

**Justicia distributiva, activismo judicial y los desafíos
institucionales del juez en la nivelación de las desigualdades
sociales: reflexiones a partir del fallo “V. O., E. c/ Estado
Provincia de Buenos Aires”**

**Distributive justice, judicial activism, and the institutional
challenges of the judge in leveling social inequalities:
reflections on the ruling “V. O., E. v. State of Buenos Aires
Province”**

*Eduardo Esteban Magoja**

Resumen

Se suele sostener que, en ciertos modelos de Estado democrático de derecho, el Estado debe adoptar medidas orientadas a garantizar condiciones esenciales como la salud, la educación y el empleo, a fin de que las personas puedan desarrollar sus proyectos de vida. Sin embargo, aunque resulta claro que la responsabilidad principal en la implementación de estas políticas recae en los poderes legislativo y ejecutivo, el rol del poder judicial en la supervisión y garantía de los derechos sociales continúa siendo objeto de debate. En este trabajo se analiza el fallo “V. O., E. c/ Estado Provincia de Buenos Aires” de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo de La Plata, que ordenó el pago de un salario mínimo a una madre soltera en situación de vulnerabilidad. A partir de este precedente, se reflexiona sobre el alcance de la intervención judicial en la protección de las prestaciones sociales, con el objetivo de determinar de qué modo el poder judicial puede contribuir a garantizar los derechos sociales sin vulnerar el principio de división de poderes.

* Abogado, Licenciado en Filosofía, Especialista en Derecho Penal, Magíster en Filosofía del Derecho y Doctor en Ciencias Jurídicas por la Universidad de Buenos Aires (UBA). Docente del Departamento de Filosofía y Teoría General del Derecho de la Facultad de Derecho de la UBA. Mail de contacto: magojaeduardo@gmail.com.

Palabras clave: pobreza – derechos sociales – intervención judicial – división de poderes – justicia distributiva

Abstract

In certain models of the democratic rule of law, the State is understood to be required to adopt measures aimed at guaranteeing essential conditions such as health, education, and employment, thereby enabling individuals to pursue their life projects. However, while primary responsibility for implementing these policies lies with the legislative and executive branches, the role of the judiciary in supervising and guaranteeing social rights remains a subject of debate. This article analyzes the ruling “V. O., E. v. State of Buenos Aires Province” by the Administrative Court of Appeals of La Plata, which ordered the payment of a minimum wage to a single mother in a situation of vulnerability. Based on this precedent, the article reflects on the scope of judicial intervention in the protection of social benefits, in order to assess how the judiciary may contribute to the enforcement of social rights without undermining the principle of separation of powers.

Keywords: poverty – social rights – judicial intervention – separation of powers – distributive justice

I. Introducción¹

La pobreza es un fenómeno muy presente, complejo y multidimensional en América Latina.² Su erradicación requiere de enormes esfuerzos por parte del Estado, con una perspectiva focalizada en la prevención, la inclusión y la protección social integral. En esta tarea, el derecho tiene una incidencia determinante, tanto positiva como negativamente. Este, como explica Grosman, “es la principal herramienta con que cuenta la comunidad para integrar o excluir a los individuos”.³ Buena parte de las desigualdades económicas y sociales dependen de cómo se establece la propia organización jurídico-política. No hay ninguna distribución neutral que no esté orientada por el derecho y las políticas públicas.⁴ Esto es algo que no se puede desconocer y que de forma muy clara Dworkin puso de relieve:

la distribución de la riqueza es el producto de un orden jurídico: la riqueza de un ciudadano depende en gran medida de qué leyes ha promulgado su comunidad —no solo las leyes que rigen la propiedad, los delitos, los contratos y la responsabilidad por daño—, sino también la ley de asistencia social, la ley fiscal, la ley laboral, la ley de derechos civiles, la ley de regulación ambiental y las leyes de prácticamente cualquier cosa.⁵

Un Estado democrático de derecho, con un compromiso genuino con el bienestar individual y el bien común, debe implementar no solo acciones negativas (la no intromisión en la esfera de organización individual), sino también medidas positivas que aseguren a sus ciudadanos un conjunto de condiciones fundamentales, que incluyen la salud, la educación, el trabajo y la seguridad social, entre otros. El ejercicio de la autonomía puede ser puesto en peligro no solo por interferencias, sino también por ausencia de condiciones favorables que permitan a cada persona tener la capacidad de

¹ El presente trabajo resulta una versión ampliada y más desarrollada de la ponencia presentada y publicada en las “Actas de las III Jornadas Internacionales y IV Nacionales Nuevas Perspectivas de la Argumentación en el Siglo XXI: avances y discusiones en torno a la argumentación jurídica”, Universidad Nacional de La Pampa, 2024.

² Según un informe de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), al 2022 en esta región el 29 % de personas son pobres (181 millones) y el 11,2 % (70 millones) viven en situación de indigencia (cfr. Panorama Social de América Latina y el Caribe, 2023). En el caso particular de Argentina, el Instituto de Estadística y Censos (INDEC) informó que hasta el primer semestre del 2023 el índice de pobreza ha sido del 40,1 % (11,8 millones) y el de indigencia del 9,3 % (2,7 millones) (Informes técnicos, vol. 7, nro. 205).

³ Lucas Grosman, “Algunas reflexiones acerca de la teoría de la membresía”, *Revista Discusiones*, nro. 6 (2006): p. 64.

⁴ Ronald Dworkin, *Justice for Hedgehogs* (Cambridge: Harvard University Press, 2011), p. 2.

⁵ Ronald Dworkin, *Sovereign Virtue: The Theory and Practice of Equality* (Cambridge: Harvard University Press, 2000), p. 1.

alcanzar por sí misma sus objetivos valiosos y llevar a cabo su proyecto de vida. En ambos supuestos se admite la posibilidad de daño a la dignidad.⁶

Estaría claro que la responsabilidad por la promoción de medidas positivas recae mayormente en los poderes políticos del Estado, tal como lo definen, por ejemplo, nuestra propia Constitución Nacional en diversos artículos (14 bis y 75 incisos 22 y 23), los tratados internacionales con jerarquía constitucional y demás leyes internas. Sin duda, el Poder Legislativo y el Ejecutivo son por excelencia los encargados, respectivamente, de definir y ejecutar el reparto de bienes y cargas del acervo común de la comunidad política bajo cierto estándar razonable de justicia distributiva. Pero sobre el rol que puede y debe asumir el Poder Judicial sobre algo tan general y complejo, más allá de decir el derecho en casos concretos (jurisdicción, esto es, *juris dictio*), hay ciertas dudas. Sin ir más lejos, por nombrar un ejemplo de semejante problema de hasta dónde puede intervenir el juez, existe entre los especialistas una enorme discusión acerca de si es posible la judiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales.⁷

La resolución dictada el 28 de febrero de 2023 por la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo de La Plata, en los autos “V. O., E. c/ Estado Provincia de Buenos Aires”, que confirma por mayoría la orden de pago de un salario mínimo, vital y móvil a una madre soltera debido a su extrema vulnerabilidad y la de sus hijos, proporciona aspectos sugerentes para reflexionar sobre el alcance y la manera en que se debería ejercer la actividad judicial con respecto al control de las prestaciones sociales establecidas y asignadas por otros poderes estatales. A partir de una perspectiva práctica de la teoría jurídica, que parte del análisis de una decisión judicial concreta, en este trabajo asumimos el desafío de abordar dicha resolución y problematizar su doctrina con el fin de alcanzar, mediante una actitud crítica, algunas precisiones sobre un tema complejo que congrega a la teoría de la justicia y la teoría de la decisión judicial. En términos pedagógicos, la lección que se espera obtener es doble: por un lado, acercarse a la

⁶ Ernst Tugendhat, *Ser-Verdad-Acción. Ensayos filosóficos* (Barcelona: Gedisa, 1998), p. 252.

⁷ Durante años se consideró que el art. 14 bis consagraba derechos meramente programáticos, pero esa visión fue superada tras la reforma constitucional de 1994 y la incorporación de los tratados de derechos humanos, afirmándose su exigibilidad judicial. Al respecto, ver los trabajos de Victor Abramovich y Christian Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles* (Madrid: Trotta, 2002); Roberto Gargarella, “¿Democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales?”, *Perfiles latinoamericanos: revista de la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales*, nro. 28 (2006): 9-32; Horacio Etchichuri, *Igualdad desatada: la exigibilidad de los derechos sociales en la Constitución argentina* (Córdoba: Universidad Nacional de Córdoba, 2013); y Leticia Morales, *Derechos sociales, constitucionales y democracia* (Madrid: Marcial Pons, 2015), entre muchos otros.

comprensión de la función del juez en la consolidación de las bases morales del Estado de derecho, en particular en lo que respecta a la dignidad y los derechos esenciales de la persona; y, por el otro, se busca profundizar en la determinación de los criterios de una administración de justicia equitativa y efectiva, que respete —en materia de derechos sociales— el esquema de división de poderes (legislativo, ejecutivo y judicial).

Con este fin, el trabajo sigue el siguiente recorrido: primero, se presenta una síntesis del caso y de las decisiones involucradas; luego, se expone el marco conceptual relativo a la justicia y su vinculación con la seguridad social; posteriormente, se examinan los criterios de igualdad y proporcionalidad propios de la justicia distributiva y su influencia en la decisión adoptada; más adelante, se analiza el activismo judicial presente en el fallo y las tensiones que genera con un modelo más restrictivo de función jurisdiccional; y, finalmente, se reflexiona sobre los alcances y límites del rol judicial en la protección de derechos fundamentales y las obligaciones positivas del Estado.

II. El caso “V. O., E. c/Estado Provincia de Buenos Aires”

El primer paso de nuestro recorrido es ofrecer una rápida descripción del caso “V. O., E. c/ Estado Provincia de Buenos Aires” (en adelante, simplemente “V. O. E.”), en el cual la jueza del Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Nro. 4 de La Plata condenó a la Provincia de Buenos Aires a reconocerle a la demandante, siempre y cuando no cambien sus circunstancias, el pago de un salario mínimo, vital y móvil.

Las cuestiones de hecho (*quaestiones facti*) y de derecho (*quaestiones iuris*) que motivaron semejante decisión fueron las siguientes. La demandante demostró encontrarse en una situación sumamente delicada, agravada por el contexto de la pandemia de COVID-19. Es madre soltera, ama de casa y tiene a su cargo cuatro hijos, tres de los cuales son discapacitados y uno es celíaco sin posibilidad de acceder a una dieta especial. Vive en una vivienda precaria y cuenta con ingresos limitados, obtenidos principalmente mediante la limpieza de casas de familia cuando no está dedicada al cuidado de sus hijos. A pesar de ser beneficiaria de programas de protección social como la Asignación Universal por Hijo y el Ingreso Familiar de Emergencia, y de recibir pensiones por discapacidad, padece condiciones de indigencia. Además, no recibe ninguna ayuda por parte del padre de sus hijos ni de su familia.

En cuanto a los argumentos de derecho (*argumenta iuris*), la actora adujo que las prestaciones del sistema de seguridad social, incluido el salario mínimo, están estrechamente vinculadas al principio de dignidad humana en cuanto “soporte y fin” de los demás derechos humanos. Este carácter integral e irrenunciable se deriva, según argumentó, de la Constitución Nacional (artículo 14 bis y 75 inciso 23) y de la Provincia de Buenos Aires (artículo 39 inciso 3), así también como de instrumentos internacionales de jerarquía constitucional, tales como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, entre otros. Al mismo tiempo, reforzó sus argumentos al resaltar, en lo que concierne a la responsabilidad estatal, los “Principios Rectores sobre la Extrema Pobreza y los Derechos Humanos” aprobados en 2012 por el Consejo de Derechos Humanos (Resolución 21/11). Estos principios instan a los gobiernos a diseñar políticas públicas inclusivas que superen los obstáculos que enfrentan los sectores más desfavorecidos para ejercer sus derechos. En relación con el derecho a la seguridad social en particular, enfatizó la obligación estatal de implementar medidas específicas para asegurar el acceso de las personas en situación de pobreza (especialmente mujeres y trabajadores informales) a prestaciones suficientes que les permitan llevar a cabo un plan de vida digno.

Los argumentos de hecho y de derecho formulados por la demandante fueron, como adelantamos, recibidos de forma positiva por la jueza de primera instancia y motivaron el dictado del fallo favorable. Sin embargo, la Fiscalía de Estado —que representa y defiende en juicio a la Provincia de Buenos Aires— apeló la decisión. Sus argumentos se desglosan en torno a tres agravios que en realidad se pueden agrupar en dos. En primer lugar, alegó que existen vías específicas para satisfacer el derecho en disputa. En efecto, adujo que la actora ya recibe tres pensiones por discapacidad y dos asignaciones universales por hijo y que, además, durante la pandemia de COVID-19 se implementaron medidas para ayudar a los sectores más vulnerables, lo que incluyó un refuerzo de las políticas de protección social. Todo esto indicaría, a su modo de ver, que la demandante no se encontraba en una situación de “total desamparo estatal”.

En este orden de ideas, la fiscalía entendió que la actora no demostró que se le haya negado el acceso a estas prestaciones asistenciales y, por eso, cuestionó la afirmación de la jueza de que “no existe otra vía para la satisfacción actual y efectiva de sus derechos y de su familia”. En lugar de imponer una prestación no contemplada en la normativa vigente —el salario mínimo, vital y móvil, que sería solo un valor de referencia—, a su

modo de ver el asunto debería haberse remitido a las instancias administrativas competentes para su tramitación y resolución.

El segundo agravio se circunscribe a una cuestión de gravedad institucional y de afectación de las competencias estatales. En efecto, la Fiscalía de Estado alegó que el control judicial debe limitarse a verificar el cumplimiento de las obligaciones establecidas por las normas y, en caso de no ser así, ordenar su remedio, pero sin reemplazar la función de la administración en la apreciación y valoración de las circunstancias a tener en cuenta para llevar adelante su función. Sostuvo que la jueza se entrometió, violando el principio de legalidad que rige la actuación estatal, en un área de competencia propia del Poder Ejecutivo y que, al obligar a este poder a ayudar directamente a un particular, desvirtuó la función del Estado de perseguir el bien común y distribuir los recursos disponibles entre todos los habitantes de la provincia.

El 28 de febrero de 2023, la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo de La Plata desestimó, por mayoría (votos de los jueces Spacarotel y Milanta), el recurso de apelación de la fiscalía y procedió a confirmar la resolución de primera instancia, al entender que se encontraba ajustada a derecho. Básicamente, lo que sostuvo es que el Estado argentino ha asumido a la seguridad social como “derecho humano” fundamental y que, en tal sentido, la administración de justicia debe adoptar, ante casos de clara vulneración de ese derecho esencial, una posición activista en el control de los otros poderes y en la verificación del cumplimiento de los compromisos estatales asumidos. La disidencia del camarista De Santis, en cambio, consideró: primero, que no se daba una situación de extrema desventaja en comparación con otros ciudadanos en equivalente posición; segundo, que no existía vínculo jurídico del que emergiera el deber de proveerle los recursos económicos que la actora solicitaba; y, por último, que el problema planteado iba más allá de la órbita de acción del Poder Judicial.

III. Justicia (distributiva) y seguridad social

Los argumentos de los integrantes de la Cámara, tanto en el voto mayoritario como en la disidencia, oscilan entre varios temas de interés para la filosofía y teoría general del derecho, tales como por ejemplo la exigibilidad de los derechos sociales, la persona como eje y centro del sistema jurídico, la dignidad como fundamento de los derechos humanos y la interpretación del derecho, entre otros. Sin embargo, hay un tema que prevalece sobre todos los enumerados y que, en función de los propósitos fijados en la introducción, será

nuestro centro de atención: la justicia y, más precisamente, la justicia distributiva y el control judicial sobre esta materia de naturaleza mayormente política. De hecho, tal primacía es identificada por el propio camarista Spacarotel cuando, al analizar los hechos, anticipa: “los sistemas judiciales se ven requeridos, —de consuno— a dar respuestas a diversas demandas de hondo contenido social, en procura de la realización efectiva del sentido de justicia distributiva, en procura de la protección integral de los derechos involucrados”.

En particular, el tema de la justicia es esencial para la concepción iusfilosófica del realismo clásico. Su formulación se ancla en dos grandes pensadores: Aristóteles y Tomás de Aquino. En lo que respecta al filósofo griego, en el libro V de *Ética a Nicomaquea* analiza la virtud de la justicia y la divide en justicia general y particular, y a esta última en distributiva y correctiva. Mientras que la justicia en sentido general es aquella que ordena los actos propios de las virtudes (como la valentía, la moderación, la amabilidad o la apacibilidad, entre otros ejemplos) hacia el bien de todos los miembros de la comunidad política⁸, la justicia distributiva (*nemetikòn dikaion*) se ocupa del reparto de los bienes y cargas, y la justicia correctiva (*diorthotikòn dikaion*) rige en el campo de las transacciones entre particulares, voluntarias (como los contratos) o involuntarias (daños y delitos).⁹ Los mismos lineamientos son seguidos por Tomás de Aquino, quien presenta a la justicia en un sentido general¹⁰ y otro particular, conformada esta última por la justicia distributiva (*iustitia distributiva*) y —con otra denominación— la conmutativa (*iustitia commutativa*).¹¹

El caso “V. O. E.” ofrece un claro ejemplo de uno de los grandes problemas de la sociedad argentina en materia de justicia distributiva:

grupos de personas o sectores de la población que, por razones inherentes a su identidad o condición y por acción u omisión de los organismos del Estado, se ven privados del pleno goce y ejercicio de sus derechos fundamentales, y la atención y satisfacción de sus necesidades específicas (voto del juez Spacarotel).

El compromiso o la carga social que asume el Estado de darle respuesta a las “contingencias” a las que está expuesto el hombre (maternidad, enfermedad, incapacidad, invalidez o vejez, por ejemplo) ingresa bajo la órbita de la seguridad social; de hecho,

⁸ Aristóteles, *Ética Nicomaquea*, 1129b-1130a, ed. Ingram Bywater (Oxford: Clarendon Press, 1988).

⁹ Aristóteles, *Ética Nicomaquea*, 1130b-1131a.

¹⁰ Tomás de Aquino, *Suma Teológica*, II-II, q. 58, a. 5, ed. Francisco Barbado Viejo, 16 vols. (Madrid: La Editorial Católica, 1956).

¹¹ Tomás de Aquino, *Suma Teológica*, II-II, q. 61, a. 1.

ello se suele reconocer como su objeto privilegiado.¹² La seguridad social, siguiendo a la Organización Internacional del Trabajo (OIT), es

el conjunto de medidas públicas que una sociedad brinda a sus miembros para protegerlos contra las dificultades económicas y sociales causadas por la ausencia o una reducción sustancial de ingresos laborales como resultado de diversas contingencias (enfermedad, maternidad, accidente laboral, desempleo, invalidez, vejez o muerte del sostén de la familia), la provisión de atención médica y la concesión de beneficios para las familias con hijos.¹³

En ese punto, donde priman las ideas de “protección”, “provisión” y “concesión de beneficios” desde la sociedad hacia los particulares (desde el todo hacia la parte), se ve con claridad la importancia de la justicia distributiva en el ámbito de la seguridad social y su conexión esencial. Explicada la idea de manera muy sencilla, una vez que se dispone la forma de financiamiento del sistema de la seguridad social (en Argentina, el denominado Sistema Único de Seguridad Social [SUSS] y sus subsistemas¹⁴), se procede luego a la distribución de las diferentes prestaciones en función de criterios fijados en las leyes y normas que rigen la materia. La justicia distributiva cobra un papel protagónico, pues ella cumple la tarea de guiar, mediante criterios razonables y de equidad, el reparto entre los miembros de la comunidad de la forma más adecuada. En lo que respecta a los grupos vulnerables —a los que, por lo general, se asiste con el amplio abanico de prestaciones que conforman el subsistema no contributivo de seguridad social¹⁵—, se impone un deber de diligencia reforzada, esto es, medidas adicionales de protección. Las asignaciones deben orientarse de forma tal que favorezcan de manera efectiva la disminución de las desigualdades, la equidad en el acceso a oportunidades, la redistribución equitativa de la riqueza y la satisfacción de sus derechos esenciales frente a los riesgos sociales.

Son varios los instrumentos provinciales, nacionales e internacionales relacionados con el rol del Estado en asegurar el bienestar y la calidad de vida de los ciudadanos, particularmente aquellos en situación de vulnerabilidad: el artículo 75 inciso 23 de la

¹² Carlos A. Etala, *Derecho de la seguridad social*, 3.^a ed. (Buenos Aires: Astrea, 2008), pp. 19-21.

¹³ OIT, “Social Protection Matters” (Ginebra: ILO Publications, 2004), p. 2. <https://webapps.ilo.org/public/english/protection/download/newsletter/2004/spring-e.pdf>

¹⁴ Son cinco: Subsistema Integrado Previsional Argentino; Subsistema de Asignaciones Familiares; Subsistema de Riesgos del Trabajo; Subsistema Nacional de Seguro de Salud; y Subsistema de Desempleo.

¹⁵ Así, por ejemplo, Asignación Universal por Hijo, Pensión no contributiva por Invalidez y Pensión Universal para el Adulto Mayor (Ley Nro. 24714, artículo 1 incisos b y c), Pensión no contributiva para Madre de 7 hijos (Ley Nro. 23746), o Pensión no Contributiva para personas con VIH y/o Hepatitis B y/o C (Ley Nro. 27675), entre otros.

Constitución Nacional, que establece que el Congreso tiene la facultad de legislar y promover medidas de acción positiva para garantizar la igualdad real de oportunidades y trato, así como el pleno disfrute de los derechos reconocidos por la Constitución y los tratados internacionales sobre derechos humanos, especialmente en el caso de niños, mujeres, ancianos y personas con discapacidad;¹⁶ el artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional, que aprueba una serie de importantes instrumentos jurídicos internacionales, muchos mencionados a lo largo del trabajo; los artículos 14, 14 bis, 16, 28, 33 y 43 de ese mismo instrumento, que consagran diversos derechos y garantías; y el artículo 36 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, que establece que la Provincia promoverá la eliminación de obstáculos de cualquier índole, ya sean económicos, sociales o de otro tipo, que puedan afectar o impedir el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales.

Este andamiaje normativo, por cierto, no constituye una simple expresión de buenos deseos que simplemente queda volcada en los textos, sino que genera, como explica el juez Spacarotel,

una obligación positiva de adoptar medidas para garantizar este derecho fundamental [de la seguridad social], a través de una protección integral que contemple tanto la autonomía de las personas con discapacidad como su derecho a contar con un nivel de vida adecuado y digno.

En este sentido, varias políticas públicas del Estado argentino de las últimas décadas muestran un fuerte compromiso en materializar el derecho de la seguridad social a través de una amplia gama de beneficios y servicios. En particular, desde la reforma constitucional de 1994, se estableció un marco legal robusto que reconoce y garantiza, mediante una tutela privilegiada, los derechos fundamentales de los más vulnerables. Hay varios fallos importantes de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que confirman ese vínculo obligacional con el Estado. Con fines meramente ilustrativos, basta aquí con mencionar dos que guardan afinidad con el caso “V. O. E”: el fallo “Rodríguez, Karina Verónica c/Estado Nacional”¹⁷, en el cual la Corte tomó medidas de emergencia para asegurar la alimentación y la salud de los hijos menores de edad de una

¹⁶ Así, cabe mencionar: artículo 6 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; artículos 16, 22 y 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; artículos 17 y 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; artículos 2, 10 y 11 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales; artículo 4, 5, 6 y 7 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; y 2, 3, 6, 12, 18, 23, 24 y 27 de la Convención de los Derechos del Niño y demás instrumentos con jerarquía constitucional, entre otros.

¹⁷ CSJN, “Rodríguez, Karina Verónica c/Estado Nacional y otros”, 7/03/2006, *Fallos*, 329:553.

mujer desempleada y sin recursos; y el fallo “Q. C., S. Y. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires”¹⁸, en el que se ordenó al gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires resolver la situación de calle de una madre y su hijo con capacidad disminuida, tras reconocer que, “sin perjuicio de las decisiones políticas discrecionales, los poderes deben atender a las garantías mínimas indispensables” para las personas en situación de extrema vulnerabilidad (Considerando 17).

IV. La igualdad en la justicia distributiva

En lo referente a la distribución de prestaciones, asistencias o ayudas en general, que el Estado realiza en cumplimiento de la seguridad social, es imperativo mantener, como premisa fundamental, la igualdad en cuanto aspecto esencial de la propia idea de justicia.¹⁹ Pero no se trata de cualquier sentido de igualdad. Un típico error, por ejemplo, sería buscar una igualdad absoluta en la que los individuos sean tratados de manera idéntica, cuando lo que busca la justicia es “mitigar, justificar y objetivizar las inevitables desigualdades existentes entre los miembros de la comunidad política”.²⁰ Esto se debe a que en materia de justicia distributiva no sería tan deseable seguir un criterio de igualdad aritmética, según el cual a todos se les dé la misma cantidad de bienes o cargas. Un trato estrictamente igualitario podría llevar a cometer una buena cantidad de injusticias. En realidad, como decía Aristóteles, la igualdad de la justicia distributiva (igualdad geométrica) reside en la proporción entre las cosas que se reparten y las personas hacia quienes se realiza el reparto²¹; de ahí que se requieran en la evaluación, al menos, cuatro términos. Hervada ofrece un ejemplo muy ilustrativo: si una pareja tiene un hijo de 6 meses y otro de 15 años, no hay dudas de que la igualdad de trato no significa dar a cada uno de ellos los mismos alimentos y en cantidades iguales (igualdad aritmética).²² Lo proporcionado es darle al niño de 6 meses una papilla y al otro hijo una alimentación de adultos. A esto apunta, pues, una igualdad proporcional o geométrica.

¹⁸ CSJN, “Q. C., S. Y. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires”, 24/04/2012, *Fallos*, 335:452.

¹⁹ En efecto, según explica Finnis, la justicia es un concepto complejo que comprende tres elementos: la intersubjetividad o alteridad; el deber o lo debido a otro y, correlativamente, el derecho con el que este cuenta; y, finalmente, la igualdad. John Finnis, *Ley Natural y Derechos Naturales* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2000), pp. 191-194.

²⁰ Carlos I. Massini Correas, *Filosofía del derecho*, t. II (Buenos Aires: Lexis-Nexis/Abeledo-Perrot, 2005), pp. 9-10.

²¹ Aristóteles, *Ética Nicomaquea*, 1131a.

²² Javier Hervada, *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho* (Pamplona: EUNSA, 2000), p. 220.

Ahora bien, siguiendo la concepción aristotélico-tomista, Massini Correas explica que, en lo que respecta a la justicia distributiva, la medida material o de contenido de lo justo consiste en la conformidad con el mérito (jurídico) o, mejor dicho, el título con el que cuentan las personas. Precisamente, el título determina lo que se le es debido (*debitum*) o, para decirlo con otras palabras, la hace acreedora de aquello a repartir.²³ Pero este reparto, cuyo objetivo final es el bien de las personas, no se realiza simplemente contemplando a cada una de ellas de forma aislada; la vida en comunidad excluye tal posibilidad. En realidad, la atribución de los títulos se estructura de manera tal que el bien de todos se vea favorecido de la mejor forma posible. Se deben satisfacer, pues, las exigencias y beneficios del bien común²⁴, el cual constituye, para decirlo con Finnis, “el objeto de toda justicia”.²⁵ En el fallo “V. O. E.”, este aspecto parece tener en mente el juez Spacarotel, cuando dice que “la administración no sólo debe contar con habilitaciones expresas para actuar, sin vulnerar la legalidad objetiva, sino que también debe concretar positivamente el accionar frente a la realización efectiva del bien común”, tal como lo estipula el artículo 75 inciso 23 de la Constitución Nacional al establecer, como atribución del Congreso, “legislar y promover ‘medidas de acción positiva’, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad”.

La distribución de títulos en una sociedad, orientada hacia el bien común, es un proceso complejo que requiere considerar diversos criterios intermedios. Según Hervada, existen cinco factores cruciales para guiar esta asignación, los cuales, vale aclarar, no agotan el listado ni tampoco *per se* presentan una jerarquía: la necesidad, la función, la condición, la capacidad y el aporte que realizan los individuos a la comunidad.²⁶

Según los jueces del voto mayoritario, en el caso “V. O. E.” el criterio que se impone es la necesidad, aspecto que apunta a la idea muy familiar y recogida en el sentido común de que es justo que reciba más quien más lo necesita.²⁷ La actora se hallaría en una probada situación de indigencia y de vulnerabilidad respecto del resto de la población y, por ello, necesita una protección especial que asegure sus derechos y permita un

²³ Massini Correas, *Filosofía del derecho*, pp. 13-14.

²⁴ Massini Correas, *Filosofía del derecho*, p. 14.

²⁵ Finnis, *Ley Natural y Derechos Naturales*, p. 198.

²⁶ Hervada, *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho*, pp. 222-241. Al respecto, ver también Finnis, *Ley Natural y Derechos Naturales*, pp. 203-204; Renato Rabbi-Baldi, *Teoría del derecho*, 4.ª ed. (Buenos Aires: Ábaco, 2016), pp. 432-438.

²⁷ Rabbi-Baldi, *Teoría del derecho*, p. 436.

desarrollo pleno de su plan de vida. Pero el voto en disidencia del juez De Santis no ve los hechos de la misma manera, sino que, al contrario, entiende que “ninguna de las posibilidades que enfrenta la parte actora la colocan en situación de desventaja relativa con otros ciudadanos que, en equivalente posición, también podrían obtener los paliativos asistenciales que ella reclama”. En función de los argumentos de la actora y las pruebas que se arrimaron al expediente —a la cual solo podemos acceder por vía indirecta, es decir, por lo que dicen los jueces— parece ser que le asiste razón a la valoración de los jueces del voto mayoritario, en especial del Dr. Spacarotel.

V. Justicia distributiva y activismo judicial

La mayor parte de las consideraciones realizadas en las secciones anteriores sobre la justicia distributiva, la igualdad y los criterios de distribución se circunscriben a los Poderes Legislativo y Ejecutivo del Estado. Pero la cuestión acerca de si en el caso “V. O. E.” la demandante tiene garantizado, ante su situación de necesidad, un mínimo sustantivo con las asignaciones dadas va más allá de tales aspectos (generales, por cierto). Se trata, más bien, de una cuestión particular que se discute en concreto en la esfera judicial. Con respecto a ello, la pregunta que se puede formular —que, recordemos, motiva la reflexión de este trabajo— es cómo tiene que actuar la administración de justicia ante semejantes problemas que, ante todo, deben ser atendidos por los otros poderes del Estado. Los grandes temas presentes en el fallo que quedan abarcados por tal interrogante son básicamente dos: por un lado, el activismo judicial; y, por el otro, pero muy relacionado, el exceso jurisdiccional o la violación del principio político de separación o división de poderes. En lo que sigue, nos ocuparemos de ambos en el orden expuesto.

El juez Spacarotel reconoce que las medidas de acción positiva a favor de los menos aventajados, conforme lo dispuesto en los artículos 75 inciso 23 de la Constitución Nacional y 36 de la Provincia de Buenos Aires, constituyen una facultad —o un “mandato”, según sus palabras— del Congreso. Se trata, pues, de una cuestión inherente a las competencias y responsabilidades del Poder Legislativo y, por eso, la aplicación de estas medidas no recae directamente en el ámbito judicial. Sin embargo, lo que hace aquel magistrado para sortear ese obstáculo es dar un movimiento que consiste en pasar del plano general del reparto de prestaciones al plano particular de resolución de conflictos, en el que el control judicial pasa por determinar que la distribución se haya realizado con

equidad y justicia. Entiende que la respuesta al problema de competencias —lo cual más adelante discutiremos sobre su acierto— se encontraría en el “activismo judicial”:

es dable recordar que [...] la justicia —en el marco de la legalidad constitucional— puede y debe ayudar a la ciudadanía a reconocer los diversos puntos de vista en juego en situaciones de conflicto; v. gr. esclareciendo la información, instando a los poderes constituidos a obrar acciones positivas, o bien instar a los legisladores a que justifiquen sus decisiones... [...]. Ese *prius* requiere de un activismo judicial que, en el estado constitucional de derecho, cobra mayor relevancia cuando se trata de analizar cuestiones inherentes a la dignidad humana. [...] El activismo judicial requerido por la complejidad de la controversia planteada procura ampliar los mecanismos de garantía procesales para la protección de los derechos en ciernes.

En ningún momento del voto mayoritario se define el activismo judicial y esto muy probablemente tenga una razón clara: “activismo judicial” es aquel tipo de concepto sumamente escurridizo, amorfo, cuya semántica es muy difícil de precisar con claridad. Una breve mirada a la bibliografía especializada muestra que se ha ofrecido una amplia variedad de definiciones que a veces, lejos de mantener uniformidad, son muy disímiles.²⁸ Sin duda, se trata de un concepto sumamente polisémico.²⁹ Pero a pesar de que en el fallo no se ofrece una definición de activismo judicial, una lectura atenta permite identificar tres notas principales que caracterizarían lo que los jueces del voto mayoritario entienden por ese tipo de comportamiento judicial: en primer lugar, constituye una actitud que expresa un compromiso con la realidad humana y la satisfacción de sus derechos esenciales; segundo, supone una fuerte oposición al formalismo (o privilegia la sustancia antes que las formas); y, por último, si bien involucra una mayor “actividad” o “acción” por parte del juzgador, se mantendría aun así dentro de un marco de legalidad (objetivo). En esta sección solo nos ocuparemos de los dos primeros rasgos. El último presenta algunas cuestiones controvertidas —vinculadas al problema de las competencias que dejamos pendiente— que ameritan darle un poco más de atención; por ello, preferimos realizar un tratamiento diferenciado más adelante, en la sección 6.

²⁸ A los fines de apreciar este punto, basta con dar un recorrido por los trabajos de Dyson Heydon, “Judicial Activism and the Death of the Rule of Law”, *Otago Law Review* 10, nro. 4 (2001): pp. 493-516; Ernest A. Young, “Judicial Activism and Conservative Politics”, *University of Colorado Law Review* 73, nro. 4 (2002): pp. 1139-1216; Craig Green, “An Intellectual History of Judicial Activism”, *Emory Law Journal* 58, nro. 5 (2009): pp. 1195-1264; y Fuad Zarbiyev, “Judicial Activism in International Law: A Conceptual Framework for Analysis”, *Journal of International Dispute Settlement* 3, nro. 2 (2012): pp. 247-278.

²⁹ Alicia Ruiz, “La politicidad de la función judicial o la cara oculta del derecho”, *Ideas y Derecho*, nro. 4 (2004): pp. 173-184.

En lo que respecta al primer rasgo, en el voto del juez Spacarotel diversas expresiones y argumentos apuntan a destacar la importancia de pensar a la actividad jurisdiccional al servicio del hombre, es decir, como institución que cobra sentido y encuentra su razón de ser en las personas y la satisfacción de sus derechos esenciales. Así, el magistrado sostiene que el activismo judicial “cobra mayor relevancia cuando se trata de analizar cuestiones inherentes a la dignidad humana”, que en el caso no se puede “desconocer la existencia de los derechos reconocidos constitucionalmente y a nivel supranacional”, y que se debe garantizar “el pleno goce y ejercicio de los derechos constitucionales, en resguardo de un grupo de extrema vulnerabilidad y su salud —más aún ante la presencia de alguna discapacidad, como en autos—”. El colofón de semejantes ideas lo encontramos en una afirmación un poco extensa, pero que conviene reproducir en sus partes pertinentes, dado que no deja dudas acerca de ese compromiso:

es obligación —reforzada en casos de niñez, con discapacidad, mujeres, y en situaciones de pobreza— de los Estados [...] propender a la eliminación o remoción de todo aquello que en el caso particular se presente como una barrera u obstáculo para el pleno y efectivo goce de los derechos constitucionales, y así asegurar la igualdad de condiciones, oportunidades y participación en todas las esferas de la sociedad, garantizando que las limitaciones sean desmanteladas, promoviendo prácticas de inclusión social y adoptando medidas de diferenciación positiva —de carácter legislativo, social, educativo, laboral o de cualquier otra índole—, para su efectiva remoción. [...] Es deber de la justicia, “nivelar desigualdades”. [...] Cuando existe un conflicto ético que subyace en un caso judicial, y aquél se presenta desigualitariamente desequilibrado, es de toda justicia colocar en su quicio, el verdadero valor humano del sentido de justicia, y por ello, la “justicia como virtud” se afirma abiertamente sobre los conceptos centrales de la teoría jurídica; ya no serán los de “bienestar”, “autonomía” o “eficiencia”, sino los de virtud, excelencia, florecimiento humano.

Lo que se evidencia de todos los pasajes transcritos es un fuerte interés por atender, lo más adecuadamente posible, aquellas eventualidades capaces de reducir o suprimir la actividad humana o imponerle cargas económicas suplementarias, más aún cuando se trata de grupos sociales vulnerables: establecer, pues, por medio del derecho, condiciones apropiadas para el desarrollo de la persona o “el florecimiento humano”. Desde esta óptica, el magistrado, al abordar cuestiones que afectan de lleno a la dignidad, no solo profundiza en aspectos legales, sino que también evidencia una sensibilidad hacia las serias dificultades que atraviesa la actora, quien, a pesar de gozar de beneficios asistenciales, no tiene asegurados mínimos básicos para su bienestar y el de sus hijos. El desamparo del Estado podrá ser “no total” —como dice el demandado—, pero aun así las medidas adoptadas son insuficientes y subsisten “las vulneraciones estructurales en

situación de pobreza en que se halla inmerso todo el grupo familiar” (del voto del juez Spacarotel). En el caso particular, se determina la afectación simultánea de diversos derechos esenciales ligados a las necesidades primarias del hombre (alimento, salud, etc.) y a la protección integral de la familia, las mujeres, los niños y las personas con discapacidad; derechos que están reconocidos en numerosas normas locales como internacionales y que, al referirse a grupos vulnerables, establecen estándares legales de protección estatal prioritaria (artículo 14 bis y 75 inciso 22 de la Constitución Nacional, Convención de los Derechos del Niño y Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, por ejemplo). En la evaluación de los hechos, por cierto, se adopta, antes que un enfoque unidimensional o monolítico, uno interseccional, mediante el cual se reconoce la importancia de entender los solapamientos de identidades y circunstancias que pueden intensificar la vulnerabilidad. Lo que se reconoce, pues, es que la justicia debe contemplar la multiplicidad de factores que afectan a las personas, integrando un enfoque más holístico y equitativo en la realización de sus derechos.

Naturalmente, entender al activismo judicial como una práctica que privilegia por sobre todo a la “realidad humana” y que debe asumir, para atender casos complejos y de hondo contenido social, una actitud innovadora y criterios de interpretación amplios — en suma, una concepción de sistema jurídico abierto³⁰— supone reconocer al mismo tiempo que implica cierta oposición al formalismo —que es, recordemos, la segunda nota distintiva de activismo judicial identificada en el fallo—. A veces, el excesivo apego a las reglas puede terminar siendo una suerte de cadena que podría limitar la capacidad del juez para responder de manera eficaz las demandas y desafíos emergentes en la sociedad. El activismo judicial advierte esta dificultad y adopta un enfoque más dinámico que, en lugar de conservar la fidelidad a las formas, se compromete con los principios fundamentales de la justicia y la protección de los derechos humanos.

Semejante apreciación resulta palpable cuando el juez Spacarotel dice que “la realidad humana siempre trasciende el fenómeno del derecho, y en tal caso las demandas sociales exigen del Estado de derecho, y de sus órganos constituidos, mayor libertad de acción para abastecerlas en el marco de la legalidad”. O también se aprecia cuando la jueza Milanta señala que, “a la hora de juzgar acerca del alcance o el acierto de las medidas judiciales en materias como la que se ventila en autos, ha de evitarse que el rigor

³⁰ Al respecto, ver Rabbi-Baldi, *Teoría del derecho*, pp. 249-303.

de las formas conduzca a la frustración de los derechos que cuentan con tutela constitucional”. Expresiones de este tipo recuerdan a las palabras del famoso jurista estadounidense Holmes de que “la vida del derecho no ha sido lógica, ha sido experiencia”³¹, reproducidas en el fallo “Vera Barros” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación³², entendiendo por tal —agrega la Corte— “la comprensión del sentido último que anida en cada caso” (Considerando 6, del voto de los doctores Barra, Fayt y Cavagna Martínez).

VI. ¿Un exceso (injustificado) de poderes normativos?

En el tipo de activismo que se defiende en el voto mayoritario, los dos rasgos identificados —el compromiso con la realidad humana y la oposición al formalismo— no se dan sin parámetros normativos previos que definen las facultades jurisdiccionales, es decir, un marco de legalidad (objetivo). Lo que sucede es que se trata de un marco flexible, que debe amoldarse a los complejos problemas a los que hace frente el derecho. En este sentido, recordemos, el juez Spacarotel decía que “las demandas sociales exigen del Estado de derecho, y de sus órganos constituidos, mayor libertad de acción para abastecerlas en el marco de la legalidad”.

Según se puede ver en la argumentación plasmada en el fallo, ese marco de legalidad dador de mayor libertad judicial, que contempla aspectos sustantivo-morales esenciales —principios, derechos humanos, valores, etc.—, se encuentra definido principalmente por el derecho internacional de los derechos humanos, la Constitución Nacional y la Constitución de la Provincia de Buenos Aires (en especial los artículos 75 inciso 23 y artículo 36, respectivamente), y el Código Civil y Comercial de la Nación (artículos 1 y 2, que indican el modo de resolver los casos e interpretar la ley), entre otros instrumentos. En todos ellos, la normativa apuntaría a facultar al juez con las herramientas jurídicas necesarias para proteger los derechos de las personas.

En este marco, el juez Spacarotel sostiene que el control judicial sobre la función administrativa, destinada a implementar medidas de acción positiva para proteger los derechos de las personas afectadas, no está vedado por disposición alguna de la Constitución Nacional ni Provincial. Esto le permitiría, con un enfoque judicial activo,

³¹ Oliver W. Holmes, *The Common Law* (Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2009), p. 3.

³² CSJN, “Vera Barros, Rita E. c/Estado nacional”, 14/12/1993, *Fallos*, 316:1025.

sumergirse en el análisis de la disputa, pero, según dice, “dentro de un esquema constitucional de respeto por las competencias legales asignadas a los jueces, que opera como garantía constitucional para toda la ciudadanía” y demanda al mismo tiempo que “los magistrados como jueces naturales actúen en resguardo del debido proceso, la defensa en juicio, y la aptitud legal y constitucional para desempeñar la jurisdicción (art. 18 Const. Nacional)”.

Ahora bien, como se puede advertir, el punto problemático que se quiere sortear con toda esta argumentación gira en torno a la posible afectación del principio político de separación o división de poderes. De hecho, esto es lo que alega la Fiscalía de Estado en el recurso de apelación deducido ante el tribunal de alzada para que se revoque el pronunciamiento de primera instancia. En efecto, sostiene que

la sentencia que se cuestiona representa un supuesto de trascendencia, gravedad institucional y notorio interés público, porque decidir de esa forma supone una clara intromisión del poder judicial en las esferas de competencias que corresponden a otro poder/función estatal.

Incluso, haciendo uso de una “directriz por las consecuencias”³³, alega que esa sentencia puesta en discusión podría tener efectos muy negativos sobre la organización estatal: “el universo de posibles juicios análogos confiere a la decisión adoptada una importancia e impacto que trasciende el interés de las partes y compromete el general vinculado al diseño de políticas públicas y la distribución del patrimonio fiscal”.

Que en el caso habría una afectación al principio de división de poderes también es la postura que defiende, en minoría, el juez De Santis, quien incluso, yendo un poco más lejos, ni siquiera ve vínculo jurídico alguno que pueda posicionar a la actora en una situación de exigibilidad frente al Estado³⁴. El camarista dedica una buena parte de su voto a desarrollar ese punto, sobre el cual no hace falta detenernos en sus detalles. Basta aquí, en cambio, con reproducir un breve párrafo del voto en disidencia que resume muy bien su postura:

en el diseño republicano de división de poderes los jueces no sustituyen la actividad administrativa, sino, sólo, controlan su legalidad. En esa misión, se advierte fuera de posibilidad a la actividad judicial, pues el caso se reporta comprendido en la labor de gestión administrativa y por lo tanto exenta de todo reproche relativo, mientras no luzca un desvío o

³³ Al respecto, ver Rabbi-Baldi, *Teoría del derecho*, pp. 365-369.

³⁴ En efecto, sostiene que “no media una relación jurídica de la que emerja el deber jurídico de proveer, en forma exclusiva, los recursos económicos que solicita [la actora], dado que ello no es resultado de un vínculo obligacional capaz de generar un derecho subjetivo, en cuya determinación, ese entorno de exclusividad resulta definitorio”. Sobre la cuestión de la exigibilidad de los derechos sociales, ver la bibliografía mencionada en la nota 6.

exceso de poder, que el conflicto no suscita. El subsidio económico que deja ver la sentencia apelada ingresa en ese ámbito, vedado a los jueces y, por lo tanto, ofrece error de juzgamiento.³⁵

Hay en el caso “V. O. E.”, entonces, dos lecturas jurídicas en pugna: por un lado, el voto mayoritario defiende un activismo judicial, que no se entrometería en competencias ajenas y que busca garantizar derechos esenciales de una persona y su familia en extrema vulnerabilidad; pero, por otro lado, la disidencia expresa que con la sentencia de primera instancia se da precisamente lo contrario. Frente a tal escenario, lo que corresponde determinar es quién tiene razón. Como intentaremos argumentar a continuación, por nuestra parte creemos que ambos en parte están en lo correcto, pero al mismo tiempo en parte se equivocan.

En lo que respecta al desacierto del voto mayoritario, lo primero que cabe decir es que, a diferencia de la lectura del juez Spacarotel, en una buena parte de la literatura se entiende en realidad al activismo judicial como una intromisión del juez en competencias que le pertenecen a los otros poderes del Estado³⁶. El criterio, entonces, para identificar con claridad si hay o no activismo judicial estaría, antes que en una mera oposición al formalismo o a una actitud inerte —lo cual como único criterio es sumamente vago—, en lo que determinen las normas de competencia³⁷. Estas presentan principalmente los siguientes elementos: primero, un sujeto competente que tiene el poder jurídico de crear, derogar, modificar o aplicar normas jurídicas; segundo, la existencia de un acto jurídico que puede ser o no normativo; y, por último, la determinación de las materias sobre las cuales el individuo u órgano competente puede ejercer su poder normativo³⁸. Se puede agregar un cuarto rasgo: la definición de un procedimiento y condiciones para el ejercicio

³⁵ Sin embargo, vale aclarar, el juez De Santis reconoce que habría casos excepcionales en los que el Poder Judicial podría intervenir. Así, dice que el “rigor [de la justicia distributiva] prohíbe la existencia de ventajas especiales o especiales perjuicios para los miembros de la sociedad y, en este punto, ninguna de las posibilidades que enfrenta la parte actora la colocan en situación de desventaja relativa con otros ciudadanos que, en equivalente posición, también podrían obtener los paliativos asistenciales que ella reclama. Esa otra hipótesis justificaría ciertamente, ahora sí, la intervención judicial”.

³⁶ Jairo A. Castaño Peña, “Análisis económico del activismo judicial: el caso de la Corte Constitucional Colombiana”, *Revista Derecho del Estado* 31, nro. 2 (2013): p. 123; y Marco Feoli Villalobos, “El nuevo protagonismo de los jueces: una propuesta para el análisis del activismo judicial”, *Revista de Derecho (Coquimbo)* 22, nro. 2 (2015): p. 184.

³⁷ Pablo Rivas-Robledo, “¿Qué es el activismo judicial? Parte I. Desiderata para una definición de activismo judicial”, *Dikaion* 31, nro. 1 (2022): pp. 70-92; y Luciano D. Laise, “¿Puede la expansión del derecho al acceso a la justicia potenciar al activismo judicial?”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* 24, nro. 1 (2020): p. 155.

³⁸ Jordi Ferrer-Beltrán, *Las normas de competencia: un aspecto de la dinámica jurídica* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000), pp. 127-146.

válido del poder normativo otorgado por la regla de competencia; pero, como advierte la literatura, esto es una cuestión independiente y no constitutiva de la propia competencia³⁹.

Si aceptamos tal criterio, entonces, la pregunta que cabe plantearse en situaciones como las del caso “V. O. E.” es si el Poder Judicial tiene la capacidad normativa de ordenar al Poder Ejecutivo que le asigne a las personas necesitadas o en extrema vulnerabilidad un salario mínimo, vital y móvil. No parece que nuestra Constitución Nacional, la Constitución de la Provincia y demás leyes pertinentes en la materia (el marco jurídico del derecho de la seguridad social en Argentina) permitan tal posibilidad. La decisión adoptada por la mayoría excede una medida de intervención razonable y aceptable según los parámetros normativos y, por eso, cae en un activismo judicial injustificado. Hay dos razones por las que le atribuimos tal calificación. En primer lugar, como bien señala la parte demandada y destaca también el voto en disidencia —y en este punto es donde le asiste la razón al juez De Santis—, el control judicial se debe ceñir a verificar el cumplimiento de las obligaciones, tanto positivas como negativas, establecidas en el sistema jurídico argentino. En caso de incumplimiento, tiene que limitarse a ordenar la corrección, analizando en una situación específica si la alternativa elegida se ajusta a los requisitos del ordenamiento jurídico (control de legalidad). Así pues, cualquier ampliación más allá de lo mencionado constituiría “una violación de la separación de poderes o de la ‘zona de reserva’ de la administración”, pues suplanta “a la administración en la apreciación y valoración de las circunstancias necesarias para desempeñar su función dentro de los límites legales”, tal como se dice en el recurso de apelación fiscal. En segundo lugar, el activismo es injustificado porque no se da el caso de que la intromisión (razonable y limitada) del Poder Judicial sobre competencias del Poder Legislativo u otro poder sea la única vía o forma para garantizar los propios valores morales sobre los que se asienta el Estado de derecho (básicamente la dignidad de la persona y sus derechos fundamentales).

VII. Hacia un activismo judicial (justificado)

Hay, como se puede inferir de lo desarrollado en la sección anterior, un tipo de activismo cuya actuación encuentra muy excepcionalmente justificación⁴⁰, y esto sucede

³⁹ Ferrer-Beltrán, *Las normas de competencia: un aspecto de la dinámica jurídica*, pp. 125-126.

⁴⁰ Habría, pues, un activismo judicial “justificado” e “injustificado”. En la literatura es común este tipo de distinción: por ejemplo, Manili distingue entre activismo “bueno” y “malo”; y Maraniello entre “justo o razonable” e “injusto o arbitrario”. Pablo Manili, “El activismo (bueno y malo) en la jurisprudencia de la

porque una actitud pasiva por parte del juzgador sería algo por completo intolerable y constituiría una afrenta contra la dignidad humana, fundamento de los derechos humanos⁴¹, así como también contra los principios básicos reconocidos en la Constitución Nacional. Esto se daría, por ejemplo, en aquellas situaciones que, como bien reconoce Atienza, si el juez no se involucra, “no cabe esperar que alguna otra instancia estatal pueda satisfacer la exigencia que se plantea cuando alguien pide que se le reconozca uno de esos derechos: a la subsistencia, a la salud, etc.”⁴² Vale aclarar que con todo lo dicho no queremos promover en modo alguno la idea, por completo repudiable, de “jueces iluminados o profetas” que, en palabras de Santiago, “se sienten llamados a resolver desde sus estrados judiciales los más difíciles y complejos problemas sociales y políticos, cuando el proceso judicial no está pensado ni diseñado para ello”.⁴³ No es esto lo que queremos decir. Más bien lo que se defiende es, para decirlo en términos de Duquelsky, un “activismo garantista” con un campo de actuación e intervención muy limitado: “una actitud creativa, antiformalista y comprometida con la efectivización de los derechos fundamentales sin que ello implique la vulneración de garantías constitucionales”.⁴⁴ Se trata, pues, de una intervención judicial que rompe con las formalidades y se involucra en la realidad cuando no existe otro medio jurídico para proteger los derechos y hacerlos efectivos.

Entonces, cuando en el Estado de derecho se torna imprescindible tomar una actitud activista para dar solución a una vulneración de derechos intolerable que de otro modo no se resolvería, habría en principio justificación. Decimos “en principio”, vale aclarar, porque es una cuestión muy difícil de determinar desde reglas abstractas y se tiene que ver caso por caso.⁴⁵ En lo que respecta a la situación de la actora y su familia, creemos

Corte Suprema”, *La Ley*, t. 2006-D (2006): p. 1285; y Patricio A. Maraniello, “El activismo judicial, una herramienta de protección constitucional”, *Revista de Ciencias Sociales* 5, nro. 32 (2012): pp. 47-83.

⁴¹ Robert Spaemann, “Sobre el concepto de dignidad humana”, *Persona y Derecho*, nro. 19 (1988): p. 13; y Carlos I. Massini Correas, “Sobre dignidad humana y derecho: la noción de dignidad de la persona y su relevancia constitutiva en el derecho”, *Prudentia Iuris*, nro. 83 (2017): pp. 49-72.

⁴² Manuel Atienza, “Siete tesis sobre el activismo judicial”, *Ámbito Jurídico* (6 de junio de 2019). <https://bit.ly/3ak1e1i>.

⁴³ Alfonso Santiago, “Sistema jurídico, teoría del derecho y rol de los jueces. Las novedades del neo-constitucionalismo”, *Dikaion*, nro. 17 (2008): p. 146.

⁴⁴ Diego Duquelsky, “La falsa dicotomía entre garantismo y activismo judicial”, *Doxa*, nro. 41 (2018): p. 205.

⁴⁵ Un buen ejemplo de activismo justificado es el fallo “Campodónico de Beviacqua”, en el que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ordenó al Estado Nacional mantener la provisión de medicamentos a un niño con discapacidad luego de que el gobierno había decidido arbitrariamente dejar de proveérsela. CSJN, “Campodónico de Beviacqua, Ana Carina c/Ministerio de Salud y Acción Social”, 24/10/2000, *Fallos*, 323:3229.

que sin duda se da una situación extremadamente preocupante, de afectación de derechos básicos; pero también creemos que, para corregirla o subsanarla, la actitud activista —entendida, vale recordar, como cierto grado de intromisión en competencias de otros poderes— debe guardar cierto grado de razonabilidad y respeto por la estructura organizativa del Estado de derecho. No tiene que arrogarse la función de otros poderes —lo que sería institucionalmente inaceptable—, pero tampoco se puede quedar, ante semejante problema, en una actitud meramente pasiva —y aquí se ve el desacierto del voto en disidencia—. La solución que por nuestra parte proponemos, que constituye una suerte de término medio, va en la dirección de lo formulado por la Fiscalía de Estado en uno de los argumentos de su apelación, pero con algunas cuestiones importantes que agregar y diferenciar. Veamos este punto.

Lo que plantea la fiscalía, luego de destacar los esfuerzos del Estado para equilibrar las desigualdades mediante un muestreo de programas sociales, pensiones no contributivas y prestaciones de la seguridad social vigentes, es que “la afirmación de la magistrada relativa a que ‘no existe otra vía para la satisfacción actual y efectiva de sus derechos y de su familia’ es absolutamente falaz”. En este sentido, agrega que la solución

nunca pudo ser el acogimiento de la pretensión tal como fue propuesta, sino, en todo caso, la de remitir la cuestión a las instancias administrativas competentes a fin de que se tramite y resuelva el pedido de la actora, limitando la tarea del Juzgado a la mera recepción del reclamo [por no existir] en rigor un caso judicial que justifique un pronunciamiento del poder jurisdiccional.

Compartimos la primera afirmación (de que hay otras vías para atender el problema), pero no la segunda (de limitar la tarea de la administración de justicia a solo recibir el reclamo). Hay “caso judicial” o “causa”, esto es, una controversia fáctica y/o jurídica actual,⁴⁶ y el juez debe resolverlo; pero, como se trata de una decisión que avanzaría sobre zonas propias de los otros poderes del Estado, no puede hacerlo de cualquier manera, sin un criterio claro que determine una medida de intervención razonable. La propuesta de Lorenzetti, que también se encuentra plasmada en varios fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación —algunos ejemplos se citan a continuación—, resulta

⁴⁶ Cfr. artículo 116 de la Constitución Nacional; artículo 2 de la Ley Nro. 27 de Organización de la Justicia Nacional; y la doctrina de los fallos: CSJN, “Baeza, Aníbal Roque c/Nación Argentina”, 20/08/1984, *Fallos*, 306:1125, y “Universidad Nacional de La Matanza y otros c/EN - M Cultura y Educación”, 6/09/2023, *Fallos*, 346:970. En lo que respecta al ámbito de la Provincia y el fuero contencioso administrativo, cfr. artículo 166, último párrafo, de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires y Ley Nro. 12008.

esclarecedora.⁴⁷ El autor sostiene que en situaciones de este tipo el activismo judicial no puede avanzar más allá de “afirmar la garantía de los derechos a través de mandatos orientados a un resultado, evitando involucrarse en los procedimientos”.⁴⁸ Así, aclara, “el tribunal reconoce la discrecionalidad de la Administración y le ordena que cumpla un objetivo, sin decirle cómo, ya que los medios son ajenos a la decisión judicial”.⁴⁹ En relación con el derecho ambiental, por ejemplo, ello se realiza a través de fórmulas como “hay que limpiar el río” (fallo “Mendoza”⁵⁰), “hay que terminar con la emisión de gases contaminantes” (“Massachusetts”⁵¹) o “hay que hacer cesar el incendio” (“Equística Defensa del Medio Ambiente”⁵²). El procedimiento para alcanzar semejante resultado, como requiere muchas veces enormes conocimientos técnicos, capacitación e información especial y una valoración y apreciación de circunstancias muy particularizadas, le competirá a la administración, quien evaluará, dentro de su propia discrecionalidad, cuáles son los medios más apropiados para aplicar en el caso.

Es importante señalar que el desarrollo de Lorenzetti sobre ese tipo de activismo judicial (justificado) y sus límites, se realiza pensando mayormente en sentencias relativas a bienes colectivos —en los ejemplos dados, el ambiente— y que tengan efectos regulatorios generales (litigios públicos). Pero claramente se puede hacer extensivo tal planteo al caso tratado en el fallo “V. O. E.”, a pesar de que se trata de un conflicto individual en el que se discute el reconocimiento de un derecho y su eventual satisfacción. Entonces, conforme al criterio sugerido, lo que para nosotros debería haber realizado el tribunal revisor es revocar la sentencia de primera instancia, pero, tras reconocer la situación de extrema vulnerabilidad de la actora, ordenar al Poder Ejecutivo que subsane la afectación de derechos de la manera que considere más apropiada y efectiva dentro de los diferentes programas y/o acciones de ayuda y asistencia disponibles. Como complemento, una vez definido el resultado deseado (“hay que garantizarle mínimos sustantivos a la demandante”), también se podría haber fijado que se informaran las medidas implementadas para su correspondiente control judicial.

⁴⁷ Ricardo Lorenzetti, *Justicia colectiva*, 2.^a ed. (Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2017), p. 321.

⁴⁸ Lorenzetti, *Justicia colectiva*, p. 253.

⁴⁹ Lorenzetti, *Justicia colectiva*, p. 253.

⁵⁰ CSJN, “Mendoza Beatriz Silva y otros c/Estado nacional”, 20/06/2006, *Fallos*, 329:2316.

⁵¹ Corte Suprema de Estados Unidos, “Massachusetts v. EPA”, sentencia del 2/04/2007.

⁵² CSJN, “Equística Defensa del Medio Ambiente Asociación Civil c/Santa Fe, Provincia de y otros”, 11/08/2020, *Fallos*, 343:726.

VIII. Conclusión

El Estado argentino, como dice el voto del juez Spacarotel, reconoce a la seguridad social como “derecho humano” fundamental, el cual debe garantizarse desde un abordaje interseccional que contemple las diferentes aristas del problema (minoridad, salud, trabajo, género, familia, discapacidad, etc.), respete la diversidad de la experiencia humana y promueva la igualdad en el acceso a los beneficios del sistema. Sin embargo, a pesar de los esfuerzos del Estado por cumplir tal derecho, no faltan situaciones en las que muchas personas, siendo incluso beneficiarias de prestaciones, no acceden a la salud, a una vivienda digna, a servicios esenciales como agua potable, saneamiento, luz u otras prestaciones, o a un trabajo que le permita generar los ingresos económicos suficientes como para satisfacer las necesidades básicas, entre otras condiciones. Hemos visto que el caso “V. O. E.” ofrece la oportunidad para examinar semejante problema en el campo de resolución de conflictos particulares y pensar, desde una perspectiva práctica de la teoría jurídica, acerca de la capacidad del sistema judicial en la supervisión de prestaciones sociales.

Entre las dos posturas que se pueden identificar en el fallo —la mayoritaria, que respalda un activismo judicial capaz de ordenar al Poder Ejecutivo el pago de un salario mínimo, vital y móvil, y una minoritaria que plantea inquietudes acerca de posibles violaciones al principio de separación de poderes—, la tesis defendida en este trabajo se basa en una fuerte convicción de que en el campo de la seguridad social el juez tiene la obligación de rectificar las desigualdades cuando una distribución discriminatoria, arbitraria o lesiva de los derechos básicos de la persona, desvirtúa la justicia. Es decir, “la constante y perpetua voluntad de dar a cada uno lo suyo” (*constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*).⁵³

Semejante actitud, llevada adelante bajo la forma de un activismo judicial justificado, resulta excepcional y con muchas limitaciones definidas en función de la estructura organizativa del Estado. Sin duda, la protección de los derechos humanos emerge como principio rector, situándose por encima del formalismo legal; pero el Poder Judicial debe procurar la realización de tales derechos fundamentales sin usurpar las funciones de otros poderes. En la situación de “V. O. E.”, esto se lograría al definir el objetivo a alcanzar y posteriormente dejar la ejecución de los procedimientos o medidas en manos del Poder

⁵³ Justiniano, *Digesto* I.1.10, eds. Theodor Mommsen y Paul Krueger, 2 vols. (Berlín: Weidemann, 1870).

Ejecutivo. Se trata de un enfoque que, en un tema sumamente complejo a nivel institucional, busca un punto de equilibrio virtuoso entre el control judicial y el principio de división de poderes bajo el horizonte privilegiado de la persona, la cual resulta ser, para decirlo con las palabras de la Corte, “el eje y centro de todo el sistema jurídico”.⁵⁴

⁵⁴ CSJN, “Caldeiro, Juan Carlos c/EN - M° Defensa”, 30/04/2020, *Fallos*, 343:264.

Bibliografía

- Abramovich, Víctor, y Christian Courtis. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta, 2002.
- Aristóteles. *Ética Nicomaquea*, editado por Ingram Bywater. Oxford: Clarendon Press, 1988.
- Atienza, Manuel. “Siete tesis sobre el activismo judicial”. *Ámbito Jurídico*, 6 de junio de 2019. <https://bit.ly/3ak1eli>.
- Castaño Peña, Jairo A. “Análisis económico del activismo judicial: el caso de la Corte Constitucional Colombiana”. *Revista Derecho del Estado* 31, nro. 2 (2013): 119-160.
- Corte Suprema de Estados Unidos. “Massachusetts v. EPA”. Sentencia del 2 de abril de 2007.
- Duquelsky, Diego. “La falsa dicotomía entre garantismo y activismo judicial”. *Doxa*, nro. 41 (2018): 193-209.
- Dworkin, Robert. *Justice for Hedgehogs*. Cambridge: Harvard University Press, 2011.
- Dworkin, Robert. *Sovereign Virtue: The Theory and Practice of Equality*. Cambridge: Harvard University Press, 2000.
- Etala, Carlos A. *Derecho de la seguridad social*. 3.^a ed. Buenos Aires: Astrea, 2008.
- Etchichuri, Horacio. *Igualdad desatada: la exigibilidad de los derechos sociales en la Constitución argentina*. Córdoba: Universidad Nacional de Córdoba, 2013.
- Feoli Villalobos, Marco. “El nuevo protagonismo de los jueces: una propuesta para el análisis del activismo judicial”. *Revista de Derecho (Coquimbo)* 22, nro. 2 (2015): 173-198.
- Ferrer-Beltrán, Jordi. *Las normas de competencia: un aspecto de la dinámica jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.
- Finnis, John, *Ley Natural y Derechos Naturales*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2000.
- Gargarella, Roberto. “¿Democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales?”. *Perfiles latinoamericanos: revista de la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales*, nro. 28 (2006): 9-32.
- Green, Craig. “An Intellectual History of Judicial Activism”. *Emory Law Journal* 58, nro. 5 (2009): 1195-1264.
- Grosman, Lucas. “Algunas reflexiones acerca de la teoría de la membresía”. *Revista Discusiones*, nro. 6 (2006): 59-88.

- Hervada, Javier. *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho*. Pamplona: EUNSA, 2000.
- Heydon, Dyson. “Judicial Activism and the Death of the Rule of Law”. *Otago Law Review* 10, nro. 4 (2001): 493-516.
- Holmes, Oliver W. *The Common Law*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2009.
- Justiniano. *Digesta Iustiniani Augusti*, editado por Theodor Mommsen y Paul Krueger. 2 vols. Berlín: Weidemann, 1870.
- Laise, Luciano D. “¿Puede la expansión del derecho al acceso a la justicia potenciar al activismo judicial?”. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* 24, nro. 1 (2020): 147-173.
- Lorenzetti, Ricardo L. *Justicia colectiva*. 2.^a ed. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2017.
- Manili, Pablo. “El activismo (bueno y malo) en la jurisprudencia de la Corte Suprema”. *La Ley*, t. 2006-D (2006): 1285.
- Maraniello, Patricio A. “El activismo judicial, una herramienta de protección constitucional”. *Revista de Ciencias Sociales* 5, nro. 32 (2012): 47-83.
- Massini Correas, Carlos I. “Sobre dignidad humana y derecho: la noción de dignidad de la persona y su relevancia constitutiva en el derecho”. *Prudentia Iuris*, nro. 83 (2017): 49-72.
- Massini Correas, Carlos I. *Filosofía del derecho*, t. II. Buenos Aires: Lexis-Nexis/Abeledo-Perrot, 2005.
- Morales, Leticia. *Derechos sociales, constitucionales y democracia*. Madrid: Marcial Pons, 2015.
- Rabbi-Baldi, Renato. *Teoría del derecho*. 4.^a ed. Buenos Aires: Ábaco, 2016.
- Rivas-Robledo, Pablo. “¿Qué es el activismo judicial? Parte I. Desiderata para una definición de activismo judicial”. *Dikaion* 31, nro. 1 (2022): 70-92.
- Ruiz, Alicia. “La politicidad de la función judicial o la cara oculta del Derecho”. *Ideas y Derecho*, nro. 4 (2004): 173-184.
- Santiago, Alfonso. “Sistema jurídico, teoría del derecho y rol de los jueces. Las novedades del neo-constitucionalismo”. *Dikaion*, nro. 17 (2008): 131-155.
- Spaemann, Robert. “Sobre el concepto de dignidad humana”. *Persona y Derecho*, nro. 19 (1988): 13-33.

Tomás de Aquino, *Suma teológica*, edición dirigida por Francisco Barbado Viejo. 16 vols. (Madrid: La Editorial Católica, 1956).

Tugendhat, Ernst. *Ser-Verdad-Acción. Ensayos filosóficos*. Barcelona: Gedisa, 1998.

Young, Ernest A. “Judicial Activism and Conservative Politics”. *University of Colorado Law Review* 73, nro. 4 (2002): 1139-1216.

Zarbiyev, Fuad. “Judicial Activism in International Law: A Conceptual Framework for Analysis”. *Journal of International Dispute Settlement* 3, nro. 2 (2012): 247-278.

Jurisprudencia citada

CSJN, “Baeza, Aníbal Roque c/Nación Argentina”, 20 de agosto de 1984, *Fallos*, 306:1125.

CSJN, “Caldeiro, Juan Carlos c/EN - M° Defensa”, 30 de abril de 2020, *Fallos*, 343:264.

CSJN, “Campodónico de Beviacqua, Ana Carina c/Ministerio de Salud y Acción Social”, 24 de octubre del 2000, *Fallos*, 323:3229.

CSJN, “Equística Defensa del Medio Ambiente Asociación Civil c/Santa Fe, Provincia de y otros”, 11 de agosto de 2020, *Fallos*, 343:726.

CSJN, “Mendoza Beatriz Silva y otros c/Estado nacional”, 20 de junio de 2006, *Fallos*, 329:2316.

CSJN, “Q. C., S. Y. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires”, 24 de abril de 2012, *Fallos*, 335:452.

CSJN, “Rodríguez, Karina Verónica c/Estado Nacional y otros”, 7 de marzo de 2006, *Fallos*, 329:553.

CSJN, “Universidad Nacional de La Matanza y otros c/EN - M Cultura y Educación”, 6 de septiembre de 2023, *Fallos*, 346:970.

CSJN, “Vera Barros, Rita E. c/Estado nacional”, 14 de diciembre de 1993, *Fallos*, 316:1025.