

Tesis
Maestría en Derecho Administrativo
Facultad de Derecho
Universidad Austral



Título:

**Competencia del Poder Judicial en
Políticas Públicas**

Autor: Esteban José Ignacio Romero
Director de Tesis: Dr. Alfonso Santiago (h)

Índice

Introducción.....	2
Capítulo I: Estado de situación del tema propuesto	4
a. Panorama jurisprudencial argentino.....	4
b. La cuestión en la doctrina	12
Capítulo II: La dignidad humana y el bien común como fuentes de juridicidad.....	17
Capítulo III: La política pública y el constitucionalismo dialógico. Nueva dinámica de distribución de poder	22
a. El respeto a la división de poderes.....	22
b. Los derechos humanos, los principios y la razonabilidad como límites a la discrecionalidad de la Administración.....	25
c. Las críticas a la tesis propuesta y sus posibles refutaciones	29
Capítulo IV: El derecho procesal al servicio del control judicial de la política pública	41
Capítulo V: El control que se propone	47
Capítulo VI: Conclusiones.....	49
Bibliografía.....	51
a. Doctrina.....	51
b. Jurisprudencia	55

Introducción

En el presente trabajo se profundizará en el problemático asunto de la inclusión o exclusión del ámbito de la competencia judicial de lo atinente al diseño, modificación, implementación y control de ejecución de las políticas públicas. A través de una mirada transversal, se concluirá que la circunstancia de que el Poder Judicial intervenga en las políticas públicas –con el alcance que se precisará- no se encuentra en las antípodas del sistema constitucional argentino sino, por el contrario, es una exigencia del Estado Constitucional Social de Derecho.

El estado de situación del tema escogido en la doctrina es claramente larval. Los pocos autores que lo han abordado no han plasmado un estudio interdisciplinario y, en general, son restrictivos en admitir que el Poder Judicial pueda controlar las políticas públicas. En similar sentido, se encuentra la jurisprudencia de la Corte Federal argentina la que únicamente ha admitido una competencia amplia en el contralor de la política pública en aislados pronunciamientos.

Teniendo en cuenta que la política pública es interdisciplinaria, la justificación de la tesis postulada debe emanar –de igual forma- de diversas ciencias.

En primer lugar, se desarrollará que protección y promoción de la dignidad humana y el bien común integran el principio de juridicidad. Íntimamente vinculado con ello, se analizará el rol del Poder Judicial frente a la vulneración sistemática y amplia de bienes humanos básicos. Se sostendrá que el carácter inviolable de la dignidad de toda persona humana y el nuevo sistema de fuentes exige una revisión del rol tradicional que se ha asignado al Poder Judicial en relación con la política pública.

En segundo lugar, la ciencia política y el derecho constitucional del poder, en la terminología de Bidart Campos, con un anclaje en la axiología de la democracia, sustentarán adecuadamente la necesidad de un constitucionalismo dialógico, en el que la clásica división de poderes no excluye la posibilidad de la intervención judicial en cuestiones de política pública.

En tercer lugar, la ciencia procesal coadyuvará a verificar que el proceso –en su carácter vicarial e instrumental y con un juez activista- permite canalizar un debate apropiado para juzgar una política pública y armonizar el bien común con la pretensión individual.

Por último, -teniendo en cuenta que el control que se propone no es ilimitado- se desarrollarán las pautas en que debe enmarcarse ese control a fin de que pueda ser considerado legítimo.

Por otra parte, no es posible soslayar la importancia teórica-práctica del asunto para la actualidad. Efectivamente, la tesis defendida no solo importa una nueva

dinámica e interpretación de la distribución del poder sino también proporciona instrumentos concretos y eficaces para resolver la insatisfacción del derecho a una vida digna de numerosos sectores. Se parte de la verificación de la realidad argentina de que muchas personas carecen del derecho al derecho, del debido acceso a los tribunales de justicia.

Los siguientes ejemplos nos ayudarán a comprender el alcance del presente y lo decisivo para el abordaje de ciertos casos: una demanda colectiva que pretenda la relocalización de viviendas situadas en terrenos periódicamente inundables y que las políticas de defensa desplegadas por la Administración resultaron ineficaces; una acción que se encamine a diseñar e implementar una política integral para niños desnutridos o para el cuidado adecuado de adultos mayores en lugares donde prima la omisión del Estado; una acción para promover el desarrollo de una política que contemple la protección integral de las mujeres embarazadas vulnerables; una acción cuyo objeto es sustituir y redirigir partidas destinadas a una política de desarrollo meramente cultural por la de implantar servicios públicos básicos a barrios que fueron postergados durante décadas; una acción para la promoción social de grupos vulnerables, por ejemplo, personas ciegas, con capacidades diferentes, etc.; una acción que pretenda que la jurisdicción revise una política judicial, por ejemplo, un tipo de proceso que obste a la tutela judicial efectiva.

En definitiva, la tesis propuesta se orienta a superar la concepción de que el Poder Judicial carece de competencia para juzgar acerca de las políticas públicas, proponiendo argumentos –debidamente trabajados con exhaustividad y prudencia- que anclados en diversas ciencias, permitirán concluir que la intervención de la jurisdicción en aquellas coadyuvan a satisfacer los derechos fundamentales de las personas sin que el bien común ni la república sufran menoscabo.

Capítulo I: Estado de situación del tema propuesto

a. Panorama jurisprudencial argentino

Liminarmente, cabe advertir que el panorama jurisprudencial argentino varía radicalmente de jurisdicción en jurisdicción.

Ciertamente, es posible observar que ciertos Tribunales efectúan un contralor amplio de las políticas públicas –vgr. ciertos poderes judiciales provinciales y el de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires-; otros son sumamente restrictivos considerando al *thema decidendum* como una cuestión política no justiciable –por ejemplo el fuero contencioso de Santa Fe¹- y, por último, contamos con la jurisprudencia de la Corte federal que no valora a la política pública en general, sino que se limita a tutelar en el caso el derecho fundamental menoscabado. No obstante ello, en los últimos años es posible encontrar fallos del Alto Tribunal nacional en los que se admite una competencia amplia para juzgar la razonabilidad de la política pública.

Por ser referencia insoslayable, comenzaremos por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Para comprender cabalmente su evolución e incipiente apertura, es preciso destacar que el avance efectuado por la Corte responde a

¹ La Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Santa Fe ha afirmado que “no les corresponde a los jueces asumir la facultad de fijar las políticas públicas a seguir, ni la evaluación de las razones de mérito, oportunidad y conveniencia en el trazado de políticas relativas a determinada área de gobierno” (A. y S. T. 266, pág. 379 del 15.12.2015). En otra causa, en la que se ventiló un hábeas corpus correctivo en favor de los jóvenes alojados en dependencias del Instituto para la Recuperación del Adolescente de Rosario, el Ministro Dr. Erbetta propuso que la Corte local adopte un rol protagónico en el asunto y votó por “es prudente que este Tribunal, a través de su Secretaría de Gobierno, convoque a una instancia institucional con participación de todos los interesados para buscar no sólo la solución de la coyuntura actual, sino también para que en el futuro se ocupe de controlar el cumplimiento de los estándares fijados con propósito de lograr el mejoramiento de las condiciones de detención. Asimismo, tal instancia debe servir para canalizar las nuevas cuestiones que surjan, otorgándose continuidad al diálogo iniciado”. Ahora bien, la mayoría del Tribunal no compartió tal voto sino que sostuvo: “respecto a la convocatoria de una mesa de diálogo interinstitucional, ante la constante mutación de las deficiencias estructurales que se advirtieran conforme las constancias de la causa, y no resultando función de la judicatura examinar políticas públicas a adoptar en tanto éstas requieren de discusión, planeamiento, consenso y toma de decisión de otros poderes; comparto el criterio por remitir copia del presente decisorio al Poder Ejecutivo –por conducto del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos- a los fines correspondientes, tendentes a brindar una solución adecuada y concreta a la problemática” (A. y S. T. 265, pág. 359 del 13.10.2015). Se advierte, pues, el rol si se quiere más pasivo que la Corte local –por mayoría- asumió. La Cámara en lo Contencioso Administrativo N° 1, con sustento en jurisprudencia del Alto Tribunal nacional, sostuvo que “el único juicio que corresponde emitir a los tribunales es el referente a la constitucionalidad de las leyes, sin inmiscuirse en el examen de la conveniencia, oportunidad, acierto o eficacia del criterio adoptado por el legislador en el ámbito propio de sus funciones” y que “en el delicado juego de equilibrio de poderes diseñado constitucionalmente ... no es, en principio, tarea del Poder Judicial establecer los criterios de oportunidad y conveniencia de las decisiones y medidas económicas que adoptan los otros poderes en el ámbito de su competencia y responsabilidad constitucional...” (S. T. 2, pág. 1).

un fenómeno más amplio cual es la profundización del modelo neoconstitucionalista. Ya el profesor Alfonso Santiago (h) en el año 2010 afirmó que tras el recambio en la integración del Alto Tribunal ocurrida en el año 2003, se vislumbró un incremento de los rasgos neoconstitucionalistas en su jurisprudencia, con un claro propósito de asumir un rol más activo².

Los principales postulados que identifican a la corriente de marras son: carácter operativo de los derechos constitucionales y los reconocidos en los tratados internacionales; efectivización de los derechos sociales; protección judicial de derechos colectivos; control de constitucionalidad y de convencionalidad de oficio; formulación de recomendaciones, fijación de plazos para la mejora y adecuación a las exigencias constitucionales; análisis de razonabilidad de políticas públicas; un concepto de derecho no positivista, entre otros.

El Alto Tribunal nacional ha ido a lo largo de estos últimos años receptando con claridad y contundencia estos postulados.

En primer lugar, ciertas materias que otrora eran calificadas como “cuestiones políticas no justiciables” -y, por ende, el poder judicial se abstenía de intervenir- ahora ya son claramente casos susceptibles de contralor judicial³. Basta repasar la causa “Bussi”⁴ referida al control judicial ejercido sobre las facultades del Congreso de la Nación, concretamente de la Cámara de Diputados para juzgar los títulos de sus miembros. Así también, la causa “Colegio de Abogados de Tucumán”⁵ versando sobre el control de una reforma constitucional provincial.

Es más, la Corte ha ingresado a examinar la razonabilidad de la duración de los procedimientos administrativos, extendiendo a ese ámbito las garantías que emanan del art. 8.1. de la Convención Americana de Derechos Humanos⁶. Así se hizo en los autos “Losicer”⁷, criterio reiterado con posterioridad *in re* “Bonder Aaron”⁸.

² Cfr. Alfonso SANTIAGO (h), *En las fronteras entre el derecho constitucional y la filosofía del derecho: consideraciones iusfilosóficas acerca de algunos temas constitucionales*, 1ª ed., Marcial Pons Argentina, Buenos Aires, 2010, pp. 180 y sgtes.

³ Al respecto, puede consultarse con provecho a Alberto B. BIANCHI, *Algunos aspectos del control de constitucionalidad (A veinte años de la reforma constitucional)*. La Ley, Suplemento Constitucional, 2.10.2014.

⁴ Fallos: 330:3160 del 13.07.2007.

⁵ Fallos: 338:249 del 14.4.2015.

⁶ “Artículo 8. Garantías Judiciales. 1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”.

⁷ Fallos: 335:1126 del 26.6.2012.

⁸ Fallos: 336:2184 del 19.11.2013.

En la perspectiva de la profundización de su modelo neoconstitucionalista, la Corte ha confirmado su doctrina no positivista que se había esbozado en las causas “Saguir y Dib”⁹ y “Vera Barros”¹⁰. En efecto, en la causa “Colegio de Abogados de Tucumán” (citado) adopta un concepto de derecho no positivista al referir a límites o exigencias al ordenamiento jurídico que rigen jurídicamente más allá de las que hayan sido establecidas autoritativamente. El Máximo Tribunal afirma que “la Constitución Nacional no admite la validez de una voluntad popular expresada sin respetar los principios del Estado de Derecho ni permite que las mayorías puedan derogar los principios fundamentales sobre los que se basa la organización republicana del poder y la protección de los ciudadanos” (consid. 11). En similar sentido –pero haciendo especial hincapié en el respeto a la Carta Magna- se había pronunciado en la causa “Rizzo”¹¹ al decir que “el Estado de Derecho y el imperio de la ley son esenciales para el logro de una Nación con instituciones maduras”, y “no es posible que bajo la invocación de la defensa de la voluntad popular, pueda propugnarse el desconocimiento del orden jurídico, puesto que nada contraria más los intereses del pueblo que la propia transgresión constitucional” (consid. 10). Por último, en la causa “Schifrin” sostuvo que “que la Convención Constituyente representa la voluntad del pueblo, pero, en un estado constitucional de derecho, está *limitada por el contenido pético de la Carta Magna*; de este modo, una Convención futura no podría derogar la estructura básica del sistema de poder constitucional ni los derechos humanos ya consagrados”¹² (lo destacado me pertenece).

De los precedentes reseñados, surge que para la Corte la validez del derecho no proviene de meramente respetar los mecanismos legales para sancionarlos, sino que deviene imprescindible verificar su contenido. Asume, pues, que no cualquier contenido es derecho, postulado que comparte el iusnaturalismo con el neoconstitucionalismo¹³.

Por otra parte, nuestra Corte nacional en estos últimos años no se ha limitado a dirimir el conflicto entre las partes del proceso –función jurisdiccional propiamente dicha- sino que también ha ido más allá requiriendo informes, formulando órdenes y exhortaciones a los restantes poderes del Estado nacional, inclusive a los Estados Provinciales.

⁹ Fallos: 302:1284 del 6.11.1980.

¹⁰ Fallos: 316:3043 del 14.12.1993.

¹¹ Fallos: 336:760 del 18.6.2013.

¹² Fallos: 340:257 del 28.3.2017.

¹³ Para un estudio acabado del tópico véase a Rodolfo Luis VIGO, *Iusnaturalismo y neoconstitucionalismo. Coincidencias y diferencias*. Disponible en Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, en <https://www.juridicas.unam.mx/> (acceso en julio de 2018).

Así se hizo en la causa “Badaro”¹⁴, “F., A. L.”¹⁵ –no obstante las numerosas críticas que pueden formularse a este fallo- y también *in re* “Santa Fe, Provincia de”¹⁶ en el que se exhortó “a los órganos superiores de nuestra organización constitucional a dar cumplimiento con la disposición transitoria sexta de la Constitución Nacional, e instituir el nuevo régimen de coparticipación federal, sobre la base de acuerdos entre la Nación y las provincias, y a dictar la consecuente ley-convenio, en orden al mandato contenido en el inciso 2º del artículo 75”. Con otro alcance más limitado y en el marco de procesos de familia, la Corte está emplazando y ordenando a los magistrados de las instancias inferiores “a obrar con la premura y la mesura que el caso amerita en la resolución definitiva del conflicto, de modo de hacer efectivo el mencionado interés superior de la menor que como principio rector enuncia la Convención sobre los Derechos del Niño”¹⁷. Más recientemente, el 6.2.2018 la Corte requirió una serie de informes al Estado Nacional (Ministerio de Energía y Minería de la Nación), la Provincia de Jujuy, la Administración de Parques Nacionales y la Comisión Regional del Río Bermejo (COREBE) en una causa relacionada con la explotación petrolera efectuada en el Parque Nacional Calilegua. Justificó la decisión el Tribunal explicado “Que los hechos que se denuncian exigen de esta Corte el ejercicio del control encomendado a la justicia sobre las actividades de los otros poderes del Estado y, en ese marco, la adopción de las medidas conducentes que, sin menoscabar las atribuciones de estos últimos, tiendan a sostener la observancia de la Constitución Nacional (...)”¹⁸.

Los postulados reseñados con anterioridad conllevan a que el Poder Judicial tenga un rol fundamental en nuestro actual Estado Constitucional Social de Derecho. Comparto con Mairal que pareciera que la sociedad hubiera abandonado las esperanzas con los poderes políticos y se refugiara en los Tribunales como único remedio ante la insatisfacción de derechos¹⁹.

Ciertamente, en estos últimos años, se han verificado muchas situaciones donde se esperaba con ansiedad el pronunciamiento de la Corte nacional que zanjara el conflicto. Basta recordar la causa “Rizzo” (citada) de la denominada democratización de

¹⁴ Fallos: 329:3089 del 8.8.2006. Allí la Corte ordenó “Comunicar al Poder Ejecutivo Nacional y al Congreso de la Nación el contenido de esta sentencia a fin de que, en un plazo razonable, adopten las medidas a las que se alude en los considerandos. Notificar a la ANSeS que deberá dar cumplimiento a la parte consentida del fallo impugnado y a lo resuelto en la presente e informar a esta Corte al respecto”.

¹⁵ Fallos: 335:197 del 13.3.2012.

¹⁶ Fallos: 338:138 del 24.11.2015.

¹⁷ “M., M. S. s/guarda”, CIV. 90032/2013/CS1 del 27.5.2015. De modo similar se hizo en las causas “P., S. s/control de legalidad”, CSJ 3879/2014/CS1 del 29.4.2015 y “B., D. P.”, CSJ 2869/2015/CS1 del 14.4.2015.

¹⁸ Fallos: 341:39.

¹⁹ Cfr. Héctor A. MAIRAL, *Problemas actuales del control judicial. Cuestiones de control de la Administración Pública. Administrativo, legislativo y judicial*, revista RAP, 2010.

la justicia; “Grupo Clarín S.A.”²⁰ sobre la constitucionalidad de la ley 26.522 de Servicios de Comunicación Audiovisual; “Giustiniani”²¹ sobre el acceso a la información pública del acuerdo YPF S.A.- Chevron Corporation; los fallos “Aparicio”²² sobre la constitucionalidad de la designación de conjueces en el Poder Judicial de la Nación y “Uriarte”²³ sobre jueces subrogantes. En éste último, la Corte – con un tinte marcadamente activista²⁴– establece y reglamenta el régimen de designación de jueces subrogantes hasta tanto el Poder Legislativo sancione un nuevo sistema que se ajuste a las pautas trazadas en ese pronunciamiento.

En esta rápida reseña, no es posible soslayar las consideraciones vertidas *in re* “Arte Radiotelevisivo Argentino S.A.”²⁵ en el que el Tribunal confirmó la sentencia de la Cámara y ordenó al Estado Nacional incluir a la empresa Arte Radiotelevisivo Argentino S.A., titular de Canal 13, en el reparto de la publicidad oficial. Sin perjuicio de las críticas que se le han efectuado en torno al argumento referido a la obligación de acatar los precedentes más allá de las partes y del concreto proceso²⁶, lo cierto es que allí la Corte refuerza el carácter operativo de los derechos y el rol fundamental que tiene el Poder Judicial a tal fin. En este sentido, adujo que “No se trata entonces de invadir el ámbito de otros poderes, sino de dar solución a la problemática que se plantea en el caso con la convicción republicana de que cuando la Constitución Nacional reconoce derechos, lo hace para que éstos resulten efectivos y no meramente ilusorios” (consid. 11).

Lo expuesto revela que se han ampliado las funciones de la Corte. Por ello, ese Cuerpo el 20.8.2015 declaró la inconstitucionalidad del recurso ordinario previsto en el artículo 24, inc. 6º, apartado a, del decreto-ley 1285/58²⁷. Se trata de la causa “Anadón”²⁸ en el que la Corte reafirma su rol de Tribunal Constitucional²⁹.

²⁰ Fallos: 336:1774 del 29.10.2013.

²¹ Fallos: 338:1258 del 10.11.2015.

²² Fallos: 338:284 del 21.4.2015.

²³ Fallos: 338:1216 del 4.11.2015.

²⁴ Siguiendo a Alfonso Santiago, Corte activista es la que, más allá de ejercer la función de control respecto de las decisiones adoptadas por los poderes políticos, asume la iniciativa política y fija pautas de gobierno, adelantándose a la actuación de los otros órganos de conducción del Estado. Cfr. Alfonso SANTIAGO (h), *La Corte Suprema y el control político*, Editorial Ábaco, Buenos Aires, pp. 418.

²⁵ Fallos: 337:47 del 11.2.2014.

²⁶ Para un tratamiento exhaustivo del tema, puede verse a Eduardo SODERO, *Obligatoriedad de los precedentes y cosa juzgada: discusión a partir de la distribución de la pauta oficial en la Corte Suprema*, La Ley 2014-B, 361, 9.4.2014.

²⁷ Este artículo dispone: “La Corte Suprema de Justicia conocerá: (...) 6º) Por apelación ordinaria de las sentencias definitivas de las cámaras nacionales de apelaciones, en los siguientes casos: a) Causas en que la Nación, directa o indirectamente, sea parte, cuando el valor disputado en último término, sin sus accesorios sea superior a doscientos millones de pesos (\$ 200.000.000); (...)”.

²⁸ Fallos: 338:724 del 20.8.2015.

Es claro, en consecuencia, que en el Estado Constitucional de Derecho el Alto Tribunal federal tiene un rol preponderante.

Es en este contexto, que es posible comprender en su real dimensión el avance que fue efectuando la Corte en relación a la competencia judicial en la valoración de las políticas públicas.

Efectivamente, en el conocido caso “Verbitsky”³⁰ se efectúa un análisis de la política penitenciaria llevada a cabo por la Provincia de Buenos Aires; en la megacausa “Mendoza”³¹ se mandó llevar a cabo una política ambiental para limpiar el río matanzariachuelo, precisando su contenido y estableciendo pautas para su diseño; *in re* “Defensor del Pueblo de la Nación c/Provincia del Chaco y Estado Nacional”³² se ordenó la ejecución de políticas integrales (educación, salud, alimentos, agua, vivienda, etc.) para con ciertas poblaciones indígenas del Chaco afirmando que “le corresponde al Poder Judicial de la Nación buscar los caminos que permitan garantizar la eficacia de los derechos, y evitar que estos sean vulnerados, como objetivo fundamental y rector a la hora de administrar justicia y de tomar decisiones en los procesos que se someten a su conocimiento, sobre todo cuando está en juego el derecho a la vida y a la integridad física de las personas. No debe verse en ello una intromisión indebida del Poder Judicial cuando lo único que se hace es tender a tutelar derechos, o suplir omisiones en la medida en que dichos derechos puedan estar lesionados” (consid. 3); en la causa “García Méndez”³³ se consideró inconstitucional la política penal de menores y, en

²⁹ Para así hacerlo se explicó: “Que hasta el presente el Tribunal acató la jurisdicción reglada que el Poder Legislativo estableció mediante el recurso en cuestión, pero ello no lo inhabilita para declarar que la disposición impugnada ha devenido indefendible con el tiempo, y que su aplicación práctica compromete el rol institucional que emana de su primera y más importante función, concerniente a la interpretación de cuestiones federales, en particular las referidas a la vigencia de los derechos fundamentales y el sistema representativo, republicano y federal (...) y que “Existen razones de trascendencia, tendientes a preservar y fortalecer el rol institucional de la Corte, que justifican la utilización de un riguroso criterio hermenéutico de los supuestos que dan lugar a su competencia apelada, para que de este modo lleve a cabo una profundización del ejercicio de su jurisdicción constitucional más eminente. A tales fines, se deben dejar de lado aquellos casos que, al amparo de una regla interpretativa diversa de la enunciada o de entronizar principios infraconstitucionales, desnaturalicen la función constitucional del Tribunal” (consid. 10). Por último, luego de repasar los fallos más importantes en la materia, afirmó que “la vigencia del recurso ordinario de apelación debe evaluarse a la luz de la interpretación contemporánea de las funciones de esta Corte que surge tanto de su jurisprudencia como de la legislación dictada por el Congreso de la Nación, y teniendo en especial consideración la necesidad de fortalecer los mecanismos de control de constitucionalidad que aseguren la supremacía de la Constitución Nacional con vistas a “afianzar la justicia” (consid. 16). Con anterioridad –y con similares argumentos- la Corte había declarado la invalidez del art. 19 de la ley 24.463 que preveía un recurso ordinario ante su sede en causas de jubilaciones y pensiones. Se trata de la causa “Itzcovich” (Fallos: 328:566 del 29.3.2005).

³⁰ Fallos 328:1146 del 3.5.2005.

³¹ Fallos 329:2316 del 20.6.2006.

³² Fallos: 330:4134 del 18.9.2007

³³ Fallos: 331:2691 del 2.12.2008.

consecuencia, emitió un fallo exhortativo ordenando: “Que, en tales condiciones, corresponde requerir al Poder Legislativo que, en un plazo razonable, adecue la legislación en la materia a los estándares mínimos que surgen de los instrumentos internacionales incorporados a la Constitución Nacional y a que, los poderes Ejecutivos Nacional y local, a través de sus organismos administrativos competentes implementen efectivamente las medidas que son de su resorte”; en la causa “Quibert Castro”³⁴, la Corte precisa el alcance y los límites del control judicial sobre una política estatal –en el caso, política de vivienda-, advirtiendo que “es incuestionable que no es función de la jurisdicción determinar qué planes concretos debe desarrollar el gobierno”, pero, no obstante ello, examina la idoneidad y razonabilidad³⁵ de los programas de vivienda llevados a cabo por el gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, concluyendo que éstos eran insuficientes para la especial situación de los actores³⁶; en los autos “Proconsumer”³⁷ el Máximo Tribunal confirma la decisión de la anterior instancia que había ordenado confeccionar un cronograma destinado a implementar el régimen de portabilidad numérica para telefonía fija, controlando así un aspecto de la política de telecomunicaciones; en la causa “Unión de Usuarios y Consumidores”³⁸ se pondera la política de infraestructura y servicio público de los ferrocarriles del ramal Once-Moreno, concluyendo en que ésta no satisfacía los parámetros constitucionales.

Se advierte, pues, que se han ido verificando en los últimos años ciertos pronunciamientos que han calificado como insuficiente a una política pública e incluso llegando la propia Corte Argentina a establecer, diseñar y ordenar cuál era la política pública que los restantes poderes constituidos debían llevar a cabo.

Empero, entiendo que tal criterio no constituye doctrina arraigada en la Corte federal. Por el contrario, el Tribunal –con prácticamente la integración actual- preservó enfáticamente el “principio basal de la división de poderes” del cual “se desprende la

³⁴ Fallos: 335:452 del 24.4.2012.

³⁵ “La razonabilidad significa entonces que sin perjuicio de las decisiones políticas discrecionales, los poderes deben atender a las garantías mínimas indispensables para que una persona sea considerada como tal en situaciones de extrema vulnerabilidad” (consid. 12).

³⁶ En este precedente, se realizan importantes consideraciones acerca de la operatividad de los derechos: “Que la primera característica de esos derechos y deberes [los relativos a personas en situación de vulnerabilidad] que no son meras declaraciones, sino normas jurídicas operativas con vocación de efectividad. Esta Corte en reiteradas oportunidades ha sostenido que la Constitución Nacional en cuanto norma jurídica reconoce derechos humanos para que éstos resulten efectivos y no ilusorios, pues el llamado a reglamentarlos no puede obrar con otra finalidad que no sea la de darles todo el contenido que aquélla les asigne” (consid. 10). “Que el segundo aspecto que cabe considerar es que la mencionada operatividad tiene un carácter derivado en la medida en que se consagran obligaciones de hacer a cargo del Estado” (consid. 11).

³⁷ CSJ 139/2013 (49-P) del 30.12.2014.

³⁸ Fallos: 337:790 del 24.6.2014.

diferenciación de las potestades propias de los tres departamentos del Estado en la decisión de políticas públicas”, afirmando que “el ingente papel que en la interpretación y sistematización de las normas infraconstitucionales incumbe a los jueces no llega hasta la facultad de instituir la ley misma, 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”³⁹.

En suma, es posible concluir que la Corte como principio considera que no le compete valorar la conveniencia de una política pública sino que se limita a tutelar el contenido esencial de un derecho⁴⁰ sin inmiscuirse en las funciones propias de los restantes poderes⁴¹.

Como se adelantó, otros Tribunales del país se inclinan por efectuar un contralor más amplio de las políticas públicas. Mencionaremos un par de casos.

En la causa “Asesoría de Incapaces”⁴², la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo con asiento en La Plata confirmó el pronunciamiento del juez *a quo* que a su turno había ordenado a la Provincia de Buenos Aires, a la Municipalidad de La Plata y a la Municipalidad de Berisso a realizar una serie de acciones que importaban directamente la ejecución de políticas públicas que la propia

³⁹ Fallos: 339:1077 del 18.8.2016.

⁴⁰ Es esclarecedor la distinción que la Corte formula en “Verbitsky” (citado). Allí señala que “A diferencia de la evaluación de políticas, cuestión claramente no judicializable, 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. 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”.

⁴¹ Al respecto, véase a Alfonso SANTIAGO (h), *El alcance del control judicial de razonabilidad de las políticas públicas. Perspectiva argentina y comparada*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, Año LIX, 52, 2014.

⁴² Causa n° 17279 “Asesoría de Incapaces N° de La Plata c/ Fisco de la Provincia y Otros s/Amparo” del 13.9.2016.

Justicia había elaborado⁴³ al detectar que numerosas familias se encontraban en territorios inundables y que sistemáticamente habían sufrido inundaciones.

En la causa “ACIJ”⁴⁴ la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires confirmó el pronunciamiento de baja instancia que había ordenado a la Ciudad la elaboración de un “Proyecto Eléctrico Adecuado” para solucionar las falencias y peligros del deficiente servicio de electricidad en el barrio 21-24 de Barracas.

En la causa vinculada con la villa “Rodrigo Bueno” de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires⁴⁵, la Justicia ordenó adoptar decisiones para la efectiva integración urbanística y social del barrio Rodrigo Bueno de Costanera Sur. Más allá de que dicho pronunciamiento fue revocado por la Cámara, el gobierno de la Ciudad terminó por hacer suyo lo que la justicia le había ordenado⁴⁶.

Tales causas muestran con elocuencia que los Tribunales están adoptando un rol denominado por la doctrina procesalista como activista que postula la preocupación ante todo por la justa solución del caso, subordinando las cuestiones de forma⁴⁷.

b. La cuestión en la doctrina

Es preciso aclarar que el tema propuesto no se ha estudiado con especificidad y detenimiento, sino que se ha abordado desde un tópico más amplio a saber: el control judicial de la Administración.

Esa problemática es abordada ora por constitucionalistas ora por administrativistas. Mientras que los administrativistas la han profundizado desde la

⁴³ Formular e implementar un proyecto de relocalización destinado a las familias que habitaban en zonas inundables; que les proveen en un plazo no mayor a dos meses un hospedaje adecuado a las necesidades de cada grupo familiar sujeto a reubicación, con su consentimiento, de modo transitorio y hasta tanto se encuentre finalizado el proceso de relocalización de los mismos; que presenten en la causa un programa de intervención, previo relevamiento, de determinadas familias de la zona; que ejecuten acciones de limpieza en los arroyos de la zona como recolección de residuos, desmalezamiento, desobstrucción de desagües, a fin de facilitar la fluidez del agua, y otras acciones sanitarias como fumigación y distribución de repelentes que prevengan el contagio de enfermedades, como así también la presentación del informe vinculado a tales acciones; que realicen un relevamiento integral para ciertas familias que contemple los aspectos alimentario, de salud (incluyendo salud mental) y de asistencia social en general, para lo cual deberán conformar un equipo interdisciplinario acorde a dichas necesidades que contará -como mínimo- con un médico clínico, un psicólogo y un asistente social.

⁴⁴ Causa “Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (ACIJ) y Otros c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/Amparo” (Expte. N° 39716/02) de agosto de 2016.

⁴⁵ Causa “Z. V. J. R. y otros c/ GCBA s/ amparo” (Expte. N° 17699/0).

⁴⁶ Al respecto, puede consultarse con provecho a Gerónimo Leandro PEÑALVA, *Ciudades, políticas públicas urbanas y derechos económicos, sociales y culturales*. En Revista de Derecho Público. *Los derechos económicos, sociales y culturales*, parte II. Rubinzal Culzoni Editores. Pp. 471.

⁴⁷ Cfr. Jorge W. PEYRANO y Federico J. PEYRANO *El activismo judicial*, El Derecho 266-807 (2016).

teoría de los actos de gobierno (propia del derecho francés), acto político, acto institucional (creada por Marienhoff), acto constitucional⁴⁸, los constitucionalistas han abordado el tema desde las cuestiones políticas.

Existe la postura que propugna un control judicial amplio. Dentro de esta línea doctrinaria se enrola Bidart Campos.

Este autor desde antaño ha sido crítico de la doctrina de las cuestiones políticas sosteniendo que “nada queda librado a la llamada prudencia política, sin posible control ulterior de la judicatura, porque no hay actividades reservadas que estén exentas de revisión en caso de inconstitucionalidad” y refiere a que hay denegación de justicia porque “el derecho a la jurisdicción se frustra impidiéndose el acceso a los tribunales, pero también impidiéndose el juzgamiento de una pretensión después del acceso al proceso”⁴⁹.

En similar sentido opina Sagüés quien plantea la necesidad que el control de constitucionalidad abarque a toda la normatividad y actividad estatal. Y expone: “si un sector del ordenamiento jurídico en vigor o de la actividad estatal no puede ser enjuiciado constitucionalmente, no se tipifica en la nación un régimen completo de control de constitucionalidad”⁵⁰.

Jorge Vanossi explica que en los sistemas judicialistas de control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes y demás actos estatales, los tribunales despliegan así el ejercicio del poder político. Esa facultad de “contener a los otros poderes se traduce en la no aplicación al caso de la norma estimada violatoria de la Constitución nacional. En nuestro país, ese poder arranca del origen mismo del Poder Judicial federal o nacional, y se ha perfeccionado con las creaciones pretorianas del amparo, de las sentencias arbitrarias y del recurso extraordinario por gravedad institucional. La Corte Suprema ha dejado, sin embargo, un ámbito desprotegido: el de las llamadas “cuestiones políticas”, no justiciables, cuyo tratamiento recae –por obra de esa tesitura– en la discrecionalidad de los otros poderes. Podría decirse, pues, que hasta el momento de la presencia de una cuestión política nuestro sistema de supremacía constitucional tiene asegurado un control judicial o jurisdiccional, pero que en presencia de tales cuestiones no justiciables, el sistema sólo cuenta con un control político o autocontrol de los mismos poderes políticos. Esto quiere decir que en la medida que se advierten ámbitos de los derechos humanos alejados de la protección de los jueces por la propia determinación de éstos, nuestro sistema sufre una novación, incorporándose –en ese

⁴⁸ Juan Carlos CASSAGNE, *Curso de derecho administrativo*. 10° ed. actualizada y ampliada, La Ley, Buenos Aires, 2011, Tomo I, pp. 596 y sgtes.

⁴⁹ Germán J. BIDART CAMPOS, *La jurisdicción judicial y las cuestiones políticas*, El Derecho 9, pp. 915.

⁵⁰ Néstor Pedro SAGÜÉS, *Derecho Constitucional. Teoría de la Constitución*, 1ª edición, Editorial Astrea, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2017, Tomo I, pp. 451.

mismo ámbito- a los regímenes de inspiración francesa (...). Nuestro sistema debe restablecer la unidad del control, por razones axiológicas relativas a la vivencia comunitaria: la más acabada protección de los derechos humanos, tanto de naturaleza civil cuanto de naturaleza política. La situación de dos controles y de dos ámbitos disímiles de protección, importa una duplicidad de mecanismos que no se compadece con el igual valor y jerarquía constitucional de todos los derechos” y concluye que “el trasfondo de la tesis de la no justiciabilidad de las cuestiones políticas exhibe una supuesta virtud de *prudencia política* y oculta –a nuestro entender- una razón de imprudencia institucional que se traduce en el notable acrecentamiento de la esfera del poder discrecional, que sustrae de la órbita de las facultades regladas no sólo los aspectos de oportunidad y conveniencia de los actos en cuestión, sino también el control mismo de la legalidad en el ejercicio del poder. Y eso es grave”⁵¹.

En el mismo orden de ideas, la Dra. María Angélica Gelli señala que hay un “riesgo institucional” en determinar cuándo una cuestión es política, y por lo tanto no justiciable⁵². Analizó también que la doctrina ha recibido “fuertes críticas” demostrando que la Corte Suprema argentina a partir de la década del noventa dejó de apelar a la mentada doctrina, en casos en los que rechazó el control de constitucionalidad⁵³.

Domingo Sesin también se enrola en la tesis amplia: “La sujeción plena a la ley y al derecho por parte de los poderes públicos quedaría desvirtuada si los jueces no ejercen el control que inexorablemente les pertenece como guardianes de los preceptos constitucionales y sus principios axiológicos inmanentes. No se trata de invadir funciones que le corresponden al poder político sino de custodiar fielmente la prevalencia de la Constitución y sus principios por sobre las normas y actos derivados. Consecuentemente no son los jueces que suplantán al poder político en este caso, sino que es la propia Constitución y sus principios que vehiculizados por el juez pasan a ser

⁵¹ Jorge Reinaldo A. VANOSI, *Teoría constitucional. Supremacía y control de constitucionalidad*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1976, pp. 185 y sgtes.

⁵² María Angélica GELLI, *Constitución de la Nación Argentina, comentada y concordada*, 5ª edición ampliada y actualizada, La Ley, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2018, Tomo II, pp. 640.

⁵³ La Corte Federal ha señalado que “respecto a las decisiones judiciales, se advierte una trascendente evolución, que muestra una tendencia, cada vez mayor, si no a la eliminación total de una categoría de actos exentos de control judicial, sí a circunscribirlos a límites precisos. (...) desde el lejano precedente de 1893, “Cullen c. Llerena” (Fallos: 53:420), en donde la opinión mayoritaria consagró la injusticiabilidad de las aludidas cuestiones, aunque con la posición contraria del ministro doctor Luis V. Varela, viene delineando los contornos de esta categoría de cuestiones, hasta llegar a nuestros días, en donde prácticamente no existen bloques temáticos de la actividad de los Poderes del Estado que carezcan de control judicial. (...) Esa evolución de la jurisprudencia de la Corte en materia de cuestiones políticas no justiciables nos alerta sobre un definido avance en la consolidación del Estado de Derecho que (...) no admite la existencia de bloques o conjuntos temáticos exentos de control judicial” (Fallos: 327:2048 -del Dictamen del Procurador General de la Nación que la Corte hace suyo-).

una realidad aplicada y no una verdad declamada. En el marco de estos principios, no se cristaliza el gobierno de los jueces sino de la efectiva supremacía de la Constitución, imponiéndose por sobre los actos secundarios que la incumplan o desvirtúen”⁵⁴. De todas maneras, el propio autor sostiene que el control de los actos políticos es intenso con relación a los requisitos de juridicidad pero respetuoso del núcleo interno político discrecional⁵⁵.

Por su parte, Marienhoff explica que “no existe razón jurídica suficiente para sustraer los llamados actos de gobierno o políticos del control jurisdiccional de la justicia” especificando que “la circunstancia de que en unos casos –ya se trate de actos de gobierno o de actos administrativos- el administrado o particular carezca de la posibilidad de impugnar jurisdiccionalmente el acto, no depende de la naturaleza objetiva del mismo, sino de que, en el caso concreto, exista un derecho que admita tal impugnación”⁵⁶, es decir, que reduce la cuestión a un problema de legitimación. Este autor, desarrolla la noción de acto institucional que sí está exento de contralor jurisdiccional porque los efectos del mismo están limitados a los órganos del Estado; son aquellos vinculados con la organización y subsistencia del Estado⁵⁷.

En similar perspectiva, Cassagne ha elaborado la doctrina de los actos constitucionales, que son aquellos que cumplen una función de superior jerarquía que los actos administrativos y no son directamente justiciables. Su juzgamiento se opera a través de los actos administrativos que los ponen en ejecución y nada impide que, en tales casos, los jueces se pronuncien sobre la constitucionalidad de la causa antecedente del acto de ejecución, aun cuando sus efectos se limitan a quienes fueron parte en la controversia⁵⁸.

Héctor Mairal sostiene que los “actos no justiciables” son una “irregularidad” en el sistema jurídico “que gradualmente deberá ir desapareciendo con el progreso del Estado de Derecho”⁵⁹.

Balbín se enrola en la misma visión al afirmar que la categoría de “cuestiones políticas no justiciables” no es razonable y “no tiene sustento constitucional”⁶⁰.

⁵⁴ Domingo Juan SESÍN, *Administración pública. Actividad reglada, discrecional y técnica. Nuevos mecanismos de control judicial*, 2da edición actualizada y ampliada, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2004, pp. 433.

⁵⁵ Cfr. Domingo Juan SESÍN, *Intensidad del control judicial de los actos políticos. El núcleo político discrecional excluido*. Publicado: RDA 2003-763. Abeledo Perrot 0027/000088.

⁵⁶ Miguel S. MARIENHOFF, *Tratado de Derecho Administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1966, Tomo II, pp. 747.

⁵⁷ *Ibidem*, pp. 757.

⁵⁸ CASSAGNE, *op. cit.* pp. 598.

⁵⁹ Héctor A. MAIRAL, *Control judicial de la Administración Pública*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1984, Volumen I, pp. 461 y sgtes.

La Dra. María Janneret de Pérez Cortes ha analizado el asunto con más especificidad. En este marco, sostiene –entiendo yo- una postura intermedia. Ella explica que “El control de constitucionalidad, como principio, no autoriza a los jueces a imponer una política a los otros poderes de gobierno ni a sustituirlos en su función. Éste es el límite fundamental al control judicial. Sin embargo, si la vigencia de una norma constitucional se halla afectada por una omisión de otro poder del Estado, cuando no media política alguna al respecto o cuando la que se articula es irracional, el Poder Judicial puede exigir a los otros poderes que implementen alguna de las políticas racionales en casos concretos; o aún puede llegar a suplir esa omisión cuando el otro poder –no obstante habersele dado la oportunidad de hacerlo– persiste en su inactividad”⁶¹.

En análogo sentido, Oscar Cuadros que sostiene que “el respeto de la tutela efectiva de los derechos del ciudadano puede exigir que, en el caso, el juez sustituya la decisión administrativa o, al menos, que diseñe el molde al cual deberá adecuarse el acto que la Administración deba dictar. De otro modo, la autorrestricción condenará al actor a perseguir el mismo resultado por la vía administrativa, con la pobreza de resultados característica”⁶².

Ivanega, por su parte, postula una tesis más restrictiva, aplicando a este campo las posiciones divergentes en torno al control de las actividades discrecionales y de las denominadas cuestiones políticas⁶³.

Por último, no es posible soslayar la posición de Jeremy Waldron, profesor neozelandés cuya crítica al control judicial de constitucionalidad está tomando auge. Waldron desarrolla la teoría de que el control judicial de la legislación es inapropiado como última instancia dentro del proceso de toma de decisiones en una sociedad libre y democrática postulando, en su lugar, procedimientos legislativos⁶⁴.

En suma, se advierten las disímiles posiciones doctrinarias en el punto en estudio como así también se observa que el tema sigue siendo de interés y está en constante revisión y evolución.

⁶⁰ Carlos F. BALBÍN, *Tratado de Derecho Administrativo*, 1ª edición, La Ley, Buenos Aires, Tomo III, 2010, pp. 34.

⁶¹ Cfr. María JEANNERET DE PÉREZ CORTÉS, *El control judicial y sus límites. La acción de los jueces frente a la inacción de la Administración o de Poder Legislativo*. Revista RAP: Ediciones Especiales. Cuestiones de Control de la Administración Pública. Administrativo, Legislativo y Judicial.

⁶² Oscar Alvaro CUADROS, *Administración y Constitución*. 1ª edición, Astrea, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2014, pp. 116.

⁶³ Miriam M. IVANEGA, *Diseño y determinación de las políticas públicas: su control judicial*. En Cuestiones de Control de la Administración Pública. Administrativo, Legislativo y Judicial. 1ª ed. Buenos Aires, RAP, 2010, pp. 739.

⁶⁴ Jeremy WALDRON, *Contra el gobierno de los jueces*, 1ª edición, Siglo XXI Editores Argentina, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2018.

Capítulo II: La dignidad humana y el bien común como fuentes de juridicidad

Entiendo que los aspectos centrales a considerar en el discernimiento sobre la mayor o menor amplitud del control judicial en las políticas públicas son las exigencias que dimanarían de la dignidad humana.

Ciertamente, sostengo enfáticamente que la dignidad humana es fuente de juridicidad. De igual manera, la noción de bien común⁶⁵. En consecuencia, las normas y decisiones no pueden soslayar las implicancias que emanan de dichos principios.

La dignidad humana orienta al jurista a ubicar a la persona en el centro del sistema, haciéndola merecedora de un respeto incondicional⁶⁶. En el mismo sentido, el bien común como causa final del Estado justifica a la autoridad⁶⁷.

Es en este marco que las nociones de mérito, oportunidad y conveniencia –y en similar sentido la de discrecionalidad- quedan –en ciertos casos- prácticamente anuladas.

En efecto, hay derechos que por coadyuvar en forma directa no solo a la existencia del hombre sino a la vida *digna*, corresponde que sean salvaguardados en forma impostergable y prioritariamente. Es claro, entonces, que si las decisiones en materia de políticas públicas no se ordenan a estos fines, estarán menoscabando el principio de juridicidad y, por ende, serán revisables judicialmente⁶⁸. Para ejemplificar, el poder administrador –de acuerdo a la ley de presupuesto- puede decidir –por estar dentro de su competencia- la realización de una política pública en materia urbanística o cultural en un barrio marginal. Ahora bien, pienso que podría entablarse una acción judicial para que dicha decisión sea dejada sin efecto y –en su lugar- se ordenen la

⁶⁵ En este sentido, Alfonso Santiago demuestra que el bien común está presente en el sistema de fuentes del derecho que conforman nuestro ordenamiento constitucional. Cfr. Alfonso SANTIAGO (h). *Bien común y derecho constitucional*. Editorial ábaco, Buenos Aires, 2002 y Alfonso SANTIAGO (h). *El verdadero poder es el servicio*. La Ley 2013-F-1188 del 6.12.2013.

⁶⁶ Carlos. E. GUARIGLIA, *La dignidad de la persona humana: presupuesto ontológico del derecho administrativo. Los diversos paradigmas estatales y la dignidad de la persona*, *El Derecho*, 272 del 11.5.2017, nro 14.179.

⁶⁷ En el mismo orden de ideas, el Alto Tribunal nacional ha advertido que “El legislador debe satisfacer los objetivos del Preámbulo y lograr el bien general común, fin último del Estado y de toda función de Gobierno (...). La función primigenia de gobernar a cargo del legislador en la forma republicana de gobierno tiene acabado cumplimiento en un resultado también de equilibrio armónico del interés social frente al mero interés individual” (Fallos: 314:1203).

⁶⁸ “El control de constitucionalidad de las políticas públicas por el Poder Judicial no se hace tan sólo bajo el prisma de la infracción frontal a la Constitución por los actos del Poder Público, sino también por intermedio del cotejo de esos actos con los fines del Estado” (Ada Pellegrini GRINOVER, *El control de políticas públicas por el Poder Judicial*. En Revista de Derecho Procesal. Volumen especial conmemorativo del bicentenario: el derecho procesal en vísperas del Bicentenario. Dirigido por Roland ARAZI, 1ª ed. Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2010, pp. 319).

realización políticas públicas que tienen carácter esencial (vgr. agua potable, cloacas, vivienda, entre otras). Obviamente, deberá acreditarse en la causa lo absurdo de destinar fondos a una cuestión desplazando la otra.

Aquí surge en forma inmediata la siguiente crítica: es el poder legislativo –en el que se encuentra representadas proporcionalmente todas las voces del pueblo- el competente para definir cuáles son las prioridades en el gasto público y qué es lo mejor para el bien común.

Considero que es un argumento débil. La dignidad humana y el bien común conllevan exigencias que no dependen de la aprobación de las mayorías ni del consenso. Cabe recordar que –luego de las experiencias del siglo XX- los Estados *reconocen* los derechos (y no los conceden), estando sometidos a un derecho –ley natural- que es superior y supremo⁶⁹. En este marco, los derechos fundamentales son vallas infranqueables. En similar sentido, la Corte federal afirmó –se reitera- que “no es posible que bajo la invocación de la defensa de la voluntad popular, pueda propugnarse el desconocimiento del orden jurídico, puesto que nada contraria más los intereses del pueblo que la propia transgresión constitucional”⁷⁰.

Pienso que el juez tendrá mayor legitimidad democrática al decidir en pos de los derechos fundamentales que los órganos de gobierno elegidos directamente por el pueblo que sortean tales derechos. Es que, la legitimidad no solo se tiene en el origen sino también en los contenidos de las decisiones que se van adoptando. Así, se ha dicho que “La satisfacción del bien común es lo que legitima al Estado y le da justo título de mando”⁷¹. En el mismo orden de ideas, se ha señalado que “una actuación pública que no se fundamente o contraríe el bien común constituye un ejercicio ilegítimo o irrazonable del poder público, que los modernos sistemas jurídicos castigan declarando

⁶⁹ En los Considerandos de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre se proclama que “en repetidas ocasiones, los Estados americanos han reconocido que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana”; en el Preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos se afirma que “la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”; en el Preámbulo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos se establece que “Reconociendo que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados Americanos”; en el Preámbulo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se precisa que “Reconociendo que estos derechos se derivan de la dignidad inherente a la persona humana” (la misma afirmación está en la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes).

⁷⁰ Fallos: 336:760 del 18.6.2013.

⁷¹ Néstor SAGÜÉS, *Elementos de derecho constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 1997, t. I. pp. 203.

su inconstitucionalidad, es decir, se invalidez y nulidad jurídica. El bien común no es sólo la fuente de legitimidad del poder político sino su única razón de ser”⁷².

Por todo ello, considero parcialmente cierta la inveterada doctrina de la Corte federal que sostiene que “La misión más delicada de la justicia de la nación es la de saberse mantener dentro de la órbita de su jurisdicción, sin menoscabar las funciones que incumben a los otros poderes o jurisdicciones, toda vez que es el judicial el llamado por la ley para sostener la observancia de la Constitución Nacional, y de ahí que un avance de este poder menoscabando las facultades de los demás revestiría la mayor gravedad para la armonía constitucional y el orden público”⁷³.

Entiendo, por el contrario, que la misión *más delicada* del poder judicial es preservar los derechos fundamentales y que *la mayor gravedad para la armonía constitucional* es que una persona no se le satisfaga su derecho a una vida digna. Cabe recordar que el derecho a un nivel de vida adecuado está reconocido en seis Tratados Internacionales de Derechos Humanos⁷⁴.

En Argentina es posible constatar que hay ocho millones de personas que viven en situación de pobreza y uno de cada diez hogares no tiene recursos para alimentar a su familia⁷⁵. La pobreza extrema asciende a más del 5% de la población; el 39,4% de las

⁷² SANTIAGO, *Bien común... op. cit.* Pp. 36.

⁷³ Fallos: 155:248.

⁷⁴ Cfr. Alejandro PÉREZ HUALDE, *El usuario y el servicio público en Argentina*, en Jaime Rodríguez-Arana Muñoz y Raúl Canosa Usera, editores, *Derecho de los consumidores y usuarios: una perspectiva integral*, Villanueva Centro Universitario, Netbiblo. La Coruña. 2008, pp. 174-192.

⁷⁵ Cfr. Informes del Observatorio de la Deuda Social Argentina confeccionados por la Pontificia Universidad Católica Argentina (año 2016) disponible en su página web oficial. Se transcriben a continuación las conclusiones a fin de dimensionar la gravedad del problema: “Durante el período del Bicentenario, los indicadores laborales muestran la persistencia de la pobreza y desigualdades estructurales. Todavía estamos lejos de garantizar los derechos mínimos de subsistencia económica para una parte importante de la sociedad. La evolución de distintos indicadores de las condiciones materiales no ha sido equitativa al interior de la estructura social. Los más perjudicados en lo que respecta a las capacidades de subsistencia fueron los estratos bajos y los hogares de espacios segregados. Las brechas en la subsistencia material y el bienestar económico de los hogares no han disminuido, persisten en el tiempo y se presentan como estructurales. Durante el último año [2016], las medidas de ajuste económico, el contexto internacional adverso, la política antiinflacionaria y la rezagada inversión privada y pública habrían agravado el escenario de crisis, aún más recesivo y adverso en materia de empleo y poder adquisitivo para amplios sectores sociales. Si bien este shock habría sido mucho más fuerte durante el primer semestre del año, la situación no se habría revertido durante la segunda parte del año. El proceso habría generado especialmente un deterioro laboral y en el nivel de ingresos de los sectores medios bajos informales. Sólo una reversión del estancamiento habrá de generar una caída en los niveles del subempleo, precariedad laboral y pobreza, pero por sí sólo esto no será suficiente para revertir las desigualdades estructurales que afectan al mercado de trabajo, con efectos directos sobre la pobreza por ingresos y estructural. De manera independiente del crecimiento económico o de la ampliación de las políticas sociales existen barreras productivas estructurales que impiden la inclusión de los núcleos de marginalidad. Tanto la desigualdad persistente como la pobreza estructural son resultado de un modelo económico productivo concentrado y desequilibrado con efectos de exclusión y desigualdad a nivel socio-

personas habita hogares con déficit de recursos educativos, lo que implica que casi cuatro de cada diez personas residen en hogares en los que hay al menos un menor de edad de entre 4 y 17 años que no asiste a instituciones educativas formales, o que tienen al menos algún adulto que no ha alcanzado un nivel mínimo. El déficit de acceso a servicios básicos, afiliación a la seguridad social, vivienda digna se ubican en una franja intermedia con niveles de privación superiores al 25% de la población. Es decir que al menos una de cada cuatro personas reside en hogares privados de acceso a conexiones básicas y en viviendas que garanticen un mínimo de protección e intimidad.

Otro informe más reciente refiere a que “la pobreza general afecta al 25,7% (Indec), pero la pobreza infantil, en la franja etaria de 0 a 17 años, es de 62% (UCA). Detrás de esta última cifra se esconden deudas con la infancia y la juventud que vale la pena enunciar: (...). -El 30,5% de las mujeres embarazadas sufre anemia y solamente el 54% de los niños menores de 6 meses recibe lactancia materna exclusiva. -En la década del 70, la diferencia entre el 10% más pobre y el 10% más rico en materia de ingresos era de 7 a 1; en 2001, pasó de 44 a 1, y hoy es de 22 a 1. -El 42,4% de los menores vive en condiciones de hacinamiento en nuestro país. Una cifra que en provincias como Formosa trepa al 58,8 por ciento”⁷⁶.

Ante alarmantes cifras y la realidad irrefutable de que hay muchos sectores que carecen del derecho al derecho, cabe preguntarse seriamente si las pretensiones tendientes a remediar estas situaciones que se encauzan judicialmente están desajustando la república o si, por el contrario, el proceso estructural constituye una eficaz herramienta para que se atienda de una vez por todas la defensa a sectores totalmente desfavorecidos.

En este marco, coincido con Sagüés que en la actualidad existen derechos imposibilitados o falsamente imposibles que aparecen cuando el Estado argumenta que no posee los suficientes recursos para hacerles frente, cuando en verdad los posee pero los ha destinado para otros objetivos de menor importancia⁷⁷.

Es que, no puede haber indiferencia a la vulneración de los derechos fundamentales, máxime cuando éstos están vinculados a las condiciones básicas para una vida digna.

laboral. De ahí que aunque devengan inversiones, no habrá derrame hacia los sectores menos dinámicos si no hay políticas activas de desarrollo local-regional, hacia el sector informal y las economías sociales”.

⁷⁶ Gastón VIGO GASPAROTTI, *Argentina necesita niños, son la clave del crecimiento económico*. En <https://www.infobae.com/opinion/2018/05/21/argentina-necesita-ninos-son-la-clave-del-crecimiento-economico/> (consulta en julio de 2018).

⁷⁷ Cfr. Néstor Pedro SAGÜÉS, *El tercer poder: notas sobre el perfil político del poder judicial*, 1ª edición, Lexis Nexis Argentina, Buenos Aires, 2005, pp 150.

Por ello, resulta oportuno traer a colación la sabia afirmación de la Convención Americana de Derechos Humanos contenida en su Preámbulo que recuerda que “sólo puede realizarse el ideal del ser humano libre, exento del temor y de la miseria, si se crean condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos”.

Hay una exigencia más que se desprende de la juridicidad de la dignidad humana cual es la necesidad de tener en cuenta el carácter interdependiente⁷⁸ de los derechos fundamentales⁷⁹. Ejemplificando, el derecho a la salud no se puede satisfacer adecuadamente sin atender en forma simultánea el derecho a una vivienda digna con los servicios esenciales de agua y cloacas; el derecho a la educación depende del derecho a una alimentación debida. Ello implica que resulta más conveniente que se permita al poder judicial evaluar la integralidad de la política pública más que solo un aspecto de la misma.

En este sentido, cuando de situaciones de vulnerabilidad social se trata, es preciso remover la pobreza, que es precondition negativa para el ejercicio de los todos los derechos⁸⁰.

⁷⁸ En el inciso c del Preámbulo de la Convención sobre los derechos de las Personas con Discapacidad se reconoce expresamente este carácter a los derechos humanos.

⁷⁹ Cfr. Jairo Andrés CASTAÑO PEÑA, *Análisis económico del activismo judicial: el caso de la Corte Constitucional colombiana*, en Revista Derecho del Estado n.º 31, julio-diciembre del 2013, pp. 119-160.

⁸⁰ Ricardo A. MUÑOZ (h), *La pobreza extrema, y su tratamiento constitucional y convencional*, La Ley 2016-D, 1199 del 11.8.2016. Sostiene el autor que “La pobreza constituye la violación per se de los derechos humanos, ya que en situaciones de miseria, todos los derechos son de imposible ejercicio y efectivización. Y si ello es así, entonces la pobreza es el impedimento de la persona humana y su dignidad”.

Capítulo III: La política pública y el constitucionalismo dialógico. Nueva dinámica de distribución de poder

a. El respeto a la división de poderes

En el tema propuesto, cabe efectuar una especial ponderación al principio de separación de poderes⁸¹. Efectivamente, la aproximación al estudio del control judicial sobre las restantes funciones del Estado exige suma prudencia para preservar el principio de marras, que es fundamental para la armonía constitucional.

Ahora bien, entiendo que es factible postular un control judicial amplio sobre las políticas públicas sin que ello menoscabe la separación de poderes o que contraríe la aproximación recién indicada.

Considero que el marco apropiado para empezar a justificar la tesis referida es repensar al derecho administrativo como derecho constitucional concretizado. Esta expresión acuñada por los alemanes creo que debería subyacer en el análisis que se realice de todos los institutos del derecho administrativo, sea de los caracteres del acto administrativo, o de los principios que informan al procedimiento administrativo, las notas propias del servicio público, el régimen de responsabilidad del Estado, etc.

En todas las ramas del Derecho ya hace varios años que se puso énfasis en el fenómeno de la constitucionalización. Ahora bien, en el Derecho Administrativo pienso que se hizo tímidamente. En este sentido, el profesor Bianchi refirió a la relación tensa y compleja que existe entre el derecho administrativo y el derecho constitucional y como la Administración ha aumentado su poder, pese a la reforma de la Constitución en el año 1994⁸².

Por ello, es importante rescatar el rol de la administración en la realización del derecho. Como enseña el profesor García Pullés, las prerrogativas de la Administración no son regaladas por el ordenamiento a la Administración⁸³. Las leyes de competencia

⁸¹ El Dr. Federico J. Lisa sostiene –acertadamente– que “toda técnica de control judicial hacia la Administración pública encarna un problema político: en primer lugar, porque a través de ellas se actúa al derecho administrativo, cuya íntima vinculación con la política es una de sus notas típicas y, en segundo lugar, porque el conjunto de técnicas de control judicial nos indica los casos y modos en que uno de los poderes del Estado puede interferir en los demás –principalmente en el Ejecutivo–. La regulación del control judicial de la Administración pública es, pues, una decisión de alta política, al indicar la dinámica concreta del principio de división de Poderes”. Federico J. LISA, *La eficacia del control judicial de la Administración pública: acción de amparo versus acción ordinaria*. En Revista RAP. *Cuestiones de Control de la Administración Pública. Administrativo, Legislativo y Judicial*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2010.

⁸² Alberto B. BIANCHI, *Constitución y Administración (Una relación tensa y compleja)*. ED, 208-990, 2004.

⁸³ Fernando R. GARCÍA PULLÉS, *Otras perspectivas del contencioso administrativo*. La Ley 2012-F, 1116 publicado el 28.11.2012.

existen porque el ordenamiento jurídico cree que el Estado -en particular la Administración- está para realizar el Derecho. Y ello es mucho más que hacer cumplir meramente con la ley, es mucho más que plasmar una actuación sublegal. Implica hacer llegar el Derecho a todos, pero en especial a los que ni siquiera tienen derecho al derecho. Y cabe recordar que como la Administración se ha -de alguna manera- apropiado parcialmente de la legalidad a través de los reglamentos delegados y de necesidad y urgencia, resulta acertado –continúa el profesor García Pullés- que el constitucionalismo haya elevado las cuestiones esenciales a niveles indisponibles. Esto es, los derechos humanos que la Administración debe efectivizar.

Es en este contexto, en que las nociones de discrecionalidad administrativa o zona de reserva de la Administración deben redefinirse. Entiendo que la división de poderes nació para resguardar los derechos de las personas y no para que se convierta en un instrumento para intentar justificar su vulneración.

Partiendo, pues, del marco apuntado –Derecho administrativo como derecho constitucional concretizado y Administración con su función de realizar el Derecho-, al constatarse en forma fehaciente en un proceso judicial que la Administración no está tendiendo a tal objetivo y no se está llevando a cabo una política pública integral o la misma es defectuosa –y ello conspira contra la dignidad humana- el juez tendrá plena competencia para juzgar no solo la razonabilidad de los medios escogidos sino también para sustituirlos.

Ahora bien, la mayoría de la doctrina⁸⁴ y jurisprudencia⁸⁵ considera que el juez no puede sustituir a la Administración justamente por el debido respeto a la división de poderes.

Las distintas posiciones de lo que ingresa dentro de la competencia judicial en el control de políticas públicas se evidenció en los votos de la causa “Quibert Castro” (citada). El voto de la mayoría –que sustituye a la Administración en el diseño de la política pública- sostuvo que “... Hay una garantía mínima del derecho fundamental que constituye una frontera a la discrecionalidad de los poderes públicos. Para que ello sea

⁸⁴ Consultar al respecto a Domingo J. SESIN, *El juez sólo controla. No sustituye ni administra. Confines del derecho y la política* en Domingo J. SESIN (director), *La admisibilidad del contencioso administrativo: Requisitos esenciales – Causales de inadmisión*, 1º ed, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011. Pp. 305-333.

⁸⁵ “El control judicial sobre las decisiones discrecionales se limita a corregir una actuación administrativa ilógica, abusiva o arbitraria, pero no implica que el juez sustituya a la administración en su facultad de decidir, máxime que la competencia jurisdiccional es revisora, no sustitutiva. (...) La actuación administrativa debe ser racional, justa, igual y proporcional, excluyéndose la arbitrariedad de la discrecionalidad, pero los tribunales no están habilitados para juzgar consideraciones de oportunidad o apreciaciones fácticas y sustituir la decisión administrativa con base en la distinta opinión que el tribunal pudiera sustentar” (Fallos: 304:721).

posible, debe acreditarse una afectación de la garantía, es decir, una amenaza grave para la existencia misma de la persona. (...) La razonabilidad significa entonces que, sin perjuicio de las decisiones políticas discrecionales, los poderes deben atender a las garantías mínimas indispensables para que una persona sea considerada como tal en situaciones de extrema vulnerabilidad. 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 cuando éstos piden el auxilio de los jueces” (consid. 12°). Mientras que el voto concurrente de la Dra. Argibay postuló que “dado que sólo le corresponde a este Tribunal en función de su competencia apelada, establecer en el caso el enfoque con el que la demandada debió haber abordado el reclamo de la actora para hacer efectivo su derecho constitucional a una vivienda digna en función de su carencia absoluta de recursos económicos y la severa discapacidad lo que no incluye la determinación de la prestación que debe otorgársele ni su cuantificación en términos económicos. En consecuencia, es el gobierno local quien deberá establecer la modalidad que adoptará para cumplir el compromiso a su cargo en el marco de las líneas interpretativas fijadas en el presente voto”. Es decir, le ordena a la Administración que debe garantizar el derecho pero no cómo hacerlo.

Entiendo que no solo en supuestos donde exista una amenaza grave para la existencia misma de la persona el juez podrá controlar la idoneidad de la política pública. En todos aquellos casos en los que se demuestre claramente que la dignidad humana está comprometida –sin esperar a que esté en juego la vida- queda habilitado el juez para ordenar a la Administración lo que se deba hacer para garantizar los derechos fundamentales de las personas.

Habrán casos en los que –por sus particularidades- el juez podrá reenviar a la Administración y sea ella quien precise la política pública a desplegar –principalmente en casos de omisiones-. Ahora bien, en otros casos, ello podría acarrear mayores perjuicios que soluciones. Coincido, en este sentido, con el profesor Coviello que “en ciertos casos, pretender devolver el caso a la Administración para que dicte un nuevo pronunciamiento o remontarse a la división de Poderes, entre otras tantas razones de self restraint, aunque fueren jurídicamente “correctas”, aparecen como un contrasentido a la búsqueda de una justicia eficaz y rápida o de la denominada tutela judicial efectiva”⁸⁶. La prudencia guiará la actuación del juez. En esta línea, el profesor Cassagne indica que “En principio, el control judicial ha de ser tan amplio como suficiente de acuerdo con

⁸⁶ Pedro J. J. COVIELLO, *El poder de sustitución del juez*. En Revista RAP. *Cuestiones de Control de la Administración Pública. Administrativo, Legislativo y Judicial*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2010.

las circunstancias del caso y a los principios constitucionales inherentes a la separación de poderes y al debido proceso legal”⁸⁷.

O como señala Tocqueville "...es a menudo tan pernicioso quedarse como excederse;... por ello los jueces no deben ser solamente buenos ciudadanos, hombres instruidos y probos, cualidades necesarias a todos los magistrados. Es necesario encontrar en ellos hombres de Estado; es necesario que sepan discernir el espíritu de su tiempo..."⁸⁸.

Por otra parte, no es posible obviar que el Derecho constitucional moderno entiende a la división de poderes de una manera novedosa.

En efecto, se plantea que las distintas funciones del Estado ya no son compartimentos estancos en los que no hay vinculación más que las facultades de contralor recíproco. Por el contrario, se brega por la resolución de los asuntos constitucionales fundamentales mediante una conversación y cooperación extendida y persistente en el tiempo entre los distintos poderes.

Esto se ha denomina por cierta doctrina como “democracia deliberativa”⁸⁹ en el que se busca que el proceso de toma de decisiones se asiente en un diálogo inclusivo. El control judicial amplio de políticas públicas no solo que permite esta cooperación sino que también es presupuesto para llevar a cabo adecuadamente la labor.

b. Los derechos humanos, los principios y la razonabilidad como límites a la discrecionalidad de la Administración

En todo este derrotero, cabe recordar que el control de la Administración según nuestra Constitución es judicial. Enseña el profesor Bianchi que este sistema judicialista, además, “ha sido ratificado por la jurisprudencia constante de la Corte y constituye, para nosotros, uno de los pilares del sistema republicano. Por ello, dada la importancia del mismo en la protección de nuestros derechos y libertades, deberíamos ser celosos custodios de su integridad y eficacia y, luego de más un cuarto de siglo de gobiernos elegidos ininterrumpidamente conforme el sistema de la Constitución, el mismo tendría que haberse fortalecido”⁹⁰.

Entiendo que, un control eficaz, amplio y contundente sobre la Administración – cuando su actuación u omisión esté menoscabando la dignidad humana- no importará

⁸⁷ CASSAGNE, *op. cit.*, pp. 69.

⁸⁸ Alexis. TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique*, Ed. Gallimard, París 1951, t. II, p. 154, citado en SESIN, *op. Cit.* Pp. 215.

⁸⁹ Roberto GARGARELLA (comp.), *Por una justicia dialógica: El poder judicial como promotor de la deliberación democrática*, 1ª ed, Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2014.

⁹⁰ Alberto B. BIANCHI, *Declinación y caída del control judicial de la Administración Pública*. Suplemento La Ley Administrativo, 2010 (agosto), 9.

anular a la misma o invadirla, sino que por el contrario, redundará en una gestión de calidad. Los sistemas de control intra poderes son esenciales para el correcto funcionamiento de los mismos. El control restringido se torna –de alguna manera– cómplice de políticas deficientes⁹¹ y, peor aún, corruptas⁹².

Concretamente, en materia de políticas públicas, el Poder Judicial encontrará pautas para desplegar el control en los derechos humanos, los principios generales del derecho, en entender al acto administrativo en el marco del Estado Social Constitucional de Derecho y en la razonabilidad.

Todo ello reduce el ámbito de discrecionalidad de la Administración. Si bien es cierto que como principio es la Administración la encargada de definir los medios para satisfacer los derechos fundamentales de las personas, también lo es que cuando éstos son sujetos a revisión judicial (porque no están realizando el bien común ni encumbrando la dignidad humana), el Juez podrá válidamente –con las pautas mentadas y en determinadas circunstancias- sustituirlas.

Como es sabido, las potestades discrecionales –que jamás son puramente tales- no escapan al contralor judicial. El Alto Tribunal nacional afirmó lúcidamente “no puede sostenerse válidamente que el ejercicio de las facultades discrecionales, por parte del órgano administrativo (...) lo eximan de verificar los recaudos que para todo acto administrativo exige la ley 19549, como así también respetar el sello de razonabilidad que debe acompañar a toda decisión de las autoridades públicas”⁹³ y –concretamente- se ha señalado que el control judicial de tales actos encuentra su ámbito de actuación en los elementos reglados de la decisión entre los que cabe encuadrar, esencialmente, a la competencia, a la forma, a la causa y a la finalidad del acto⁹⁴.

En similar tenor, la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo en la causa “Baena” que “En cualquier materia, inclusive en la laboral y la administrativa, la discrecionalidad de la administración tiene límites infranqueables, siendo uno de ellos el respeto de los derechos humanos”⁹⁵.

Asimismo, el profesor Sammartino enseña que en los actos que importen ejercicio de facultades predominantemente discrecionales, su objeto o contenido de la declaración deberá observar los principios materiales que limitan la actividad

⁹¹ Al respecto, puede consultarse con provecho a Miriam M. IVANEGA, *La administración pública del siglo XXI: Entre la utopía y la realidad*. La Ley 2011-B, 676 del 2.3.2011.

⁹² Cfr. Juan B. JUSTO, *Remedios internacionales para la lucha contra la corrupción. La Convención de Naciones Unidas y el rol de las víctimas*. Suplemento La Ley Administrativo, 2017 (noviembre), 1.

⁹³ Del dictamen de la Procuración General de la Nación que la Corte hace suyo *in re* “Schnaiderman” (Fallos: 331:735 del 8.4.2008).

⁹⁴ Fallos 315:1361.

⁹⁵ “Baena, Ricardo y otros”, sentencia del 2-2-2001, Serie C N° 72, punto 126.

discrecional: “... esos límites reside en el núcleo básico de inmunidad que resguardan los derechos fundamentales reconocidos en el bloque de constitucionalidad argentino y los principios elaborados en su resguardo, v. gr. el principio *pro homine*, progresividad y no regresividad en materia de derechos sociales, el principio de no discriminación”⁹⁶.

Hasta aquí no hay mayores objeciones. La controversia se suscita cuando arribamos a los juicios de oportunidad, conveniencia o mérito. “Por oportunidad se entiende que son las determinaciones del interés público, privativas de la Administración”⁹⁷. La Corte federal ha sostenido reiteradamente que “cabe recordar que los jueces no deben 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 al Congreso de la Nación; y que el control de constitucionalidad no autoriza a la Corte Suprema a sustituir en su función a los otros poderes del gobierno (Fallos: 328:690 y sus citas, voto de los jueces Highton de Nolasco y Maqueda). La elección de la forma que se estime adecuada para promover los objetivos propuestos constituye una materia librada al legislador y ajena al control de los jueces (Fallos: 322:842), en tanto éstos tienen el deber de formular juicios de validez constitucional pero les está prohibido basarse en juicios de conveniencia (Fallos: 313:1333)”⁹⁸.

La tesis que se postula no importa contrariar tales lineamientos –por lo menos en cuanto su expresión como principios-. No obstante ello, también considero que debe permitirse que los que cuenten con legitimación procesal puedan demostrar la inidoneidad de una medida o la inconveniencia de una política pública o un aspecto de

⁹⁶ Patricio Marcelo E. SAMMARTINO, *La causa y el objeto del acto administrativo en el Estado Constitucional*, Jornadas de Derecho Administrativo – Cuestiones de acto administrativo, Reglamento y otras fuentes del derecho administrativo -Universidad Austral, ed. RAP, 2008.

⁹⁷ Miriam M. IVANEGA, *Cuestiones acerca del control judicial de la Administración en la República Argentina*. Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública. Ediciones RAP. Nro.: 414.

⁹⁸ Fallos: 336:1774. Criterio ratificado por la actual integración de la Corte *in re* “Galíndez” (Fallos: FSA 2445/2016/CS1-CA1 del 9.11.2017) en el que afirmó “El control de constitucionalidad que incumbe a los tribunales no incluye el examen de la conveniencia o acierto del criterio adoptado por el legislador en el ámbito propio de sus atribuciones (Fallos: 300: 642), puesto que existiendo la facultad de legislar en el Congreso, corresponde a este apreciar las ventajas e inconvenientes de las leyes que dictare, siendo todo lo referente a la discreción con que hubiere obrado el cuerpo legislativo ajeno al Poder Judicial, que no tiene misión sino para pronunciarse de conformidad a lo establecido por la ley, y aun en la hipótesis de que se arguyera o pretendiera que la ley es dura o injusta (Fallos: 68:238)” y en “Bayer” (Fallos: CSJ 505/2012 (48-B)/CS1 del 31.10.2017) señaló que “El acierto o error, el mérito o la conveniencia de las soluciones legislativas, no son puntos sobre los que al Poder Judicial quepa pronunciarse. Solo casos que trascienden ese ámbito de apreciación para internarse en el campo de lo irrazonable, inicuo o arbitrario habilitan la intervención de los jueces (Fallos: 308:1361, voto del juez Petracchi)”.

la misma. Cuando se demuestra que la actuación administrativa es ilógica, abusiva o arbitraria, entonces el control jurisdiccional es factible⁹⁹.

Obviamente, la parte actora deberá desplegar una profusa argumentación y actividad probatoria, sin perjuicio del deber de colaboración procesal de la Administración.

El juzgamiento de la inidoneidad o inconveniencia de una política pública encontrará un adecuado sustento en el principio de razonabilidad. Como es sabido, dicho principio se despliega bajo la forma de tres juicios: adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, los que son aplicados con diversidad de alcance e intensidad, según la naturaleza de los derechos afectados y los bienes públicos en juego¹⁰⁰.

Justamente, cuando están en juego derechos fundamentales, se debe aplicar el escrutinio estricto que abarca el subprincipio de necesidad; entonces el juez podrá valorar si existen otros medios más eficaces para alcanzar la finalidad de la norma.

Las decisiones –aun las políticas- deben estar sustentadas racionalmente. Las normas –que abarcan a las leyes, reglamentos y actos dictados para una política pública- son válidas cuando cuentan con razones suficientes que las justifican¹⁰¹. Ello es comprensivo de los medios que se escogen para arribar a los objetivos propuestos. Y un modo de irrazonabilidad –y por ende de injusticia- es cuando se eligen medios que son menos eficaces a otros. Entiendo que de surgir nítidamente este extremo en un proceso judicial, el Juez no podrá convalidar tal actuación de la Administración.

En este orden de ideas, destaco que en los últimos años se ha postulado lo indispensable que resulta que la Administración sea eficaz. Así la doctrina ha señalado que “La exigencia a los gobernantes a que se ajusten no sólo a la legalidad, sino que también actúen en forma conveniente, impone [...] la exigencia de eficacia, eficiencia, economicidad, celeridad, lo que en términos de Sesin se resume en lo “más oportuno” para el interés público”¹⁰². Y ello también surgiría del derecho a la buena

⁹⁹ Fallos: 331:1369 –del Dictamen de la Procuración General de la Nación que la Corte hace suyo-.

¹⁰⁰ Cfr. Juan CIANCIARDO, *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*, Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2004; María Marta DIDIER, *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*, 1º ed, Marcial Pons Argentina, Buenos Aires, 2012.

¹⁰¹ Cfr. Rodolfo Luis VIGO, *Una teoría de la validez jurídica*, DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 39 (2016) ISSN: 0214-8676 pp. 99-125.

¹⁰² IVANEGA, *Cuestiones...* op. Cit.

administración, consagrado como derecho humano en el derecho comunitario europeo (art. 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea del 7-12-00)¹⁰³.

c. Las críticas a la tesis propuesta y sus posibles refutaciones

En todo este derrotero, no se han soslayado las críticas al control que se propone. Ahora bien, cabe destacar que de una lectura atenta a las mismas se advierte que ellas han sido formuladas en un contexto jurídico disímil al presente y, humildemente, considero que muchas de esas críticas son dogmáticas sin que se hayan sometido a un exhaustivo debate.

En primer lugar, se ha esgrimido que el control sobre las políticas públicas debe ser limitado y restringido pues de lo contrario se estaría postulando un “gobierno de los jueces” en claro menoscabo al principio republicano.

Tal afirmación presenta varias falacias. La extralimitación judicial se puede dar en todas las áreas del derecho. Por supuesto que al controlar políticas públicas se está en un campo donde el roce con los restantes poderes puede ser vehemente. Empero, son numerosos los casos en los que se presenta el mismo fenómeno y no por ello la doctrina o la jurisprudencia han postulado una restricción al control judicial. Piénsese en el control de constitucionalidad o convencionalidad que permite invalidar lo que una mayoría¹⁰⁴ decidió –incluso por Convención Constituyente¹⁰⁵- y hasta aun de oficio¹⁰⁶. Haciendo un rápido repaso por la jurisprudencia de nuestro más alto Tribunal, se observa que no se ha cuestionado que muchas decisiones importantes de la República se han zanjado en última instancia en los estrados judiciales y no en el Congreso o en el Poder Ejecutivo. Por ejemplo, los pronunciamientos en los que la Corte Suprema, ante el dictado por el Congreso de leyes de emergencia, ha verificado desde antaño¹⁰⁷ la concurrencia de una genuina situación de emergencia -esto es, corrobora que la declaración del legislador encuentre debido sustento en la realidad-.

¹⁰³ Agustín R. MOSCARIELLO, *El principio de la buena administración*. El Derecho Administrativo 2013-423.

¹⁰⁴ Como puede observarse, la evolución del control de constitucionalidad ha sido llevada a cabo por la labor de la Judicatura, permaneciendo el Congreso al margen de su regulación. En este sentido, coincido con el profesor Bianchi en que “La historia argentina y la de los Estados Unidos, prueban con elocuencia que son los jueces, con su labor diaria, quienes más y mejor que cualquier legislatura, están en condiciones de adaptar esta herramienta esencial a las nuevas necesidades y desafíos” (BIANCHI, *Algunos aspectos del control de constitucionalidad... op. cit.*).

¹⁰⁵ Casos “Colegio de Abogados de Tucumán” (Fallos: 338:249), “Fayt”. (Fallos: 322:1616).

¹⁰⁶ Casos “Mill de Pereyra” (Fallos: 324:3219), “Banco Comercial de Finanzas S.A” (Fallos: 327:3117) y “Rodríguez Pereyra” (Fallos: 335:2333).

¹⁰⁷ “Ercolano”, Fallos: 136:161.

Tampoco se han cuestionado las que han traducido importantes juicios de valor, vgr. “ALIT”¹⁰⁸ y “Partido Nuevo Triunfo”¹⁰⁹ –que de alguna manera delinear los contornos del concepto de ‘bien común’-, “Arriola”¹¹⁰ definiendo la licitud penal del consumo de estupefacientes para consumo personal, “D., M. A.”¹¹¹ fallando sobre un tema bioético trascendental y polémico, entre otros.

No han recibido críticas los denominados fallos institucionales en los que se deciden cuestiones de trascendencia y relevancia pública, donde la Corte Suprema actúa como órgano de gobierno e involucra una determinación de naturaleza política¹¹².

Por ejemplo, “Unión Cívica Radical”¹¹³ por el que se suspendió la convocatoria a elecciones de gobernador y vicegobernador de la Provincia de Santiago del Estero, impidiendo que el gobernador de entonces sea candidato al mismo cargo para el siguiente período electoral. El fallo “Alianza UNEN”¹¹⁴ expidiéndose sobre el sufragio y el principio de representatividad popular, entre otros.

Y es más, la sociedad -más allá de que estadísticamente se plantea que existe desconfianza en el Poder Judicial- ventila en forma creciente sus conflictos en el poder judicial¹¹⁵.

Se advierte, pues, que pese a que el Poder Judicial ha decidido temas trascendentales para la vida de las personas y de la República, ello no conllevó a un exceso en la jurisdicción. Es más, persiste en la realidad el hiper-presidencialismo y la hiper-inflación legislativa¹¹⁶. Es que, está fuertemente arraigado en los Jueces el respeto por la división de poderes¹¹⁷ y es, por cierto, un principio jurídico que deben analizar a la hora del dictado de los fallos sobre políticas públicas.

¹⁰⁸ Fallos: 329:5266.

¹⁰⁹ Fallos: 332:433.

¹¹⁰ Fallos: 332:1963.

¹¹¹ Fallos: 338:556.

¹¹² Cfr. Alfonso SANTIAGO (h). *En las fronteras ... op. cit.* pp. 148 y sgtes..

¹¹³ Fallos: 336:1756.

¹¹⁴ Fallos: 338:628.

¹¹⁵ Augusto Mario MORELLO, *La Corte Suprema en el sistema político*, 1ª edición, Librería Editora Platense, La Plata, 2005, pp. 24.

¹¹⁶ Como bien lo ha puntualizado Vanossi, "a todo acrecentamiento del poder debe corresponder un acrecentamiento de los controles, un vigorizamiento de las garantías y una acentuación de las responsabilidades". Jorge R. VANOSI, *La revisión de los abusos de derecho en el derecho público y la justiciabilidad de las desviaciones de poder*, comunicación efectuada por dicho autor en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires y publicada en Separata de LL 2002-35 citado en Juan Carlos CASSAGNE, *La justicia administrativa y la ampliación del bloque de legalidad (los nuevos derechos y la legitimación)*, Publicado en: La Ley Cita Online: AP/DOC/4654/2012.

¹¹⁷ En este sentido, coincido con cierta doctrina que señala que “El juez decide porque es parte del Poder Judicial, por lo que su razón de ser se asienta ineludiblemente en el principio republicano de separación de poderes. Por otro lado, él recibe una formación jurídica determinada transmitida a través de la tradición, en donde el principio de separación de poderes aparece incorporado a las reflexiones

Como se explicará en el Capítulo V, la competencia del Poder Judicial para controlar políticas públicas deberá ejercerse con suma prudencia y en casos que reúnan recaudos determinados. Así, el fantasma del “gobierno de los jueces” queda disipado. Igualmente, la tesis que se propone no cancela la distribución originaria de competencias en relación a las políticas públicas. Por lo demás, la competencia del Poder Judicial para evaluar políticas públicas no busca la supremacía de los jueces sino de la Constitución y de los derechos fundamentales.

El profesor Bidart Campos en este tópico señaló que “no propiciamos sacar de cauce a los tribunales judiciales, para sustituir al Poder Ejecutivo o al Congreso por los jueces. No atamos a los primeros al carro de las sentencias. Los atamos al carro de la Constitución, cuya vigilancia jurisdiccional consideramos indeclinable (...). La estructuración del Poder Judicial, su independencia, su imparcialidad, su funcionamiento, ofrecen mayor garantía para definir cuándo se ha violado o no la Constitución”¹¹⁸.

Otro argumento que se ha esgrimido refiere a que los jueces no pueden intervenir en las políticas públicas en virtud de que carecen de legitimidad democrática. Se ha denominado esta crítica como el argumento contramayoritario¹¹⁹.

Considero que es también es incorrecto tal planteo.

La Corte Federal señaló *in re* “Rizzo” (citado) que “es necesario recordar que de acuerdo a la forma republicana representativa de gobierno que establece nuestra

doctrinarias y al diseño institucional imperante. Como quien interpreta lo hace siempre y de manera insoslayable dese un bagaje teórico determinado, el principio de división de poderes no se disolverá, sino que, por el contrario, estará presente en la tarea jurisprudencial. De modo tal que será uno de los principios, que estando fuertemente arraigado en la tradición jurídica, operará en la actividad aplicativa del juez. Podemos decir, que un juez que dicta sentencia debe primero comprenderse a sí mismo, esto es, entender porqué está facultado a decidir, en dónde está parado, cuál es su ubicación (personal e institucional) dentro del contexto (en este caso republicano y asentado en la separación de poderes). En otras palabras, el juez está imbricado en un horizonte de sentido, y es allí en donde su tarea cobra sentido. El mismo poder judicial no tendría sentido alguno fuera del contexto republicano y el principio de división de poderes, sin ese horizonte de sentido "el juez" no sería tal y, por ende, no podría resolver ningún tipo de controversia (o al menos no con autoridad). En segundo lugar, el intérprete realizará su tarea desde una precomprensión determinada, conformada primordialmente por su formación jurídico-constitucional, asentada ineludiblemente (pues el constitucionalismo así lo marca) en el principio de separación de poderes”. *Vide* Ignacio COLOMBO MURÚA, *Una aproximación hermenéutica al activismo judicial*, La Ley Suplemento de Derecho Constitucional, 29.3.2012. La Ley 2012-B, 998.

¹¹⁸ BIDART CAMPOS, *op. cit.*

¹¹⁹ Explica Álvarez Álvarez que tal expresión fue acuñada por Alexander Bickel y significa que cuando los jueces ejercen el control de constitucionalidad, se rompe con el principio central del ideario democrático, esto es, que las decisiones políticas deben ser adoptadas por consenso popular y no mediante la decisión de los tribunales, que no tienen sino de modo reflejo y –muy mediatizadamente- cierta legitimidad democrática. Cfr. Fernando D. ÁLVAREZ ÁLVAREZ, *Legitimidad democrática y control judicial de constitucionalidad (refutaciones al carácter contramayoritario del poder judicial)*, Revista Dikaion, *Lo Justo*, Año 17, N° 12.

Constitución (artículos 1° 22), el poder se divide en tres departamentos con diferentes funciones, formas de elección *pero cuya legitimidad democrática es idéntica*” (consid. 6 –lo destacado me pertenece-) y que “El Poder Judicial tiene la legitimidad democrática que le da la Constitución Nacional, que no se deriva de la elección directa” (consid. 27°).

La legitimidad democrática no surge únicamente del voto directo del pueblo. Coincido con que “el elemento determinante de la correspondencia de una institución con la democracia no es exclusiva ni excluyentemente la elección por el voto directo del pueblo o de la ciudadanía, sino antes bien la funcionalidad de dicha institución para los objetivos o el desarrollo del sistema democrático”¹²⁰.

Los jueces encontrarán legitimidad en el contenido de sus decisiones. En este sentido, Robert Alexy afirma que junto a la representación popular o democrática de carácter electivo que invisten los legisladores y gobernantes, los jueces pueden legitimarse democráticamente por vía de una “representación argumentativa” en tanto las razones que respaldan sus decisiones serían compartidas por los ciudadanos en una comunidad ideal de diálogo racional y con conciencia constitucional¹²¹.

En similar orden de ideas, cuando el Juez evalúe la política pública y la considere contraria al bien común y a los derechos fundamentales y, por ende, la invalide, no hará más que hacer cumplir la Constitución. Así, se ha dicho que “una de las misiones precipuas de los jueces en los sistemas republicanos es la de hacer cumplir los acuerdos a los que arriban los representantes de la sociedad cuando ellos se traducen en normas jurídicas válidas”¹²². Se ha demostrado, además, que la democracia solo es posible siempre y cuando los derechos fundamentales estén asegurados¹²³.

Cabe recordar que el control de constitucionalidad –que permite que el Poder Judicial invalide una decisión adoptada por los órganos que tienen “mayor legitimidad democrática”- si bien nació pretorianamente¹²⁴, con mayor evidencia se advierte que las Convenciones Constituyentes han convalidado esta facultad. No solo a nivel federal (art. 43 de la Constitución Nacional) sino numerosas provincias en las que la

¹²⁰ Patricio A. MARIANELLO, *Argumentos a favor y en contra del control de constitucionalidad en cabeza del poder judicial: el “argumento contramayoritario”*, IJ Editores, Bases de Investigación (AAJC), de fecha 30.12.2015. IJ-XCIV-891.

¹²¹ Citado en Rodolfo Luis VIGO, *De la interpretación de la ley a la argumentación desde la Constitución: realidad, teorías y valoración*, Revista *Dikaion*, ISSN 0120-8942, Año 26 - Num. 21 Vol. 1 - 187-227 - Chía, Colombia - Junio 2012. También Rodolfo Luis VIGO, *Legitimidad argumentativa de los jueces y periodismo judicial*. La Ley 2012 –B, 1265 del 18.4.2012.

¹²² Voto del Dr. Petracchi en Fallos: 322:385 (consid. 9).

¹²³ Rodolfo Luis VIGO, *Perspectivas iusfilosóficas contemporáneas*, Lexis Nexis Abeledo Perrot, 2da edición, Buenos Aires, 2006, pp. 304.

¹²⁴ Supreme Court “*Marbury vs. Madison*”, 5 U.S. 137 y C.S.J.N. “Sojo”, Fallos: 32:120.

declaración de inconstitucionalidad de una ley no se ciñe solamente al caso concreto - como a nivel nacional- sino que puede llegar a tener efectos generales¹²⁵. Entonces, es posible concluir que el órgano que es titular del poder constituyente por excelencia –y que surge del voto popular- ha atribuido a los jueces el contralor de leyes, reglamentos y actos incluso con alcance *erga omnes* y, por lo tanto, el argumento de la ausencia de legitimidad democrática se desvanece.

El profesor Bianchi ha abordado esta crítica desde el punto de vista práctico¹²⁶. Se planteó en primer lugar –en el análisis de la legitimidad de los jueces- si podemos prescindir del control de constitucionalidad (cualquiera sea el órgano que lo ejerza). Al respecto, indica que “me parece evidente que no podemos prescindir de él, pues de lo contrario estaríamos admitiendo que las leyes y los actos públicos en general son perfectos, y una vez sancionados obtienen un certificado inalterable de validez constitucional (...). Esto quiere decir que la discusión no está centrada en si el control debe existir o no, sino, en todo caso, en quién lo ejerce. Así, cualquier crítica que se formule a la legitimidad de los jueces –para ser correcta y completa- debería señalar quién es el titular de su ejercicio en reemplazo de aquéllos”. Y demuestra que ninguna crítica ha sorteado esta refutación, afirmando simultáneamente que el sistema judicial no es perfecto, como no lo es ninguna realización humana.

¹²⁵ Cfr. art. 113 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires: “La declaración de inconstitucionalidad hace perder vigencia a la norma salvo que se trate de una ley y la Legislatura la ratifique dentro de los tres meses de la sentencia declarativa por mayoría de los dos tercios de los miembros presentes”; art. 159 de la Constitución de Tierra del Fuego: “Cuando el Superior Tribunal de Justicia declare por unanimidad y por tercera vez la inconstitucionalidad de una norma jurídica materia de litigio, podrá resolver la suspensión de su vigencia en pronunciamiento expreso dictado por separado, el que será notificado en forma fehaciente a la autoridad que la dictara y dado a conocer en el diario de publicaciones legales dentro de los cinco días de emitido”; art. 9 de la Constitución de Chaco: “Toda ley, decreto, ordenanza o disposición contrarios a la ley suprema de la Nación o a esta Constitución son de ningún valor, y los jueces deberán declararlos inconstitucionales a requerimiento de parte. La inconstitucionalidad declarada por el Superior Tribunal de Justicia produce la caducidad de la ley, decreto, ordenanza o disposición en la parte afectada por aquella declaración”; art. 175 de la Constitución de Chubut: “Cuando el Superior Tribunal de Justicia declara por dos veces consecutivas o tres alternadas la inconstitucionalidad de una norma legal, ésta deja de tener vigencia a partir del día siguiente a la publicación oficial de la sentencia definitiva”; art. 208 de la Constitución de Río Negro: “Cuando el Superior Tribunal de Justicia, en juicio contencioso, declara por unanimidad y por tercera vez la inconstitucionalidad de un precepto materia de litigio contenido en una norma provincial o municipal puede, en resolución expresa dictada por separado, declarar abrogada la vigencia de la norma inconstitucional que deja de ser obligatoria a partir de su publicación oficial. Si la regla en cuestión fuere una ley, el Superior Tribunal de Justicia debe dirigirse a la Legislatura a fin de que proceda a eliminar su oposición con la norma superior. Se produce la derogación automática de no adoptarse aquella decisión en el término de seis meses de recibida la comunicación del Superior Tribunal de Justicia quien ordena la publicación del fallo”.

¹²⁶ Alberto B. BIANCHI, *Control de constitucionalidad*, 2da edición, actualizada, reestructurada y aumentada, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, Tomo I. pp. 217.

Asimismo, –como se señaló con anterioridad- la legitimidad democrática se verifica en la circunstancia fáctica de que son los propios ciudadanos que acuden al Poder Judicial y cada vez con más frecuencia llevando los más variados asuntos a sede jurisdiccional.

Otra de las críticas que se ha esbozado es que el Juez –al controlar políticas públicas- se estaría inmiscuyendo en el Presupuesto el que, como es sabido, es de resorte de los Poderes Ejecutivo y Legislativo. Entonces, entraría en crisis el principio de legalidad presupuestaria que ha sido preservado por la jurisprudencia en varios casos¹²⁷.

No obstante, también el Presupuesto está sujeto a contralor judicial pues la Constitución nacional le fija al Poder Legislativo ciertas pautas que *debe* respetar¹²⁸. El art. 75 inc. 8 de la Carta Magna establece que el Presupuesto debe hacerse “conforme a las pautas establecidas en el tercer párrafo del inc. 2 de este artículo” y éstas son: “La distribución entre la Nación, las provincias y la ciudad de Buenos Aires y entre éstas, se efectuará en relación directa a las competencias, servicios y funciones de cada una de ellas contemplando criterios objetivos de reparto; será equitativa, solidaria y dará prioridad al logro de un grado equivalente de desarrollo, calidad de vida e igualdad de oportunidades en todo el territorio nacional”.

Tales lineamientos también integran el principio de juridicidad y, por ende, las decisiones que versen sobre distribución de recursos no son discrecionales¹²⁹ y, consecuentemente, serían revisables en caso concretos por el Poder Judicial.

Este argumento, por otra parte, ha sido desechado por la jurisprudencia en varias ocasiones. Ciertamente, en la ya referida causa “Quisbert Castro” la Corte Federal afirmó –citando al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas- que “la 'disponibilidad de recursos' aunque condiciona la obligación

¹²⁷ “Ramos” Fallos 333:311, entre otros.

¹²⁸ La Corte Federal sostuvo 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 del voto de la mayoría) y que “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” (consid. 10 del voto concurrente del Dr. Petracchi).

¹²⁹ En este sentido se ha afirmado que “States’ allocations and expenditures of public resources are not discretionary activities. On the contrary, budgets are inseparably related to rights. States, having undertaken obligations to guarantee those rights, are not free to simply decide, for example, to allocate funds for superfluous purposes or to underspend resources of rights related programs if basic needs are not met” (*Budgets and human rights. Guidelines for litigators*. Elaborado por la Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia. ACIJ. Publicado en www.acij.org.ar, consulta julio de 2018).

de adoptar medidas, no modifica el carácter inmediato de la obligación, de la misma forma que el hecho de que los recursos sean limitados no constituye en sí mismo una justificación para no adoptar medidas. Aunque se demuestre que los recursos disponibles son insuficientes, sigue en pie la obligación del Estado Parte de velar por el disfrute más amplio posible de los derechos económicos, sociales y culturales, habida cuenta de las circunstancias reinantes (...) los Estados Partes tienen el deber de proteger a los miembros o grupos más desfavorecidos y marginados de la sociedad aun en momentos de limitaciones graves de recursos, adoptando programas específicos de un costo relativamente bajo"¹³⁰. Asimismo sostuvo que “las llamadas "medidas de ajuste" derivadas de "crisis económicas" y una "grave escasez de recursos", hacen que los esfuerzos de las autoridades por proteger los derechos económicos, sociales y culturales adquieran una urgencia "mayor, no menor". (...) Y que la "protección" de las "capas vulnerables de la población" es, precisamente, "el objetivo básico del ajuste económico" (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general N° 2 - párr. 9-; asimismo: Nros. 5 -párr. 10-, 6 -párr. 17-, 12 -párr. 28-, 14 -párr. 18-, entre otras) Todo equilibrio entre las reformas económicas y la protección de los derechos humanos, obliga a proteger "en particular a los grupos más vulnerables" (idem, Observaciones finales: Bulgaria, 1999, párr. 23,v. asimismo: párrs. 14 y 24)"¹³¹.

También se ha señalado que el proceso judicial –en su clásica estructura bilateral- no permite discutir intereses colectivos. Lo que se desarrollará *in extenso* en el capítulo IV.

Otro –y creo que es el más decisivo- es que el Poder Judicial carece de competencia constitucional para evaluar políticas públicas.

Ahora bien, si bien es cierto que la Constitución nacional ha asignado originariamente competencia para diseñar políticas públicas al Poder Legislativo (arts. 75 inc. 18, 19 y 23), al Poder Judicial le ha atribuido la potestad última en interpretar la Carta Magna y que “cuando se trata de precisar el contenido de los derechos humanos fundamentales, adquiere preeminencia el poder judicial a cuyos integrantes corresponde desempeñar una de las funciones primordiales de la actividad jurídica de un Estado de derecho: garantizar el respeto de los derechos humanos de las personas frente al poder del Estado”¹³².

En este orden de ideas, la Corte Federal, ya en uno de sus primeros pronunciamientos, se calificó como el “intérprete final” de la Constitución nacional¹³³

¹³⁰ Consid. 14.

¹³¹ Fallos: 331:2499.

¹³² Fallos: 308:2268.

¹³³ Fallos: 1:340.

reconociendo su “misión de supremo custodio de las garantías individuales”¹³⁴. Más recientemente, ratificó tales criterios y señaló la función de todo Juez afirmando: “Que el adecuado respeto al régimen federal de gobierno y a la zona de reserva jurisdiccional de las provincias impone reconocer a los magistrados de todas las instancias el carácter de irrenunciables custodios de los derechos y garantías de la Ley Fundamental, así como emplazar la intervención apelada de esta Corte en el juicio que ella le ha señalado: ser su intérprete y salvaguarda final”¹³⁵.

Entiendo, pues, que no es posible conciliar la función de ser “irrenunciable custodio” de los derechos fundamentales y simultáneamente desechar sin más la posibilidad de controlar políticas públicas.

Las políticas públicas que son inconvenientes, insuficientes y que conllevan a vulnerar derechos fundamentales, en el marco de una “controversia” pueden y deber estar controlados judicialmente.

Ni la complejidad del asunto, ni el alcance subjetivo del caso son óbices para denegar el “afianzar la justicia”. Y cabe recordar –se insiste- que la Justicia es el último ámbito donde los ciudadanos pueden recurrir a fin de preservar sus derechos.

El control judicial debe ser, entonces, amplio¹³⁶ porque hay mucho en juego¹³⁷. Con la presente postura de ninguna manera se postula un criterio utilitarista o de que “el fin justifica los medios”.

Por el contrario, se trata de verificar que el medio propuesto –esto es, la competencia judicial para evaluar políticas públicas- es coherente con nuestro Derecho Constitucional¹³⁸.

¹³⁴ Fallos: 279:40.

¹³⁵ Fallos: 339:194.

¹³⁶ El Estatuto de la Asociación Argentina de Derecho Administrativo prevé como uno de sus fines el “acentuar la importancia del control *integral* de la actividad administrativa” (art. 2 inc. e –lo destacado me pertenece-).

¹³⁷ Parafraseando a Benedicto XVI, el desarrollo humano integral de los pueblos es una empresa digna de la atención mundial, es que en verdad una empresa “demasiado grande para que fracase”. Discurso dado el 17.9.2010 en el Westminster Hall –City of Westminster- durante el viaje apostólico al Reino Unido. Publicado en L'Osservatore Romano. Edición semanal en lengua española n°39 p.3, 4.

¹³⁸ La jurisprudencia ha señalado que “la invocación de una lesión a los principios de división de los poderes y de la zona de reserva de la Administración, que traería aparejado el control judicial, es manifiestamente improcedente en tanto se trate de examinar la razonabilidad o el cumplimiento de prestaciones sociales. Un temperamento restrictivo, impediría toda intervención judicial cuando se requiere la protección de un derecho constitucional conculcado por las autoridades administrativas. Aquellos principios (división de poderes y zona de reserva de la Administración) sólo se dirigen a establecer la competencia privativa de los órganos superiores del Estado, sin que tal circunstancia se traduzca en la exclusión del control de los jueces. El Poder Judicial se constituye como custodio del adecuado cumplimiento de la ley, incluso cuando se trata del actuar de los otros poderes del Estado. Postular lo contrario implicaría tanto como hacer tabla rasa con el principio de equilibrio de poderes y el régimen de pesos y contrapesos” (causa “Asesoría de Incapaces”, citada).

Se insiste, no es la naturaleza del acto lo que determina entonces la exclusión de la revisión judicial. Si hay agravio a derechos subjetivos o intereses colectivos, ello resulta aprehendido en el ámbito de competencia del poder judicial para ser restablecido en la esfera jurídica vulnerada.

El garantizar derechos fue siempre competencia del Poder Judicial. Ahora surge como novedoso, por la complejidad de la vida en sociedad, que para materializar derechos fundamentales debe analizarse en su conjunto la política pública que pretende concretizarlos. Pero ello no debería paralizar la actuación de la Justicia.

En definitiva, siempre que haya caso o controversia –y por ende legitimación, lesión de derechos- se podrán evaluar políticas.

Asimismo, la crítica vinculada a la incompetencia no tiene en cuenta que una de las formas que adopta la justicia es su versión distributiva. Como es sabido, la justicia distributiva importa la atribución de bienes comunes a determinados individuos. Y ello se efectúa en base a determinados *criterios* tales como necesidad, mérito, capacidad, etc.¹³⁹. El juez, al controlar políticas públicas, estará desplegando esta forma de justicia que los tres departamentos del Estado –y no solo el legislativo y la administración- están llamados a preservar.

Se advierte, pues, que con la presente tesis no se propugna una sustitución del rol que le caben a los poderes políticos en el diseño y ejecución de las políticas públicas. Por el contrario, se es consciente de que los ámbitos naturales y más propicios para tales funciones son los poderes legislativos y ejecutivos¹⁴⁰. Simplemente se propicia que cuando las políticas públicas no responden a los principios y valores de la Constitución, o su finalidad no es el bien común¹⁴¹ o menoscaban derechos fundamentales, aquellas puedan ser evaluadas por el Juez incluso sustituirlas para que sean armónicas a las exigencias de la dignidad humana¹⁴².

¹³⁹ Cfr. John FINNIS. *Ley Natural y Derechos Naturales*, trad. C. Orrego, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2000.

¹⁴⁰ Somos conscientes de los riesgos que conllevan los desbordes de la presente tesis y que han sido indicados por prestigiosa doctrina: “la ordenación y definición de los intereses públicos está en manos, en primer lugar, del legislador y, en segundo, de la Administración; y si el juez define “creativamente” un interés general no previsto en norma alguna o si decide un conflicto –no resuelto por las normas jurídicas– entre dos o más intereses generales, tendremos que admitir que de la “división de poderes” pasamos a la “separación de poderes”, para llegar hoy a una tremenda “confusión de poderes” (Federico J. LISA, *La eficacia del control judicial... op. cit.* Empero, esos riesgos solo aparecerán en casos de excesos y si no se respetan las pautas del capítulo VII.

¹⁴¹ Las justas exigencias del bien común, tal como lo prevé el art. 32 de la Convención Americana de Derechos Humanos, son un parámetro jurídico sobre el que válidamente se puede pronunciar un juez.

¹⁴² La Constitución de la Provincia de Santa Fe es elocuente en este sentido al prever en su art. 7 que “El Estado reconoce a la persona humana su eminente dignidad y *todos los órganos* del poder público están obligados a respetarla y protegerla” (lo destacado me pertenece). Obviamente, la norma incluye al Poder Judicial en tal faena.

Se sostiene, por otra parte, que el Poder Judicial no puede –por infraestructura, medios, personal, recursos, etc.- satisfacer las expectativas sociales que los litigios estructurales conllevan¹⁴³. Considero desacertado tal análisis. No puede cercenarse el acceso a la jurisdicción por las consecuencias que los fallos judiciales tengan en las expectativas sociales.

Por otro lado, se sostiene que trasladar las decisiones sobre políticas públicas de la Administración al Poder Judicial –lo cual no es exactamente lo que se defiende en la presente tesis- permite aventar la arbitrariedad de la Administración pero persiste el problema de la arbitrariedad del intérprete¹⁴⁴. En este aspecto, las teorías de la argumentación jurídica que aporta la Filosofía del Derecho¹⁴⁵, el estudio profundo de la fundamentación de las decisiones judiciales como condición para su validez y los criterios que deben tenerse en cuenta en la justicia distributiva, permiten neutralizar tales peligros. Aquí cabe recordar que el Derecho no se integra solo con normas, sino también con principios que –tal como sostuvo Dworkin- ellos permiten reducir la discrecionalidad judicial en los casos difíciles¹⁴⁶. Además, lo que sí resulta arbitrario es que sean los propios jueces que decidan qué cuestiones son “políticas” y cuáles no, que fue el arbitrio judicial que incluso ha creado la categoría¹⁴⁷.

Superadas las críticas, es factible pensar en ciertas ventajas que trae aparejado que el Poder Judicial –en los casos excepcionales señalados- diseñe una política pública.

¹⁴³ En este sentido, el Dr. Federico J. Lisa señaló -citando a Luciano Parejo Alfonso (Luciano PAREJO ALFONSO, *Crisis y renovación en el Derecho Público*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991)- que tal autor “luego de explicar el fenómeno de traslación de decisiones, que se produce desde el Poder Legislativo al Ejecutivo y de éste al Judicial, concluye: “[...] es lógico que la presión social actúe en el sentido de que la intervención judicial resuelva definitiva e íntegramente el problema o conflicto, sin provocar reenvío alguno a nuevas actuaciones de los poderes de ‘intervención previa’ [...]. Con ello, recaen sobre el Poder Judicial unas expectativas sociales que éste en modo alguno puede colmar adecuadamente; expectativas que, al frustrarse –cuando la respuesta judicial no es suficiente, por no poder serlo-, generan insatisfacciones, que en gran parte se proyectan injustamente sobre aquel poder, abultando con nuevos reproches las imputaciones de obsolescencia y mal funcionamiento de que –por otras razones- es objeto” (Federico J. LISA, *La eficacia del control judicial... op. cit.*).

¹⁴⁴ COLOMBO MURÚA, *Una aproximación hermenéutica al activismo judicial... op. cit.*

¹⁴⁵ Vide VIGO, *De la interpretación de la ley... op. cit.* También Rodolfo Luis VIGO, *Argumentación jurídica: algunas preguntas y respuestas relevantes*. La Ley 2017 –C, 1030 del 22.5.2017. Allí el autor explica que “con la argumentación se pretende que el Derecho no se reduzca a voluntad o decisión autoritativa comunicada al destinatario, sino que contenga un esfuerzo justificatorio racional que pueda ser comprendido y aceptado por la razón del obligado. De ese modo se humaniza el derecho brindando razones de lo que prescribe, lo que implica una preocupación por el destinatario a los fines que comprenda los motivos de lo ordenado y lo acepte. Esa reconciliación del Derecho con la razón práctica aporta a la legitimidad de la autoridad y permite impugnarla cuestionando los argumentos aducidos como justificativos de lo mandado”.

¹⁴⁶ *Op. Cit.* VIGO, *Perspectivas... pp.* 183.

¹⁴⁷ Véase VANOSSI, *op. cit.* pp. 186.

En primer lugar, se advierte una ventaja trascendental: una política pública diseñada por un Juez no estará sujeta al vaivén de los cambios gubernamentales. Un ejemplo paradigmático de ello es la causa “Mendoza” (citada) cuya política ambiental ya atravesó varios recambios legislativos y presidenciales.

En segundo lugar, el ventilar una política pública en una causa judicial tiene la ventaja de que el Juez debe pronunciarse teniendo en cuenta en forma obligatoria –y bajo aperebimientos de nulidad del fallo- los argumentos y pruebas que sean conducentes a la decisión del pleito¹⁴⁸. Por el contrario, los mecanismos de participación ciudadana –vgr. audiencias públicas- presentan la particularidad de no ser vinculantes para el ente que está diseñando una política pública.

En tercer lugar, como el proceso judicial presenta como presupuesto ineludible un sujeto legitimado, ello conlleva que quien deduzca una acción judicial para evaluar una política pública generalmente sea una organización civil con experiencia en el rubro. En los últimos años se ha advertido una saludable proliferación de asociaciones especializadas que permiten un profundo y serio debate¹⁴⁹. En cierto sentido, ello permite canalizar un mecanismo de participación pública; cabe recordar que la Carta Iberoamericana de Participación Ciudadana en la Gestión Pública del año 2009 garantizó a toda la población la posibilidad de influir en la producción de las políticas públicas¹⁵⁰.

En cuarto lugar, se advierte como ventaja que el poder judicial debe siempre responder¹⁵¹. Este deber se erige en una garantía de respuesta que se constituye como un instrumento adecuado y eficaz principalmente para los sectores más vulnerables. En este

¹⁴⁸ La Corte federal ha señalado que “la omisión de considerar cuestiones sustanciales oportunamente planteadas y conducentes a la solución del pleito es causal de descalificación de las sentencias porque, en tal caso, el decisorio lesiona las reglas del debido proceso y no es derivación razonada del derecho vigente. Indica la Corte nacional que la falencia de la resolución judicial debe referirse a cuestiones sustanciales para la solución del litigio o cuestiones conducentes a tal fin, u omisiones decisivas, o cuestiones que pueden influir sobre la integral decisión del estado litigioso, o que pueden gravitar en el resultado del debate; así, no configura impugnación atendible de arbitrariedad la falta de tratamiento de ciertos agravios, puesto que los jueces no están obligados a expedirse una por una sobre las cuestiones planteadas por las partes, ni analizar los argumentos de éstas que no sean decisivos; la cuestión omitida, entonces, para que dé lugar al recurso extraordinario por sentencia arbitraria, debe ser relevante para el resultado de la litis” (cfr. Fallos: 294:427; 295:970; 301:970; entre muchos otros. Véase también los casos expuestos por Genaro R. CARRIÓ y Alejandro D. CARRIÓ, *El recurso extraordinario por sentencia arbitraria*, Abeledo Perrot, Buenos Aires).

¹⁴⁹ Cfr. María Marta DIDIER, Esteban José Ignacio ROMERO, Nicolás Francisco PARINI. *Fundamentos jurídicos de la objeción de conciencia institucional*, El Derecho, Diario de Doctrina y Jurisprudencia, Constitucional, N° 13.490, 26.5.2014.

¹⁵⁰ Miriam M. IVANEGA, *La administración pública del siglo XXI: Entre la utopía y la realidad*. La Ley 2011-B, 676 del 2.3.2011.

¹⁵¹ Cfr. Arts. 3 del Código Civil y Comercial y 273 del Código Penal.

sentido, coincido con Alexy que “como lo ha mostrado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal [alemán], en modo alguno un tribunal constitucional es impotente frente a un legislador inoperante. El espectro de sus posibilidades procesales-constitucionales se extiende, desde la mera constatación de una violación de la Constitución, a través de la fijación de un plazo dentro del cual debe llevarse a cabo una legislación acorde con la Constitución, hasta la formulación judicial directa de lo ordenado por la Constitución”¹⁵².

En quinto lugar, y desde un análisis económico del derecho, se ha demostrado que resulta menos costoso que el Poder Judicial intervenga para modificar o diseñar una política pública que involucre una gran cantidad de personas, que cada una de éstas entable una acción individualmente¹⁵³.

Por último, la intervención del poder judicial permitiría mitigar la responsabilidad internacional del Estado Argentino ante la falta de respuesta razonable a situaciones de compromiso evidente de los derechos humanos.

¹⁵² Robert ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993. Citado en Christian COURTIS, Víctor ABRAMOVICH. Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho, ISSN-e 1138-9877, N°. 4, 2001 (Ejemplar dedicado a: Seminario "El contenido mínimo de los derechos sociales de los inmigrantes. Propuestas e indicadores de evaluación". (Valencia, 26 y 27 de noviembre de 2001)). Espigado en Dialnet.

¹⁵³ CASTAÑO PEÑA, Jairo Andrés. *Análisis económico del activismo judicial...op. cit.*

Capítulo IV: El derecho procesal al servicio del control judicial de la política pública

En la tesis que se propugna, no es posible dejar de ponderar el instrumento a través del cual el juez va a controlar la política pública, esto es, el proceso judicial.

Ciertamente, el presente trabajo no importa cancelar los principios clásicos en los que se basa el Derecho Procesal. Por el contrario, éstos se preservan.

La jurisprudencia ha señalado que “Ningún principio es más fundamental para el cumplimiento del adecuado rol de la judicatura en nuestro sistema de gobierno que la limitación constitucional de la jurisdicción de los tribunales federales a concretos casos o controversias”¹⁵⁴ y que “es preciso recordar que el control encomendado a la justicia sobre las actividades ejecutiva y legislativa requiere que el requisito de la existencia de un ‘caso’ sea observado rigurosamente”¹⁵⁵.

El contralor que se postula exige con el mismo énfasis la necesidad de caso¹⁵⁶. La evaluación judicial de la política pública cobra sentido, utilidad y legitimidad cuando se verifica que repercuta negativamente en derechos.

Ahora bien, se ha cuestionado que el proceso judicial pueda ser el ámbito adecuado para discutir y ponderar una política pública. En este orden de ideas, se ha dicho que el proceso judicial –en su clásica estructura bilateral- no puede receptar un marco de discusión amplio y participativo como sí lo hace el Congreso en las deliberaciones parlamentarias y que, además, los jueces no pueden reunir toda la información necesaria para fallar atendiendo a la justicia distributiva.

Empero, cabe recordar que el proceso judicial es un instrumento y en tal sentido ostenta carácter vicarial¹⁵⁷. Es decir, que está al servicio de los derechos que pretende

¹⁵⁴ Fallos: 321:1252.

¹⁵⁵ Fallos: 330:3109.

¹⁵⁶ “Dichas causas o controversias -se expresó en distintos precedentes- son aquellas en las que se persigue en concreto la determinación del derecho debatido entre partes adversas, el que debe estar fundado en un interés “específico”, “concreto”, “directo” o “inmediato” atribuible al litigante (Fallos: 338:249).

¹⁵⁷ En este orden de ideas se inserta la consolidada doctrina de la Corte federal de que “los jueces deben buscar soluciones procesales que utilicen las vías más expeditivas, a fin de evitar la frustración de derechos fundamentales” (Fallos: 337:1361). En similar sentido, ha dicho tal Tribunal que “a pesar de que debe ser reconocida la trascendencia de las técnicas y principios tendientes a la organización y el desarrollo del proceso, no puede admitirse que dichas formas procesales sean utilizadas mecánicamente, con prescindencia de la finalidad que las inspira y con olvido de la verdad jurídica objetiva, porque ello resulta incompatible con el adecuado servicio de justicia” (Fallos: 338:911) y, del mismo modo, que es “doctrina tradicional de esta Corte que la renuncia consciente a la verdad es incompatible con el adecuado ejercicio de la función jurisdiccional. Y también lo es que si bien los jueces deben fallar con sujeción a las reglas y principios de forma, según las circunstancias de hecho que aducen y acreditan las partes (secundum allegata et probata partium), nada excusa su indiferencia respecto de la objetiva verdad en la

garantizar. Es claro, pues, que puede adaptarse y diseñarse un proceso que permita una participación superadora en el que se pueda discutir con amplitud una política pública.

En esta inteligencia han surgido los denominados litigios estructurales o de reforma estructural¹⁵⁸ que tienen por objeto distintivo modificar las condiciones estructurales que dan lugar a una violación sistemática de derechos¹⁵⁹. Justamente, se advirtió que cuando se estaba frente a una vulneración continua de derechos que provienen de estructuras, la única manera de garantizar tales derechos es a través de la modificación de esas perniciosas estructuras y, para ello, se requería un proceso apropiado para discutirlo¹⁶⁰.

Es que, las formas están al servicio de la decisión justa. Y como surge de los *holdings* de los fallos Siri¹⁶¹, Kot¹⁶², Halabi¹⁶³, Camacho Acosta¹⁶⁴, Pardo¹⁶⁵, donde hay un derecho debe haber una acción.

Los procesos colectivos serán el cauce adecuado para discutir las políticas públicas¹⁶⁶.

augusta misión de dar a cada uno de lo suyo” (Fallos: 339:533). Cfr. Fernando GLINKA, y Esteban José Ignacio ROMERO. *El juez y su rol en el proceso*. Revista de Interés Público, Año 1, N° 1 de Secretaría de Extensión Universitaria de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata.

¹⁵⁸ También se los ha calificado como litigios de interés público. Son aquellos en los que se ventilan “conflictos colectivos que demandan al Poder Judicial expedirse sobre la constitucionalidad y convencionalidad de una determinada situación fáctica y exigen el dictado de una sentencia estructural como único remedio viable para garantizar la tutela de los derechos afectados” como así también los que “aun sin exigir ese tipo de complejas decisiones, ponen al Poder Judicial en situación de decidir sobre la constitucionalidad y convencionalidad de ciertas acciones u omisiones del poder estatal en el marco de la diagramación e implementación de políticas públicas (especialmente aquellas vinculadas con sectores de la población tradicionalmente postergados, desprotegidos o desaventajados)”. Cfr. Francisco VERBIC, *Un nuevo proceso para conflictos de interés público*, La Ley 2014-F, 805 del 12.11.2014.

¹⁵⁹ Fernando BASCH, *Breve introducción al litigio de reforma estructural*. Documento base para el Seminario “Remedios Judiciales y Monitoreo de Ejecución de Sentencias en el Litigio de Reforma Estructural” - Buenos Aires, 4 y 5 de noviembre de 2010.

¹⁶⁰ El problema estructural reclama soluciones estructurales.

¹⁶¹ Fallos: 239:459.

¹⁶² Fallos: 241:291.

¹⁶³ Fallos: 332:111.

¹⁶⁴ Fallos: 320:1633.

¹⁶⁵ Fallos: 334:1691.

¹⁶⁶ Sostiene Verbic que “La amplitud de los derechos de incidencia colectiva y la repercusión general que implica su respeto y garantía ha derivado en reclamos tendientes a obtener soluciones de macroestructura que pueden influir fuertemente en la marcha del gobierno” (Cfr. Francisco VERBIC, *Conflicto colectivo y legitimación colectiva. Una aproximación al fenómeno y a su desarrollo jurisprudencial en la Provincia de Buenos Aires*, Revista de Derecho Procesal, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006-12, Diciembre). Véase también Estela MARTÍNEZ VÁZQUEZ, *El proceso colectivo y la tutela de las políticas públicas*, La Ley Noroeste 2016 (marzo), 133.

Todo lo desafiante que tienen estos procesos también lo tienen de ventajosos. Al proceso se le ha endilgado –en la clásica estructura- que ha enfatizado los derechos individuales en una perspectiva prácticamente egoísta. Los procesos colectivos vienen a reivindicar la necesidad de ponderar el bien común en la discusión tribunalicia, lo que es sumamente positivo.

El control en las políticas públicas exigirá un juez activista, más cercano al justiciable y poniendo énfasis en el resultado. Esta reflexión trae a la memoria el sugestivo título de la obra del magistrado norteamericano Vanderbilt: "...la Justicia emplazada a reformarse".

Hoy en día, la toma de conciencia de la inviolabilidad de la persona humana exige la revisión del rol tradicional del Poder Judicial que no puede permanecer indiferente ante la vulneración sistemática de bienes humanos básicos de numerosas personas. Además, en la actualidad los derechos –además de estar interrelacionados- se ven afectados por la acción u omisión de organizaciones administrativas de gran escala y no tanto por la acción de individuos, lo que necesariamente colectiviza al proceso.

En ese sentido, la Corte federal ha dado varias señales de que el proceso judicial puede adaptarse a la discusión colectiva. Ha instaurado las audiencias públicas, la intervención de *amicus curiae*¹⁶⁷, instituido un Registro de Procesos Colectivos¹⁶⁸, ha dictado un Reglamento de Actuación en Procesos Colectivos¹⁶⁹ y ha creado una unidad para analizar las repercusiones económicas de sus fallos¹⁷⁰.

De lo expuesto hasta aquí se puede concluir que el proceso judicial puede adaptarse para discutir eficazmente políticas públicas.

El derecho comparado confirma tal conclusión¹⁷¹. La Asamblea General del Instituto Iberoamericano del Derecho Procesal con ocasión de las XXIII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal celebradas en Buenos Aires el 8.6.2012, aprobó el Código Modelo de Procesos Administrativos – Judicial y Extrajudicial para Iberoamérica que incorpora expresamente la posibilidad de controlar judicialmente actos que impliquen políticas públicas¹⁷².

¹⁶⁷ Acordada 7/2013.

¹⁶⁸ Acordada 32/2014.

¹⁶⁹ Acordada 12/2016.

¹⁷⁰ Acordada 36/2009.

¹⁷¹ Roberto BERIZONCE y Francisco VERBIC. *Control judicial de políticas públicas. A propósito de un Proyecto de ley brasileño*. La Ley 2013-D, 778 del 4.7.2013.

¹⁷² Su exposición de motivos señala que “En cuanto a la intensidad de la prestación jurisdiccional, se reconoce el control de legalidad formal y material de los comportamientos de la Administración, así como de la discrecionalidad administrativa, siempre que se superen los límites impuestos por los principios de proporcionalidad y de razonabilidad, admitiéndose, incluso, el control jurisdiccional de políticas públicas” regulándolo de la siguiente manera “Art. 25. (Intensidad del control) Las normas y los actos administrativos son susceptibles de control de legalidad formal y material por parte de la jurisdicción. § 1

El país pionero en esto es Colombia cuya Corte Constitucional ha elaborado la doctrina del “estado de cosas inconstitucionales”¹⁷³ y señaló que “los derechos humanos establecen, a la vez, objetivos y márgenes de acción que deben ser tenidos en cuenta por las políticas públicas. Sin embargo, es frecuente que estas últimas no incorporen a los primeros, bien sea por desatención, falta de capacidad o incluso por intransigencia de quienes las elaboran. En este contexto, el control judicial puede ser una herramienta útil para exigir que en el proceso de formulación, implementación y evaluación de políticas públicas se tomen en cuenta las obligaciones que se desprenden de los derechos humanos”¹⁷⁴.

Por otra parte, la presente tesis se ajusta a los lineamientos que fue trazando la Corte federal al contralor a la Administración. Así ha señalado, que “Están sujetos [a revisión judicial] todos los actos que producen efectos jurídicos directos con relación a administrados o terceros destinatarios de ellos”¹⁷⁵. Afirmó, además, que “El Estado de Derecho no admite la existencia de bloques o conjuntos temáticos exentos de control judicial”¹⁷⁶, que “La posibilidad de acudir a la sede judicial planteando la ilegitimidad del obrar administrativo resulta presumida y sólo cabe descartarla cuando una ley expresamente así lo declare”¹⁷⁷ –cuestión que no ocurre con el contralor de políticas públicas- y que “La indagación del sentido profundo de la Constitución Nacional debe ser aplicada con mayor empeño, y con proporcionada rigurosidad, cuando se trata del

Tratándose de actos discrecionales, estos deberán ser motivados y en su control el juez analizará la proporcionalidad y razonabilidad de las decisiones. § 2 El control de los actos que impliquen políticas públicas comprenderá los siguientes aspectos: I – los actos que se producen en el trámite de su formación; II – la omisión en la implementación de su ejecución. § 3 En ningún caso el juez sustituirá a la Administración en la implementación o corrección de políticas públicas, salvo cuando se trata del mínimo existencial, observados los límites de la proporcionalidad y razonabilidad. § 4 Surgiendo en un proceso individual cuestión relativa a las políticas públicas, el órgano jurisdiccional podrá suscitar, de oficio o a petición de las partes, incidente de colectivización, transformando la acción individual en un proceso colectivo, mediante la citación de los legitimados en las acciones colectivas para añadir a la inicial y acompañar el proceso”.

¹⁷³ La Corte Constitucional ha explicado que “Cuando se constata la vulneración repetida y constante de derechos fundamentales, que afectan a multitud de personas, y cuya solución requiere la intervención de distintas entidades para atender problemas de orden estructural, esta Corporación ha declarado la existencia de un estado de cosas inconstitucional y ha ordenado remedios que cobijen no sólo a quienes acuden a la acción de tutela para lograr la protección de sus derechos, sino también otras personas colocadas en la misma situación, pero que no han ejercido la acción de tutela” (Sentencia T-025 de 2004).

¹⁷⁴ Manuel Fernando QUINCHE RAMÍREZ y Juan Camilo RIVERA RUEGELES, *El control judicial de las políticas públicas como instrumento de inclusión de los derechos humanos*, Vniversitas, Bogotá (Colombia), N° 121: 113-138, julio-diciembre de 2010.

¹⁷⁵ Fallos: 305:1937.

¹⁷⁶ Fallos: 327:2048.

¹⁷⁷ Fallos: 308:2133.

deslinde de ámbitos de no justiciabilidad, toda vez que configuran excepciones a la regla del control judicial”¹⁷⁸.

En este aspecto, también campea el principio de tutela judicial efectiva que exige a los jueces que dirijan el proceso de modo de evitar que dilaciones y entorpecimientos indebidos conduzcan a la impunidad, frustrando así la debida protección judicial de los derechos humanos¹⁷⁹ e importa, asimismo, que el “estado debe producir una actividad útil que logre el efecto de remover el conflicto, de manera de mantener la paz social quebrantada o amenazada de quebrantarse”¹⁸⁰.

No habrá tutela efectiva si se considera que determinados derechos quedan a merced únicamente de los poderes legislativos y ejecutivos. El *imperio* propio de la jurisdicción es una garantía de tutela de suma importancia. Difícilmente pueda predicarse la existencia de un derecho si no se puede exigir.

Además, el afirmar que efectivamente el Poder Judicial tiene competencia para controlar o diseñar políticas públicas, de alguna manera, resulta armónico con la función preventiva de la responsabilidad civil que ha plasmado el Código Civil y Comercial en sus arts. 1710 sctes. y cc.. Como es sabido, el Código Civil y Comercial –en este aspecto- va en consonancia con la reforma de la Constitución de 1994 al colocar a la persona en el centro del Derecho de Daños. Por ello, el sistema es *pro victima* y el eje lo ocupa el daño injusto. En ese marco, se incorporó la función preventiva del daño que permite encumbrar la tutela efectiva de los derechos fundamentales. Posición que se encuentra en clara sintonía con las tendencias que dan valor preeminente a la reparación en especie, por ser la forma que mejor modo logra volver las cosas al lugar que tenían antes de la conducta que fuera considerada lesiva de intereses de otro integrante de la sociedad¹⁸¹.

Es que, pueden presentarse no pocas ocasiones en las que si el Poder Judicial no interviene a tiempo, los perjuicios que pueden acarrarse a los derechos fundamentales tal vez sean de imposible reparación ulterior. Por ello, la acción preventiva del daño será un cauce adecuado para evitar no solamente ese menoscabo irreparable sino también la responsabilidad estatal por omisión.

¹⁷⁸ Fallos: 316:2940.

¹⁷⁹ Cfr. Jorge Alberto DIEGUES, *La tutela judicial efectiva en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. La Ley 31.12.2012, 8

¹⁸⁰ Carlos R. PONCE, *La tutela judicial efectiva en el Código Civil y Comercial de la Nación*. Suplemento Doctrina Judicial Procesal 2016 (agosto), 04/08/2016, 1 - Suplemento Doctrina Judicial Procesal 2016 (septiembre), 05/09/2016, 6.

¹⁸¹ Carlos E. CAMPS, *La pretensión preventiva de daños*. En Carlos CALVO COSTA (director). *Doctrina y estrategia del Código Civil y Comercial*, 1ª ed, Thomson Reuters La Ley, Buenos Aires, 2016, Tomo V, pp. 129.

No se soslayan las peculiaridades y exigencias que presenta la responsabilidad estatal por omisión. Máxime cuando en materia de derechos fundamentales aquella se configuraría por omisión a un deber genérico.

La Corte Federal ha delineado los recaudos de tal ámbito de responsabilidad en el *leading case* “Mosca”¹⁸² señalado que “La determinación de la responsabilidad civil del Estado por omisión de mandatos jurídicos indeterminados debe ser motivo de un juicio estricto y basado en la ponderación de los bienes jurídicos protegidos y las consecuencias generalizables de la decisión a tomar”.

Ya se señaló que la competencia del Poder Judicial para el contralor de políticas públicas cobra sentido cuando se trata de proteger derechos fundamentales, es decir, de los más básicos. Se advierte, pues, que no se busca la defensa de cuestiones meramente patrimoniales sino de bienes jurídicos de suma trascendencia (vida digna, salud).

En cuanto a las “consecuencias generalizables de la decisión a tomar”, obviamente el Juez deberá examinar cómo repercute su sentencia en el presupuesto. No obstante ello, también se tendrá en cuenta que cuando esté comprometida la vida digna de sectores socialmente vulnerables, las insuficiencias presupuestarias deben ser evaluadas con especial estrictez.

Se observa, entonces, que se configurarían los presupuestos como para comprometer la responsabilidad del Estado en caso de que se produzcan daños a los derechos fundamentales.

En consecuencia, para prevenirla, podrá el Poder Judicial modificar o diseñar una política pública en el marco de una acción preventiva del daño.

En conclusión, el Derecho Procesal no obsta de ningún modo que se pueda discutir adecuadamente una política pública.

¹⁸² Fallos: 330:563.

Capítulo V: El control que se propone

Llegados a este punto, resulta menester precisar y enmarcar el control amplio que se propone.

Es que, se insiste, no se propone un control ilimitado sino que reconocemos la existencia de límites infranqueables a respetar¹⁸³.

En este sentido, enumeraremos las condiciones para que el Poder Judicial pueda válidamente inmiscuirse en una política pública.

- Debe existir caso, de conformidad a la jurisprudencia de la Corte federal.
- Debe demostrarse la existencia de una real vulneración sistemática a derechos fundamentales en lo que hace a su contenido esencial.
- Debe acreditarse que los recursos presupuestarios han sido utilizados desproporcionadamente, descuidando lo que hace a la vida digna. Para ello, se podrá utilizar como parámetro el análisis comparativo de las inversiones en los últimos años¹⁸⁴ así como también el examen financiero de las políticas tributarias¹⁸⁵ o de servicio público¹⁸⁶.
- Integra la actividad probatoria el subprincipio de necesidad, que exigirá demostrar que existen otros medios más eficaces para alcanzar la tutela de los derechos y que, por ende, la política pública sometida a revisión está resultando inadecuada.
- El juez debe ponderar las razones o argumentos que tenga la Administración en el caso antes de decidir.
- Debe hacerse necesariamente un análisis de las consecuencias que tiene la decisión judicial en los restantes sectores de la sociedad.

¹⁸³ Esto avienta la crítica de Mairal que sostiene que si se generalizan estas demandas colectivas que importan diseñar políticas públicas, los recursos no alcanzarían y el Poder Judicial reemplazaría al Congreso en la decisión sobre la aplicación de los recursos. MAIRAL, *Problemas actuales del control judicial...op. cit.*

¹⁸⁴ Por ejemplo, demostrándose que un barrio o un sector de la población no ha tenido asignación presupuestaria alguna o ha sido insignificante a la luz de otras inversiones tales como lo relativo a lo cultural (embellecimiento de la ciudad, etc.).

¹⁸⁵ En este aspecto, cabe recordar que las tasas que cobran los Estados locales en Argentina deben estar orientadas a satisfacer las necesidades para las cuales ellas fueron previstas. En este marco, sería ilegítimo que un sector de la población esté contribuyendo a financiar el servicio estatal y no reciba ninguna contraprestación al efecto (cfr. Enrique BULIT GOÑI, (director), *Tasas municipales*. Lexis Nexis Argentina, Buenos Aires, 2007, Tomo I. y (Lorena ALMADA y Cecilia MATICH, *Las tasas municipales en el ámbito tributario*. 1ª edición, La Ley, Buenos Aires, 2009).

¹⁸⁶ Una de las notas típicas del servicio público es que llegue a todos, debiendo los usuarios ya beneficiados por el servicio financiar la ampliación del mismo (cfr. Estela B. SACRISTÁN, *Tarifas de los servicios públicos*. En Juan Carlos CASSAGNE (director), *Tratado General de los Contratos Públicos*, 1ª edición, La Ley, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2013 Tomo III). Si solo se destina la tarifa para mejorar el servicio ya existente y no hay inversión alguna para su ampliación, entiendo que sería contrariar la característica propia del servicio público.

- Según la urgencia del caso, primero el juez podría declarar que la política pública es insuficiente o inexistente y reenviar a la Administración para que diseñe una mejor bajo apercibimientos de que si no lo hace en un plazo prudencial, la establezca directamente él¹⁸⁷.

¹⁸⁷ Tomando como ejemplo lo que hizo la Corte en “Badaro” I (citado) y II (Fallos: 330:4866 del 26.11.2007)

Capítulo VI: Conclusiones

Por último, corresponde exponer las conclusiones que pueden extraerse de las ideas desarrolladas precedentemente.

1. La tesis que se ha pretendido justificar refiere a que la competencia del Poder Judicial para controlar, modificar o diseñar políticas públicas resulta una exigencia del Estado Constitucional Social de Derecho.

2. La jurisprudencia en general es restrictiva en admitir el contralor judicial de políticas públicas. Son aislados los pronunciamientos en los que la Corte Federal calificó como insuficiente una política pública. No obstante ello, en los últimos años se han advertidos varios fallos a lo largo del país que comienzan a controlar tímidamente las políticas públicas.

3. El tema no ha sido estudiado en profundidad por la doctrina y los pocos autores que lo han abordado en forma tangencial, han sido restrictivos y reacios en admitir la posibilidad de que el Poder Judicial se inmiscuya en las políticas públicas.

4. Un aspecto central a tener en cuenta es que las nociones de dignidad humana y bien común integran el principio de juridicidad. En consecuencia, los derechos que coadyuvan en forma directa a la vida digna, corresponde que sean salvaguardados sin más. En este marco, la discrecionalidad propia de la autoridad administrativa queda prácticamente sin margen alguno.

5. La mayor gravedad para la armonía constitucional es que a una persona no se le satisfaga el derecho a una vida digna. Las cifras alarmantes de pobreza y exclusión de nuestro país exige plantearse seriamente que el proceso estructural puede coadyuvar a atender de una vez por todas la situación de los sectores totalmente desfavorecidos.

6. Postular un control judicial amplio sobre las políticas públicas no resiente el principio de división de poderes. Cabe rescatar el rol de la Administración en la realización del Derecho y que cuando así no lo haga, el juez tendrá competencia para juzgar la razonabilidad de los medios escogidos, para sustituirlos o para instar su diseño.

7. El juez encontrará pautas para desplegar tal control en los derechos humanos, en los principios generales del derecho, en entender al acto administrativo en el marco del Estado Social Constitucional de Derecho y en la razonabilidad.

8. Con los alcances que se precisaron, la tesis que se postula no conlleva al “gobierno de los jueces”. Lo que se pretende es la supremacía de los derechos fundamentales y no de un poder sobre otro.

9. El Poder Judicial encontrará legitimidad en el contenido de sus decisiones, aventando así el argumento contramayoritario.

10. El Poder Judicial efectivamente tiene competencia constitucional para el contralor de políticas públicas.

11. La tesis postulada tiene ciertas ventajas: la política pública diseñada por un Juez no está sujeta a los vaivenes de los cambios gubernamentales, el Juez debe justificar racionalmente su decisión teniendo en cuenta los argumentos y pruebas de todas las partes, el caso judicial tiene como presupuesto insoslayable que exista sujeto legitimado y, en general, éste tiene experiencia resulta especializado, además el poder judicial debe siempre responder y, por último, desde un análisis económico del derecho, se ha demostrado que resulta menos costoso si el Poder Judicial interviene para mitigar la situación de numerosas personas.

12. La tesis postulada resulta armónica con la nueva manera de entender a la división de poderes: el diálogo intrapoderes.

13. Los procesos colectivos serán el cauce adecuado para discutir políticas públicas.

14. Parafraseando a la Corte Federal *in re* “Colegio de Abogados de Tucumán”¹⁸⁸, si cuando está en juego la fuente misma de la legitimidad, ésta debe ampliarse; entonces podemos concluir que cuando está en juego la dignidad de la persona humana –principalmente de sectores vulnerables- el contralor judicial de las políticas públicas también puede y debe ampliarse para coadyuvar a garantizar sus derechos fundamentales.

¹⁸⁸ (Fallos: 338:249).

Bibliografía

a. Doctrina

- ALEXY Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.
- ALMADA Lorena y MATICH Cecilia, *Las tasas municipales en el ámbito tributario*. 1ª edición, La Ley, Buenos Aires, 2009.
- ÁLVAREZ ÁLVAREZ Fernando D., *Legitimidad democrática y control judicial de constitucionalidad (refutaciones al carácter contramayoritario del poder judicial)*, Revista Dikaion, *Lo Justo*, Año 17, N° 12.
- BALBÍN Carlos F., *Tratado de Derecho Administrativo*, 1ª edición, La Ley, Buenos Aires, 2010.
- BASCH Fernando, *Breve introducción al litigio de reforma estructural*. Documento base para el Seminario “Remedios Judiciales y Monitoreo de Ejecución de Sentencias en el Litigio de Reforma Estructural” - Buenos Aires, 4 y 5 de noviembre de 2010.
- BENEDICTO XVI. Discurso dado el 17.9.2010 en el Westminster Hall –City of Westminster- durante el viaje apostólico al Reino Unido. Publicado en L'Osservatore Romano. Edición semanal en lengua española n°39.
- BERIZONCE Roberto y VERBIC Francisco, *Control judicial de políticas públicas. A propósito de un Proyecto de ley brasileño*. La Ley 2013-D, 778 del 4.7.2013.
- BIANCHI Alberto B., *Algunos aspectos del control de constitucionalidad (A veinte años de la reforma constitucional)*. La Ley, Suplemento Constitucional, 2.10.2014.
- BIANCHI Alberto B., *Constitución y Administración (Una relación tensa y compleja)*. ED, 208-990, 2004.
- BIANCHI Alberto B., *Control de constitucionalidad*, 2da edición, actualizada, reestructurada y aumentada, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires.
- BIANCHI Alberto B., *Declinación y caída del control judicial de la Administración Pública*. Suplemento La Ley Administrativo, 2010 (agosto), 9.
- BIDART CAMPOS Germán J., *La jurisdicción judicial y las cuestiones políticas*, El Derecho 9, pp. 915.
- BULIT GOÑI Enrique, (director), *Tasas municipales*. Lexis Nexis Argentina, Buenos Aires, 2007.
- CAMPS Carlos E., *La pretensión preventiva de daños*. En Carlos CALVO COSTA (director). *Doctrina y estrategia del Código Civil y Comercial*, 1ª ed, Thomson Reuters La Ley, Buenos Aires, 2016, Tomo V, pp. 129.
- CARRIÓ Genaro R. y CARRIÓ Alejandro D., *El recurso extraordinario por sentencia arbitraria*, Abeledo Perrot, Buenos Aires.
- CASSAGNE Juan Carlos, *Curso de derecho administrativo*. 10º ed. actualizada y ampliada, La Ley, Buenos Aires, 2011.
- CASSAGNE Juan Carlos, *La justicia administrativa y la ampliación del bloque de legalidad (los nuevos derechos y la legitimación)*, Publicado en: La Ley Cita Online: AP/DOC/4654/2012.
- CASTAÑO PEÑA Jairo Andrés, *Análisis económico del activismo judicial: el caso de la Corte Constitucional colombiana*, en Revista Derecho del Estado n.º 31, julio-diciembre del 2013.

- CIANCIARDO Juan, *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*, Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2004.
- COLOMBO MURÚA Ignacio, *Una aproximación hermenéutica al activismo judicial*, La Ley Suplemento de Derecho Constitucional, 29.3.2012. La Ley 2012-B, 998.
- COVIELLO, Pedro J. J. *El poder de sustitución del juez*. En Revista RAP. *Cuestiones de Control de la Administración Pública. Administrativo, Legislativo y Judicial*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2010.
- CUADROS Oscar Alvaro, *Administración y Constitución*. 1ª edición, Astrea, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2014.
- DIDIER María Marta, *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*, 1º ed, Marcial Pons Argentina, Buenos Aires, 2012.
- DIDIER María Marta, ROMERO Esteban José Ignacio y PARINI Nicolás Francisco, *Fundamentos jurídicos de la objeción de conciencia institucional*, El Derecho, Diario de Doctrina y Jurisprudencia, Constitucional, N° 13.490, 26.5.2014.
- DIEGUES Jorge Alberto, *La tutela judicial efectiva en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. La Ley 31.12.2012, 8.
- FINNIS John. *Ley Natural y Derechos Naturales*, trad. C. Orrego, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2000.
- GARCÍA PULLÉS Fernando R., *Otras perspectivas del contencioso administrativo*. La Ley 2012-F, 1116 publicado el 28.11.2012.
- GARGARELLA Roberto (comp.), *Por una justicia dialógica: El poder judicial como promotor de la deliberación democrática*, 1ª ed, Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2014.
- GELLI María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina, comentada y concordada*, 5ª edición ampliada y actualizada, La Ley, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2018.
- GLINKA Fernando, y ROMERO Esteban José Ignacio. *El juez y su rol en el proceso*. Revista de Interés Público, Año 1, N° 1 de Secretaría de Extensión Universitaria de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata.
- GRINOVER Ada Pellegrini, *El control de políticas públicas por el Poder Judicial*. En Revista de Derecho Procesal. Volumen especial conmemorativo del bicentenario: el derecho procesal en vísperas del Bicentenario. Dirigido por Roland ARAZI, 1ª ed. Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2010.
- GUARIGLIA Carlos. E., *La dignidad de la persona humana: presupuesto ontológico del derecho administrativo. Los diversos paradigmas estatales y la dignidad de la persona*, El Derecho, 272 del 11.5.2017, nro 14.179.
- IVANEGA Miriam M., *Cuestiones acerca del control judicial de la Administración en la República Argentina*. Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública. Ediciones RAP. Nro.: 414.
- IVANEGA Miriam M., *Diseño y determinación de las políticas públicas: su control judicial*. En Cuestiones de Control de la Administración Pública. Administrativo, Legislativo y Judicial. 1ª ed. Buenos Aires, RAP, 2010.

- IVANEGA Miriam M., *La administración pública del siglo XXI: Entre la utopía y la realidad*. La Ley 2011-B, 676 del 2.3.2011.
- JEANNERET DE PÉREZ CORTÉS María, *El control judicial y sus límites. La acción de los jueces frente a la inacción de la Administración o de Poder Legislativo*. Revista RAP: Ediciones Especiales. Cuestiones de Control de la Administración Pública. Administrativo, Legislativo y Judicial.
- JUSTO Juan B., *Remedios internacionales para la lucha contra la corrupción. La Convención de Naciones Unidas y el rol de las víctimas*. Suplemento La Ley Administrativo, 2017 (noviembre), 1.
- LISA Federico J., *La eficacia del control judicial de la Administración pública: acción de amparo versus acción ordinaria*. En Revista RAP. Cuestiones de Control de la Administración Pública. Administrativo, Legislativo y Judicial. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2010.
- MAIRAL Héctor A., *Control judicial de la Administración Pública*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1984.
- MAIRAL Héctor A., *Problemas actuales del control judicial. Cuestiones de control de la Administración Pública. Administrativo, legislativo y judicial*, revista RAP, 2010.
- MARIANELLO Patricio A., *Argumentos a favor y en contra del control de constitucionalidad en cabeza del poder judicial: el “argumento contramayoritario”*, IJ Editores, Bases de Investigación (AAJC), de fecha 30.12.2015. IJ-XCIV-891.
- MARIENHOFF Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1966.
- MARTÍNEZ VÁZQUEZ Estela, *El proceso colectivo y la tutela de las políticas públicas*, La Ley Noroeste 2016 (marzo), 133.
- MORELLO Augusto Mario, *La Corte Suprema en el sistema político*, 1ª edición, Librería Editora Platense, La Plata, 2005, pp. 24.
- MOSCARIELLO Agustín R., *El principio de la buena administración*. El Derecho Administrativo 2013-423.
- MUÑOZ Ricardo A. (h), *La pobreza extrema, y su tratamiento constitucional y convencional*, La Ley 2016-D, 1199 del 11.8.2016.
- PAREJO ALFONSO Luciano, *Crisis y renovación en el Derecho Público*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.
- PEÑALVA Gerónimo Leandro, *Ciudades, políticas públicas urbanas y derechos económicos, sociales y culturales*. En Revista de Derecho Público. *Los derechos económicos, sociales y culturales*, parte II. Rubinzal Culzoni Editores.
- PÉREZ HUALDE Alejandro, *El usuario y el servicio público en Argentina*, en Jaime Rodríguez-Arana Muñoz y Raúl Canosa Usera, editores, *Derecho de los consumidores y usuarios: una perspectiva integral*, Villanueva Centro Universitario, Netbiblo. La Coruña. 2008.
- PEYRANO Jorge W. y PEYRANO Federico J., *El activismo judicial*, El Derecho 266-807 (2016).
- PONCE Carlos R., *La tutela judicial efectiva en el Código Civil y Comercial de la Nación*. Suplemento Doctrina Judicial Procesal 2016 (agosto), 04/08/2016, 1 - Suplemento Doctrina Judicial Procesal 2016 (septiembre), 05/09/2016, 6.
- QUINCHE RAMÍREZ Manuel Fernando y RIVERA RUEGELES Juan Camilo, *El control judicial de las políticas públicas como instrumento de inclusión de los derechos humanos*, Vniversitas, Bogotá (Colombia), N° 121: 113-138, julio-diciembre de 2010.

- SACRISTÁN Estela B., *Tarifas de los servicios públicos*. En Juan Carlos CASSAGNE (director), *Tratado General de los Contratos Públicos*, 1ª edición, La Ley, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2013.
- SAGÜÉS Néstor Pedro, *Derecho Constitucional. Teoría de la Constitución*, 1ª edición, Editorial Astrea, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2017.
- SAGÜÉS Néstor Pedro, *El tercer poder: notas sobre el perfil político del poder judicial*, 1ª edición, Lexis Nexis Argentina, Buenos Aires, 2005.
- SAGÜÉS Néstor, *Elementos de derecho constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 1997.
- SAMMARTINO Patricio Marcelo E, *La causa y el objeto del acto administrativo en el Estado Constitucional*, Jornadas de Derecho Administrativo – Cuestiones de acto administrativo, Reglamento y otras fuentes del derecho administrativo -Universidad Austral, ed. RAP, 2008.
- SANTIAGO Alfonso (h), *El alcance del control judicial de razonabilidad de las políticas públicas. Perspectiva argentina y comparada*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, Año LIX, 52, 2014.
- SANTIAGO Alfonso (h), *En las fronteras entre el derecho constitucional y la filosofía del derecho: consideraciones iusfilosóficas acerca de algunos temas constitucionales*, 1ª ed., Marcial Pons Argentina, Buenos Aires, 2010.
- SANTIAGO Alfonso (h), *La Corte Suprema y el control político*, Editorial Ábaco, Buenos Aires.
- SANTIAGO Alfonso (h). *Bien común y derecho constitucional*. Editorial ábaco, Buenos Aires, 2002
- SANTIAGO Alfonso (h). *El verdadero poder es el servicio*. La Ley 2013-F-1188 del 6.12.2013.
- SESÍN Domingo J., *El juez sólo controla. No sustituye ni administra. Confines del derecho y la política* en Domingo J. SESIN (director), *La admisibilidad del contencioso administrativo: Requisitos esenciales – Causales de inadmisión*, 1º ed, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011.
- SESÍN Domingo Juan, *Administración pública. Actividad reglada, discrecional y técnica. Nuevos mecanismos de control judicial*, 2da edición actualizada y ampliada, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2004.
- SESÍN Domingo Juan, *Intensidad del control judicial de los actos políticos. El núcleo político discrecional excluido*. Publicado: RDA 2003-763. Abeledo Perrot 0027/000088.
- SODERO Eduardo, *Obligatoriedad de los precedentes y cosa juzgada: discusión a partir de la distribución de la pauta oficial en la Corte Suprema*, La Ley 2014-B, 361, 9.4.2014.
- VANOSSI Jorge Reinaldo A., *La revisión de los abusos de derecho en el derecho público y la justiciabilidad de las desviaciones de poder*, comunicación efectuada por dicho autor en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires y publicada en Separata de LL 2002-35.
- VANOSSI Jorge Reinaldo A., *Teoría constitucional. Supremacía y control de constitucionalidad*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1976.
- VERBIC Francisco, *Conflicto colectivo y legitimación colectiva. Una aproximación al fenómeno y a su desarrollo jurisprudencial en la Provincia de Buenos Aires*, Revista de Derecho Procesal, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006-12, Diciembre.

- VERBIC Francisco, *Un nuevo proceso para conflictos de interés público*, La Ley 2014-F, 805 del 12.11.2014.
- VIGO GASPAROTTI Gastón, *Argentina necesita niños, son la clave del crecimiento económico*. En <https://www.infobae.com/opinion/2018/05/21/argentina-necesita-ninos-son-la-clave-del-crecimiento-economico/>.
- VIGO Rodolfo Luis, *Argumentación jurídica: algunas preguntas y respuestas relevantes*. La Ley 2017 –C, 1030 del 22.5.2017.
- VIGO Rodolfo Luis, *De la interpretación de la ley a la argumentación desde la Constitución: realidad, teorías y valoración*, Revista *Díkaion*, ISSN 0120-8942, Año 26 - Num. 21 Vol. 1 - 187-227 - Chía, Colombia - Junio 2012.
- VIGO Rodolfo Luis, *Iusnaturalismo y neoconstitucionalismo. Coincidencias y diferencias*. Disponible en Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, en <https://www.juridicas.unam.mx/> (acceso en julio de 2018).
- VIGO Rodolfo Luis, *Legitimidad argumentativa de los jueces y periodismo judicial*. La Ley 2012 –B, 1265 del 18.4.2012.
- VIGO Rodolfo Luis, *Perspectivas iusfilosóficas contemporáneas*, Lexis Nexis Abeledo Perrot, 2da edición, Buenos Aires, 2006.
- VIGO Rodolfo Luis, *Una teoría de la validez jurídica*, DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 39 (2016) ISSN: 0214-8676 pp. 99-125.
- WALDRON Jeremy, *Contra el gobierno de los jueces*, 1ª edición, Siglo XXI Editores Argentina, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2018.

b. Jurisprudencia

Corte Suprema de Justicia de la Nación

- Fallos: 1:340.
- Fallos: 136:161.
- Fallos: 155:248.
- Fallos: 239:459.
- Fallos: 241:291.
- Fallos: 279:40.
- Fallos: 294:427.
- Fallos: 295:970.
- Fallos: 301:970.
- Fallos: 302:1284.
- Fallos: 304:721
- Fallos: 305:1937.
- Fallos: 308:2133.
- Fallos: 308:2268.
- Fallos: 314:1203.
- Fallos: 315:1361.
- Fallos: 316:2940.
- Fallos: 316:3043.
- Fallos: 32:120.
- Fallos: 320:1633.

- Fallos: 321:1252.
- Fallos: 322:1616.
- Fallos: 322:385.
- Fallos: 324:3219.
- Fallos: 327:2048.
- Fallos: 327:2048.
- Fallos: 327:3117.
- Fallos: 328:1146.
- Fallos: 328:566.
- Fallos: 329:2316.
- Fallos: 329:3089.
- Fallos: 329:5266.
- Fallos: 330:3109.
- Fallos: 330:3160.
- Fallos: 330:4134.
- Fallos: 330:4866.
- Fallos: 330:563.
- Fallos: 331:1369.
- Fallos: 331:2499.
- Fallos: 331:2691.
- Fallos: 331:735.
- Fallos: 332:111.
- Fallos: 332:1963.
- Fallos: 332:433.
- Fallos: 333:311.
- Fallos: 334:1691.
- Fallos: 335:1126.
- Fallos: 335:197.
- Fallos: 335:2333.
- Fallos: 335:452.
- Fallos: 336:1756.
- Fallos: 336:1774.
- Fallos: 336:1774.
- Fallos: 336:2184.
- Fallos: 336:760.
- Fallos: 336:760.
- Fallos: 337:1361.
- Fallos: 337:47.
- Fallos: 337:790.
- Fallos: 338:1216.
- Fallos: 338:1258.
- Fallos: 338:138.
- Fallos: 338:249.
- Fallos: 338:249.
- Fallos: 338:249.
- Fallos: 338:249.
- Fallos: 338:284.

- Fallos: 338:556.
- Fallos: 338:628.
- Fallos: 338:724.
- Fallos: 338:911.
- Fallos: 339:1077.
- Fallos: 339:194.
- Fallos: 339:533.
- Fallos: 340:257.
- Fallos: 341:39.

Otros Tribunales

Corte Suprema de Justicia de Santa Fe

- A. y S. T. 265, pág. 359.
- A. y S. T. 266, pág. 379.

Cámara en lo Contencioso Administrativo N° 1 de Santa Fe

- S. T. 2, pág. 1.

Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo de La Plata

- Causa n° 17279 “Asesoría de Incapaces N° de La Plata c/ Fisco de la Provincia y Otros s/Amparo” del 13.9.2016.

Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

- Causa “Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (ACIJ) y Otros c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/Amparo” (Expte. N° 39716/02) de agosto de 2016.
- Causa “Z. V. J. R. y otros c/ GCBA s/ amparo” (Expte. N° 17699/0).

Supreme Court

- 5. U.S. 137

Corte Constitucional de Colombia

- Sentencia T-025 de 2004.

Corte Interamericana de Derechos Humanos

- “Baena, Ricardo y otros”, sentencia del 2-2-2001, Serie C N° 72, punto 126.