad mundial aún podrían descarrilarse por lo que ocurra en la desigualdad dentro de los países individuales” (Milanovic 2017, p. 201/2). De seguir así, pronostica el autor que en 50 años podríamos volver a la situación que existía a principios del siglo XIX donde la mayor proporción de la desigualdad global provenía de ricos y pobres dentro de un mismo país, y no entre distintos países.

Si bien la persistencia de la desigualdad estructural ha generado en muchos países el resurgimiento de un discurso antipolítico –como vemos actualmente en la Argentina–, la historia moderna demuestra que la forma más efectiva de reducir las desigualdades económicas, sociales y políticas es justamente a través del fortalecimiento de la democracia, de las capacidades del Estado y de las políticas públicas. Lo contrario se vivió durante la implementación del Estado neoliberal y el modelo de la nueva gobernanza, con una pérdida de capacidades del Estado y aplicación de reglas del mercado, lo cual redundó en un aumento de la pobreza, la indigencia y la desigualdad estructural en los países que lo aplicaron. Así lo enseñaba Ferrer (2011) en términos históricos, al señalar que:

“La trayectoria del bienestar y la cohesión social en la Argentina, en estos dos siglos transcurridos desde la Revolución de Mayo, demuestra, en efecto, que las fases de avance se registraron en períodos en que prevalecieron políticas de inspiración nacional desarrollista, y las de deterioro, en aquellas en que imperaron estrategias de signo contrario asociadas al canon liberal y, particularmente, neoliberal” (p.11)¹³.

¹³ El autor también graficaba este devenir histórico con indicadores macroeconómicos contundentes: “El colapso 2001-2002, bajo el gobierno de la Alianza, fue el epílogo del peor período de la historia económica argentina y de la cohesión social. Entre 1975 y 2002, per cápita, el PBI total cayó el 10% y el PBI industrial el 40%. Todos los

Profundizan en este sentido García Delgado y Ruiz del Ferrier (2013) al señalar que el aumento de la desigualdad y la exclusión social provocado por el modelo neoliberal se vio complementado pobremente por políticas asistencialistas focalizadas en grupos vulnerables, siguiendo pautas de gobernanza y descentralización de la gestión, fundadas en una teoría del derrame que nunca llegaría y la beneficencia del tercer sector de la sociedad, todo lo cual “generó una escisión entre lo social, lo económico y lo político” (p.73). Estos autores remarcan que en el cambio de época en la Argentina a inicios de este siglo, la etapa posneoliberal significó un cambio de mirada sobre este problema social, avanzando con la provisión de bienes y servicios públicos a partir de políticas neouniversales, fomento del mercado laboral y el consumo, así como mayores inversiones en servicios básicos como salud, educación y seguridad social.

En esta misma línea de pensamiento, Canto Sáenz (2012) expresa que la ciudadanía como parte constituyente del Estado –al igual que los partidos y los gobiernos–, no se fortalece con una fuga hacia la esfera pretendidamente apolítica de la sociedad civil y las redes de la gobernanza liberal, sino en su reafirmación en los propios marcos del Estado y la política, ya que “la sociedad civil, librada a sus propias fuerzas, es también el reino de la desigualdad y las iniquidades” (p. 366).

B) Conceptualización jurídica y política de la desigualdad social

Si bien la desigualdad social puede ser teorizada desde múltiples dimensiones (por ej.: desigualdad de ingresos, de género, de acceso a bienes culturales, etc.), en la presente investigación la consideraremos a partir de su relación con el derecho y,

indicadores (desempleo, distribución del ingreso, pobreza, indigencia), expresivos de la cohesión social, alcanzaron sus peores registros históricos” (Ferrer 2011, p.10).

en particular, desde la concepción que de ella tenga la Corte Suprema de Justicia de la Nación en sus sentencias a la hora de evaluar políticas públicas.

Sobre esta cuestión, señala Muñoz (2016) que si bien la Corte Suprema no se ha expedido en un caso referido exclusivamente a la pobreza extrema, sí lo ha hecho respecto de la manera en que ésta se presenta, ya sea en su relación con el derecho a la alimentación, la vivienda, sectores vulnerables como la ancianidad, infancias, etc. Esta aproximación nos resulta de gran utilidad porque supera el enfoque tradicional de la pobreza medida en términos económicos o monetarios, y centra la mirada en los derechos vulnerados. Señala el autor precitado que “la pobreza comporta en sí misma una violación del derecho al desarrollo, una violación a un nivel de vida adecuado, a la dignidad humana, a la igualdad” (Muñoz, 2016, pág. 1201), y en su expresión extrema, constituye la violación por sí misma de todos los derechos humanos porque en situaciones de miseria todos los derechos son de imposible ejercicio y efectivización. Agrega el autor que la ausencia de un mínimo de recursos materiales no solo implica un impedimento de la persona humana y su dignidad, sino también de la democracia y la idea de Estado de derecho, al poner en serio riesgo a uno de sus elementos constitutivos: la ciudadanía.

En este punto y como marco de referencia, resulta valioso reseñar los conceptos básicos que existen sobre el “principio de igualdad” en materia jurídica. Este constituye un principio básico en el andamiaje de nuestro sistema jurídico y presenta dos dimensiones diferentes y complementarias: la *igualdad de derecho* (o formal) y la *igualdad de hecho* (o material).

Como bien señala Didier (2012b), la *igualdad de derecho o formal* se identifica con el principio de igualdad ante la ley, el que se proyecta en diversas facetas: a) igualdad en la norma jurídica general, obligando al creador de la norma a no efectuar

distinciones arbitrarias o irrazonables; b) igualdad frente a la norma jurídica, vinculando de este modo al órgano encargado de aplicarla; y c) igualdad de derechos, significando que todos los hombres son titulares por igual de determinados derechos, calificados como derechos humanos. La Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha referido a esta perspectiva al caracterizar al derecho a la igualdad y no discriminación como un derecho humano que se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incurso en tal situación (Corte IDH. Caso “Atala Riffo y Niñas vs. Chile”. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012, párrafos 79 y 124).

Por otro lado, la *igualdad de hecho o material* hace alusión a las condiciones reales de los sectores o grupos de personas social, económica o culturalmente menos favorecidos, e impone al Estado, mediante la realización de acciones positivas, el deber de remover los obstáculos que impidan a tales personas un ejercicio real y efectivo de sus derechos fundamentales, como así también gozar de una igualdad de oportunidades o de resultados, según los bienes y aspectos con relación a los cuales se pretenda alcanzar dicha igualdad (Didier, 2012b, p. 83).

Estas distintas vertientes de la igualdad –y, por ende de la desigualdad– tienen diferentes anclajes históricos, políticos, económicos y de operatoria jurídica, lo que a su vez impacta en las acciones y políticas que los Estados implementan en razón de ellas. En efecto, la igualdad de derecho es ubicada entre los «derechos de primera generación», aquellos que primero se lograron históricamente, en simultáneo con la

aparición de los Estados modernos, los cuales dejaron atrás a las monarquías y sus sistemas de castas y privilegios. Estos derechos de primera generación (entre los que se incluyen los derechos civiles y políticos como la libertad ambulatoria, libertad de expresión, igualdad ante la ley, el derecho a sufragar, etc.) generaban respecto del Estado más bien una obligación de abstenerse, de no interferir en la esfera individual y las libertades de los individuos, en línea con una tradición política más liberal.

La igualdad de hecho o material, en cambio, surge en el marco de los «derechos de segunda generación», los cuales son una respuesta ante las profundas inequidades que existían en las sociedades a pesar de haberse logrado los derechos civiles y políticos, y que constituían una barrera empírica para el efectivo ejercicio de estos. Es así que surgen derechos relacionados al trabajo, a la seguridad social, a la salud, a la educación, a la vivienda y una serie de derechos destinados a garantizar las necesidades básicas de la población. A diferencia de los derechos de primera generación que requerían del Estado mayormente obligaciones de “no hacer” y no intervenir, estos derechos económicos y sociales sí requerían de una mayor intervención estatal para hacerlos efectivos, traduciéndose en políticas públicas a implementarse en cada una de estas áreas con el fin combatir la desigualdad social imperante.

Con relación a esta cuestión, Muñoz (2016) afirma que la clásica tipificación de derechos de primera y segunda generación pierde relevancia frente a la desigualdad social, donde la atención está puesta en la naturaleza de los bienes a proteger y la magnitud del daño provocado. Ello es así porque “la pobreza toca transversalmente todos los derechos, y será de uno y otro tipo, según la forma de manifestarse, de su afectación, y la eficacia y eficiencia de su resguardo judicial” (Muñoz, 2016, pág.

1203).

En similar sentido, recuerda Abramovich (2006) el principio de interdependencia de los derechos civiles y políticos con los derechos económicos, sociales y culturales, en el sentido de que no puede garantizarse la plena vigencia de unos sin garantizar al mismo tiempo la efectividad y cumplimiento de los otros. Señala el autor que todos estos derechos conllevan un conjunto de obligaciones negativas y positivas por parte del Estado, razón por la cual las diferencias entre los derechos económicos, sociales y culturales con los derechos civiles y políticos son de grado y no de sustancia.¹⁴

Los derechos fundamentales generan sobre el Estado una obligación de “modulación de relaciones sociales desiguales, a través de intervenciones públicas en la esfera del mercado, en pos de alcanzar puntos de equilibrio” (Abramovich, 2009). Esta intervención estatal –a través de políticas públicas– para hacer efectivos los derechos sociales generó un nuevo ámbito de debate político, económico y jurídico, sobre hasta qué punto el Estado debía intervenir, teniendo en cuenta que –a diferencia de los derechos de primera generación– se requerían importantes inversiones públicas para implementar políticas sociales. Esto también dio lugar a distintos modos de entender la igualdad de hecho que se pretendía fomentar con estas políticas: ¿se buscaría igualdad de oportunidades o igualdad de resultados?

Como bien sintetiza Didier (2012b), para las tendencias liberales la igualdad material ha de expresarse como igualdad de oportunidades para el libre desarrollo de

¹⁴ Abramovich (2006) profundiza en este punto a efectos de matizar las críticas a la posibilidad de exigir plenamente los derechos sociales y que ello signifique imposiciones exorbitantes al Estado. Señala entonces que si bien los derechos económicos, sociales y culturales tienen una faceta más visible en obligaciones de hacer a cargo del Estado, también conllevan obligaciones de no hacer. Pone como ejemplo que el derecho a la salud conlleva la obligación estatal de no dañar la salud, así como el derecho a la preservación del patrimonio cultural conlleva la obligación de no destruir el acervo cultural de la comunidad, etc. Así es que estos derechos (al igual que los derechos políticos y civiles) conllevan un conjunto de obligaciones positivas y negativas, aunque las obligaciones de hacer tengan una importancia mayor para identificarlos.

la personalidad o de los planes de vida, mientras que para las teorías de influencia socialista ha de comprender también la igualdad de resultados, esto es, la garantía de unos niveles mínimos de bienestar básico para todos con independencia de su contribución directa al proceso productivo. Existe un cierto consenso –y así lo indica el sentido común–, de que la mera igualdad de oportunidades no permitiría el desarrollo integral de la persona si no está acompañada por un grado de igualdad de resultados, de garantías mínimas. Aquí nuevamente se abre la discusión política, ética y filosófica sobre cuáles son los aspectos que deben ser garantizados por el Estado para alcanzar ese mínimo de igualdad de resultados. En este punto es amplia la opinión en el sentido de que se refiere a la satisfacción de las necesidades básicas, tales como la alimentación, la salud, la seguridad social, la vivienda, la educación y la cultura, las que se expresan a través de derechos fundamentales mínimos (por ejemplo, el derecho a un mínimo vital, a una vivienda, a la educación escolar, a la formación profesional y a un nivel estándar mínimo de asistencia médica).

Esta línea de pensamiento se encuadra en el marco del Estado social y democrático que, en palabras de Abramovich (2009), es el que asume la distribución de bienes básicos y el reconocimiento de un *piso mínimo de igualdad*, como base de su legitimidad y como condición para el desarrollo de un sistema político que permita alcanzar autonomía privada y pública, sin exclusiones basadas en las condiciones materiales de las personas o grupos sociales. Esta conceptualización entrelaza claramente las tres dimensiones que nos interesan, puesto que ese “piso mínimo de igualdad” no solamente es un imperativo jurídico que es revisable judicialmente, sino también es un imperativo político que todo Estado debería procurar para consolidar su propia legitimación, y para ello cuenta con las invaluable herramientas que son las políticas públicas. Como bien recuerda Muñoz (2016), una vez atendidas las

necesidades mínimas, rige la obligación de progresividad en la satisfacción de los derechos humanos fundamentales, lo cual implica una obligación estatal de mejorar gradual y paulatinamente las condiciones de goce y ejercicio de los derechos humanos de la comunidad, garantizando la estabilidad de los derechos conquistados y presumiéndose la ilicitud de toda medida que signifique un retroceso en estos derechos.

Esta presunción de ilegalidad también aparece frente a las llamadas «categorías sospechosas», que son aquellas que establecen diferencias o distinciones de trato a partir de criterios que están sospechados de ilegitimidad, como serían discriminaciones en razón de la religión, raza, sexo, origen nacional, lo cual genera que la norma que las contienen deban ser sometidas a un escrutinio estricto (Abramovich, 2006). La Comisión Interamericana de Derechos Humanos aplicó esta noción en el Caso Morales de Sierra, y destaca el autor precitado que con ello el sistema interamericano no recogió solo una noción formal de igualdad, limitada a exigir criterios de distinción razonables y a prohibir diferencias de trato arbitrarias, sino que avanzó hacia un concepto de igualdad material o estructural, que parte del reconocimiento de que ciertos sectores de la población requieren medidas especiales de equiparación.

Estas nociones son plenamente aplicables en el derecho argentino, especialmente a partir de la Reforma Constitucional de 1994 que consagró la llamada «cláusula del nuevo progreso» en el artículo 75 inc. 19¹⁵, en cuyo primer párrafo

¹⁵ El artículo completo establece que corresponde al Congreso: “19. Proveer lo conducente al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social, a la productividad de la economía nacional, a la generación de empleo, a la formación profesional de los trabajadores, a la defensa del valor de la moneda, a la investigación y al desarrollo científico y tecnológico, su difusión y aprovechamiento.

Proveer al crecimiento armónico de la Nación y al poblamiento de su territorio; promover políticas diferenciadas que tiendan a equilibrar el desigual desarrollo relativo de provincias y regiones. Para estas iniciativas, el Senado será Cámara de origen.

establece que corresponde al Congreso “Proveer lo conducente al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social”. Esto significa que la persona humana y su desarrollo deben ser el centro del accionar estatal y que el crecimiento económico debe conllevar la participación equitativa de sus frutos, para respetar así el principio de la justicia social que contempla la norma constitucional (Muñoz, 2011). A su vez, esto debe complementarse con el artículo 75, inc. 23 que manda promover “medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad”¹⁶.

Esta triple dimensión del derecho, la desigualdad y las políticas públicas se relacionan estrechamente y se evidencian empíricamente en el control judicial que de ellas efectúa el Poder Judicial través de sus sentencias. En efecto, estos matices y vertientes que expusimos en relación al principio de igualdad y su relación con el derecho, así como sus implicancias políticas, económicas y sociales (en particular sobre la desigualdad social) servirán como marco interpretativo para indagar sobre la conceptualización que realiza la Corte Suprema de Justicia de la Nación en relación a la desigualdad social al momento de controlar judicialmente políticas públicas. La tarea de desentrañar su conceptualización teórica despojada de las particularidades

Sancionar leyes de organización y de base de la educación que consoliden la unidad nacional respetando las particularidades provinciales y locales; que aseguren la responsabilidad indelegable del Estado, la participación de la familia y la sociedad, la promoción de los valores democráticos y la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna; y que garanticen los principios de gratuidad y equidad de la educación pública estatal y la autonomía y autarquía de las universidades nacionales.”

¹⁶ Este art. 75 inc. 23 de la Constitución Nacional dice expresamente que corresponde al Congreso: “Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad. Dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental, y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia”.

de cada caso nos permitirá analizar el rol que la desigualdad social pueda llegar a tener como criterio general de interpretación judicial, indagando sobre su relevancia en el marco de la evaluación judicial de las políticas públicas, a la vez que nos permitirá identificar pautas orientativas que podrán ser de utilidad para el diseño, implementación o control de cualquier política pública.

C) Las “políticas públicas” en la visión de la Corte Suprema y su interrelación con los otros poderes del Estado

Para analizar la desigualdad social en la dinámica «derecho-políticas públicas», es necesario tener una aproximación conceptual de cómo el derecho considera o define a las políticas públicas. Como punto de partida debemos señalar que esta definición no existe de manera expresa en la legislación nacional vigente, para lo cual resulta necesario remitirnos al abordaje que hace la Corte Suprema de Justicia sobre esta noción a la hora de analizar políticas públicas.

Utilizando los criterios metodológicos explicitados en la introducción y reiterados en el capítulo siguiente, hemos investigado los fallos de la Corte Suprema de Justicia que hacen expresa y exacta mención a las “políticas públicas” en el período 2005-2023. Lo primero que advertimos es que en la mayoría de los fallos donde se están evaluando judicialmente políticas públicas, la Corte Suprema no las menciona expresamente, sino que se centra en las normas que las estructuran o bien en su carácter de “medida” o “decisión” de un gobierno en particular. En efecto, aparecen cuestionadas determinadas leyes nacionales o provinciales en las causas judiciales, o bien decretos del Poder Ejecutivo (nacional o provincial), o incluso resoluciones ministeriales, que son sometidas al escrutinio del Poder Judicial. No obstante ello, profundizando la mirada observamos que dichas normas disponen efectivamente

políticas públicas, las cuales son cuestionadas ya sea en su diseño, implementación o en sus consecuencias concretas en la comunidad, y todo este fenómeno es alcanzando por la evaluación judicial. Es decir, por más que la Corte Suprema ciña textualmente su análisis a la “constitucionalidad de X norma” o a la “legalidad de X medida/decisión de gobierno”, lo que está haciendo simultáneamente es evaluar a la política pública que está contenida en dichas normas, a pesar de que no lo mencione expresamente. Esta primera aclaración interpretativa, que es derivada de la metodología lógica y sistémica de las ciencias jurídicas, es también consecuencia de lo analizado en el capítulo II sobre la relación del derecho con la teoría de las políticas públicas, en el sentido de que éstas tienen siempre una estructura jurídica que las soporta, un derecho sustancial que pretenden garantizar y una fundamentación basada en principios y valores. Estas distintas dimensiones de la relación de las políticas con el derecho son las que habilitan la intervención del Poder Judicial en un ámbito que *–a priori–* está reservado a los poderes políticos, cual es el diseño e implementación de políticas públicas.

Sin perjuicio de esta aclaración previa y general, encontramos un desarrollo interesante sobre esta cuestión en dos precedentes de la Corte Suprema: el caso “Q.C.S.Y.” (2012)¹⁷ y el caso “C.E.P.I.S.” (2016)¹⁸, donde hallamos un abordaje específico sobre la temática de las políticas públicas y su interrelación con los poderes del Estado en cada caso.

En la causa “Q.C.S.Y.” la Corte Suprema de Justicia expresa en el considerando 10° que los derechos humanos contenidos en la Constitución y en tratados internacionales “no son meras declaraciones, sino normas jurídicas

¹⁷ “Q. C. S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo”. Q. 64. XLVI. Año 2012.

¹⁸ Causa Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros c/ Ministerio de Energía y Minería s/ amparo colectivo (FLP 8399/2016/CS1)

operativas con vocación de efectividad”, y es deber del Estado el reglamentarlos para poder garantizar esa efectividad, lo cual significa "mucho más que abstenerse sencillamente de adoptar medidas que pudieran tener repercusiones negativas". Llegando a un punto central de nuestro objeto de estudio, en el considerando 11° señala la Corte Suprema que:

“la mencionada operatividad 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. Ello es así porque existe la necesidad de valorar de modo general otros derechos, como por ejemplo la salud, las prestaciones jubilatorias, los salarios, y otros, así como los recursos necesarios”.

Cabe destacar que las “obligaciones de hacer” que señala la Corte son justamente las políticas públicas. Ellas son necesarias para hacer efectivos los derechos humanos consagrados en la Constitución, y reconoce el máximo tribunal que esa facultad corresponde al Poder Legislativo a través de las leyes que sanciona, y también al Poder Ejecutivo a través de sus decisiones, las cuales jurídicamente se traducen en actos administrativos que constituyen invariablemente la estructura normativa de cualquier política pública. Al mismo tiempo, reconoce la Corte que estos poderes son los más capacitados para “valorar de modo general” otros derechos y los recursos necesarios, lo cual da cuenta de las capacidades estatales, *expertise* y visión integral que requieren el diseño e implementación de políticas públicas, y que son inherentes a los poderes políticos. Estos aspectos constituyen, a su vez, limitaciones a los alcances de la evaluación judicial de las políticas, tal como lo reseñáramos en el capítulo I.

Avanzando en este razonamiento, expresa la Corte Suprema que:

“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. Por esta razón, esta Corte no desconoce las facultades que la Constitución le asigna tanto al Poder Ejecutivo como al Poder Legislativo locales, en el ámbito de sus respectivas competencias para implementar los programas o alternativas destinadas a hacer operativo el derecho a la vivienda y al hábitat adecuado. Es incuestionable que no es función de la jurisdicción determinar qué planes concretos debe desarrollar el gobierno. Que todo ello significa que las normas mencionadas no consagran una operatividad directa, en el sentido de que, en principio, todos los ciudadanos puedan solicitar la provisión de una vivienda por la vía judicial” (consid. 11°).

Ambos pasajes del considerando 11° que transcribimos en los párrafos precedentes son meridianamente claros en relación a las competencias que tienen los Poderes Legislativo y Ejecutivo en la implementación de los programas y planes concretos para efectivizar derechos (es decir, diseño e implementación de políticas públicas), incorporando dos datos importantes para nuestro objeto de estudio:

- i- Incorpora la figura del “legitimado pasivo indirecto” ante la pretensión de satisfacción de derechos particulares, que sería la comunidad toda, junto al legitimado pasivo directo –o principal obligado– que es el Estado. Lo interesante es que la comunidad por un lado soporta la carga frente a la pretensiones individuales y sectoriales de derecho, y por otro lado también reclama por otros derechos que exige al Estado.
- ii- Los derechos humanos reconocidos en la Constitución tienen una operatividad

“derivada”, ya que requieren de políticas públicas (vía leyes, decretos, resoluciones, etc.) que las implementen luego de valorar de modo general otros derechos (salud, educación, salarios, etc., que son también derechos reclamados por la comunidad). Esta operatividad indirecta no habilitaría, entonces, a todos los ciudadanos a exigir al Estado judicialmente la provisión de todos y cada uno de los derechos contenidos en la Constitución, ya que es necesaria previamente la valoración e implementación de políticas públicas por parte de los poderes políticos (Poder Legislativo y Poder Ejecutivo).

En definitiva, para la Corte Suprema de Justicia de la Nación las *políticas públicas* son las herramientas o modos de acción positiva con que cuenta el Estado para cumplir y hacer operativos los derechos humanos en una comunidad, las cuales se implementan a través de leyes del Poder Legislativo o actos administrativos (“decisiones”) del Poder Ejecutivo, a partir de la valoración general que realizan sobre el conjunto de derechos que son exigidos por otros individuos o por la comunidad en general, y de los recursos necesarios con los que cuenta.

Por su parte, en la causa “C.E.P.I.S.” la Corte Suprema de Justicia recordó su inveterada jurisprudencia sobre la división de poderes, expresando que siendo un principio fundamental de nuestro sistema político la división del Gobierno en tres departamentos, el Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial, independientes y soberanos en su esfera, “se sigue forzosamente que las atribuciones de cada uno le son peculiares y exclusivas; pues el uso concurrente o común de ellas haría necesariamente desaparecer la línea de separación entre los tres altos poderes políticos, y destruiría la base de nuestra forma de Gobierno (Fallos: 1:32; 338:1060, entre muchos otros)” (consid. 26°).

A renglón seguido, aclara el máximo tribunal que este principio tiene

consecuencias directas en las potestades del Congreso Nacional, del Poder Ejecutivo y del Poder Judicial en relación a las políticas públicas, y tomando como ejemplo a las políticas energéticas que eran objeto de la causa, señala la Corte que:

“le atañe al primero la adopción de las pautas propias de la política tributaria federal; al segundo, la implementación de la política energética, que abarca la fijación de las tarifas del servicio público; y, a la rama judicial, el control de la razonabilidad de tales decisiones y su conformidad con los derechos fundamentales reconocidos por la Ley Suprema de la Nación” (consid. 26°).

Lo interesante de este pasaje es la visión que tiene la Corte sobre el rol que le cabe a cada poder del Estado en relación a las políticas públicas. En efecto, considera que el principio de la división de poderes establece roles claros para cada “departamento del Estado”, donde al Poder Legislativo le corresponde “la adopción de las pautas propias de la política tributaria federal”, mientras que al Poder Ejecutivo le corresponde “la implementación de la política energética”, y al Poder Judicial le corresponde “el control de la razonabilidad de tales decisiones y su conformidad con los derechos fundamentales reconocidos por la Ley Suprema de la Nación”. Desde esta suerte de conceptualización orgánica de las políticas públicas, ellas no podrían ser generadas por el Poder Judicial, ya que su función es meramente de control de legalidad y legitimidad de las mismas. Esto descartaría, desde el criterio de la Corte Suprema, la definición de políticas públicas que reseñáramos de Oszlak y O'Donnell (1981) y de Villanueva (1996) al inicio de la tesis, en la parte en que reconocen al Poder Judicial como posible generador de políticas públicas.

Siguiendo con el análisis del fallo, a partir del ejemplo de la política energética, pareciera que solo le compete al Poder Legislativo su adopción y al Ejecutivo su mera ejecución o implementación. Sin embargo, más allá de la aseveración de este principio

general, son numerosos los fallos judiciales (incluso los que componen nuestro universo de estudio) donde las políticas públicas que son evaluadas judicialmente no tienen como fundamento a leyes del Congreso, sino que fueron originadas por decretos del Poder Ejecutivo o Resoluciones ministeriales. Teniendo en cuenta esta realidad, podemos interpretar que para la Corte Suprema le corresponde al Congreso adoptar las políticas federales y las “pautas generales” de las políticas de un país, las cuales se hacen concretas y se especifican a partir de los actos administrativos del Poder Ejecutivo que también establecen políticas en sí mismas. Es decir, tanto el Poder Legislativo como el Poder Ejecutivo establecen las políticas públicas de una jurisdicción, variando la materia y la generalidad/especificidad que le corresponde a cada uno.

Esta idea es retomada por la Corte Suprema en el considerando 29° del fallo C.E.P.I.S., donde expresa que la Constitución Nacional “prevé diversas instituciones disponibles para los departamentos del Estado, cuya atribución a cada rama ha sido distribuida por la Norma Fundamental partiendo de la base de la naturaleza de cada herramienta en particular”. Es decir que a partir de la “naturaleza” de cada herramienta, corresponderá al Poder Legislativo o Ejecutivo la adopción de una política pública. Ejemplificando con la materia energética, señala la Corte que la Constitución:

“pone a disposición del Poder Ejecutivo, a fin de la implementación de la política económica y energética [dispuesta por el Poder Legislativo], instrumentos susceptibles de ser adoptados en el marco de su competencia, tales como la política tarifaria. Paralelamente, prevé otras herramientas, como reformas impositivas y exenciones, regímenes promocionales y subsidios -entre otros-, que son atribuciones del Poder Legislativo. La articulación conjunta de las

diversas herramientas se plasma en el marco del principio de 'colaboración sin interferencia' que debe guiar la relación entre los distintos poderes del Estado en el sistema republicano de división de poderes contemporáneo" (consid. 29).

Este principio de "colaboración sin interferencias" para la adopción de políticas públicas es particularmente evidente en el caso de los servicios públicos, puesto que la declaración de una prestación como servicio público y el establecimiento de su marco regulatorio son materias reservadas a la jerarquía legal, es decir, al Congreso, mientras que la implementación del mismo corresponde al Poder Ejecutivo, el cual decide políticas públicas específicas para concretarlo. Así ocurre con la materia energética, donde "en todo régimen de prestación indirecta de tales servicios -es decir, por intermedio de concesionario-, las tarifas son fijadas o aprobadas por el poder público, como parte de la policía del servicio, lo que no obsta a la existencia de bases fijadas por ley" (consid. 27°).

El rol del Poder Judicial también está claramente definido en esta materia, como ejemplificación de los principios que ya hemos analizado en el capítulo anterior, expresando la Corte que la función de interpretar y sistematizar las normas que compete a los jueces:

"no llega hasta la facultad de instituir la ley misma (Fallos: 308:1848; 317:1505), o de suplir en la decisión e implementación de la política energética al Poder Ejecutivo Nacional, siendo entonces la misión más delicada de la justicia la de saberse mantener dentro del ámbito de su jurisdicción, sin menoscabar las funciones que le incumben a los otros poderes (Fallos: 308:2268; 311:2553; 316:2732)". (consid. 27)

En el párrafo precitado la Corte Suprema reconoce el alto grado de sensibilidad que tiene el tema que nos ocupa, puesto que no se trata de una cuestión meramente

burocrática o formal el respetar las competencias que tiene cada poder del Estado en relación a las políticas públicas, sino que el máximo tribunal califica como “la misión más delicada” la de saberse mantener dentro del ámbito de su jurisdicción. Podemos agregar que esa misión es delicada justamente porque no existen normas precisas que regulen esta cuestión en cada caso en particular, sino que dependen de la prudencia del juez o tribunal interviniente, y de su correcta interpretación de las normas, principios, valores y estándares hermenéuticos aplicables a cada caso.

Siguiendo en esta misma línea, la Corte Suprema aclara en la causa C.E.P.I.S. que “debe distinguirse entre el ejercicio del control jurisdiccional de la legalidad, razonabilidad y proporcionalidad de las tarifas, y el ejercicio mismo de la potestad tarifaria, que no compete a los jueces, sino al poder administrador, al que no cabe sustituir en la determinación de políticas o criterios de oportunidad” (consid. 27°). En este pasaje la Corte Suprema especifica que compete al órgano judicial el “control jurisdiccional de la legalidad, razonabilidad y proporcionalidad” de las tarifas, dejando en claro que su actividad evaluatoria no se rige únicamente por las normas jurídicas vigentes, sino también por estándares o principios hermenéuticos, como lo es el principio de razonabilidad. Siendo éste un criterio clave que aparece de manera recurrente en los fallos de la Corte Suprema que hemos analizado en relación al control de las políticas públicas, corresponde comprender, de manera previa, el encuadre teórico jurídico que tiene el principio de razonabilidad o proporcionalidad en las ciencias jurídicas.

D) El principio de razonabilidad o proporcionalidad

Como bien señala Didier (2012a), especialista en esta temática, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha aplicado reiteradamente el principio de la

razonabilidad con sustento en los artículos 28 y 33 de la Constitución Nacional, aunque al mismo tiempo *“ha sido reacia para precisar el contenido o significado del principio mencionado, limitándose a afirmar que la razonabilidad de las leyes depende de su adecuación a los fines que persiguen y de la ausencia de iniquidad manifiesta”* (p.63), vinculando también la irrazonabilidad con la alteración de los derechos fundamentales.

A partir de una construcción conceptual doctrinaria y jurisprudencial – especialmente en la jurisprudencia constitucional alemana– se considera que el principio de razonabilidad está integrado por tres subprincipios o juicios: a) el de adecuación o idoneidad; b) el de necesidad; y c) el de proporcionalidad en sentido estricto.

El *juicio de adecuación* implica un examen de la idoneidad o aptitud de una norma jurídica para alcanzar la finalidad perseguida durante su dictado. Es un examen de “medio-fin” donde los objetivos planteados deben ser alcanzables, tanto fáctica como jurídicamente. Este juicio se realiza normalmente considerando el momento del dictado de la norma –o diseño de la política pública en nuestro caso– donde resulta suficiente que el medio elegido por el legislador sea razonable para alcanzar el objetivo previsto. En Argentina se dio el caso de tener que analizar esta adecuación no solo en el momento del dictado de la norma, sino también en un momento posterior, cuando la misma es aplicada, estableciéndose que este análisis también es posible de realizarse en ese momento posterior, puesto que una norma pudo haber sido adecuada en el momento de su dictado, mas ya no serlo al momento de su aplicación por el cambio de las circunstancias de la realidad en la evolución permanente de la

comunidad.¹⁹

El *juicio de necesidad*, por su parte, implicaría valorar si la medida elegida es la menos gravosa posible sobre los derechos afectados y sea al mismo tiempo susceptible de alcanzar la finalidad perseguida con igual eficacia. Si bien este subprincipio tiene diversos grados de intensidad en su aplicación en la jurisprudencia constitucional comparada, desde la perspectiva de nuestro objeto de estudio, no deja de ser un punto problemático. Ello es así porque, en el caso del control judicial de políticas públicas, los órganos que diseñan e implementan las políticas públicas son los que tienen legitimidad democrática, es decir, son elegidos de manera directa por el voto soberano del pueblo. En contrapartida, el órgano encargado de la revisión judicial de las políticas públicas no tiene esta misma legitimidad, ya que los miembros del Poder Judicial no son votados directamente por el pueblo, razón por la cual su intervención en cuestiones de política pública –que afectan a la generalidad de la comunidad– debería tener carácter restringido. En este marco, entendemos como positiva la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que se ha negado en reiteradas ocasiones a aplicar el juicio de necesidad para analizar la razonabilidad de una norma entendiendo que ello no se encuadra dentro de sus facultades determinar la oportunidad, eficacia o conveniencia de las medidas adoptadas por el legislador (Didier, 2012a, p. 69).

El tercer subprincipio es el de proporcionalidad, o *juicio de proporcionalidad en sentido estricto*, el cual implica una ponderación de los costos y beneficios de una norma, es decir, una comparación balanceando si las restricciones impuestas a los

¹⁹ Ver voto de juez Fayt en el caso “Repetto, Inés c/Provincia de Buenos Aires” (Fallos 311:2272), donde se planteaba la inconstitucionalidad del reglamento de escuelas privadas que establecía el requisito de la nacionalidad argentina para ejercer la docencia. El juez Fayt sostuvo que ese requisito de la nacionalidad se justificó para integrar a la Nación los diferentes aportes étnicos provenientes de la inmigración, pero que al presente dicha finalidad carecía de actualidad en razón de la función de socialización que cumplen los medios de comunicación y el control administrativo sobre la enseñanza sistemática.

ciudadanos por los medios elegidos son compensadas por los beneficios que significaría la aplicación de la norma (o, reitero, de la norma jurídica que dispone una política pública). Sobre este juicio en particular, se ha cuestionado el carácter utilitarista que se estaría dando a los derechos –especialmente a los derechos fundamentales de la persona– relativizándolos en relación a la invocación del interés general, teniendo en cuenta los riesgos que esto pudiera tener para la completa desnaturalización de estos derechos. Por esa razón se esgrime que el juicio de proporcionalidad no puede reducirse a un simple balanceo de costos y beneficios, debiéndose incorporar además una valoración sobre si la medida –o política pública– afecta el “contenido esencial del derecho fundamental” en juego, en cuyo caso será considerada irrazonable (Didier, 2012a, p.72).

Sobre este punto, cabe señalar que si bien la Constitución Argentina no hace mención expresa de un “contenido esencial” de los derechos fundamentales, lo normado por su artículo 28 es considerado como una garantía de inalterabilidad de tales derechos, al establecer ese artículo constitucional que “Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio”. Esta línea es la que sigue la Corte Suprema en precedentes como Arriola (2009)²⁰ o “Q.C.S.Y.” (2012)²¹. En el primero de estos fallos, la Corte Suprema de Justicia señaló que los tratados internacionales sobre derechos humanos “*establecen una protección mínima por debajo de la cual se genera responsabilidad internacional, y que nuestra Constitución Nacional, en relación a los parámetros antes transcritos, es más amplia*” (consid. 21^o). En el segundo de los fallos mencionados, la Corte expresó que “*En el campo de las reglas normativas, ello*

²⁰ Causa “Arriola, Sebastián y otros s/ causa n° 9080” A. 891. XLIV.

²¹ “Q. C. S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo”. Q. 64. XLVI. Año 2012.

[el principio de razonabilidad y el de justicia según Rawls] *significa que hay una **garantía mínima** del derecho fundamental que constituye una frontera a la discrecionalidad de los poderes públicos*” (consid. 12°). Ambos fallos son analizados en profundidad en el próximo capítulo, atento a la riqueza conceptual de los mismos en relación a nuestro objeto de estudio.

Si bien en el derecho positivo y en la jurisprudencia constitucional argentina no ha habido un desarrollo teórico elaborado sobre el principio de razonabilidad y la garantía de la inalterabilidad de los derechos, que son estándares fundamentales en el diseño e implementación de políticas públicas, el abordaje más comprensivo sobre esta temática lo hemos encontrado en el famoso fallo “Grupo Clarín S.A.” (2013)²², en el cual se discutía sobre la constitucionalidad de artículos de la Ley de Medios.

En el considerando 39° de dicho fallo la Corte expresa que:

“para evaluar la razonabilidad del artículo 45 -de acuerdo con los criterios establecidos- corresponde examinar si el medio escogido por el legislador resulta idóneo para alcanzar los fines que se propone y si la restricción que conlleva guarda proporción con los beneficios que se derivan de aquellos fines.

Tal análisis presupone identificar claramente los medios elegidos, las restricciones que ellos generan a la actora y los fines que persigue la norma”.

De esta exposición de la Corte Suprema, podemos advertir cómo la evaluación –y destacamos el uso de la palabra “evaluación” por parte del tribunal– de la razonabilidad de la política contenida en el artículo 45 de la ley de medios (que establecía límites para la cantidad de licencias de servicios audiovisuales que podía tener una persona), se remitía a dos de los subprincipios que reseñamos al inicio de

²² Causa “Grupo Clarín SA y otros c/Poder Ejecutivo Nacional y otro s/ acción meramente declarativa” (G. 439. XLIX. REX)

este acápite. En efecto, la Corte utiliza el *juicio de adecuación* al examinar la “idoneidad” de los medios escogidos por el legislador (es decir, los previstos en la política pública dispuesta por el poder legislativo) para alcanzar los fines que se propone la política pública. Y también utiliza el llamado *juicio de proporcionalidad en sentido estricto*, puesto que se presta a analizar “si la restricción que conlleva [la norma/política pública] guarda proporción con los beneficios que se derivan de aquellos fines”, poniendo en evidencia la ponderación de costo-beneficio que ofrece la norma analizada, es decir, la política pública en materia de servicios audiovisuales.

Así como destacamos la presencia de estos dos subprincipios del principio de razonabilidad, también debemos destacar la expresa falta de aplicación del tercer subprincipio mencionado en la doctrina y jurisprudencia extranjera, es decir, el *juicio de necesidad*. En efecto, la Corte Suprema señala en el considerando 50° que:

“en función del tipo de escrutinio constitucional que corresponde realizar no cabe que el Tribunal controle el requisito de necesidad. Por consiguiente, no debe indagar si era imprescindible legislar al respecto o si existían otros medios alternativos igualmente idóneos y que, al mismo tiempo, hubiesen provocado una menor restricción a los derechos involucrados, en tanto ello implicaría ingresar en un ámbito de exclusiva discrecionalidad legislativa”.

Esta clara postura se encuentra fundamentada en la asentada jurisprudencia de la Corte que el fallo reseña, respecto de que no corresponde a los jueces decidir sobre la conveniencia o acierto del criterio adoptado por el legislador en el ámbito propio de sus funciones, ni pronunciarse sobre la oportunidad o discreción en el ejercicio de aquéllas, ni imponer su criterio de eficacia económica o social, ya que el control de constitucionalidad (es decir, la evaluación de una política pública en este caso concreto) no autoriza a la Corte Suprema a sustituir en su función a los otros poderes

del gobierno. Concluye entonces que “la tarea del Tribunal no es la de decidir si la ley 26.522 es la mejor solución posible, sino la de establecer si los medios elegidos por el legislador son idóneos y proporcionales a sus fines” dejando en claro lo que significa la evaluación del principio de razonabilidad en el marco del control judicial de una política pública.

Para completar esta idea, la Corte dice expresamente que realiza “algunas precisiones a modo de *obiter dictum*” (consid. 16°), y al hacerlo aclara que su función no es la de determinar si la ley cuestionada “se adecúa a los avances tecnológicos, si es una ley obsoleta, si se trata o no de una ley incompleta o inconveniente, o en otras palabras, si se trata de la mejor ley posible. Todos estos aspectos están vedados al conocimiento de los jueces”. Esta precisión termina de contornear los límites que fueran expuestos sobre esta materia.

Finalmente, y también como *obiter dictum*, señala la Corte que ella no puede sustituir a las partes en sus planteos, sino que debe limitarse estrictamente a las cuestiones controvertidas que le han sido propuestas y que son el objeto del pleito, ya que “si un punto específico no es sometido por los apelantes al conocimiento del Tribunal, éste no podrá expedirse al respecto” (consid. 74°). Este pasaje nos recuerda a las limitaciones procesales que tiene el Poder Judicial a la hora de analizar una cuestión, y en particular al evaluar una política pública, y que mencionáramos en el capítulo I. Esta “limitación” que tienen los jueces por diseño constitucional, dificulta la posibilidad de un análisis sistémico y contextual propio del diseño de las políticas públicas, y justifican que éstas sean prerrogativas propias de los poderes políticos, ya sean en el ámbito legislativo o ejecutivo, según la materia y la naturaleza de la política en cuestión.

E) Recapitulación

La desigualdad se impone como un tema de ineludible tratamiento al analizar la evolución de la sociedad y sus principales desafíos. Es una problemática especialmente importante en Latinoamérica, donde la desigualdad alcanza niveles muy superiores a la media mundial. No es casualidad, por ende, que los principales pensadores del estructuralismo latinoamericano hayan ahondado en su estudio, resaltando la importancia de la equidad como factor central en el desarrollo económico y la cohesión social que facilita la convivencia democrática. Este pensamiento es contrario al sistema neoliberal que logró hegemonía desde la década del 80, con su eje en las reglas del mercado y la fuga del Estado, generando condiciones para la concentración de la riqueza sin reparar en la creciente desigualdad y exclusión social que simultáneamente provocaba en vastos sectores de la población.

Esta desigualdad puede leerse en una doble dimensión, tanto en la que se verifica entre Estados, como la que ocurre dentro de los límites de cada Estado. Es así que los autores que analizan la evolución de la macroeconomía mundial advierten una gran desigualdad económica entre las naciones hasta principios del siglo pasado, proceso que comienza a revertirse a partir de fines del mismo, con la particularidad de que el crecimiento de la desigualdad en la distribución de los ingresos empieza a acentuarse dentro de los límites de cada Estado. Esta situación pone en tensión la cohesión social y fomenta el discurso de la antipolítica. Sin embargo, la evidencia histórica reciente indica que es justamente con un Estado activo, con capacidad de actuación eficiente y políticas integrales que se pueden mejorar estos indicadores. Es aquí donde encontramos el punto de intersección con las políticas públicas, que de manera expresa o implícita impactan en las asimetrías o desigualdades existentes de una comunidad, buscando proteger los derechos fundamentales de la población,

especialmente de los sectores más desfavorecidos.

Desde la visión jurídica, el abordaje de esta temática no se da generalmente mencionando a la desigualdad, sino de manera indirecta a través del desarrollo de su contracara, es decir, del principio de igualdad. Este constituye un principio básico del sistema jurídico y presenta dos dimensiones: la igualdad de derecho (o formal) y la igualdad de hecho (o material). La primera de ellas es la igualdad de los hombres frente a la ley, que se relaciona con los derechos civiles de primera generación y conlleva para el Estado mayormente un deber de abstenerse, de no interferir en la esfera individual y las libertades de los individuos, en línea con una tradición política más liberal. Por su lado, la igualdad de hecho o material se relaciona con el bienestar integral de la población y se traduce en derechos de segunda generación, es decir los derechos económicos, sociales y culturales, los cuales exigen la intervención activa del Estado para garantizarlos y para mitigar las desigualdades reales de una comunidad. Coincidimos con Muñoz (2016) en que esta clásica diferencia pierde relevancia frente a la desigualdad, porque la pobreza todo transversalmente a todos los derechos, variando solo la naturaleza de los bienes a proteger. Este resguardo requiere de la intervención estatal y ésta se instrumenta a través de políticas públicas.

Afirmamos que el punto de contacto más evidente y determinante entre la desigualdad, el derecho y las políticas públicas se da en el control judicial de las mismas. La identificación de esta evaluación judicial en las sentencias requiere de una interpretación previa, puesto que las “políticas públicas” no siempre son mencionadas expresamente como tales, sino que son aludidas como medidas o decisiones gubernamentales, o bien solo se hace referencia a las normas (leyes, decretos o resoluciones) que las disponen.

Efectuada esta precisión, la Corte Suprema considera a las políticas públicas

como la herramienta que tienen los Estados para hacer operativos a los derechos de las personas, especialmente los derechos humanos contenidos en los tratados internacionales, los cuales tienen una operatividad “derivada” justamente por requerir de políticas públicas (vía leyes, decretos o resoluciones) para su concreción. De esta manera, a través de las políticas públicas los Estados cumplen con su “obligación de hacer” frente a los derechos de las personas y de la comunidad.

La Corte Suprema también expone sobre la competencia de cada Poder del Estado con relación a las políticas públicas. En este marco sostiene que al Poder Legislativo le corresponde la adopción de pautas generales sobre políticas públicas, al Poder Ejecutivo la implementación de ellas, y al Poder Judicial le cabe analizar la razonabilidad de las mismas y su conformidad con los derechos fundamentales previstos en la Constitución. Afirmamos, sin embargo, que el Poder Ejecutivo no solo implementa sino que también diseña y decide políticas públicas al igual que el Congreso, variando entre ambos la jurisdicción que tienen sobre distintas materias y la generalidad/especificidad de su ámbito de decisión.

Con relación al control de razonabilidad, que es mencionado como inherente al Poder Judicial, efectivamente la Corte Suprema lo ha utilizado como un criterio o estándar clave a la hora de evaluar políticas públicas. A partir de una construcción conceptual doctrinaria y jurisprudencial se considera al principio de razonabilidad como integrado por tres subprincipios o juicios, que son los de adecuación o idoneidad; necesidad; y proporcionalidad en sentido estricto.

El *juicio de adecuación* implica un examen de la idoneidad o aptitud de una norma jurídica para alcanzar la finalidad perseguida durante su dictado. Es un examen de “medio-fin” donde los objetivos planteados deben ser alcanzables, tanto fáctica como jurídicamente. El *juicio de necesidad*, por su parte, implicaría valorar si la medida

elegida es la menos gravosa posible sobre los derechos afectados y sea al mismo tiempo susceptible de alcanzar la finalidad perseguida con igual eficacia; al implicar esto una valoración sobre la oportunidad, mérito o conveniencia de una política, es un subprincipio que –con buen criterio– la Corte Suprema expresamente no aplica. Y finalmente, el tercer subprincipio es el de proporcionalidad, o “*juicio de proporcionalidad en sentido estricto*”, el cual implica una ponderación de los costos y beneficios de una norma, es decir, una comparación balanceando si las restricciones impuestas a los ciudadanos por los medios elegidos son compensadas por los beneficios que significaría la aplicación de la política pública en cuestión. En nuestro país, la Corte Suprema matiza este subprincipio para evitar una concepción puramente utilitarista de los derechos fundamentales, aclarando que las restricciones que una política impone nunca deben afectar los contenidos esenciales de los derechos fundamentales.

Efectuadas todas estas consideraciones políticas y jurídicas sobre la desigualdad, las políticas públicas y el derecho, ya contamos con el marco teórico, conceptual e interpretativo que nos permite abordar los fallos puntuales en los que la Corte Suprema avanzó en el control judicial de políticas públicas, con especial énfasis en el rol que le ha otorgado a la desigualdad como estándar de evaluación y decisión.

Capítulo IV - La desigualdad social en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

Tal como lo expusiéramos en el capítulo anterior, la desigualdad puede ser conceptualizada de múltiples maneras y bajo diferentes perspectivas, atento a la complejidad que presenta y a su multicausalidad. No obstante ello, la desigualdad que aquí nos ocupa es aquella que es considerada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, partiendo de la hipótesis de que ella constituye un criterio relevante a la hora de evaluar políticas públicas.

En este punto, debemos recordar lo analizado en el capítulo II) de esta tesis en relación a las facultades del Poder Judicial para intervenir sobre política públicas diseñadas por los otros dos poderes del Estado. Allí pudimos identificar los principios rectores sentados en la jurisprudencia de la Corte Suprema en relación a los fundamentos y límites de sus facultades en esta materia: por principio general tiene una deferencia hacia lo decidido por los poderes políticos (legislativo y ejecutivo) en el ejercicio de sus competencias; y tiene como excepción la lesividad de derechos, es decir, se encuentra habilitado el Poder Judicial para evaluar políticas públicas cuando ellas lesionan derechos, y en la medida de esa vulneración.

En este contexto, nos interesa entonces indagar sobre la noción de desigualdad que utiliza la Corte Suprema de Justicia de la Nación y, en particular, conocer el rol que esta cumple como parámetro o estándar en el marco de la evaluación judicial de una política pública.

A) Aplicación del derecho por parte del Poder Judicial: mitos y realidad

Antes de ingresar al análisis particularizado de las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, es conveniente efectuar una precisión liminar sobre

la aplicación del derecho por parte del poder judicial en los casos traídos a su consideración.

Una idea común sobre este tema es que los jueces o tribunales simplemente “aplican la ley”, es decir, ante una situación de hecho determinada, el juez identifica cual es la norma aplicable al caso y, en una operación cuasi automática, determina cuál es la solución del caso concreto. Esta idea incluso fue una teoría extendida en la historia del derecho en el siglo XIX, cuando se consideraba que el derecho podía abarcar todas las situaciones de la vida social y que el rol del juez se limitaba a su aplicación como un “autómata”.

Sin embargo, en la evolución del derecho como ciencia social –y especialmente del constitucionalismo y la hermenéutica jurídica como campos del conocimiento con entidad propia– se arribó al consenso de que la aplicación del derecho por parte de los jueces no es una operación mecánica, sino una operación interpretativa y de integración del derecho aplicable al caso. Esta tarea de interpretación implica que la norma que finalmente resuelve una controversia judicial debe estar integrada simultáneamente por normas del derecho positivo internacional y nacional (ya sean de jerarquía constitucional, legal o infralegal) y también por los principios generales y los valores que son jurídicamente relevantes para una situación de hecho determinada (González Segovia, 2017). El derecho convive con la incertidumbre de su funcionamiento, pues para cada caso concreto suelen existir varias normas vigentes aplicables simultáneamente, diversos principios generales del derecho en juego y diferentes derechos sustanciales que colisionan, todo lo cual debe articularse y regularse en la decisión judicial. En este marco también opera el test de constitucionalidad y de razonabilidad que realiza la Corte Suprema de Justicia, cuyos métodos de funcionamiento están bastante indeterminados en la propia jurisprudencia

de la Corte, lo cual genera un notable grado de discrecionalidad en cabeza de los jueces (Giles, 2019).

Esta incertidumbre de la operatoria jurídica genera tensiones y torna difusos los límites de competencias entre los distintos poderes del Estado, tal como lo analizamos en el capítulo anterior. Como señala Abramovich (2009, p.6), “el sistema político en su conjunto asume la tensión de no reemplazar arbitrio político por arbitrio judicial. De allí la importancia de la aplicación de principios claros de interpretación constitucional”, los cuales no eliminan la discrecionalidad judicial, pero la sujetan a ciertas reglas de argumentación y fundamentación que brindan previsibilidad. Además, la tarea de identificar estos criterios judiciales se encuadra en la matriz conceptual y teórico-operativa tendiente a “incorporar estándares jurídicos en la definición de políticas y estrategias de intervención de los Estados, los actores sociales, los políticos locales y las agencias de cooperación para el desarrollo, y también en el diseño de acciones para la fiscalización y evaluación de políticas sociales” (Pautassi, 2007, p.91).

En este contexto, los criterios o estándares interpretativos que consolida la Corte Suprema a través de sus sentencias adquieren una gran importancia, pues constituyen precedentes que deben respetarse en futuros casos a ser resueltos tanto por ella misma como por todos los tribunales inferiores del país. Esta jerarquía superior que tienen las decisiones de la Corte Suprema ha sido establecida por ella misma desde antaño. En el famoso precedente *Cerámica San Lorenzo* (1985)²³ señaló que si bien:

“la Corte Suprema sólo decide en los procesos concretos que le son sometidos, y su fallo no resulta obligatorio para casos análogos, los jueces inferiores tienen el deber de conformar sus decisiones a aquellas ...De esa doctrina, y de la de

²³Fallos 307:1094

Fallos 212:51 y 160, emana la consecuencia de que carecen de fundamento las sentencias de los tribunales inferiores que se apartan de los precedentes de la Corte sin aportar nuevos argumentos que justifiquen modificar la posición sentada por el Tribunal, en su carácter de intérprete supremo de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en su consecuencia” (consid. 2º).

Este rol de la Corte Suprema de Justicia de la Nación no está expresamente previsto en la Constitución Nacional, sino que, como señala Vanossi (2003), ella misma se ha auto proclamado como ‘la intérprete final de la Constitución’, al hacer valer ante gobernantes y gobernados su condición de ‘tribunal de garantías constitucionales’ y de protagonizar el rol de ‘cabeza del Poder Judicial’, lo cual incluye la función interpretativa en todos sus fueros, instancias y jurisdicciones.

Por estas razones elegimos estudiar las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación para abordar nuestro objeto de estudio, ya que esta tarea no solo nos aportará respuestas sobre los interrogantes planteados, sino además ellas portan un efecto extensivo tanto en el tiempo (por sentar precedentes a futuro) como en su amplitud (por ser vinculantes para todos los tribunales del país), atento a la naturaleza del órgano judicial que las dicta.

B) La CSJN habla a través de sus sentencias: metodología de análisis

Con el fin de responder a los interrogantes planteados, utilizamos una metodología cualitativa de análisis documental centrado en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación dictadas entre los años 2005 y 2023. Tal como lo explicitáramos en la introducción de esta tesis, para la recolección de estas fuentes documentales recurrimos al sistema de búsqueda que ofrece la Secretaría de

Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación²⁴. Allí, además de establecer el filtro temporal desde el año 2005 hasta la actualidad (año 2023), fijamos también el filtro temático, a partir de la introducción de la frase exacta “políticas públicas” en el sistema de búsqueda de sentencias. El resultado obtenido han sido 44 fallos en los que la Corte Suprema abordó esta materia en los últimos 18 años. El listado completo de estos fallos se encuentra detallado en el anexo de este trabajo.

Estas sentencias, que en su conjunto totalizan 1.864 fojas, constituyen las unidades empíricas a partir de las cuales efectuamos nuestra tarea de investigación. Para su análisis aplicamos una metodología cualitativa de análisis del texto de los fallos judiciales y de la argumentación jurídica contenida en ellos. Al efectuar este análisis, la primera tarea consistió en clasificar los fallos según su contenido, identificando aquellos que solo versaban sobre cuestiones formales o procedimentales y/o que solo mencionaban a las políticas públicas en un contexto poco relevante para la resolución del caso en sí o bien para nuestro objeto de estudio. Descartados esos fallos, procedimos a una segunda etapa de clasificación en la cual dejamos de lado los fallos en los que solo se hacían reiteraciones de pasajes relevantes de precedentes anteriores (que sí están analizados en este trabajo) o bien contenían menciones interesantes pero solo en el voto en disidencia de un juez del tribunal, es decir, un voto que no integró la solución final del caso ni, como consecuencia, fue receptado en fallos posteriores.

²⁴ Disponible en <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/fallos/consulta.html>.

C) Análisis de fallos entre los años 2005-2023

Realizado el proceso de recolección de fallos, análisis, clasificación y selección de estos en base a los criterios expuestos en el punto precedente, pasaremos a la exposición de las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que las que pudimos identificar una política pública siendo sometida a control judicial, ya sea por su diseño, estructura jurídica, implementación o por las consecuencias que produjo en la comunidad. Seguidamente desarrollaremos un análisis de los considerandos²⁵ relevantes de estas sentencias y una exposición de los hallazgos que nos permiten acercarnos a dar respuesta a los interrogantes que nos hemos planteado al realizar la presente tesis.

i – Caso “Arriola” (2009)²⁶

En este caso se discutió sobre la tenencia de estupefacientes para consumo personal, ya que tribunales inferiores habían condenado penalmente a Arriola y a otras personas por este hecho, y sus defensores llevaron la causa ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que hasta entonces tenía una jurisprudencia poco clara sobre el tema. Se discutía entonces la política criminal del Estado frente al uso problemático de sustancias y la posible afectación al principio de reserva de la esfera individual de los ciudadanos²⁷.

Con relación al punto que interesa a nuestro objeto de estudio, la Corte debió

²⁵ Para el lector no habituado a los textos jurídicos o fallos jurisprudenciales, corresponde aclarar que las sentencias están compuestas por una sucesión de “considerandos”, numerados en orden creciente, los cuales favorecen a una lectura ordenada y lógica de la sentencia a partir de la exposición cronológica de eventos y argumentos, así como de la separación temática que estos considerandos permiten.

²⁶ Causa “Arriola, Sebastián y otros s/ causa n° 9080” A. 891. XLIV.

²⁷ El principio de reserva está plasmado en el artículo 19 de la Constitución Nacional, el cual expresa: “*Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados*”.

analizar la potestad del Estado para establecer políticas públicas frente al principio de reserva de los ciudadanos, con especial énfasis en el impacto que tuvo la recepción de los tratados de derechos humanos en la reforma de la Constitución de 1994. Al respecto, señala la Corte Suprema en el considerando 21° del fallo que estos tratados ratificaron o ampliaron el plexo de derechos y garantías previstas en nuestra Constitución, aunque al mismo tiempo “aluden a los valores que permiten establecer limitaciones al ejercicio de esos derechos para preservar otros bienes jurídicos colectivos, tales como el ‘bien común’, ‘orden público’, ‘utilidad pública’, ‘salubridad pública’ e ‘intereses nacionales’”. No obstante ello, los organismos y comités internacionales han advertido sobre la necesidad de contar con pautas de interpretación de estos conceptos que pueden ser difusos, para evitar que la mera invocación de intereses colectivos fuera utilizada arbitrariamente por el Estado.

En este sentido, podemos extraer del caso Arriola un primer criterio interpretativo o estándar que luego se reiterará con mayor precisión en otros fallos. Expresa la Corte Suprema que “No hay que olvidar que los tratados internacionales sobre derechos humanos establecen una **protección mínima** por debajo de la cual se genera responsabilidad internacional” (consid. 21°); y citando a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, estableció “que de ninguna manera podrían invocarse el ‘orden público’ o el ‘bien común’ como medios para suprimir un derecho garantizado por la Convención o para **desnaturalizarlo** o privarlo de contenido real (ver el art. 29.a) de la Convención” (consid. 22°, destacado agregado).

Estos dos estándares interpretativos mencionados por la Corte Suprema establecen un claro marco para las potestades del Estado a la hora de diseñar e implementar políticas públicas: deben garantizar una *protección mínima* de los derechos humanos sobre los que incide dicha política pública, y al mismo tiempo, la

afectación que se haga de ellos no debe implicar su *desnaturalización o privación de contenido real*.

A renglón seguido la Corte Suprema reseña otro estándar interpretativo receptado a nivel internacional y que debe ser considerado: el *principio pro homine*, por el cual siempre debe preferirse la interpretación que resulte menos restrictiva de los derechos humanos establecidos en los tratados internacionales y en la constitución nacional (consid. 23°).

En un pasaje trascendente para nuestro objeto de estudio, la Corte sostiene en el considerando 32° que “el Estado tiene el deber de tratar a todos sus habitantes con igual consideración y respeto, y la preferencia general de la gente por una política no puede reemplazar preferencias personales de un individuo”, citando así al reconocido filósofo del derecho Ronald Dworkin²⁸. Este es uno de los pocos pasajes de la jurisprudencia de la Corte Suprema en que podemos encontrar las nociones de igualdad y de políticas públicas conjugadas en una misma argumentación. En este caso particular, la Corte Suprema lo hace considerando la mera dimensión formal de la igualdad, ya que el trato igualitario de “consideración y respeto” es solo un reflejo del principio de igualdad de derechos de los ciudadanos, sin que ello implique ahondar en las desigualdades materiales efectivas que puedan existir. De manera concordante a esta noción formal de igualdad, en este pasaje la Corte cita a las políticas públicas en un marco de actuación restrictivo, de respeto a las libertades individuales, aclarando que las preferencias generales de la opinión pública sobre una política no pueden prevalecer sobre las preferencias personales del individuo.

Esta idea, que a su vez es fundamento para declarar la inconstitucionalidad de la norma analizada, lleva a la Corte a abordar otra cuestión que hemos considerado

²⁸ Dworkin Ronald, *Los Derechos en Serio*, págs. 392 y ss., Ed. Ariel, 1999, Barcelona España

de suma importancia en este trabajo, que es el “argumento contramayoritario” o la crítica a la débil legitimidad democrática de los jueces para decidir sobre normas emitidas por los poderes políticos del Estado. Sobre este punto, recuerda la Corte en el considerando 33° que es su jurisprudencia inveterada que la declaración de inconstitucionalidad de un precepto de jerarquía legal “constituye la más delicada de las funciones susceptibles de encomendarse a un tribunal de justicia y configura un acto de suma gravedad que debe ser considerado como última *ratio* del orden jurídico” ya que “las normas sancionadas regularmente por el Congreso gozan de **legitimidad democrática**, piedra angular del autogobierno de los pueblos” (el destacado es agregado). Con estas expresiones la Corte Suprema reconoce la legitimidad democrática con que cuentan las leyes sancionadas por los representantes del pueblo en el Poder Legislativo y lo relaciona con la soberanía popular (principal fundamento político de todo Estado democrático moderno), razón por la cual una invalidación judicial de esta norma a través de una declaración de inconstitucionalidad es de suma gravedad para el máximo tribunal, evidenciando la tensión que esto genera en términos institucionales y democráticos, tal como lo expusieramos en el capítulo II. Destacamos la importancia de este punto porque al evaluarse judicialmente una política pública, el resultado más gravoso que puede darse es la declaración de inconstitucionalidad de la norma que dispone a dicha política, lo cual tiene como consecuencia la invalidación tanto de la política pública como de la norma que la contiene.

Sentado este principio general de deferencia hacia lo dispuesto por los poderes políticos, a renglón seguido aclara la Corte que los jueces no deben legitimar las decisiones mayoritarias simplemente porque son mayoritarias, ya que “ello equivaldría a admitir que los derechos fundamentales pueden ser restringidos por la sola

determinación del poder público, sin otra limitación formal que la de consagrar tales restricciones en disposiciones de carácter general” (consid. 35°), lo cual no es compatible con la garantía de los derechos fundamentales de la persona declarada por el derecho constitucional democrático.

Es innegable la justificación de este control sobre los alcances de las normas jurídicas –y por ende de las políticas públicas por ellas dispuestas– frente a la garantía de los derechos humanos. No obstante ello, lo que permanece como punto problemático es cómo se realiza ese control por órganos judiciales que no poseen la misma legitimidad democrática que sí ostentan los órganos que dictaron esas normas jurídicas sometidas a revisión. Esto conlleva a preguntarnos en cada caso si realmente este control judicial funciona como *última ratio* frente a las políticas públicas y/o si la prudencia judicial exhibida en determinada controversia es conteste o no con la gravedad y delicadeza de esta materia. Una forma válida de poder abordar razonablemente esta disyuntiva es a partir de la identificación de los estándares de interpretación que va sentando la Corte en los diferentes precedentes judiciales donde se controlan políticas públicas. Estos estándares son los que nos permiten pensar en un marco analítico que sirven de referencia tanto para conocer los límites dentro de los cuales deben enmarcarse las políticas públicas, como también los límites dentro de los cuales debe enmarcarse el accionar del poder judicial.

En este caso concreto, sentados los principios de la protección mínima de los derechos (en este caso, el derecho a la intimidad previsto en el artículo 19 de la Constitución Nacional) y la obligación de no desnaturalizarlos, junto al principio *pro homine* y la interpretación amplia de las preferencias individuales sobre las preferencias generales, la Corte decide declarar la inconstitucionalidad del artículo 14 de la ley 23.737 que incriminaba la tenencia de estupefacientes para uso personal,

entendiendo que invadía la esfera de la libertad personal, la cual se encuentra excluida de la autoridad de los órganos estatales. Finalmente, en el punto II) de su resolutivo, la Corte Suprema exhorta:

“a todos los poderes públicos a asegurar una política de Estado contra el tráfico ilícito de estupefacientes y a adoptar medidas de salud preventivas, con información y educación disuasiva del consumo, enfocada sobre todo en los grupos más vulnerables, especialmente los menores, a fin de dar adecuado cumplimiento con los tratados internacionales de derechos humanos suscriptos por el país”.

Concluyendo el análisis de este caso judicial, podemos observar que la revisión judicial resultó en la invalidación de la política por declaración de inconstitucionalidad de la norma que la disponía. Atendiendo al ciclo vital de la política pública (Vallès, 2007), vemos que lo objetado fue la alternativa elegida para abordar este problema público, es decir, la penalización de la tenencia de estupefacientes para consumo personal. No obstante ello, la Corte Suprema reconoce la vigencia del problema público que significa esta temática, y por lo tanto exhorta a “todos los poderes públicos” (incluye así no sólo al Poder Legislativo, sino también al Ejecutivo) a establecer una nueva política en esta materia, sentando en su fallo nuevas pautas y objetivos a tener en cuenta para la elección de la nueva alternativa, la cual debe implementarse siguiendo el marco normativo establecido por los tratados internacionales de derechos humanos.

ii- Caso “Q.C.S.Y.”²⁹ (2012)

Este es uno de los precedentes más relevantes para la temática que estamos

²⁹ “Q. C. S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo”. Q. 64. XLVI. Año 2012.

abordando. Se trataba en este caso de una madre que se presentó por derecho propio y en representación de su hijo menor de edad discapacitado (encefalopatía crónica no evolutiva), quien interpuso una acción de amparo contra el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires por no incluirlos en programas de vivienda ni proporcionarles alternativas para salir de la "situación de calle" en la que se encontraba junto a su hijo, violando sus derechos fundamentales a la salud, la dignidad y la vivienda. En este marco, la madre solicitaba acceder a una vivienda en condiciones dignas de habitabilidad, o que en caso de que se decidiera brindarle un subsidio, su monto fuera suficiente para abonar en forma íntegra el valor de un lugar que cumpliera con las características señaladas.

En lo que hace al estándar concreto utilizado para el control judicial de esta política pública, sostuvo la Corte Suprema que:

“los derechos fundamentales que consagran obligaciones de hacer a cargo del Estado con operatividad derivada...están sujetos al control de **razonabilidad** por parte del Poder Judicial. 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 (Rawls, John, «A Theory of Justice», 1971, Harvard College)’. Estos principios de **igualdad democrática** y de **diferencia con finalidad tuitiva** de los sectores excluidos deben ser respetados por quienes deciden políticas públicas” (consid. 12°, los resaltados son agregados).

En lo que constituye uno de los pasajes más claros de la Corte Suprema con relación a nuestro objeto de estudio, señala el tribunal que las políticas públicas son

evaluadas utilizándose el estándar del principio de la razonabilidad. Y si bien este estándar ya se encuentra presente en la jurisprudencia de la Corte Suprema incluyendo los juicios de idoneidad y proporcionalidad, lo cierto es que en este caso se relaciona este principio con la famosa definición de “justicia” de John Rawls y sus principios de principios de igualdad democrática y de diferencia con finalidad tuitiva. Además, el Máximo Tribunal da cuenta de los efectos expansivos (en el tiempo y en amplitud de aplicación) de los criterios o estándares que utiliza en sus fallos, ya que estos no solamente resuelven el caso en particular, sino que “deben ser respetados por quienes deciden políticas públicas”.

Las apreciaciones realizadas por la Corte hasta este punto en carácter de *obiter dictum*, desarrollando conceptos y aclarando estándares aplicables, tienen una síntesis y una traducción concreta a la hora de establecer la *ratio decidendi* que define al precedente “Q. C. S. Y” al expresar que 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” (consid. 12º, el énfasis es agregado). Este estándar establecido por la Corte Suprema de Justicia es de capital importancia a la hora de diseñar e implementar políticas públicas, o bien omitir hacerlo ante una necesidad determinada, puesto que más allá de la discrecionalidad que la Constitución otorga en esta materia a los poderes legislativos y ejecutivos, el Poder Judicial intervendrá cuando considere que se está vulnerando la “garantía mínima” de un derecho fundamental que, en este caso en particular, se refleja en una “grave amenaza para la existencia misma de la persona”. Ahora bien, este estándar –más allá de su razonabilidad y asertividad– deja en pie la siguiente pregunta: ¿todos los derechos fundamentales tienen una “garantía mínima” que deben ser respetados o

solo aquellos cuya violación pone en riesgo la existencia misma de la persona?

Una posible respuesta se encuentra en el considerando 12° cuando la Corte expresa que la razonabilidad significa que “los poderes deben atender a las garantías mínimas indispensables para que una persona sea considerada como tal en situaciones de extrema vulnerabilidad”, aclarando que esta interpretación permite hacer compatible la división de poderes, la discrecionalidad política del Poder Ejecutivo y del Congreso, con las necesidades mínimas de los sectores más desprotegidos. El estándar establecido aquí se amplía más que en su formulación original, puesto que ya no se habla de la existencia misma de la persona en riesgo, sino de que “una persona sea considerada como tal en situaciones de extrema vulnerabilidad”, haciendo más bien referencia a su dignidad y a las necesidades mínimas para que esta pueda ser respetada. Esta aseveración de la Corte nos recuerda a lo señalado por Muñoz (2016) en el sentido de que la pobreza constituye en sí misma una violación del derecho al desarrollo, a la dignidad humana, a la igualdad, y en su expresión extrema –como ocurre en este caso particular–, constituye la violación por sí misma de todos los derechos humanos porque en situaciones de miseria todos los derechos son de imposible ejercicio y efectivización.

Teniendo en cuenta los puntos expresados, en el caso concreto la Corte hace lugar a la demanda en el caso “Q. C. S. Y”, afirmando en el considerando 13 que es difícil imaginar un estado más desesperante que hay un niño discapacitado con una madre en situación de calle, expresando al mismo tiempo que “el esfuerzo estatal” – es decir, las políticas públicas– realizado por la CABA para garantizar los derechos de los demandantes no es suficiente o adecuado ya que ni siquiera atiende a las mínimas necesidades que la situación del grupo familiar demandante requiere, y que si bien no hay una única manera de responder al derecho a la vivienda (haciendo referencia a la

discrecionalidad de los gobiernos para elegir las formas de implementación), concluye que “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” (consid. 13°).

Desde la mirada del ciclo vital de las políticas públicas que analizamos en el capítulo II, podríamos pensar que lo objetado por el tribunal es la etapa de elaboración de la política habitacional puesto que critica a las “alternativas” elegidas. Sin embargo, en su resolutorio, la Corte Suprema no invalida a la política habitacional ni a las normas que la sustentan, sino que exige la intervención de equipos de asistencia social y de salud para la atención del niño y que se garantice tanto a él como a la madre un alojamiento con condiciones edilicias adecuadas a la patología que presenta el niño “sin perjuicio de contemplar su inclusión en algún programa de vivienda en curso o futuro para la solución permanente de la situación de excepcional necesidad planteada”³⁰. Es decir que lo realmente objetado fue la etapa de la implantación o implementación, ya que los objetivos de la política habitacional no se estaban cumpliendo a partir de la situación particular de esta familia, sin que los agentes locales hayan sabido adaptar sus modos o procedimientos para alcanzar resultados razonables. De esta manera, la Corte Suprema exige una solución inmediata al caso particular, adaptando por sí misma el modo de implementación de la política pública, sin modificarla en términos generales.

Cabe destacar que la Corte establece un estándar económico frente a los

³⁰ La parte resolutoria del fallo analizado ordena al Gobierno de la CABA expresamente que: “1) Intervenga con los equipos de asistencia social y salud con los que cuenta para asegurar que el niño disponga de la atención y el cuidado que su estado de discapacidad requiere y provea a la actora del asesoramiento y la orientación necesarios para la solución de las causas de su problemática habitacional en los términos de la resolución 1554/08 del Ministerio de Desarrollo Social de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. 2) Garantice a la actora, aun en forma no definitiva, un alojamiento con condiciones edilicias adecuadas a la patología que presenta el niño, sin perjuicio de contemplar su inclusión en algún programa de vivienda en curso o futuro para la solución permanente de la situación de excepcional necesidad planteada”.

argumentos de la CABA sobre el costo presupuestario que significa la política habitacional. Al respecto, señala la Corte Suprema que en el marco del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (aprobado por la República Argentina), el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas ha fijado una serie de pautas para establecer cómo puede entenderse el compromiso de los Estados de adoptar medidas "hasta el máximo de los recursos de que disponga" con el objeto de lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos reconocidos. En ese sentido, reseña las palabras del Comité:

"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...los Estados Parte 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" (consid. 14°).

A mayor abundamiento, señaló la Corte Suprema que el Comité estableció criterios objetivos para examinar el argumento de falta de recursos por parte de un Estado, entre los que destaca: a) el nivel de desarrollo del país; b) la situación económica del país en ese momento, teniendo particularmente en cuenta si atraviesa un periodo de recesión económica; y c) si el estado intentó encontrar opciones de bajo costo, aclarando que "la inversión del Estado debe ser adecuada, lo que no depende

únicamente del monto que éste destina, sino fundamentalmente de la idoneidad de la erogación para superar la situación o paliarla en la medida de lo posible” (consid. 15°). A partir de esta argumentación, la Corte concluye la asistencia económica brindada por el gobierno de la CABA a la demandante no era idónea para resolver la problemática examinada, ya que no le permitía a la madre acceder a un trabajo ni a una vivienda apta para un niño con ese grado de discapacidad.

Por último, considero importante destacar el voto particular del Juez Petracchi en este caso, puesto que contiene expresiones relevantes para el diseño de las políticas públicas. En particular, en el considerando 10° de su voto³¹, al hacer mención de la obligación del Estado de reglamentar e implementar el derecho a una vivienda digna, el Juez Petracchi deja en claro la directa relación que existe entre la operatoria jurídica de “reglamentar derechos” y el “diseño de política públicas”, dejando tres guías importantes a tener en cuenta:

- a) la razonabilidad de una política –mencionando su idoneidad y proporcionalidad– requiere de la consideración de las “*distintas capacidades personales, sociales y económicas de los habitantes*”;
- b) la directa relación entre el diseño de políticas públicas y las normas y principios del

³¹ La transcripción completa de este importante considerando es la siguiente: “10) Que, además, esa reglamentación debe respetar tanto la finalidad como los límites impuestos por las normas de jerarquía superior, en este caso, la Constitución Nacional y el PIDESC. Por ello:

a) Las medidas adoptadas deben ser proporcionadas, esto es, adecuadas para alcanzar, a partir de la realidad que pretenden regular, la finalidad impuesta por la Ley Fundamental (art. 28 de la Constitución Nacional y Fallos: 243:449 y 467; 248:800; 313:1638; 330:855; 334:516, entre otros). Ello implica que el Estado debe tener en cuenta las distintas capacidades personales, sociales y económicas de los habitantes y, sobre esa base, implementar políticas apropiadas y conducentes para lograr que todos tengan la oportunidad de acceder a una vivienda digna.

b) El diseño de las políticas públicas debe tener en cuenta las normas y principios fundamentales del derecho en el grado y jerarquía en que éstos son valorados por el ordenamiento jurídico en su conjunto. En particular, tiene que respetar las prioridades que la Constitución asigna a la satisfacción de los derechos fundamentales y a los grupos más vulnerables de la población, tal como se señaló en el considerando 8°.

c) El Estado debe realizar el mayor esfuerzo posible, en razón de lo previsto por el PIDESC, para lograr, en forma progresiva y dentro de sus reales capacidades y limitaciones económicas, la plena efectividad del derecho a la vivienda digna de todos sus habitantes.”

ordenamiento jurídico, priorizando la satisfacción de derechos fundamentales y a los grupos vulnerables de la población;

- c) la realización del “mayor esfuerzo posible” por parte del Estado para realizar los derechos económicos y sociales de la población “dentro de sus reales capacidades y limitaciones económicas”.

De los lineamientos expuestos por el juez Petracchi, destaco especialmente la relación entre la razonabilidad de una política y el principio de igualdad material, que se deriva de la consideración de las *distintas* capacidades personales, sociales y económicas de las personas, lo cual implica necesariamente contemplar las desigualdades reales existentes entre las personas de una comunidad. Además destaco la mención expresa de los principios generales del derecho, que son relevantes no solo para el juez a la hora de controlar una política pública, sino también al momento del “diseño de las políticas públicas” por parte de las autoridades decisoras. Esto se condice con la noción de los valores y principios generales del derecho como una de las dimensiones de la relación «derecho-políticas públicas» que mencionáramos en el capítulo II de la tesis.

Por otro lado, considero destacable la mención a la “justicia social” que hace el juez Petracchi en el caso Q.C.S.Y, cuando al analizar el argumento de la carencia de recursos económicos alegado por la Ciudad de Buenos Aires, expresó que:

“Esta Corte tiene dicho que las carencias presupuestarias, aunque dignas de tener en cuenta, no pueden justificar el incumplimiento de la Constitución Nacional ni de los tratados internacionales a ella incorporados, especialmente cuando lo que se encuentra en juego son derechos fundamentales (Fallos: 318:2002 y 328:1146). Es que, al distribuir sus recursos, el Estado no puede dejar de considerar los **principios de justicia social** y protección de los

derechos humanos que surgen de la Ley Fundamental (arts. 75, incs. 19, 22 y 23; y Fallos: 327:3753 y 330:1989, considerandos 12 y 5, respectivamente)” (Consid. 16°, el destacado es agregado).

Concluye su razonamiento Petracchi expresando que cuando se demuestra que el Estado, al elegir prioridades presupuestarias (y por ende, elegir sus políticas públicas) deja en situación de desamparo a personas en grado de extrema vulnerabilidad y sin poder procurarse necesidades vitales básicas y perentorias, debe presumirse que “no ha implementado políticas públicas razonables”, tal como ocurre en este caso particular.

Destacamos este párrafo de un voto particular en un fallo (es decir, coincide con la solución votada por la mayoría aunque agrega sus propios fundamentos), por tres razones. La primera de ellas es que este voto luego es recogido en fallos posteriores de la Corte Suprema de Justicia, tal como ocurre con el fallo González Victorica (2018)³², es decir que sienta un precedente a futuro. En segundo lugar, porque establece una conexión directa y clara entre los tres temas centrales que hacen a nuestro objeto de estudio: desigualdad, políticas públicas y control judicial, incorporando expresamente el concepto de “justicia social” en esa intersección temática. Y en tercer lugar, porque hace mención de 2 fallos anteriores que no conforman nuestro universo de fallos a analizar³³, pero que desarrollan la noción de justicia social.

El primero de los fallos citados por Petracchi en su voto es “Aquino” (2004)³⁴, que en su considerando 12° define a la justicia social como un principio señero de

³² Este fallo será analizado posteriormente en este capítulo, y al adherir a los fundamentos del dictamen del Procurador Fiscal, la Corte hace suyo el argumento de Petracchi que estamos reseñando aquí.

³³ La razón es que ninguno de los fallos hace mención expresa a “políticas públicas”, tal como lo incluimos como filtro temático, además de que uno de ellos también es anterior al año 2005, excediéndose de nuestro filtro temporal.

³⁴ Causa “Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A. s/ accidentes ley 9688” A. 2652. XXXVIII.

nuestra Constitución Nacional y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, ya que así es considerado por la Corte Suprema en precedentes clásicos como el caso "Berçaitz" de 1974. Allí el Máximo Tribunal conceptualizó a la justicia social como "la justicia en su más alta expresión", y también definió su contenido expresando que:

"consiste en ordenar la actividad intersubjetiva de los miembros de la comunidad y los recursos con que ésta cuenta con vistas a lograr que todos y cada uno de sus miembros participen de los bienes materiales y espirituales de la civilización'; es la justicia por medio de la cual se consigue o se tiende a alcanzar el 'bienestar', esto es, 'las condiciones de vida mediante las cuales es posible a la persona humana desarrollarse conforme con su excelsa dignidad' (ídem; asimismo: Fallos: 293:26, 27 considerando 3°)".

Por ello, señaló la Corte que el principio de la justicia social estaba presente en nuestra Constitución Nacional desde sus mismos orígenes al mencionar el logro del "bienestar general" en su preámbulo, destacando que su relevancia no es solo pretérita, sino que también fue impulsada en la Reforma Constitucional de 1994 cuando se agregó la llamada "nueva cláusula del progreso" en el artículo 75 inc. 19, el cual manda al Congreso a proveer lo conducente al "desarrollo humano" y al "progreso económico con justicia social".

Finalmente, en el precedente "Madorrán" (2007)³⁵, que también ha sido un caso señero en materia laboral, la Corte Suprema reitera la doctrina del caso "Berçaitz" destacando el siguiente pasaje:

"tiene categoría constitucional el siguiente principio de hermenéutica jurídica: **in dubio pro justitia socialis**. Las leyes, pues, deben ser interpretadas a favor de quienes al serles aplicadas con este sentido consiguen o tienden a alcanzar

³⁵ Causa "Madorrán, Marta Cristina c/Administración Nacional de Aduanas s/reincorporación" M. 1488. XXXVI.

el 'bienestar', esto es, las condiciones de vida mediante las cuales es posible a la persona humana desarrollarse conforme a su excelsa dignidad" (consid. 5º, el énfasis es agregado).

Recapitulando sobre la importancia que tienen las sentencias de la Corte Suprema de Justicia sobre las políticas públicas, y el rol central que tiene la tarea de "interpretación" que este órgano debe realizar para aplicar el derecho, considero que este principio hermenéutico de *in dubio pro justitia socialis* (que se podría interpretar como "en caso de duda, a favor de la justicia social") tiene mucha trascendencia. Al ser la justicia social un criterio central de interpretación de la Corte Suprema para evaluar casos en los que se discutan políticas públicas, entonces deberá ser la justicia social un criterio a tener en cuenta a la hora de diseñarlas e implementarlas.

**iii- Caso "Asociación de Trabajadores del Estado
s/acción de inconstitucionalidad" (2013)³⁶**

En esta causa judicial se presentaba la Asociación de Trabajadores del Estado y un trabajador municipal damnificado, empleado de la Municipalidad de la Ciudad de Salta, promoviendo la acción de inconstitucionalidad para declarar la invalidez del decreto municipal 5/2003 mediante el cual el intendente de dicha ciudad, invocando una situación de emergencia general, había dispuesto una rebaja de las remuneraciones de los agentes municipales.

Al analizar esta cuestión, la Corte Suprema de Justicia de la Nación efectúa una serie de definiciones sobre el salario, la desigualdad y la dignidad de la persona. En este marco, reseña precedentes donde vincula la protección salarial con los

³⁶ Causa "Recurso de hecho deducido por la Asociación de Trabajadores del Estado en la causa Asociación de Trabajadores del Estado s/ acción de inconstitucionalidad"(A. 59B. XLIII.)

derechos humanos, destaca su naturaleza alimentaria y que se originan “en una relación que supone, regularmente, una desigualdad entre las partes, en desfavor del empleado”. Expresa la Corte en el considerando 7º del fallo que el salario refleja el derecho del trabajador a ganarse la vida, permitiéndole a él y a su familia el ejercicio de los derechos económicos y sociales (acceso a la salud, educación, cultura, vivienda, vestimenta, descanso, etc.), y también el ejercicio de los derechos humanos civiles y políticos desde el momento en que, “conforme al ya universalmente consolidado principio de interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos, el antedicho ejercicio [de derechos civiles y políticos] es imposible sin el goce paralelo de los derechos económicos, sociales y culturales”. Esta expresión de la Corte Suprema nos remite a lo desarrollado en el capítulo III en relación a que la clásica diferenciación entre los derechos de primera y de segunda generación pierde sentido frente a la desigualdad y que no se puede garantizar la plena vigencia de unos sin garantizar al mismo tiempo la efectividad y cumplimiento de los otros (Abramovich 2006 y Muñoz 2016).

En este contexto, prosigue la Corte expresando que el salario del trabajador es uno de los medios mayores que posibilitan que la persona humana “pueda llevar una **vida digna** en la existencia, lo cual deriva, naturalmente, de su dignidad esencial...la cual es el centro sobre el que gira la organización de los derechos fundamentales de nuestro orden constitucional y del orden internacional” (consid. 8º, el énfasis es agregado). Aquí vemos que se plantea a la “vida digna” como un claro estándar por parte de la Corte Suprema de Justicia, la cual va más allá de garantizar la vida o la existencia misma de la persona –como vimos en el caso Q.C.S.Y–, sino que exige que esa existencia sea con dignidad.

Ya entrando en la zona de la *ratio decidendi* del fallo, la Corte Suprema

expresa en el considerando 9º que son 4 los principios de jerarquía constitucional que definen el caso en cuestión, y que también serían aplicables a todo tipo de política pública por el carácter general de su enunciación y la imperatividad de su formulación:

- a) *Principio tuitivo*: El trabajador es sujeto de “preferente tutela constitucional” y debe gozar de la “protección especial del Estado”;
- b) *Principio de la justicia social*: reitera lo que analizamos en el caso anterior, sobre su relación con el bienestar y la dignidad de la persona, su origen en el preámbulo de la Constitución y que se ha visto “reafirmada y reforzada por las reformas de 1957³⁷, al recoger las tendencias del llamado constitucionalismo social...y de 1994, que receptó las nociones de ‘desarrollo humano’ y el ‘progreso económico con justicia social’”.
- c) *Principio de progresividad*, el cual impone que todas las medidas estatales de carácter regresivo en materia de derechos humanos requieran una consideración “más cuidadosa” y deban “justificarse plenamente”, ya que existe una fuerte presunción contraria a que dichas medidas regresivas sean compatibles con los tratados internacionales de DDHH, tal como lo señala el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
- d) *Principio de seguridad económica*: que es la que debe existir, entre otras condiciones, para la realización en la persona del empleado del “derecho a perseguir su bienestar material” por medio del trabajo asalariado, tal como lo

³⁷ No deja de ser llamativa esta referencia histórica que hace la Corte Suprema de Justicia, ya que omite mencionar a la Constitución de 1949, que fue la que receptó a nivel nacional por primera vez al constitucionalismo social, y en particular, instituyó al principio de la justicia social de una manera mucho más intensa y abarcativa, estableciendo en su artículo 40 que “*La organización de la riqueza y su explotación tienen por fin el bienestar del pueblo, dentro de un orden económico conforme a los principios de la justicia social*”. Esta Constitución de 1949 fue derogada luego del golpe de estado de 1955 mediante un mero bando militar, y su referencia es aquí omitida por la Corte, la cual prefiere mencionar la reforma constitucional de 1957, que carecía de toda legitimidad democrática al haberse realizado durante la dictadura militar y con proscripción del partido político mayoritario del país, convalidando así la derogación previa de una Constitución Nacional por un acto unilateral e ilegítimo de un gobierno de facto.

impone a sus miembros la Organización Internacional del Trabajo.

Luego de mencionar estos principios, en el considerando 10° del fallo la Corte Suprema agrega otros 3 principios aplicables del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Al respecto aclara que los dos primeros son obligaciones del Estado. El primero de ellos es una obligación en sentido positivo: es el deber de "adoptar medidas positivas, concretas y orientadas a la satisfacción del derecho a una vida digna" en palabras de la Corte Interamericana de Derechos Humanos³⁸, en miras a cumplir con la obligación de asegurar el derecho de las personas "a una mejora continua de las condiciones de existencia" (PIDESC, art. 11.1). El segundo principio es una obligación del Estado en sentido negativo: el deber de respetar los derechos humanos, lo cual requiere "abstenerse de tomar medidas que interfieran directa o indirectamente en el disfrute del derecho al trabajo que hubiese alcanzado un empleado".

El tercer principio mencionado por la Corte es el *pro homine* o pro persona, que tiene dos manifestaciones en materia de hermenéutica jurídica: la primera, exige adoptar pautas amplias para determinar el alcance de los derechos, libertades y garantías; la segunda, impone obrar en el sentido inverso, es decir restrictivo, al medir las limitaciones a estos derechos, libertades y garantías, o la capacidad para imponerlas. En síntesis, el principio *pro homine* exige "escoger el resultado que proteja en mayor medida al ser humano, dentro de lo que las normas aplicables posibiliten".

Finalmente, la Corte Suprema analiza las facultades del Estado para imponer medidas en contexto de emergencia económica, aclarando que no se pueden negar estas facultades y que, en ese contexto, pueda disminuir temporariamente las

³⁸ En efecto, la Corte Suprema Argentina hace suya esta definición de la Corte Interamericana de DDHH citando los casos "Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay" de 2005 y "Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay" del año siguiente.

remuneraciones de sus empleados. Sin embargo, aclara la Corte en el considerando 11° que esta facultad está limitada por los principios expuestos en los párrafos precedentes, y que en la política salarial analizada no respetó, puesto que los porcentajes de reducción de salarios dispuestos por el Municipio implicaba dejar a su personal por debajo de la línea de pobreza, y en algunas categorías, incluso cerca de la línea de indigencia. Este pasaje es finalizado con otro principio que sienta la Corte al analizar políticas públicas, en particular en contexto de emergencia, al establecer que las crisis económicas y la grave escasez de recursos hacen que la protección de los derechos económicos, sociales y culturales sean de una necesidad mayor, y no menor, aclarando que la “protección de las capas vulnerables de la población es, precisamente, el objetivo básico del ajuste económico”, citando al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En síntesis, todo “equilibrio entre las reformas económicas y la protección de los derechos humanos, obliga a proteger en particular a los grupos más vulnerables" (consid. 11°).

Para finalizar, podemos destacar que el impacto de la revisión no se dio en la etapa de inicio de la política pública, puesto que la Corte reconoce la existencia de la crisis como problema público, así como la facultad de la Administración de tomar medidas excepcionales en ese contexto. Tampoco encontramos una objeción en el proceso de elaboración de la política analizada, puesto que el tribunal no cuestiona *per se* la alternativa escogida de restringir temporalmente el salario de los trabajadores. La objeción judicial aparece, más bien, en el momento de evaluar los resultados concretos de la política escogida a partir de la utilización de indicadores del contexto socioeconómico en el que la medida es aplicada. De esta manera, queda en evidencia que la intensidad de la restricción salarial significaba dejar al personal municipal por debajo de la línea de pobreza, y en algunos casos, incluso cerca de la

línea de indigencia, lo cual la Corte Suprema consideró incompatible con la garantía de protección de los derechos económicos, sociales y culturales de las personas.

iv- Caso “Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires (2015)”³⁹

En este fallo se discutía una política tributaria de la Provincia de Buenos Aires que había dispuesto por ley que los actos, contratos y operaciones sobre inmuebles radicados en la provincia, concertados en instrumentos públicos o privados, otorgados fuera de ella, debían tributar una alícuota diferencial en concepto de impuesto de sellos. Esta medida fue atacada mediante amparo por el Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, alegando que se establecía un trato discriminatorio a los clientes de los escribanos integrantes del Colegio que debían soportar un costo mucho mayor (entre el 1% y el 3,8%) por el hecho de elegir como notario de confianza para la realización de estos actos a uno que ejerciera su profesión en la ciudad de Buenos Aires.

Más allá de las consideraciones de derecho tributario y público provincial que desanda el fallo y que no hacen a nuestro objeto de estudio, sí tienen mucha relevancia las argumentaciones en relación al principio de igualdad y de razonabilidad en las medidas dispuestas por el Estado.

Como principio general, la Corte Suprema expresa que las clasificaciones y categorías para la percepción de impuestos deben guiarse por el principio de la igualdad, y que:

“La regla, desde luego, no prescribe una rígida igualdad, y entrega a la discreción y sabiduría de los gobiernos una amplia laxitud para ordenar y

³⁹ Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires c/Buenos Aires, Provincia de s/ ordinario. CSJ 37/2012 (48-C) /CS1

agrupar distinguiendo y clasificando los objetos de la legislación; pero, a su vez, el mero hecho de la clasificación no es bastante por sí sólo para declarar que una ley no ha violado la garantía del artículo 16, es indispensable, además, demostrar que aquella se ha basado en alguna diferencia razonable y no en una selección puramente arbitraria” (Consid. 17°).

Aparecen aquí estrechamente vinculados el principio de la igualdad con el de la razonabilidad. Deja claro la Corte Suprema de Justicia que el principio de igualdad no exige tratar siempre con igual criterio a todas las personas o situaciones, sino que también exige un trato diferenciado ante sujetos o situaciones diferentes. Esto da lugar al establecimiento de categorías o clasificaciones, las cuales serán compatibles con el principio de la igualdad siempre que sean razonables. La Corte Suprema vuelve sobre esta idea en el considerando 19° al establecer que “en materia de igualdad, el control de razonabilidad exige determinar si a todas las personas o situaciones incluidas en la categoría se les reconocen iguales derechos o se les aplican similares cargas”. En el considerando siguiente la Corte Suprema profundiza en esta idea al sostener que:

“aunque el acierto o conveniencia de las soluciones legislativas no son puntos sobre los que quepa pronunciarse al Poder Judicial, las leyes son susceptibles de reproche con base constitucional cuando resultan irrazonables, o sea, cuando los medios que arbitran no se adecuan a los fines cuya realización procuran o cuando consagran una **manifiesta iniquidad** (Fallos: 310:2845; 311:394; 312:435, entre otros)” (consid. 18°, el énfasis es agregado).

Mencionan aquí los jueces de la Corte Suprema otro principio de capital importancia para nuestra tesis: el de la *iniquidad manifiesta*. Este término, que es

central para nuestro objeto de investigación, debe ser abordado utilizando los métodos propios de la investigación jurídica, puesto que al indagar sobre su sentido advertimos diferencias con el que le otorga normalmente la lengua española. En efecto, la «iniquidad» es definida por la Real Academia Española como “maldad, injusticia grande”⁴⁰, y en su Diccionario Panhispánico de dudas incluso aclara que este término “No debe confundirse con inequidad (‘desigualdad’)”⁴¹. Agrega la Fundéu Rae que estos dos valores pueden superponerse en algunos casos, si se considera que la desigualdad es una gran injusticia, “pero el uso de una voz u otra remite a facetas distintas de una misma situación: la inequidad se refiere a la desigualdad en sí, y la iniquidad a una valoración ética de esta”⁴².

Sin embargo, advertimos que la utilización de este término en la jurisprudencia de la Corte Suprema tiene un sentido diferente, puesto que normalmente se lo utiliza en un contexto de desigualdad entre distintas partes. Así ocurre por ejemplo en este caso de Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, o en los casos Agüero (2009)⁴³ y Howard SRL (2022)⁴⁴, entre otros. Lo distintivo del caso “Colegio de Escribanos” es la claridad que ofrece sobre la relación entre la razonabilidad y la “iniquidad” por la particular forma en la que está redactado el considerando 18°. En efecto, allí expresa que las leyes son susceptibles de reproche con base constitucional

⁴⁰ Ver: <https://dle.rae.es/iniquidad?m=form>

⁴¹ Ver: <https://www.rae.es/dpd/iniquidad>

⁴² Ver: <https://www.fundeu.es/recomendacion/iniquidad-inequidad-inequidad-significado/>

⁴³ Causa "Agüero, Máximo José y Ovejero Cornejo de Agüero, Teresa c/ Banco de la Nación Argentina", en cuyo considerando 20° la Corte Suprema claramente relaciona los conceptos de desigualdad e iniquidad al con los hechos del caso que “la distinción que recogen las normas impugnadas, aunque objetiva, es aplicada en forma que contraría el texto constitucional que impone la igualdad de tratamiento ante la ley. Ello en razón de que no existe nexos lógico entre una categorización que privilegia el cumplimiento puntual de las obligaciones, y su utilización en perjuicio de los más calificados, a quienes se niegan los beneficios que se conceden a los peor colocados en la escala legal, lo cual configura una iniquidad manifiesta.”

⁴⁴ Causa “Howard SRL c/ Afip s/amparo ley 16986”, en su considerando 9° expresa: “Que, en dicho contexto, resulta claro que la exclusión de los sujetos denunciados penalmente por delitos vinculados al incumplimiento de obligaciones fiscales se encuentra inspirada en un criterio razonable para acceder a un beneficio tributario de esa índole y no importa una distinción arbitraria o persecutoria sino que, antes bien, obedece a un fin público - disuadir la comisión de delitos fiscales- y no conlleva una iniquidad manifiesta”

“cuando resultan irrazonables, **o sea**, cuando los medios que arbitran no se adecuan a los fines cuya realización procuran o cuando consagran una manifiesta iniquidad (Fallos: 310:2845; 311:394; 312:435, entre otros)” (consid. 18°, el énfasis es agregado). La sintaxis de esta oración expone un concepto general, que sería la “irrazonabilidad”, y luego presenta dos subespecies o modalidades de ella que serían, por un lado, la falta de adecuación de medios-fines, y por otro, la manifiesta iniquidad.

No obstante ello, utilizando los métodos histórico (análisis de fallos previos de la Corte Suprema), sistémico (considerando al término utilizado en el contexto en que se encuentra en cada fallo y en la dinámica que lo interrelaciona con otros conceptos claves) y lógico analíticos, podemos reconstruir el concepto de «iniquidad» por parte de la Corte Suprema, esfuerzo que se justifica por la importancia de esta noción para nuestro objeto de estudio.

Al realizar esta tarea, advertimos que la correlación entre los conceptos de “irrazonabilidad” e “iniquidad manifiesta” que realiza la Corte Suprema en este fallo no está exenta de complejidades desde un punto de vista analítico y como estándar de interpretación para evaluar una política pública. Ello es así porque la iniquidad manifiesta aparece en la jurisprudencia de la Corte Suprema como expresión de una desigualdad extrema, evidente, injustificada; es decir, como una noción contrapuesta al principio de igualdad, el cual es por definición una noción “relacional”, ya que requiere de la comparación entre dos sujetos o dos situaciones para poder determinar la existencia de un trato igualitario o desigualitario. La razonabilidad, por el contrario, es un concepto que se basta a sí mismo, sin requerir comparaciones, puesto que una medida o una política será razonable o irrazonable a partir de su propio diseño o estructura, de sus medios, fines y posteriores consecuencias. Desde este punto de vista, no es posible considerar a la iniquidad como subespecie de la irrazonabilidad,

ya que funcionan con lógicas diferentes.

Con el fin de articular estos conceptos y superar este problema lógico, podríamos afirmar que la iniquidad manifiesta –o desigualdad, a los efectos de nuestro objeto de estudio– no es una subespecie o modalidad de la irrazonabilidad, tal como sugiere el fallo Colegio de Escribanos de la Corte Suprema, sino que tomando en cuenta su jurisprudencia de manera integral, podríamos decir que el estándar interpretativo general debería partir de la iniquidad manifiesta o desigualdad extrema, y que la forma de determinar si esta desigualdad es extrema o no, está dada por la razonabilidad de los criterios internos de distinción o clasificación que generan ese trato desigualitario.

En base a los argumentos expresados, la Corte concluye que el distinto tratamiento que recibieron los instrumentos públicos de acuerdo con el lugar en el que fueron otorgados, “consagró una manifiesta iniquidad y generó una discriminación arbitraria, que no supera el control de razonabilidad efectuado en orden a la garantía constitucional del artículo 16 de la Ley Fundamental”.

v- Caso “Castillo” (2017)⁴⁵

Un grupo de madres de alumnos de escuelas públicas salteñas y una asociación civil solicitaron una acción de amparo contra la Provincia de Salta pidiendo la declaración de inconstitucionalidad de una norma provincial que disponía una política educativa que incluía a la instrucción religiosa en los planes de estudio del sistema educativo provincial.

La Corte Suprema, luego de realizar una reseña histórica de la organización institucional del país y su relación con la religión, así como del principio de neutralidad

⁴⁵ Causa “Castillo, Carina Viviana y otros c/Provincia de Salta - Ministerio de Educación de la Prov. de Salta s/ amparo. CSJ 1870/2014/CSI

del Estado argentino en materia religiosa, pasa a analizar lo que considera el punto neurálgico de la cuestión: determinar si la norma provincial que prevé la educación religiosa en las escuelas públicas lesiona o no los derechos a la igualdad y a la no discriminación. Al hacerlo, la Corte aborda la cuestión de la igualdad formal y material al expresar que:

“el principio de igualdad que surge del artículo 16 de la Constitución Nacional - y que, en general, se ha interpretado como principio de no discriminación en el sentido de que todas las personas deben ser tratadas de igual manera cuando estén en las mismas circunstancias- debe también ser considerado a la luz del art. 75 inciso 23 y de diversas disposiciones contenidas en los tratados con jerarquía constitucional...Estas normas, al incorporar, por un lado, mecanismos de acciones positivas para favorecer a determinados grupos y, por el otro, delinear categorías sospechosas de discriminación, buscan garantizar la igualdad real de los habitantes” (consid. 18).

Aparecen aquí mencionados los conceptos de igualdad forma e igualdad material que desarrollamos en el capítulo anterior, junto con las categorías sospechosas, que son aquellas que establecen diferencias o distinciones de trato a partir de criterios que están sospechados de ilegitimidad, como ser la raza, la religión, el origen nacional, etc.) lo cual genera que las normas que las contienen deban ser sometidas a un escrutinio estricto (Abramovich, 2006). Avanzando en la noción de la igualdad real el máximo tribunal expresa que, en el marco que plantea la Constitución de 1994, la igualdad debe ahora ser entendida no solo desde el punto de vista del principio de no discriminación –ligado a su dimensión formal– sino que también:

“desde una **perspectiva estructural** que tiene en cuenta al individuo en tanto integrante de un grupo. El análisis propuesto considera el **contexto social** en

el que se aplican las disposiciones, las políticas públicas y las prácticas que de ellas se derivan, y de qué modo impactan en los grupos desventajados, si es que efectivamente lo hacen” (consid. 18°, el énfasis es agregado).

Este pasaje aporta mucha claridad a nuestro objeto de estudio. Por un lado, porque nos ratifica nuevamente que el enfoque de la desigualdad no es planteado como tal, sino que es abordado normalmente desde su contracara positiva, es decir, desde el principio de igualdad. Al construir esta noción fundamental para el derecho, la Corte Suprema reconoce esta doble dimensión de la igualdad, es decir, su carácter formal de “no discriminación” como un reflejo del trato igualitario de todos los ciudadanos ante la ley; y también su carácter material, que hace referencia a la “igualdad real” de los habitantes.

Por otro lado, el párrafo precitado resulta valioso porque brinda nociones de cómo se debe interpretar esta dimensión de la igualdad real a la hora de evaluar políticas públicas. En efecto, propone una *perspectiva estructural* que implica una mirada sobre el individuo en tanto integrante de un grupo, considerando el “contexto social en el que se aplican las disposiciones, las políticas públicas y las prácticas que de ellas se derivan, y de qué modo impactan en los grupos desventajados”. Este pasaje es uno de los pocos en los que podemos encontrar mencionada la expresión concreta de “políticas públicas” junto a la conceptualización de la igualdad real. Además, es de resaltar que en este punto la Corte propone no solo el análisis de las políticas públicas, sino también de las “prácticas que de ellas se derivan”. Esto nos da la pauta de que la evaluación judicial se extiende no solo a la política pública en sí misma y a la norma jurídica que le da sustento, sino también a lo que ocurre *posteriori* de su creación y diseño; de esta manera quedan sujetas a la evaluación judicial las situaciones de hecho generadas por su implementación concreta, con

consecuencias que pueden o no haber sido previstas en la norma o en el diseño original de las políticas. Por último, considero relevante resaltar que este análisis de las políticas y sus consecuencias tienen un punto focal de atención que está expresamente determinado por la Corte, y es la manera en que impactan en los “grupos desventajados”. Es decir que no se evalúan las consecuencias de una política en toda la comunidad por igual, sino que se presta especial atención a los impactos que puedan o no tener sobre los grupos más desventajados, ya que se entiende que son éstos los que requieren ser beneficiados por medidas de acción positiva del Estado para poder ejercer plenamente sus derechos y lograr una igualdad real de oportunidades.

Una vez construidas estas nociones de igualdad y sus diferentes alcances, la Corte avanza en explicar la manera en cómo impactan estos criterios en la operatoria técnica y jurídica del control judicial. Así, en el considerando 19° de la sentencia explica que la búsqueda de la igualdad real “conlleva la utilización de criterios de control de constitucionalidad más estrictos que aquel generalmente utilizado para evaluar los casos desde el enfoque tradicional de la igualdad.” Aclara entonces que en ese enfoque tradicional de la igualdad formal, para definir si una diferencia de trato es ilegítima se analiza su “mera razonabilidad”, es decir, si la distinción persigue fines legítimos y constituye un medio adecuado para alcanzar esos fines.

Sin embargo, sostiene la Corte Suprema que “cuando las diferencias de trato que surgen de las normas están basadas en categorías ‘específicamente prohibidas’ o ‘sospechosas’ corresponde aplicar un examen más riguroso, que parte de una presunción de invalidez” (consid. 19°) Estas categorías de diferenciación, que *a priori* están sospechadas de ser irrazonables e ilegítimas, tienen un efecto procesal importante: generan una inversión de la carga de la prueba, siendo el demandado

(que sería el Estado en el caso de las políticas públicas) el encargado de probar que no es una diferencia de trato ilegítima, debiendo acreditar, además, “que la diferencia de trato se encuentra justificada por ser el medio menos restrictivo para cumplir un fin sustancial”. En este contexto, agrega la Corte Suprema que:

“El fundamento de la doctrina de las categorías sospechosas es revertir la situación de desventaja en la que se encuentran los miembros de ciertos grupos para ejercitar con plenitud los derechos reconocidos en el ordenamiento jurídico en razón de muy variadas circunstancias como, por ejemplo, razones sociales, étnicas, culturales, religiosas, entre otras” (consid. 19°, último párr.).

Lo interesante de las “categorías sospechosas”, tal como las utiliza la Corte Suprema, es que habilitan un análisis que va más allá de la política pública en sí misma o la norma que la dispone, sino que exige un análisis contextual más amplio para identificar las “situaciones de desventaja” que puedan tener determinados individuos o grupos en una comunidad, por las más variadas razones. Esta indagación más en profundidad que posibilitan las categorías sospechosas permite identificar situaciones de desigualdad o tratos discriminatorios allí donde, en apariencia, no existen. Explica el máximo tribunal en el considerando 20° que hay normas que en su literalidad aparecen como neutras porque no distinguen entre grupos para dar o quitar derechos a algunos y no a otros, pero sin embargo, puede que “la norma –aplicada en un contexto social– produzca un impacto desproporcionado en un grupo determinado. Esto es, ‘leyes, políticas o prácticas en apariencia neutras’ causantes de una ‘discriminación sistémica (...) que genera desventajas comparativas para algunos grupos y privilegios para otros’”, expresa la Corte, citando a la Observación General 20 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Para comprobar la existencia de estas desventajas comparativas por el impacto

desmedido de una medida o política sobre los miembros de un grupo, será necesario “comprobar la manera en que dicha norma se ha implementado. En otros términos, la disposición puesta en crisis por la existencia prima facie de discriminación justifica que el tribunal analice los efectos que su aplicación ha generado en la realidad” (consid. 21°). En caso de verificarse ese efecto de la desigualdad, el Estado debe justificar la necesidad de los efectos desproporcionados que causa la disposición, y en caso de no poder justificarlos, la norma aparentemente neutra resultará inconstitucional por afectar el principio de igualdad y no discriminación.

Aplicando este estándar interpretativo al caso concreto, es decir al análisis de la política educativa de la Provincia de Salta y la norma que la dispone, entendió la Corte Suprema que la ley de educación provincial contenía un texto “en apariencia neutral”, porque no surgía del mismo preferencia de ningún culto sobre otro. Sin embargo, el contexto social en el que se aplica la norma es el de una población mayoritariamente católica, y en la práctica ningún otro credo que el mayoritario se enseñaba en las aulas, causando la aplicación de esta política un efecto desproporcionado hacia grupos religiosos minoritarios por el trato desigual. Además, la exigencia de que las familias presenten una nota explicitando el tipo de formación religiosa que deseaban para sus niños, o la falta de consentimiento para que la reciban, resultaba violatorio del derecho a la intimidad de los niños y de sus familias, que se veían obligados a expresar sus preferencias religiosas en documentación que integraba el legajo de cada alumno.

Concluyó la Corte que en el sistema educativo público de la Provincia de Salta, existen “patrones sistemáticos de trato desigualitario” hacia grupos religiosos minoritarios y hacia los no creyentes, lo cual “ha generado un tratamiento preferencial hacia las personas que profesan el culto mayoritario, sin que la Provincia de Salta

haya justificado de manera alguna la necesidad de la política de educación religiosa que implementa” (consid. 26).

Lo interesante es destacar cómo detrás de una política en apariencia neutral – porque la formación religiosa se daba “atendiendo a la creencia de los padres y tutores quienes deciden sobre la participación de sus hijos o pupilos”– en la práctica se daban efectos discriminatorios, violando el principio de igualdad, ya que contribuía a aumentar “la situación de desventaja en que se encuentran los grupos religiosos minoritarios y los no creyentes”. En términos del ciclo vital de las políticas públicas, podemos observar entonces, que la intervención judicial se hace presente claramente en la etapa de la evaluación de la política pública, a partir de los efectos que ella genera en el contexto donde es aplicada.

vi- Caso “González Victorica” (2018)⁴⁶

En esta causa judicial se discutía la constitucionalidad de normas impositivas que restringían el acceso a franquicias fiscales para la importación de automóviles destinados a personas con discapacidad en función de la capacidad económica del grupo familiar del solicitante. Fundada en estas normas, la AFIP había rechazado la autorización solicitada por una persona con discapacidad para comprar un vehículo importado bajo el régimen de franquicia con el argumento de que su grupo familiar tenía una capacidad económica que superaba los límites establecidos en la normativa vigente.

Para resolver esta cuestión, los jueces Highton de Nolasco y Rosatti hicieron

⁴⁶ Causa " González Victorica, Matías y otros c/ EN - AFIP DGI - dto. 1313/93 s/ proceso de conocimiento "(CAF 20217/2005/CS1)

suyas las consideraciones vertidas por el Procurador Fiscal en su dictamen previo⁴⁷ – pasando entonces a integrar la sentencia– con un desarrollo conceptual muy atinente a nuestro objeto de estudio. En efecto, el Procurador Fiscal trajo a colación jurisprudencia de la Corte Suprema para evaluar las normas en discusión, recordando que:

“el Poder Legislativo cuenta con un amplio margen para diseñar una política tendiente a implementar el deber constitucional de facilitar el acceso a tecnologías y ayudas para la movilidad de calidad a un costo asequible. Las distintas alternativas escogidas con dicha finalidad constituyen una cuestión de mérito o conveniencia, por su naturaleza, ajena al examen de constitucionalidad (Fallos: 313:410, "Cook", considerando 7°)” (apartado V del dictamen).

Luego de reseñar este límite fundamental que tiene el Poder Judicial en la etapa de elaboración y elección de alternativas de una política pública, prosigue estableciendo en el párrafo siguiente que sí corresponde al control judicial examinar si determinado trato desigual previsto en una norma vulnera el derecho a la igualdad previsto en el artículo 16 de la Constitución Nacional. En este contexto, expresa el dictamen que cuando la norma establece distinciones dentro de un grupo especialmente protegido por la Constitución Nacional, “corresponde a los jueces realizar un examen cuidadoso del fundamento invocado para justificar esas diferencias de trato”. En este sentido, si esa distinción genera que algunos integrantes del grupo sean injustificadamente excluidos, se desnaturaliza la finalidad protectoria prevista en la Constitución. Finalmente, el Procurador Fiscal conceptualiza a la igualdad siguiendo jurisprudencia de la Corte Suprema, al señalar que:

⁴⁷ Los dictámenes de la Procuración que son previos a las sentencias pueden encontrarse también en el repositorio de la página web de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en la sección de “Fallos Completos”. Ver <https://sj.csjn.gov.ar/homeSJ/>

“el principio de igualdad no implica en todos los casos un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica. En consecuencia, la diferencia de trato debe sustentarse en la relación entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad perseguida” (Fallos: 330:3853, "Reyes Aguilera", voto del ministro Maqueda, considerando 8°) (ap V, párr. 4°).

Se advierte en estos pasajes cómo se complementan el principio general de deferencia frente a los decisores de las políticas públicas, junto a la evaluación judicial de las mismas bajo el prisma del principio de la igualdad, la razonabilidad y la no desnaturalización de los derechos. En efecto, luego de reconocer el límite de no intervenir frente a la opción de política pública diseñada por el Estado, el Poder Judicial sí analiza cuando en esa política pública existe un “trato desigual”, el cual no es objetado a priori, sino que exige “un examen cuidadoso del fundamento invocado para justificar estas diferencias de trato”, con el fin de evitar que la finalidad de los derechos se “desnaturalice”.

Utilizando este marco conceptual, el Procurador Fiscal llega a una primera conclusión –que los jueces de la Corte Suprema hacen propia– de que el trato desigual contenido en la norma analizada no es inconstitucional. Ello es así porque la normativa internacional en esta materia impone al Estado la obligación de “facilitar” el acceso a bienes como la movilidad para personas con discapacidad “a un costo asequible”, lo cual habilita al Estado a ponderar las dificultades y posibilidades económicas de cada persona, y paliar los obstáculos económicos en función de las distintas situaciones. Por ende, concluye que la distinción que realiza la política analizada “encuentra una justificación objetiva, fundada y razonable pues la norma tiene en cuenta que el bien resulta asequible para las personas que superan la capacidad económica prevista

dado que pueden acceder a un automóvil con ciertos dispositivos sin la ayuda fiscal complementaria” (ap. V, párr. 9°).

Sin embargo, la política analizada también establecía como criterio de trato desigual la ponderación de la situación patrimonial de la familia de la persona con discapacidad, siendo éste el criterio utilizado para denegar la solicitud en el caso particular. Sobre ello, el Procurador entiende que este no es un criterio adecuado ya que sobre la familia no existe una obligación legal que le exija contribuir en la adquisición del vehículo, sino que su aporte es siempre voluntario y en potencia. Por ende, concluye que “no se trata de un indicador objetivo y fehaciente para verificar la efectiva capacidad económica de la persona interesada, sino que es un indicador equívoco que puede llevar a soluciones injustas que contradicen la finalidad protectoria de la norma” (ap. VI, párr. 5°), razón por la cual ratifica la inconstitucionalidad de la norma. Esta conclusión es compartida por los jueces Rosatti y Highton de Nolasco, haciéndola entonces una decisión de la Corte Suprema.

Podemos advertir que, en este caso, el impacto de la evaluación judicial se produce en la etapa de la elaboración de la política pública analizada, puesto que la selección de las alternativas de solución al problema público conlleva, al mismo tiempo, la elección de los criterios de distinción que se aplicarán al universo de beneficiarios de la medida. Por ende, al considerarse que esos criterios de distinción no son objetivos ni fehacientes, la política queda invalidada en ese punto, siendo necesaria su reelaboración a partir de nuevos indicadores para que cumplan con su finalidad protectoria.

Si bien los jueces Lorenzetti y Maqueda llegan a la misma conclusión final expuesta precedentemente, lo hacen “por su voto”, es decir, argumentando de manera diferente a lo hecho por sus colegas. En el voto de estos jueces encontramos

expresados otros criterios interpretativos para evaluar políticas públicas que resulta de utilidad analizar. El primero de ellos lo encontramos en el considerando 3º, donde los jueces expresan lo siguiente:

“esta Corte ha señalado que un principio de justicia que goza de amplio consenso es aquel que manda desarrollar las libertades y los 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, principios que ha recibido nuestra Constitución Nacional, al establecer la regla de la igualdad (art. 16) y justificar la distribución diferenciada a través de medidas de acción positiva destinadas a garantizar la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce de los derechos reconocidos por la Carta Magna y los tratados internacionales sobre derechos humanos, en particular, en lo que aquí interesa, respecto de los niños y las personas con discapacidad”.

Queda aquí ratificada la concepción que tiene la Corte sobre el principio de justicia y su relación frente a las libertades y derechos individuales –que deben ser potenciados hasta el máximo nivel posible– y también frente a la “distribución” de los mismos, donde el criterio general debe ser la igualdad entre los sujetos de una misma comunidad, complementado por “desigualdades excepcionales” para los grupos menos favorecidos, con medidas de acción positivas (las cuales se instrumentan a través de políticas públicas) para garantizar la igualdad real de oportunidades. Esta formulación del principio de justicia abrevia en la teoría de la justicia de John Rawls – tal como lo vimos en el caso Q.C.S.Y.– y aborda específicamente la dinámica que se da entre las nociones de justicia, igualdad y desigualdad a la hora de evaluar políticas

públicas.

En el considerando siguiente, los jueces completan esta idea, recordando el principio general de que no corresponde al Poder Judicial decidir qué medidas o políticas son más oportunas, convenientes o eficaces para lograr un objetivo, pero sí “Le compete a este examinar la razonabilidad de aquellas decisiones y establecer si son susceptibles de reproche con base constitucional cuando los medios que arbitran no se adecuan a los fines cuya realización procuran o cuando consagran una manifiesta iniquidad (art. 28 de la Constitución Nacional y Fallos: 248:800; 256:241 y sus citas; 313:410; 327:3597; 334:516, entre otros)”. Al igual que en el caso “Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires”, la Corte Suprema menciona a la razonabilidad como el elemento habilitador de la intervención judicial frente a una política pública, y pareciera distinguir dos tipos de subespecies de la irrazonabilidad: la falta de adecuación entre medios-fines, y la iniquidad manifiesta. Reiteramos los argumentos explicitados en oportunidad de analizar aquel fallo, en el sentido de que por razones de lógica de funcionamiento la iniquidad manifiesta no podría ser considerada una subespecie de la irrazonabilidad, sino más bien un criterio de interpretación autónomo ligado a la “desigualdad extrema”, siendo luego necesario recurrir al examen de razonabilidad para determinar si esta desigualdad es extrema o no, a partir de la razonabilidad intrínseca de los criterios de distinción que la generan.

A renglón seguido, en este caso Gonzalez Victorica los jueces Lorenzetti y Maqueda expresan un claro mensaje a los órganos encargados del diseño de políticas públicas. En efecto, sostienen que:

“La razonabilidad, en casos como el que se examina, significa además que, sin perjuicio de las decisiones discrecionales, **quienes deciden políticas públicas** deben tender a garantizar medidas de diferenciación positiva que apunten a la

finalidad tuitiva de aquellos sectores que se hallan en situación de vulnerabilidad” (consid. 4º, el énfasis es agregado).

Destacamos especialmente este fragmento porque, en primer lugar, se relaciona de manera directa un criterio de interpretación utilizado en la resolución de fallos, con un criterio que deben tener en cuenta los decisores de políticas públicas a futuro, más allá del caso concreto y para cualquier tipo de políticas públicas. Es decir que el principio de razonabilidad, que no tiene una conceptualización en normas positivas sino en jurisprudencia de la Corte, debe ser un criterio a seguir por los poderes legislativo y ejecutivo que deciden políticas públicas. Para cumplir esta manda, y –reitero– ante la falta de definición legal del principio de razonabilidad, resulta necesario para estos órganos políticos conocer cuál es la noción de razonabilidad que utiliza la Corte y cómo opera jurídicamente, para así poder diseñar políticas públicas acordes a ese marco conceptual fuera del cual podrían ser tachadas de inconstitucionales.

En segundo lugar, destacamos el fragmento precitado porque la Corte Suprema explicita un mandato claro sobre los sectores que se hallan en situación de vulnerabilidad: las políticas públicas que se decidan para ellos deben “garantizar medidas de diferenciación positiva que apunten a la finalidad tuitiva de aquellos sectores”. Este mandato, que sintetiza lo dicho en fallos anteriores de la Corte y en normas del derecho internacional de derechos humanos, tiene un claro impacto en la desigualdad social, puesto que de verificarse asimetrías o inequidades en un problema público en concreto, los decisores de políticas públicas deben establecer herramientas y medidas diferenciadas para proteger y beneficiar a los sectores en situación de vulnerabilidad, como requisito para que esa política pueda ser considerada razonable.

D) Recapitulación

Los criterios o estándares interpretativos que consolida la Corte Suprema de Justicia de la Nación a través de sus sentencias tienen una gran relevancia política, jurídica y práctica. Ello es así porque en sus fallos se produce una actividad de interpretación y de integración del derecho para resolver casos concretos, utilizando para ello no solo normas constitucionales y legales del país, sino también los tratados internacionales y los principios generales del derecho que son de aplicación a cada caso concreto. Además, estas sentencias constituyen precedentes que deben respetarse en futuros casos a ser resueltos, tanto por ella misma como por todos los tribunales inferiores del país. Y finalmente, los fallos donde se cuestionan políticas públicas constituyen –a nuestro criterio– el punto de intersección más claro y determinante en la dinámica entre las políticas públicas, la desigualdad y el derecho.

En esta breve recapitulación enumeraremos los criterios interpretativos o estándares que identificamos en los fallos analizados de la Corte Suprema, dejando para la conclusión de la presente tesis el análisis sistematizado de los mismos en relación a las dimensiones de la igualdad que hemos desarrollado en capítulos anteriores.

De esta manera, podemos señalar que a la hora de evaluar políticas públicas, son relevantes para la Corte Suprema los siguientes criterios:

- i. **Garantía mínima:** los derechos fundamentales deben ser respetados por las políticas públicas, garantizando una protección mínima de los mismos que se relaciona con la existencia misma de la persona y con su dignidad, especialmente en situaciones de extrema vulnerabilidad. De igual manera, la regulación o afectación que se haga de estos derechos fundamentales nunca puede implicar su desnaturalización o privación de contenido real.

- ii. el **principio pro homine**, por el cual siempre deben preferirse *pautas amplias* para determinar el alcance de los derechos, libertades y garantías, a la vez que impone un obrar *restrictivo* para las limitaciones a estos derechos, libertades y garantías, o para la capacidad de imponerlas. En síntesis, el principio *pro homine* exige escoger el resultado que proteja en mayor medida al ser humano.
- iii. *principios de igualdad democrática* y de **diferencia con finalidad tuitiva** de los sectores excluidos. El primero de los principios manda a los decisores de políticas públicas a 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, mientras que el segundo principio exige introducir *desigualdades excepcionales* con la finalidad de maximizar la porción que corresponde al grupo de los menos favorecidos.
- iv. **principio interpretativo de la justicia social**, al que la Corte Suprema otorga jerarquía constitucional y que exige que las leyes sean interpretadas a favor de quienes al serles aplicadas con este sentido consiguen o tienden a alcanzar el 'bienestar', esto es, las condiciones de vida mediante las cuales es posible a la persona humana desarrollarse conforme a su excelsa dignidad.
- v. **Principio de progresividad**, el cual impone que todas las medidas estatales de carácter regresivo en materia de derechos humanos requieran la consideración “más cuidadosa” y deban “justificarse plenamente”, ya que existe una fuerte presunción contraria a que dichas medidas regresivas sean compatibles con los tratados internacionales de DDHH.
- vi. **principio de igualdad**, el cual tiene diversas facetas y parte del *trato igualitario* entre los individuos y los grupos, aunque no implica una rígida igualdad ya que permite distinciones de trato y diversas clasificaciones siempre que ellas se basen en

diferencias razonables y no en criterios arbitrarios.

- vii. **Iniquidad manifiesta**, la cual funciona como un estándar interpretativo general que invalida una norma o una política cuando se verifica una desigualdad extrema o injustificada, y la forma de determinar si esta desigualdad es extrema o no, está dada por la razonabilidad que deben tener los criterios de distinción que la generan.
- viii. **perspectiva estructural y de contexto social**, como criterios de interpretación necesarios para avanzar hacia la igualdad en sentido material, lo cual exige tener en cuenta el contexto social en el que se aplican las disposiciones, las políticas públicas y las prácticas que de ellas se derivan, y de qué modo impactan en los grupos desaventajados.
- ix. **Principio de razonabilidad**, ya analizado en el capítulo anterior, junto a los subprincipios de adecuación, proporcionalidad en sentido estricto y necesidad. Los primeros dos son utilizados permanentemente por la Corte Suprema para analizar la legitimidad de una desigualdad de trato, mientras que el último subprincipio se utiliza únicamente ante tratos desiguales que estén basados en categorías expresamente prohibidas o sospechosas de inconstitucionalidad.

Capítulo V - Conclusiones

La trascendente importancia que tienen las políticas públicas en el desarrollo de una comunidad; los complejos desafíos que plantea la desigualdad en términos políticos, económicos y sociales; y el impacto cada vez más determinante que tiene el Poder Judicial en la agenda pública de la sociedad, han sido las razones principales para realizar este trabajo de investigación. Cada uno de estos tres temas tiene su propio campo de conocimiento, sus estudios y análisis, no obstante lo cual advertimos una marcada carencia de investigaciones o abordajes sobre la interrelación entre ellos.

Partimos de la premisa de que el punto de contacto más relevante entre estos universos que parecen no dialogar entre sí, se produce en el momento en que el Poder Judicial realiza el control sobre políticas públicas que son traídas a su consideración. En este ámbito, nos planteamos como objetivo central el identificar y analizar el rol de la desigualdad social en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación tomando en cuenta el período temporal 2005-2023, a partir de nuestra hipótesis de que la desigualdad social constituye un criterio relevante a la hora de evaluar políticas públicas y que esa actividad evaluatoria se realiza con límites poco definidos y precisos, generando tensiones con los otros poderes políticos del Estado en el marco del principio republicano de la división de poderes.

Esta premisa inicial resultó acertada, puesto que efectivamente encontramos sentencias donde políticas públicas fueron sometidas al control judicial, con los debates y tensiones que esto genera a nivel político, jurídico e institucional, y allí también encontramos respuestas sobre la conceptualización y el rol que cumple la desigualdad social en ese marco.

La tarea investigativa no ha resultado sencilla, puesto que en la mayoría de los casos las respuestas a nuestros interrogantes no se presentaron de manera evidente o expresa. Por el contrario, ha sido necesario correr al menos tres “velos” para dar con los hallazgos que buscábamos: primero, identificar políticas públicas siendo evaluadas en fallos donde no se mencionaba expresamente ni a ellas ni a la actividad evaluatoria; luego descubrir y analizar dimensiones de la desigualdad donde solo se desarrollaba el principio de igualdad; y finalmente comprender el rol que la desigualdad tiene para la Corte Suprema en estos casos, utilizando métodos lógicos, gramaticales y sistémicos de interpretación.

Con respecto al primer “velo”, advertimos que en la mayoría de las sentencias de la Corte Suprema que analizamos lo que aparece como evaluada son “decisiones” o “medidas” o bien la constitucionalidad de una ley o de un decreto, sin explicitarse necesariamente que se está evaluando una política pública. No obstante ello, en esos mismos fallos fue posible identificar la existencia de una política pública a partir de su noción como comportamiento propositivo, intencional y planeado que contempla objetivos, medios, fines, actores y recursos para resolver una cuestión considerada como un problema público, a través de la decisión de una autoridad legítima y conforme los procedimientos legalmente establecidos (Villanueva, 1996). Al mismo tiempo, nos fue posible identificar el impacto que generaba la intervención judicial en alguna de las etapas del ciclo vital de las políticas públicas, tomando la clasificación iniciación, elaboración, implantación y evaluación/sucesión que reseña Vallès (2007).

Asumir que el Poder Judicial “evalúa políticas públicas” no es una afirmación menor, puesto que es un fenómeno no contemplado ni abordado desde la teoría de las políticas públicas. En efecto, desde este campo de conocimiento se hace referencia primordialmente a la evaluación que realizan los organismos

gubernamentales (internos o externos) a los fines de mejorar la toma de decisiones y la efectividad de las políticas públicas. Así, la evaluación que realiza el poder judicial no aparece incluida en la teoría de las políticas públicas, y sin embargo, con sus propios métodos y finalidades, es la actividad valorativa más determinante que puede recaer sobre ellas. Esto es así porque su resultado, al estar incluido en una sentencia judicial, es vinculante y de cumplimiento obligatorio, a diferencia de la evaluación que realizan los propios órganos gubernamentales.

Ante esta situación, debimos enfatizar en la relación que tienen las políticas públicas y el Derecho, la cual se expresa en al menos tres dimensiones. La primera, a través de las normas jurídicas que estructuran todo accionar estatal –y por ende a toda política pública–, tanto en la competencia para actuar del organismo decisor como en el procedimiento para su implementación, lo cual es consecuencia del principio de juridicidad que rige al Estado y del principio de especialidad de las personas jurídicas, las cuales pueden obrar únicamente guiadas por habilitaciones normativas y dentro de su competencia específica, a diferencia del principio de libertad que rige para las personas físicas.

La segunda dimensión está dada por los derechos sustanciales en sí mismos, tanto los de jerarquía legal como especialmente los de jerarquía constitucional y convencional. Toda política pública está destinada a satisfacer determinados derechos de individuos o de una comunidad (por ejemplo, derecho a la educación, a la salud, a la vivienda, a la cultura, etc.) y el nivel de satisfacción de los mismos puede ser controvertido o evaluado judicialmente. Al mismo tiempo, garantizar el efectivo goce de algún derecho puede significar la restricción de otros derechos de individuos o grupos distintos, requiriéndose entonces un equilibrio y armonización jurídica que es revisable por el poder judicial. Finalmente existe la dimensión de los valores del

Derecho y sus principios generales, como la justicia, el bien común, la dignidad humana, que constituyen fundamento final tanto de las normas jurídicas como de las políticas públicas, a la vez que opera como pautas de interpretación y aplicación del derecho para el Poder Judicial a la hora de dirimir controversias. Por este motivo, también puede estar sujeto a revisión judicial el cumplimiento o apartamiento del accionar estatal con relación a estos valores y principios generales. Estas diferentes dimensiones de la relación entre el Derecho y las políticas públicas son las que habilitan la intervención del Poder Judicial sobre éstas, brindándole un marco de acción y haciendo viable la actividad evaluativa.

Esta actividad judicial sobre las políticas públicas es cada vez más frecuente a partir de los mecanismos procesales y los derechos incorporados en la reforma constitucional de 1994, así como por el creciente fenómeno de la judicialización de política. No obstante ello, estamos frente a una cuestión de alta sensibilidad institucional puesto que pone en tensión los principios básicos sobre los que se asientan tanto la división de poderes de un estado republicano como la legitimidad democrática de las decisiones que afectan a toda una comunidad. A ello deben sumarse las limitaciones procesales y técnicas que tiene el Poder Judicial, por diseño institucional, y que no pueden soslayarse al momento de analizar una política pública en su integralidad.

Estas complejidades hicieron necesario avanzar, como un objetivo secundario, en el conocimiento de los límites que tiene el Poder Judicial a la hora de intervenir en estos ámbitos, y para ello resulta fundamental indagar cómo esos límites han operado en la práctica, analizando la jurisprudencia de la Corte Suprema en la que se realizó el control judicial de políticas públicas. Sobre este punto, el máximo tribunal nacional ha sentado un principio general de “no injerencia” frente a las cuestiones de

oportunidad, mérito y conveniencia de los organismos decisores de políticas públicas, lo cual es coherente con las funciones que la Constitución Nacional asigna a cada poder del Estado. Aclara también la Corte Suprema que no puede imponer estrategias específicas sino que ella “fija pautas y establece estándares jurídicos” a partir de las cuales las políticas se elaboran (fallo “Verbitsky”).

Esta limitación fue interpretada de manera más laxa por el máximo tribunal cuando avanzó hacia un rol más activo en el control –e incluso en la implementación– de una política pública, como ocurrió con el caso “Mendoza”, donde los objetivos y el plan de acción dispuestos por la Corte Suprema en materia ambiental se asemejó mucho más al diseño de una política integral antes que a una mera fijación de criterios generales. Si bien aclaró posteriormente la Corte que este rol activo no puede significar “arbitrar, sin más, una suerte de régimen general sustitutivo” (fallo “García Méndez”), también expresó que para solucionar problemas complejos también puede resultar necesario exigir la adopción de “conductas positivas de realizar reformas sistémicas” (fallo “Gutiérrez”).

Queda así en evidencia que los límites y modalidades con los que la Corte Suprema ha intervenido en la evaluación de políticas públicas ha variado a lo largo del tiempo. Si bien existe un criterio general de deferencia y no intervención en cuestiones que deciden los órganos políticos, los límites de esa injerencia luego son difusos a partir del criterio que aplique la Corte Suprema en los casos concretos. Esta misma situación se pone en evidencia cuando el máximo tribunal reconoce que “valora y limita” políticas públicas –superponiéndose esta actividad con la “evaluación de políticas públicas” propiamente dicha–, aclarando que solo lo hace cuando considera que una política es lesiva de derechos, “en su respectivo ámbito de competencia y con la prudencia debida en cada caso” (causa “Verbitsky”).

A modo de conclusión de este primer punto, considero que el margen tan indefinido de prudencia judicial que queda al arbitrio de la Corte Suprema para definir sus límites de actuación frente a las políticas públicas genera un escenario de excesiva incertidumbre y tensión en una temática sensible en términos políticos e institucionales. El máximo tribunal da cuenta de ese punto crítico, reconociendo que “la misión más delicada de la justicia es la de saberse mantener dentro del ámbito de su jurisdicción, sin menoscabar las funciones que le incumben a los otros poderes” (causa “C.E.P.I.S.”), por eso la declaración de inconstitucionalidad debe ser un recurso de *ultima ratio* (causa “Arriola”). Claramente es demasiado poder para límites tan imprecisos. En efecto, al controlar judicialmente una política pública la Corte Suprema se arroga una facultad extraordinaria y superior respecto de las competencias de los Poderes Legislativos y Ejecutivo, que son los legitimados democráticamente para decidir las medidas que afectan a toda la comunidad, y que solo entendemos como plenamente compatible con los principios de nuestro sistema institucional si los límites de esa facultad son claros y firmes. Sin embargo, en algunos fallos se expresa un criterio general restringido de esta facultad judicial acorde con el diseño orgánico que prevé la Constitución, mientras que en otros fallos esas pautas se van interpretando de manera más laxa, dando lugar a tensiones con los principios básicos de un sistema de gobierno republicano y democrático como el previsto en el artículo 1° de la Constitución Nacional.

El segundo “velo” que tuvimos que descubrir fue el de identificar y analizar dimensiones de la desigualdad donde solo se desarrollaba y aplicaba el principio de igualdad.

Elegimos investigar sobre la desigualdad porque la consideramos uno de los principales desafíos políticos, económicos y sociales que tiene la humanidad,

especialmente en nuestro continente, donde la desigualdad alcanza niveles muy superiores a la media mundial (Amarante, Galván & Mancero, 2016). Desde una perspectiva histórica, la desigualdad económica aumentó sustancialmente entre las naciones del mundo hasta principios del siglo pasado, y a fines del mismo comenzó a revertirse, aunque con la particularidad de que el crecimiento de la desigualdad en la distribución de los ingresos empezó a acentuarse dentro de los límites de cada Estado (Milanovic 2017). La creciente desigualdad en una comunidad no solo dificulta su desarrollo integral y sustentable, sino que pone en riesgo la cohesión social y fomenta el discurso de la antipolítica. Sin embargo, el pasado reciente indica que justamente un Estado activo con capacidad de actuación eficiente y políticas integrales puede mitigar estos efectos nocivos, generando las condiciones para una distribución más equitativa de los recursos y goce de los derechos, lo cual constituye un imperativo derivado del principio de justicia.

Es precisamente en este marco –el de la justicia– donde aparece desarrollado el principio de la igualdad en sus distintas dimensiones, y de este mismo desarrollo podemos extraer la conceptualización de la desigualdad, al ser ambas las caras antagónicas de una misma moneda. Así como la injusticia es la contracara de la justicia, también la desigualdad es la contracara de la igualdad, y al analizar o delimitar a uno, necesariamente estamos analizando y delimitando al otro. Por ende, cada vez que el principio de igualdad es utilizado por la Corte Suprema de Justicia en sus sentencias, nos brinda a oportunidad de indagar –a *contrario sensu*– el sentido y los límites de la desigualdad.

Desde el punto de vista jurídico, la igualdad es un principio básico del Derecho y tiene una dimensión formal (relacionada con la igualdad de los hombres ante la ley) y una material (relacionada con el bienestar integral de las personas en comunidad), tal

como lo desarrollamos en el capítulo III. Ambas dimensiones del principio de igualdad tienen relación con las políticas públicas, puesto que ellas implican un comportamiento planificado e intencional del Estado que busca resolver un problema público, y esa acción podría implicar un tratamiento igualitario de los individuos o grupos en consonancia con la igualdad en sentido formal, o bien podrían significar un tratamiento desigual mediante acciones positivas en beneficio de grupos desaventajados en búsqueda de una mayor igualdad de hecho o material. Ambas situaciones están eventualmente sujetas a la revisión del Poder Judicial, y es justamente aquí, en las controversias donde se cuestionan políticas públicas, donde encontramos el punto de intersección más claro y determinante en la dinámica entre políticas públicas, la desigualdad y el derecho. Por ende, analizar de manera sistémica e integral los fallos que han versado sobre esta materia nos ha permitido conocer cómo funciona esta dinámica en la práctica, distinguiendo estándares interpretativos y descubriendo el rol que tiene la desigualdad en esa operación.

Habiendo identificado y analizado los criterios interpretativos utilizados por la Corte Suprema en el capítulo anterior, en esta conclusión quisiera ubicar conceptual y sistémicamente estos estándares a partir de los roles que pudimos identificar que cumple la desigualdad en las causas donde se evalúan políticas públicas. En este marco, y a partir de la investigación de los fallos de la Corte Suprema, hemos podido identificar a la desigualdad en 4 roles diferentes: como principio general negativo, como mandato, como límite, y como marco contextual de interpretación.

Como principio general, la desigualdad es una situación o una diferencia de trato que *a priori* debe ser evitada o mitigada, porque la igualdad aparece como un principio básico del derecho y del accionar estatal, que exige normalmente un trato igualitario de todas las personas frente al derecho y a las políticas públicas (igualdad

en sentido formal). Esto también se refleja en la noción de justicia de Rawls –que la Corte Suprema aplica en sus fallos– sobre la necesidad de una distribución igualitaria de derechos en toda la comunidad en su conjunto, traducido en el *principio de igualdad democrática* a partir del cual los decisores de las políticas públicas deben 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” (causa “Q. C. S. Y.”). Asimismo, estas libertades y derechos serán interpretados de la manera más amplia posible acorde con la protección del ser humano y sus derechos fundamentales, mientras que sus limitaciones serán interpretadas restrictivamente, en virtud del principio *pro homine* (causas “Arriola” y “Asociación de Trabajadores del Estado”). Este principio se complementa con el de *progresividad* en materia de derechos humanos, que hace que toda medida estatal regresiva o restrictiva en esta materia deba justificarse plenamente, por existir una fuerte presunción contraria a su compatibilidad con los tratados internacionales de derechos humanos (causa “Asociación de Trabajadores del Estado”).

Ahora bien, la desigualdad –o trato desigualitario– también aparece **como mandato** para alcanzar una igualdad real entre los miembros o grupos de una comunidad (igualdad en sentido material). En la precitada causa “Q. C. S. Y.”, la Corte Suprema complementa la igualdad democrática con el *principio de diferencia con finalidad tuitiva*, que exige a los decisores de políticas públicas “introducir desigualdades excepcionales con la finalidad de maximizar la porción que corresponde al grupo de los menos favorecidos”. En el mismo sentido avanza en la causa “Gonzalez Victorica”, introduciendo además el principio de la razonabilidad, al señalar que ésta exige que “quienes deciden políticas públicas deben tender a garantizar medidas de diferenciación positiva que apunten a la finalidad tuitiva de

aquellos sectores que se hallan en situación de vulnerabilidad”. Cabe destacar que estas medidas de diferenciación positiva se instrumentan necesariamente a través de políticas públicas, y en este contexto la desigualdad tiene un rol tanto en su etapa de elaboración y diseño (al exigirse un trato desigualitario en favor de grupos desfavorecidos), como en el impacto que ellas generan en la etapa de implementación, puesto que, al favorecer a los grupos más vulnerables, tienen como inexorable consecuencia la mitigación la desigualdad real existente en una comunidad.

Ahora bien, en la jurisprudencia de la Corte Suprema la desigualdad también aparece **como un límite** en un doble sentido, aludiendo tanto a los estándares de la garantía mínima como a la iniquidad manifiesta.

En efecto, cuando una situación de desigualdad pone en riesgo la *garantía mínima* de los derechos fundamentales de una persona o grupo de personas atentando contra su dignidad o existencia como tal (causa “Q. C. S. Y.”), este contenido mínimo debe ser protegido y garantizado por las políticas públicas. Es decir que frente a una desigualdad tal que genera una situación de extrema vulnerabilidad de las personas, surge una obligación de los poderes públicos de actuar para cubrir “las necesidades mínimas de los sectores más desprotegidos”. Esto implica una toma de posición por parte de la Corte Suprema de Justicia en la discusión sobre los alcances de la igualdad material, siendo necesario en este caso garantizar resultados (no solo oportunidades) que se traducen en el ejercicio y goce efectivo de derechos fundamentales mínimos (como la alimentación, vivienda, salud, educación, etc.) que hacen a la existencia de la persona y su condición de tal.

Además, aclara la Corte que frente a esta garantía mínima no pueden alegarse razones presupuestarias para su incumplimiento puesto que el Estado al distribuir sus

recursos, “no puede dejar de considerar los principios de justicia social y protección de los derechos humanos que surgen de la Ley Fundamental” (voto del juez Petracchi en causa “Q. C. S. Y.”, receptado luego en causa “Gonzalez Victorica”). Este principio de *justicia social* tiene jerarquía constitucional y se traduce en el criterio hermenéutico de *in dubio pro justitia socialis* que manda que las leyes sean interpretadas a favor de quienes, al serles aplicadas con este sentido, consiguen o tienden a alcanzar el 'bienestar', esto es, las condiciones de vida mediante las cuales es posible a la persona humana desarrollarse conforme a su excelsa dignidad (remisión a causas “Aquino” y “Madorrán”).

Por otro lado, la desigualdad también aparece como límite bajo el concepto de *iniquidad manifiesta*, no ya considerando una situación externa a la norma o política en cuestión, sino observando su razonabilidad interna y los impactos que produce. Señala la Corte Suprema que el principio de igualdad permite distinciones de trato y clasificación siempre que ellas se basen en diferencias razonables y no criterios arbitrarios, siendo esas políticas o normas irrazonables cuando “los medios que arbitran no se adecuan a los fines cuya realización procuran o cuando consagran una manifiesta iniquidad” (causa “Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires”). Este criterio de la manifiesta iniquidad es un elemento central en nuestro objeto de estudio, puesto que aplicando métodos de interpretación propios de las ciencias jurídicas, podemos descubrir un rol sustancial que cumple la desigualdad en el control judicial de las políticas públicas.

En efecto, si bien la iniquidad es considerada como una valoración ética de la injusticia por parte de la Real Academia Española, en los fallos de la Corte Suprema aparece utilizada en un contexto de desigualdad extrema o injustificada entre distintas personas o grupos. En el fallo “Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires”

aparecería la iniquidad (o desigualdad extrema) como una subespecie de la irrazonabilidad de una norma, lo cual plantea problemas lógicos y ontológicos puesto que la desigualdad es un concepto relacional (que comprara dos entes diferentes) mientras que la razonabilidad se basta a sí misma, sin requerir comparaciones. Por ende, armonizando estos conceptos a partir de una interpretación sistémica, lógica e histórica, podríamos aseverar que la iniquidad manifiesta no es una subespecie o modalidad de la irrazonabilidad, sino que el estándar interpretativo general debería partir de esta noción de iniquidad manifiesta o desigualdad extrema, y que la forma de determinar si esta desigualdad es extrema o no, está dada por la razonabilidad que deben tener los criterios internos de distinción que la generan. En términos prácticos, esto significa que si una norma o una política pública contienen distinciones que generan una desigualdad extrema, esa norma o política pública será invalidada en sede judicial salvo que pueda demostrarse la razonabilidad de las distinciones que ella contiene.

Cabe recordar, sobre este punto de la razonabilidad, que la misma es un principio o estándar clave para la Corte Suprema a la hora de evaluar políticas públicas. A partir de una construcción conceptual doctrinaria y jurisprudencial, se considera al *principio de razonabilidad* como integrado por tres subprincipios o juicios, que son el de adecuación o idoneidad; el de necesidad; y el de proporcionalidad en sentido estricto. El *juicio de adecuación* implica un examen de la idoneidad o aptitud de una norma jurídica para alcanzar la finalidad perseguida durante su dictado; es decir contiene un examen de “medio-fin”. El *juicio de necesidad*, por su parte, implica valorar si la medida elegida es la menos gravosa posible sobre los derechos afectados o si existe otra que sea menos restrictiva y al mismo tiempo sea susceptible de alcanzar la finalidad perseguida con igual eficacia; al implicar esto una valoración

sobre la oportunidad, mérito o conveniencia de una política, es un subprincipio que – con buen criterio– la Corte Suprema normalmente no aplica. Y finalmente, el tercer subprincipio es el de proporcionalidad, o *juicio de proporcionalidad en sentido estricto*, el cual implica una ponderación de los costos y beneficios de una norma, es decir, una comparación balanceando si las restricciones impuestas a los ciudadanos por los medios elegidos son compensadas por los beneficios que significaría la aplicación de la política pública en cuestión. En nuestro país, la Corte Suprema matiza este subprincipio para evitar una concepción puramente utilitarista de los derechos fundamentales, aclarando que las restricciones que una política impone nunca deben afectar los contenidos esenciales de los derechos fundamentales, es decir, no pueden ser *desnaturalizados* o privados de su contenido real.

Finalmente, identificamos a la desigualdad **como marco contextual de interpretación** que utiliza la Corte Suprema de Justicia a la hora de evaluar los impactos de una determinada política pública. Para ello el máximo tribunal parte nuevamente del principio de igualdad, especialmente en su dimensión material, señalando que el mismo exige una “perspectiva estructural” que tenga en cuenta al individuo en tanto integrante de un grupo, lo cual implica considerar “el contexto social en el que se aplican las disposiciones, las políticas públicas y las prácticas que de ellas se derivan, y de qué modo impacta e los grupos desaventajados” (causa “Castillo”). La desigualdad aquí es relevante tanto en un plano externo como interno de la política pública. Por un lado, el criterio de la *perspectiva estructural y de contexto social* que sostiene la Corte Suprema requiere de un análisis sobre las circunstancias fácticas y situaciones contextuales que son ajenas o externas a la política pública, pero sobre las cuales ella va a incidir, especialmente en las relaciones asimétricas o inequitativas que puedan verificarse con un “individuo en tanto integrante de un

grupo”, o bien del grupo en tanto integrante de una comunidad. Por otro lado, el plano interno está dado por el diseño que deberá tener la política pública a partir de su objetivo final, el cual necesariamente debe contemplar esas relaciones de desigualdad preexistentes, ya que la Corte Suprema exige examinar especialmente “de qué modo impacta en los grupos más desaventajados”. De esta manera, la desigualdad aparece como un prisma o una mirada que permitirá valorar el nivel de alineamiento y aporte de una política pública al principio de igualdad en sentido material, tanto desde el análisis de la realidad sobre la cual va a incidir, como del diseño e impacto efectivo que la política pública tenga sobre esa realidad.

Además, este estándar interpretativo tiene consecuencias en el proceso técnico jurídico de la evaluación judicial de una política pública, puesto que si se advierte una situación de desigualdad estructural y se dispone una diferencia de trato utilizando categorías expresamente prohibidas o sospechosas, surge una presunción de invalidez de la política o norma, una inversión de la carga de la prueba y un criterio más riguroso. En este contexto sí se aplicaría el *subprincipio de la necesidad*, debiendo probar el Estado que la diferencia de trato se justifica por ser el medio menos restrictivo para cumplir un fin sustancial. Lo interesante de estas “categorías sospechosas”, tal como las utiliza la Corte Suprema, es que habilita un análisis que va más allá de la política pública en sí misma o la norma que la dispone, sino que exige un análisis contextual más amplio para identificar las “situaciones de desventaja” que puedan tener determinados individuos o grupos en una comunidad, por las más variadas razones (por ejemplo, desigualdades por motivos sociales, étnicos, culturales, religiosos, etc.).

Con esta exposición sistematizada de los hallazgos de nuestra investigación podemos sostener afirmativamente nuestro argumento central de que la Corte

Suprema de Justicia de la Nación considera a la desigualdad social como un criterio relevante a la hora de evaluar políticas públicas, utilizándola en los diferentes roles que hemos expuesto en los párrafos precedentes. Asimismo podemos sostener que esa actividad evaluatoria se realiza con límites poco definidos y precisos, generando tensiones con los otros poderes políticos del Estado en el marco del principio republicano de la división de poderes.

Como cierre de este trabajo de investigación, considero útil pensar en la relación que estos hallazgos pueden tener con las diferentes etapas en el ciclo de las políticas públicas, como pautas que puedan ser útiles para los decisores de las mismas a fin de cumplir con los estándares que utiliza la Corte Suprema en su control judicial, evitando posibles invalidaciones u objeciones legales que impidan a esas políticas públicas cumplir con sus cometidos.

En primer lugar, debemos afirmar que es de capital importancia el conocimiento de la realidad o situación de hecho que configura el problema público a ser resuelto por la política, y que es preexistente a momento de elaboración, elección de alternativa e implementación de esta. Si bien la decisión de no actuar frente a un problema dado es una alternativa para cualquier gobierno que debe priorizar necesidades públicas y cuenta con recursos limitados, lo cierto es que si esa omisión se produce frente a una realidad de desprotección de garantías mínimas de derechos fundamentales, entonces el Poder Judicial podrá objetar esa omisión estatal, exigiendo la urgente implementación de políticas públicas que aborden esa situación, protegiendo a la persona en su existencia y dignidad.

Asimismo, en la etapa de elaboración de cualquier política pública se impone la necesidad de analizar el contexto social en el cual ésta va a impactar, prestando especial atención a la posible existencia de desigualdades estructurales y al impacto

que las políticas puedan tener frente a esa realidad, con especial énfasis en los sectores más desfavorecidos. Es importante considerar este aspecto, porque hemos visto en fallos analizados que una política fuera razonable en su diseño intrínseco y criterios utilizados, pero generó resultados disvaliosos debido a su impacto en el contexto socioeconómico en el que se implementó.

También al momento de analizar alternativas en la etapa de elaboración, deberán considerarse los diferentes grupos que serán alcanzados –o bien serán excluidos– de sus efectos, teniendo en cuenta los principios de justicia y de igualdad. En este sentido, la igualdad de trato debe ser el criterio rector de la actividad estatal y de las políticas públicas, maximizando los derechos y libertades de todos los individuos, como expresión de la igualdad en sentido formal. Ahora bien, el principio de igualdad también exigirá que se trate de manera desigual a los desiguales, con el fin de mitigar las asimetrías y beneficiar a los más desfavorecidos, a quienes deben garantizarles una protección mínima de sus derechos fundamentales a partir de la satisfacción de necesidades básicas. Esto es reflejo de la igualdad en sentido material, y cuando una política pública avance en esta línea, deberá tener especial atención sobre los criterios que utiliza para clasificar o distinguir a los grupos que recibirán un trato diferente. En este punto será fundamental cumplir con el principio de razonabilidad, que implica que los medios que utiliza la política pública sean compatibles con los fines que son perseguidos por la misma, y que las restricciones que pudieran implicar sean proporcionales a los beneficios que se buscan lograr. Solamente en el caso de que nos encontremos ante categorías prohibidas o sospechosas, sobre las que recae una presunción de inconstitucionalidad, será necesario además probar que los medios utilizados por la política pública son los menos gravosos o restrictivos para alcanzar los objetivos de la misma.

Finalmente, en la etapa de evaluación de una política pública sobre los efectos de su implementación, podríamos encontrar que la misma provoca o coadyuva a una iniquidad manifiesta, que en la jurisprudencia de la Corte Suprema se equipara a una desigualdad extrema o injustificada. En este sentido, el trato desigualitario o discriminatorio será considerado extremo, y por ende inválido, si los criterios de clasificación o distinción utilizados por la política pública no son razonables, es decir, no pueden ser justificados a la luz del principio de justicia y de igualdad, tal como lo expusieramos en el desarrollo de la presente tesis. Además, esta evaluación desde ser permanente en la vida de una política pública, puesto que podría ocurrir que en un primer momento sus impactos sean los deseables, pero un cambio en la situación de hecho o realidad contextual puede significar que esas consecuencias ahora sí provoquen una iniquidad manifiesta. En caso de verificarse esta situación de desigualdad extrema en la que contribuye con sus efectos una política pública, se impone una urgente revisión y modificación de la misma por parte de los organismos administrativos competentes, de lo contrario quedará expuesta a ser invalidada judicialmente.

Se evidencia de esta manera la importancia y utilidad que puede tener la identificación de estándares y criterios de interpretación que utiliza la Corte Suprema de Justicia de la Nación en relación a las políticas públicas. Teniendo en cuenta esto, podrían generarse nuevas líneas de investigación donde se indague la relevancia de otros criterios o estándares en la jurisprudencia del máximo tribunal más allá de la desigualdad social. También podrían ampliarse los filtros temáticos y/o los filtros temporales que hemos utilizado en el sistema de búsquedas de la Secretaría de Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, lo cual ampliaría el universo de sentencias a examinar, con la posibilidad cierta que hallar nuevos roles

de la desigualdad social en el marco de la evaluación de políticas públicas, o bien nuevos estándares interpretativos sobre los cuales conceptualizar y analizar. Finalmente, considero que una línea de investigación a futuro con amplia relevancia podría ser la indagación de estos estándares interpretativos en el sistema internacional de derechos humanos, atento a la jerarquía constitucional que tienen numerosos tratados a partir de la reforma constitucional de 1994, los cuales pueden ofrecer valiosos marcos orientativos para la elaboración e implementación de políticas públicas.

La investigación realizada nos permitió hallar respuestas sobre el trascendental y variado rol que cumple la desigualdad social en el control judicial de políticas públicas por parte de la Corte Suprema. Al mismo tiempo, el conocimiento adquirido posibilita la formulación de pautas a considerar por parte de los decisores en las diferentes etapas de las políticas públicas, a fin de afianzar la viabilidad jurídica de las mismas y el cumplimiento de sus objetivos, avanzando así en la construcción de una comunidad más equitativa, donde la justicia social no debe ser solo un imperativo del Derecho, sino también un norte a seguir para la sustentabilidad de cualquier proyecto de desarrollo con inclusión social.

Bibliografía utilizada

- **Abramovich y Pautassi (2010)**. “La medición de derechos en las políticas sociales”, 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Editorial Del Puerto, 2010.
- **Abramovich V. (2009)**. “El rol de la justicia en la articulación de políticas y derechos sociales”, en Revisión Judicial de políticas sociales: estudio de casos, Abramovich y Pautassi comp. 1era edición, CABA, Del Puerto, 2009.
- **Abramovich, V. (2006)**. Una aproximación al enfoque de derechos en las estrategias y políticas de desarrollo. Revista de la CEPAL.
- **Amarante V., Galván M., & Mancero X. (2016)**. Desigualdad en América Latina: una medición global. Revista Cepal, 2016.
- **Bauböck, della Porta, Lago y Ungureanu (2012)**, “¿De las ‘guerras’ metodológicas al pluralismo metodológico?”. Revista Española de Ciencia Política. Nº 29, Julio 2012.
- **Canto Sáenz, Rodolfo (2012)** “Gobernanza y democracia. De vuelta al río turbio de la política”, en Gestión y Política Pública XXI (2) 333-374.
- **Crespo E. y Ghibaudi J. (2017)** “El proceso neoliberal de larga duración y los gobiernos progresistas en América Latina”. En García Delgado, D. y Gradin A. (2017) "El Neoliberalismo Tardío: Teoría y Praxis" Documento de Trabajo Nº 5 - Área Estado y Políticas Públicas - FLACSO Argentina.
- **Didier, M.M. (2012a)**. “El principio de igualdad en las normas jurídicas: estudio de la doctrina de la Corte Suprema de Argentina y su vinculación con los estándares de constitucionalidad de la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos”, 1ra edición, Editorial Marcial Pons, Buenos Aires, Argentina.
- **Didier, M.M. (2012b)**. "La exigibilidad judicial de los derechos sociales básicos: un

- imperativo del principio de igualdad", en Revista Persona y Derecho, Vol. 66, 81-107. Universidad de Navarra. España.
- **Faletto, E. (1989)**, "La especificidad del Estado en América Latina" en Revista de la CEPAL, No 38, agosto de 1989.
 - **Ferrer, A. (2011)**, "Los problemas fundacionales y la densidad nacional", Revista de Ciencias Sociales, Segunda Época, año 3, nº 19, abril de 2011. Universidad Nacional de Quilmes.
 - **Fajnzylber, F. (1992)** "Industrialización en América Latina. De la «caja negra» al «casillero vacío", Nueva Sociedad NRO.118 Marzo- Abril 1992.
 - **García Delgado, D y Ruiz del Ferrier, C (2013)**. "El nuevo paradigma. Algunas reflexiones sobre el cambio epocal". Revista Estado y Políticas Públicas Nº 1. ISSN 2310-550X pp 64-81
 - **Giles, A. J. (2019)**. "Las políticas estatales y los mecanismos de control frente a la expansión del derecho en Argentina: la función del poder judicial según la Corte Suprema de Justicia (2005-2015)", Estudios Constitucionales, Año 17, Nº 1, Universidad de Talca, Chile, 2019.
 - **Gonzalez Segovia, C. (2017)**. "Interpretación conforme, clave para la legitimidad democrática en el control constitucional normativo", Revista Mexicana de Derecho Constitucional, Núm. 37, julio-diciembre 2017.
 - **Gutiérrez, A. S. (2015)**. Reflexiones acerca de la evolución de la teoría de la interpretación: Trayectoria de Savigny a Dworkin. *Legem*, 2(2), págs. 111-126.
 - **Isuani, F. (2007)**. "Capacidades Estatales para la Implementación Interorganizacional de Políticas Públicas". Trabajo preparado para el IV Congreso de Administración Pública. Buenos Aires, agosto. Disponible en: <https://aaeap.org.ar/wp-content/uploads/2013/03/Isuani-Fernando.doc>

- **Jefatura de Gabinete de Ministros (2016).** Manual de base para la evaluación de políticas públicas -Segunda Edición-. Programa de Evaluación de Políticas Públicas, Jefatura de Gabinete de Ministros de la Nación y Ministerio de Modernización. Buenos Aires, Argentina. 54 páginas. Disponible en:
https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/modernizacion_gestion_por_resultados_manual_base_para_la_evaluacion_de_politicas_publicas_2016.pdf
- **Kliksberg, B. (2005).** “Hacia un nuevo perfil del Estado en América Latina: los cambios en las percepciones y las demandas de la ciudadanía”. Revista del CLAD Reforma y Democracia, núm. 32, junio, 2005, pp. 1-24. Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo. Caracas, Venezuela.
- **Milanovick, B. (2017).** Desigualdad Mundial. Un nuevo enfoque para la era de la globalización. México. Fondo de Cultura Económica, 2017.
- **Muñoz, R. A. (2011).** “La Constitución en su función transformadora”, en Revista La Ley, Sup. Constitucional, mayo de 2011.
- **Muñoz, R. A. (H.) (2016).** “La pobreza extrema y su tratamiento constitucional y convencional”, en Revista La Ley. Sec. Doctrina. T-2016-D.
- **Muñoz, R. A. (2017).** “Políticas públicas y derechos fundamentales”, en Revista Jurídica El Derecho. 2017-712.
- **Neirotti, N. (2007).** Elementos conceptuales y metodológicos para la evaluación de programas sociales, Buenos Aires, IPE-UNESCO 2007, pp. 1-27.
- **Nosetto, L. (2014).** “Reflexiones teóricas sobre la judicialización de la política argentina”, DAAPGE, año 14, Nº 23, 2014, pp. 93–123. Santa Fe, Argentina: UNL.
- **Oszlak, O. y O´Donnell G. (1981).** “Estado y políticas estatales en América Latina: Hacia una estrategia de investigación”, en Documento G.E. CLACSO/Nº4, Centro de Estudios de Estado y Sociedad (CEDES), Buenos Aires

- **Pautassi L. (2007)** “La articulación entre políticas públicas y derechos, vínculos difusos” en Políticas públicas para un estado social de derechos: el paradigma de los derechos universales. Coord. por Ximena Erazo, Vol. 2, 2007, págs. 89-116.
- **Rodríguez-Puerto, M. J. (2010)**. Métodos de interpretación, hermenéutica y Derecho natural. Díkaion, 19(2), págs. 319-347.
- **Santiago, A. (2014)**. “El alcance del control judicial de razonabilidad de las políticas públicas. Perspectiva argentina y comparada”, Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Año XX, Bogotá, 2014.
- **Tamayo Sáenz, M. (1997)** "El Análisis de las Políticas públicas", en Bañón y Carrillo (comps.) La nueva Administración Pública, Alianza Universidad, Madrid.
- **Thury Cornejo V. (2016)**. “Medidas cautelares y nuevas funciones del juez En la formulación de políticas públicas” en Boletín Mexicano de Derecho Comparado nueva serie, año XLIX, núm. 147, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, septiembre-diciembre de 2016, pp. 245-276.
- **Vallès, J. M. (2007)**. Ciencia política. Una introducción. Ariel, SA.
- **Vanossi, J. (2003)**. “Breves reflexiones sobre forma y estilo en la interpretación judicial de la constitución histórica”, en Homenaje al sesquicentenario de la Constitución Nacional (1853 - 2003), Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Argentina, 2003.
- **Vilas, C. (2011)**. “Política y políticas públicas en América Latina”. Fioramonti y Anaya (comps.). El Estado y las políticas públicas en América Latina. La Plata: AECID/COPPPALI. Honorable Cámara de Senadores de la Provincia de Buenos Aires.
- **Villanueva, A. (1996)**. "Estudio Introductorio", en Villanueva, A (Ed.) La hechura de las políticas. Miguel Ángel Porrúa.

- **Waldron, J. (2018)** “Control de constitucionalidad y legitimidad política”, en Dikaion, 27, 1, pp. 7-28. Universidad de La Sabana. Colombia.

Lista de Fallos de la CSJN analizados:

1. ESQUIVEL, ROBERTO Y OTRO c/ ESTADO NACIONAL -MINISTERIO DE SALUD Y ACCION SOCIAL Y OTROS s/AMPARO LEY 16.986 (21/12/2022) FLP 22011831/2005/CS001 Fallos: 345:1481
2. ASOCIACION CIVIL ASAMBLEA PERMANENTE POR LOS DERECHOS HUMANOS c/ DIRECCIÓN GENERAL DE ESCUELAS s/ ACCIÓN DE AMPARO (23/08/2022) CSJ 004956/2015/RH001 Fallos: 345:730
3. DI NANNO, CAMILO c/ EN-M SEGURIDAD-PFA s/PERSONAL MILITAR Y CIVIL DE LAS FFAA (18/08/2022) CAF 018184/2018/CS001 Fallos: 345:702
4. DENEGRÍ, NATALIA RUTH c/ GOOGLE INC s/DERECHOS PERSONALISIMOS (28/06/2022) CIV 050016/2016/CS001 Fallos: 345:482
5. ASOCIACION CIVIL CON PERSONERIA JURIDICA OBJETIVOS ROSARIO c/ SUPERIOR GOBIERNO DE LA PROVINCIA DE ENTRE RIOS s/AMPARO (28/12/2021) CSJ 1578/2020
6. FARMACITY S.A. c/ FISCO DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES Y OTRO s/pretenSIón anulatoria - recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley (30/06/2021) CSJ 000118/2017/RH001 Fallos: 344:1557
7. VERBITSKY, HORACIO S/ HABEAS CORPUS (13/05/2021) CSJ 001469/2014/RH001 Fallos: 344:1102
8. DEFENSOR DEL PUEBLO DE LA NACION c/ ESTADO NACIONAL Y OTRO s/PROCESO DE CONOCIMIENTO (08/04/2021) D. 587. XLIII. ORI Fallos: 344:507
9. Pando de Mercado, María Cecilia c/ Gente Grossa S.R.L. s/ daños y perjuicios (22/12/2020) CIV 063667/2012/CS001 Fallos: 343:2211

10. TRANSPORTES UNIDOS DEL SUD S.R.L. c/ CORDOBA, PROVINCIA DE s/ACCION DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD (10/12/2020) T. 417. XLIV. ORI Fallos: 343:2039
11. Cooperativa Minera de Productores de Arena y Piedra del Noreste Ltda. s/ acción de inconstitucionalidad - medida cautelar (19/11/2020) CSJ 004417/2015/RH001 Fallos: 343:1688
12. BOERI, MARCELO ANDRES s/INCIDENTE DE INCOMPETENCIA (15/10/2020) CFP 013496/2018/1/CS001
13. Recurso Queja Nº 3 - S.R.L. COLOMBRES HNOS. c/ A.F.I.P./D.G.I. s/IMPUGNACION de ACTO ADMINISTRATIVO (21/08/2020) FTU 048385/2013/3/RH001 Fallos: 343:806
14. Internas de la Unidad nº 31 SPF y otros s/ habeas corpus (11/02/2020) FLP 058330/2014/1/1/RH001 Fallos: 343:15
15. García, Stella Marys y otro c/ Reyes, Juan José y otros s/ daños y perjuicios (03/12/2019) G. 395. L. RHE Fallos: 342:2155
16. Barraza, Norma Susana y otro c/ EN - Dto 936/11 s/amparo ley 16986 (26/11/2019) B. 1180. XLVIII. RHE
17. SANTIAGO DEL ESTERO, PROVINCIA DE c/ ESTADO NACIONAL s/ACCION DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD (01/10/2019) CSJ 1796/2019
18. Entre Ríos, Provincia de c/ Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad - incidente de medida cautelar (01/10/2019) CSJ 1829/2019 Fallos: 342:1591
19. DEUTSCHE RUCKVERSICHERUNG AG c/ CAJA NACIONAL DE AHORRO Y SEGURO EN LIQUIDAC Y OTROS s/PROCESO DE EJECUCION (24/09/2019) CCF 006461/2009/CS001 Fallos: 342:1524
20. Acumar y otros s/ Asentamiento Lamadrid (bajo Autopista Pedro de Mendoza) y

otros/ contencioso administrativo- varios (28/05/2019) FSM
052000001/2013/14/2/RH002 Fallos: 342:884

21. González Victorica, Matías y otros c/ EN - AFIP DGI - dto. 1313/93 s/ proceso de conocimiento (21/11/2018) CAF 020217/2005/CS001 Fallos: 341:1625
22. Asociación Francesa Filantrópica y de Beneficencia s/ quiebra s/ incidente de verificación de crédito por L.A.R. y otros (06/11/2018) COM 008283/2006/34/CS001 Fallos: 341:1511
23. Diaz, Graciela Luisa c/ Evangelista, Jorge Daniel Pascual y otros s/ daños y perjuicios (acc. trán. c/ les. o muerte) (12/06/2018) CIV 078446/2008/1/RH001 Fallos: 341:648
24. Castillo, Carina Viviana y otros c/ Provincia de Salta - Ministerio de Educación de la Prov. de Salta s/ amparo (12/12/2017) CSJ 001870/2014/CS001 Fallos: 340:1795
25. La Pampa, Provincia de c/ Mendoza, Provincia de s/ uso de aguas (01/12/2017) L. 243. L. ORI Fallos: 340:1695
26. Buenos Aires, Provincia de c/ Estado Nacional y otras s/ acción declarativa de inconstitucionalidad y cobro de pesos (06/06/2017) CSJ 1201/2016 Fallos: 340:745
27. Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros c/ Ministerio de Energía y Minería s/ amparo colectivo (18/08/2016) FLP 008399/2016/CS001 Fallos: 339:1077
28. Papel Prensa S.A. c/ Estado Nacional (03/11/2015) P. 1045. XLIII. ORI Fallos: 338:1183
29. Nobleza Piccardo S.A.l.e. y F. c/ Santa Fe, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad (27/10/2015) N. 188. XLII. ORI Fallos: 338:1110
30. M. de G., A. M. Y otros c/ EN - M° E. - secretaria de Estado de I. Y C. y otro s/ daños y perjuicios (29/09/2015) M. 125. L. ROR Fallos: 338:942
31. Stolbizer, Margarita c/ EN - M° Justicia DDHH s/ amparo ley 16.986 (01/09/2015) CAF 039019/2014/CS001
32. Rodríguez, María Belén c/ Google Inc. y otro Y OTROS s/daños y perjuicios

(28/10/2014) R. 522. XLIX. REX Fallos: 337:1174

33. CIPPEC c/ EN M° DESARROLLO SOCIAL DTO 1172/03 s/AMPARO LEY 16986 (26/03/2014) C. 830. XLVI. REX Fallos: 337:256
34. Grupo Clarín SA y otros c/ Poder Ejecutivo Nacional y otro s/acción meramente declarativa (29/10/2013) G. 439. XLIX. REX Fallos: 336:1774
35. Q.C.S.Y. c/ GOBIERNO DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES Y OTRO s/AMPARO (24/04/2012) Q. 64. XLVI. RHE Fallos: 335:452
36. SALAS, DINO Y OTROS c/ SALTA, PROVINCIA DE Y ESTADO NACIONAL s/AMPARO (13/12/2011) S. 1144. XLIV. ORI Fallos: 334:1754
37. POLICICCHIO, MARCELO ADRIAN Y OTRA c/ BUENOS AIRES, PROVINCIA DE Y OTROS s/DAÑOS Y PERJUICIOS (12/07/2011) P. 734. XLV. ORI
38. LAGO CASTRO ANDRES MANUEL c/ COOPERATIVA NUEVA SALVIA LIMITADA Y OTROS s/DESPIDO (24/11/2009) L. 15. XLII. RHE Fallos: 332:2614
39. ARRIOLA SEBASTIAN Y OTROS s/CAUSA N° 9080 (25/08/2009) A. 891. XLIV. RHE Fallos: 332:1963
40. GARCIA MENDEZ EMILIO Y MUSA LAURA CRISTINA s/CAUSA N° 7537 (02/12/2008) G. 147. XLIV. RHE Fallos: 331:2691
41. CALIGIURI ROSA CLARA c/ INSTITUTO NACIONAL DE SERVICIOS SOCIALES PARA JUBILADOS Y PENSIONADOS s/DIFERENCIAS DE SALARIOS (26/08/2008) C. 2650. XXXIX. REX Fallos: 331:1927
42. RAMIREZ JUAN CARLOS c/ ENTIDAD BINACIONAL YACYRETA s/DAÑOS Y PERJUICIOS Y DAÑO MORAL (05/06/2007) R. 1398. XLI. REX Fallos: 330:2548
43. ANTINAO CELIA c/ DI CRISTOFARO MARCELO ARIEL-DAPUETO GABRIELA NOEMI s/S/INCIDENTE (17/04/2007) A. 2113. XLI. REX Fallos: 330:1671
44. VERBITSKY HORACIO c/ s/HABEAS CORPUS (03/05/2005) V. 856. XXXVIII. RHE Fallos: 328:1146

Fallos agregados para su análisis por remisiones o contenido sustancial

45. GUTIÉRREZ, ALEJANDRO S/ CAUSA N° 11.960". CSJ 713/2010 (46-G)
46. MENDOZA, BEATRIZ SILVIA Y OTROS C/ ESTADO NACIONAL Y OTROS S/ DAÑOS Y PERJUICIOS (DAÑOS DERIVADOS DE LA CONTAMINACIÓN AMBIENTAL DEL RÍO MATANZA - RIACHUELO)" M. 1569. XL.
47. AQUINO, ISACIO C/ CARGO SERVICIOS INDUSTRIALES S.A. S/ ACCIDENTES LEY 9688" A. 2652. XXXVIII.
48. MADORRÁN, MARTA CRISTINA C/ADMINISTRACIÓN NACIONAL DE ADUANAS S/REINCORPORACIÓN" M. 1488. XXXVI.
49. COLEGIO DE ESCRIBANOS DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES C/BUENOS AIRES, PROVINCIA DE S/ ORDINARIO. CSJ 37/2012 (48-C) /CS1