

Universidad Nacional de Lanús

CUADERNO DE TRABAJO N° I

La protección judicial de los derechos sociales en la Provincia de Buenos Aires



Víctor Abramovich / Soledad Arenaza
María Cristina Cravino / Ricardo Fava

*Centro de Derechos Humanos
Dpto. de Planificación y Políticas Públicas*

Colección Cuadernos de Trabajo
SERIE DERECHOS HUMANOS

Ediciones de la UNLa.

LA PROTECCIÓN JUDICIAL DE LOS DERECHOS SOCIALES
EN LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES

UNIVERSIDAD NACIONAL DE LANÚS

Dra. Ana Jaramillo

Rectora

Dr. Nerio Neirotti

Vicerrector

Comité Editorial

Ana Farber

Héctor Muzzopappa

Oscar Tangelson

Hugo Spinelli

CENTRO DE DERECHOS HUMANOS “EDUARDO LUIS DUHALDE”

Ricardo Fava

Director



REUN

RED DE EDITORIALES
DE UNIVERSIDADES
NACIONALES



EDUNLa Cooperativa

29 de Setiembre 3901

Remedios de Escalada – Partido de Lanús

Pcia. de Buenos Aires – Argentina

TEL. 54 11 5533-5600 int. 5727

edunla@unla.edu.ar

La fotocopia mata al libro y es un delito.



Universidad Nacional de Lanús

CUADERNO DE TRABAJO N° I

La protección judicial de los derechos sociales en la Provincia de Buenos Aires

Víctor Abramovich / Soledad Arenaza
María Cristina Cravino
Ricardo Fava

Colección Cuadernos de Trabajo
SERIE DERECHOS HUMANOS
Ediciones de la UNLa



Fecha de catalogación:

Diseño e ilustración de cubierta / diagramación:
Vladimir Marcos Merchensky Arias, www.tantatinta.com

ISBN:

Impreso en Argentina
Queda hecho el depósito que marca la Ley 11.723
Prohibida la reproducción sin la expresa autorización por escrito.

© Los autores

© **Ediciones de la UNLa.**
29 de Setiembre 3901
Remedios de Escalada - Partido de Lanús
Pcia. de Buenos Aires - Argentina
Tel. +54 11 5533-5600 int. 5727
publicaciones@unla.edu.ar
www.unla.edu.ar/public

Índice

Presentación de la Colección <i>Cuadernos de Trabajo</i> del Centro de Derechos Humanos	9
Presentación <i>Víctor Abramovich</i>	11
Entre lo político y lo jurídico: arreglos institucionales en la justiciabilidad del derecho a la vivienda en la Provincia de Buenos Aires <i>Soledad Arenaza y Ricardo Fava</i>	19
– <i>Introducción</i>	19
– <i>I. El derecho a la vivienda: algunas precisiones sobre su alcance en la Constitución Provincial</i> ..	22
– <i>II. La justiciabilidad del derecho a la vivienda como derecho prestacional</i>	25
– <i>III. El derecho a la vivienda como exigencia de igualdad</i>	26
– <i>IV. El derecho a la vivienda como demanda de salud</i>	40
– <i>V. Entre lo jurídico y lo político</i>	43
Efectos sociales del derecho: comentarios al texto de Soledad Arenaza y Ricardo Fava “Entre lo político y lo jurídico: arreglos institucionales en la justiciabilidad del derecho a la vivienda en la Provincia de Buenos Aires” <i>María Cristina Cravino</i>	49
Sobre los autores	57

Presentación de la Colección *Cuadernos de Trabajo*. Serie Derechos Humanos.

El Centro de Derechos Humanos “Eduardo Luis Duhalde” de la Universidad Nacional de Lanús presenta la colección *Cuadernos de Trabajo* con el objetivo general de promover y difundir investigaciones pertenecientes al campo académico de los derechos humanos. A lo largo de los números se presentarán los trabajos que resulten de las investigaciones institucionales e investigaciones de tesis, así como otros artículos o textos que aborden temáticas relevantes.

El Centro de Derechos Humanos desarrolla actividades de docencia, investigación y vinculación con la comunidad, mediante la promoción de diferentes modos de conceptualización de los derechos humanos como campo de las políticas públicas y como espacio de reflexión e intervención sobre la realidad. A lo largo de su existencia ha ido consolidando diferentes líneas de investigación, muchas de las cuales se ven reflejadas en la existencia de equipos de investigación, publicaciones y ofertas académicas. Es por ello que la presente propuesta editorial tiene como objetivo poner a disposición de los interesados (comunidad universitaria, organizaciones de la sociedad civil, oficinas del estado municipal, provincial y nacional) una publicación que difunda los resultados de dichas investigaciones.

El propósito de los *Cuadernos* es ofrecer una perspectiva analítica y crítica, desde una perspectiva de derechos humanos, sobre una temática particular apelando a distintas voces que puedan entrar en diálogo acerca de los temas propuestos. Cada número se compone de un artículo central, junto a un comentario sobre el mismo y una presentación general.

Presentación

Víctor Abramovich

La posibilidad de exigir judicialmente derechos sociales y colectivos ocupó un lugar central en el debate jurídico constitucional en nuestro país en los últimos veinte años, en particular a partir de la última reforma constitucional de 1994. Si bien esa discusión no quedó atrás por completo, se ha ido desplazando gradualmente hacia otras cuestiones relevantes, como el problema de las condiciones sociales e institucionales que permiten que los jueces garanticen derechos, sin desbaratar la dinámica política. Esta cuestión requiere un modelo de investigación que pueda enfocar los aspectos jurídicos, sociales y políticos del problema. Se trata de un modelo de investigación que no es común en nuestro medio académico. Las investigaciones jurídicas influidas por el positivismo formal, se suelen limitar al análisis de los problemas dogmáticos y conceptuales de las decisiones jurisprudenciales. Desde otra perspectiva, las investigaciones sociológicas sobre procesos de judicialización, se concentran en los modelos de intervención judicial y en la dinámica de los conflictos sociales que subyacen a esa intervención, sin dar cuenta de las discusiones constitucionales que estos casos plantean.

El trabajo que presentamos de Soledad Arenaza y Ricardo Fava, busca caminar entre ambos mundos, pues sin rehuir el análisis de los problemas jurídicos que presentan las decisiones analizadas, procura ponerlas en su contexto social e histórico, vinculándolas con los conflictos de ciudadanía en torno a las políticas públicas de vivienda desarrolladas en la Provincia de Buenos Aires. Este modelo de investigación interdisciplinaria, amplía las herramientas teóricas que permiten dar cuenta de la complejidad de los procesos de judicialización de políticas, y se inserta en una corriente novedosa de estudios sobre el derecho y la justicia, de alguna manera superadora de la tradición jurídica formal positivista, y de la mirada acotada que otras disciplinas sociales, suelen tener sobre el derecho y las prácticas judiciales¹.

¹ Rodríguez Garavito, César (coord.), *El Derecho en América Latina: los retos del siglo XXI*, Buenos Aires, Editorial Siglo XXI, 2001.

En efecto, el desarrollo jurisprudencial sobre el derecho a la vivienda descrito en el estudio, debe entenderse en su contexto histórico. La reforma de la Constitución Nacional de 1994 produjo un cambio significativo del orden jurídico argentino, cuya dimensión no siempre ha sido advertida por el poder judicial y por la dirigencia política. Así, se agregaron a los derechos laborales y previsionales del artículo 14 bis, nuevos derechos sociales, tales como los derechos de pueblos indígenas, de usuarios y consumidores, el derecho a la protección del ambiente sano, y los derechos consagrados en los tratados de derechos humanos incorporados con rango constitucional, como el derecho a la salud y a la educación, entre otros. La constitucionalización de los tratados de derechos humanos implicó además la gradual utilización por los tribunales argentinos de la jurisprudencia de los tribunales y órganos de protección internacional, como “guía insoslayable” en la lectura del nuevo derecho constitucional. En este punto podemos señalar que si bien la jurisprudencia internacional de derechos humanos no es más avanzada que la jurisprudencia constitucional en materia de derechos sociales del mundo del trabajo, incorpora nuevos desarrollos en el campo de la igualdad estructural, de género, racial y étnica, sobre todo a partir de la utilización de los mecanismos internacionales de protección por movimientos sociales y redes de activismo internacional que buscan avanzar en estas agendas. De allí que otro componente relevante de esa reforma constitucional, es la inclusión de una *cláusula amplia de igualdad sustantiva* (artículo 75 inciso 23) que favorece la acción positiva de protección de grupos subordinados y por consiguiente incide en las obligaciones estatales referidas a los modelos de protección social. Es indudable que esta cláusula fuerte sobre igualdad y protección de grupos en situación de mayor vulnerabilidad, se refuerza con los estándares que se generan en la esfera internacional. Por último esta ampliación de derechos reconocidos con rango constitucional, vino acompañada de la incorporación de nuevos mecanismos procesales que favorecen la acción judicial colectiva, y amplían el sistema de garantías de los derechos constitucionales, que no sólo puede ser ejercida por organizaciones sociales, sino también por la nueva figura constitucional del Defensor del Pueblo, con amplia legitimación procesal para representar derechos colectivos.

Es verdad que esta reforma constitucional no fue resultado de una demanda social, ni de un proceso político de amplia participación popular. Sin embargo el nuevo marco constitucional a la luz de la interpretación de los

tribunales nacionales fue redefiniendo el orden constitucional argentino, de una manera profunda. En ese sentido, podemos situar la nueva norma constitucional argentina, en una tendencia amplia de nuevo constitucionalismo social que se ha dado en América Latina desde finales de los años ochenta², y que se caracteriza por algunos rasgos comunes: a. avanza en el reconocimiento de derechos sociales como derechos de ciudadanía, más allá del mundo del trabajo asalariado, b. define un principio de igualdad fuerte, que incluye en la terminología de Fraser³, demandas distributivas y demandas de reconocimiento, igualdad e identidades de género, e igualdad étnica y racial; c. reconoce derechos colectivos, en particular ambientales, de usuarios y de pueblos indígenas; d. prevé fuertes obligaciones positivas para el Estado y un papel estatal en la regulación del mercado; e. crea mecanismos participativos y de acceso a la justicia de índole individual y colectiva.

La enmienda constitucional argentina, aún más limitada que otros proyectos constitucionales latinoamericanos, acuñó gradualmente un nuevo orden constitucional, que irradió el derecho público y permeó en vastos campos de la actividad política y de la vida social.

El poder judicial como intérprete de la constitución, no sólo cuenta con la facultad de invalidar decisiones legislativas contrarias a las normas y principios constitucionales, sino que puede obligar al legislador y al gobierno a asegurar por la vía de acciones positivas las nuevas directivas constitucionales. En tal sentido, una norma constitucional como la configurada a partir de la última enmienda de 1994, extiende las materias constitucionales y por consiguiente a través de su trama de prohibiciones y mandatos de acción afirmativa, las áreas de control o revisión judicial. Esta nueva normativa impactó indudablemente en varios procesos de judicialización de políticas sociales, movilizadas por organizaciones sindicales, indígenas, campesinas, de diversidad sexual, y de derechos humanos, invocando la garantía de nuevos derechos constitucionales, como el derecho a la igualdad y el trato diferenciado, el derecho al ambiente, el derecho a la salud, los derechos sexuales y reproductivos, y los derechos de usuarios y consumidores, y provocó fuertes tensiones en la arena política, en

² Podemos mencionar en esta tendencia la constitución de Brasil de 1988, de Colombia de 1991, de Venezuela de 1999, y las más recientes de Ecuador y de Bolivia.

³ Fraser, Nancy "¿De la redistribución al reconocimiento? Dilemas en torno a la justicia en una época 'postsocialista'", en *Iustitia Interrupta. Reflexiones críticas desde la posición 'postsocialista'*, Universidad de los Andes - Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 1997, pp: 15-54.

relación con los ámbitos de decisión de la justicia de cara al gobierno y al congreso. Este cuadro, bien descrito en el estudio que comentamos, determina la relevancia del debate político y la movilización social alrededor de la idea de “democratización de la justicia” y explica la importancia de afirmar un principio de participación popular en las instancias de gobierno del poder judicial.

Por supuesto que esta discusión se extiende especialmente a la justicia de la Provincia de Buenos Aires, ya que la constitución provincial contiene también directivas positivas para el legislador y el gobierno en materia de derechos civiles y sociales, y las demandas que llegan a los estrados judiciales dan cuenta de un escenario de conflictividad, definido por fuertes desigualdades sociales y territoriales, reproducidas y profundizadas por la propia institucionalidad pública local, lo que se ve reflejado en las discusiones sobre la situación de las cárceles bonaerenses, y el funcionamiento de su sistema penal selectivo y clasista.

El artículo de Arenaza y Fava, da cuenta de las tendencias regionales y nacionales, pero pone la mira en las características particulares de las respuestas de los tribunales provinciales a las demandas sociales por el acceso a la vivienda, procurando definir modelos de judicialización que determinan formas diversas de relación entre el poder judicial y el gobierno. En ese sentido, realiza una adecuada identificación y caracterización de las tradiciones locales de control judicial y su vinculación con las características del sistema político y de protección social en la Provincia de Buenos Aires. La tesis de los autores, es que la respuesta del poder judicial a estas demandas ha sido reticente a reconocer un derecho prestacional inmediatamente exigible a la vivienda. Pese a ello, la exigibilidad del derecho prestacional a la vivienda en la Provincia de Buenos Aires se refuerza en dos escenarios, cuando la tutela viene unida a una exigencia de igualdad formal o sustantiva, por ejemplo cuando demandan grupos o sectores sociales en situación de vulnerabilidad, o bien cuando la demanda de vivienda concurre con la protección de otro derecho que se considera más fuerte en la constitución provincial, como el derecho a la salud.

Como lo muestran los autores, los tribunales provinciales van incorporando gradualmente principios y estándares jurídicos del derecho internacional de los derechos humanos y del orden constitucional nacional, al tiempo que sustentan sus decisiones en las propias tradiciones interpretativas locales. Una muestra de ello es la apelación a viejas categorías de derecho administrativo que ya no son utilizadas en la jurisdicción federal. El uso de figuras como el interés simple, el interés legítimo y el derecho subjetivo, es una forma de clasificar el grado

de vinculación de los ciudadanos con un problema sobre el que quieren demandar una actuación del Estado, y permite limitar el acceso a la justicia únicamente a aquellos a quienes se reconoce un título directo reconocido por el ordenamiento jurídico. Este principio del derecho administrativo se asienta en una tradición provincial refractaria al control ciudadano de la administración pública, y no se ajusta al cambio del paradigma constitucional luego de la reforma constitucional de 1994 que reconoce ampliamente derechos colectivos y el derecho a la tutela judicial de los derechos civiles y sociales fundamentales. La tradición bonaerense de control judicial se muestra proclive a reconocer márgenes de deferencia al gobierno en la formulación de sus políticas sociales, y busca diversas formas de resguardo de los márgenes políticos, por ejemplo a través de la exigencia de procedimientos de reclamo previo, y el tratamiento preferente de casos individuales. También está presente esta estrategia de relación con el gobierno, en la limitación de los remedios que imponen los tribunales en los casos sobre derechos sociales de contenido prestacional. Como muestra el estudio, se procura que las sentencias que imponen prestaciones al gobierno, se encuadren en programas o servicios ya organizados por las autoridades locales. Los autores contrastan estas modalidades de revisión judicial con las distintas intervenciones de los tribunales contencioso administrativos de la Ciudad de Buenos Aires, que suelen considerar litigios colectivos e imponer al gobierno cursos de acción positivos como el deber de formular políticas públicas en áreas no cubiertas por programas en curso, o revisar el alcance de los programas y servicios existentes. A partir de esta comparación, los autores concluyen que estas diferencias en la intervención de la justicia, deben ponderarse teniendo en cuenta no sólo las diferencias en los marcos constitucionales y en el diseño institucional de cada sistema de justicia, y en la dinámica del activismo social, sino particularmente en función de las diferencias en el alcance y la dimensión de las políticas sociales que se implementan en cada jurisdicción. Este punto es relevante, porque esa relación no ha sido adecuadamente considerada por los estudios jurídicos sobre procesos de judicialización, enfocados principalmente en el desarrollo de la jurisprudencia y en el funcionamiento de los tribunales. Cuando el gobierno cuenta con un sistema de protección social más desarrollado, los jueces suelen apoyarse en ese sistema para resguardar derechos sociales prestacionales, imponiendo la incorporación en programas ya organizados o en ocasiones excepcionales ampliando su cobertura, pero sin cruzar la barrera que implica obligar a organizar nuevos programas o servicios

en áreas no cubiertas o para sectores no comprendidos en las políticas en curso. Esta observación, coincide con estudios empíricos realizados sobre procesos de judicialización de políticas sociales en países del Sur⁴.

Un aspecto relevante del análisis jurídico de los casos es el alcance del principio de *operatividad* de los derechos sociales incorporados a la Constitución provincial y en especial del derecho a la vivienda. En tal sentido, se anticipa un giro en la interpretación que realiza la Suprema Corte provincial en el caso Portillo, al considerar la operatividad del derecho a un “*nivel de vida adecuado*” de las personas con discapacidad, según las normas del derecho internacional de los derechos humanos aplicables, y su proyección sobre el acceso a derechos sociales básicos. El derecho a un *nivel de vida adecuado*, funciona como un paraguas de prestaciones sociales básicas para asegurar dignidad y autonomía personal, similar a como la Corte Constitucional colombiana define el *derecho a un mínimo vital* y que debería vincularse en el debate constitucional argentino con el *derecho a la seguridad social*. El punto es relevante para anticipar futuras tendencias en las garantías judiciales de estos derechos. En especial pues la Corte Suprema nacional, en una reciente decisión sobre el derecho a la vivienda, incorpora la noción de “*operatividad derivada*”, indicando que las normas que consagran el derecho a la vivienda dependen para su implementación de una ley del congreso, o una decisión del gobierno, para que haga efectivo el derecho⁵. No existe por lo tanto, para la Corte Suprema, en el orden constitucional argentino, un derecho con operatividad directa, en el sentido de que los ciudadanos no pueden solicitar la provisión de una vivienda por la vía judicial. El papel de los tribunales en estos casos, en la concepción de la Corte Suprema, es controlar la razonabilidad de las leyes y las políticas que implementan el derecho social. El análisis del concepto de *operatividad derivada*, excede el marco de mis comentarios, pero es posible anticipar que acotará la exigibilidad de los derechos sociales prestacionales, al menos el papel de los jueces en su garantía, ante la omisión de los gobiernos y poderes legislativos. Este concepto parece limitar el derecho a exigir cursos de acción positiva a las instancias políticas, dejando esta cuestión en una suerte de esfera política no revisable judicialmente. Los jueces sólo estarían habilitados a intervenir

⁴ Gauri, Varum y Brinks, Daniel M. *Courting Social Justice: Judicial Enforcement of Social and Economic Rights in the Developing World*, Cambridge University Press, Nueva York, 2008.

⁵ Caso Q.C.SY c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo, Centro de Información Judicial.

en el control jurídico de razonabilidad de las políticas que se implementen, pero no para exigir que se formulen políticas en áreas no cubiertas. Creemos que esta interpretación constitucional es excesivamente conservadora, pues si bien resulta difícil plantear un derecho de cada persona a pedir una vivienda, si podría leerse en la constitución el derecho a exigir en determinadas circunstancias la formulación de políticas públicas que promuevan el acceso a la vivienda digna. Si se observa la jurisprudencia de la Corte Suprema en materia de derechos sociales en una perspectiva más amplia, y el sentido final de la propia decisión en el caso de vivienda que relatamos, sería posible anticipar un mayor margen de exigibilidad directa de obligaciones positivas cuando está en juego un conflicto de igualdad estructural en el ejercicio de un derecho social fundamental. En ese sentido al menos la propia Corte federal parece adoptar una línea de revisión judicial similar a la que Arenaza y Fava identifican como predominante en los tribunales bonaerenses. Pero este tema merece mayor reflexión y el seguimiento de la evolución de la jurisprudencia constitucional sobre el *principio de operatividad* en otras situaciones.

Por último, creo importante señalar que el estudio de Arenaza y Fava, también deja planteadas algunas otras brechas significativas entre la jurisprudencia y el campo de las políticas y los servicios sociales. Los autores señalan casos en que las decisiones de la justicia en materia de derechos sociales, van directamente a contra mano de los sistemas administrativos de distribución de competencias. Por ejemplo en los casos en que los tribunales imponen a los Municipios responsabilidades jurídicas concurrentes con la autoridad provincial en materia de programas de vivienda, lo que no se ajusta a las acotadas competencias legales de los municipios en el orden público provincial. Esta brecha entre la jurisprudencia y las reglas sobre competencias y responsabilidades jurisdiccionales, se ha advertido en otros procesos de judicialización. Por ejemplo, la corte suprema impuso al gobierno nacional prestaciones en materia de salud que correspondían originalmente a estados provinciales, haciéndole jugar al gobierno nacional un papel de garante de los sistemas de salud provinciales. Esta función de garantía de prestaciones asistenciales, no tiene un correlato concreto en las competencias y responsabilidades de cada entidad política de acuerdo a la regulación del sistema nacional de salud⁶. Este

⁶ Ver Abramovich, Víctor y Pautassi, Laura "El derecho a la salud en los tribunales. Algunos efectos del activismo judicial sobre el sistema de salud en Argentina", en *Revista de Salud Colectiva*, Vol.4. N.3, Universidad Nacional de Lanús, 2008.

tipo de brechas o tendencias contrapuestas entre el ámbito de los tribunales y el ámbito de las políticas, marca para el futuro un programa de investigación que brinde continuidad a estudios como los que aquí presentamos.

Entre lo político y lo jurídico: arreglos institucionales en la justiciabilidad del derecho a la vivienda en la Provincia de Buenos Aires⁷

Soledad Arenaza y Ricardo Fava

Introducción

Bajo el paradigma del derecho internacional de los derechos humanos, la reforma constitucional de 1994 consagró el reconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales, ampliando el catálogo de los derechos sociales preexistentes. En términos históricos, se restablecieron ciertos derechos de raigambre proteccionista y popular, característicos del Estado Social de la primera mitad del siglo xx en Europa y América Latina. Sin embargo, la Constitución resultante, hoy vigente, conserva rasgos de un modelo de regulación propio de un Estado Liberal que tensionan con los presupuestos de una justicia distributiva.

Frente a este modelo constitucional de naturaleza híbrida, asistimos a un activismo judicial que busca la maximización de los derechos sociales apoyándose en el paradigma de los derechos humanos y en su concreta operatividad desde una racionalidad normativista. Esta mirada entenderá el desafío que presenta la realización de los derechos sociales como un combate entre avances activistas y obstáculos institucionales. Las trabas a la operatividad de estos derechos se adscribirán a la existencia de una cultura institucional conservadora o a la herencia de una tradición asistencialista.

En el ámbito de la Provincia de Buenos Aires, dos factores, como la escasez de estudios referidos a la justiciabilidad de los derechos sociales y la

⁷ El presente artículo es fruto del trabajo del Programa de Investigaciones en Derechos Sociales del Centro de Derechos Humanos de la UNLa en el marco del proyecto “Acciones estructurales para acortar brechas que limitan el acceso a la justicia y el reconocimiento de derechos sociales en comunidades postergadas de la Ciudad y Provincia de Buenos Aires”, liderado por la Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia con financiamiento de la Unión Europea. Una versión anterior de este trabajo fue publicado en: Bercovich, Luciana y Gustavo Maurino (coords.) *Los derechos sociales en la Gran Buenos Aires. Algunas aproximaciones desde la teoría, las instituciones y la acción*, Eudeba, Buenos Aires, 2013.

mirada activista de aquellos que promueven su maximización, han contribuido a la percepción de un escenario local “desolador”, caracterizado por la falta de experiencias significativas en la exigibilidad de estos derechos y un poder judicial que actuaría de manera *deferente* ante las decisiones de los poderes políticos⁸.

En este contexto, el objetivo de este trabajo es presentar una aproximación inicial al tratamiento jurisprudencial de demandas con un fuerte contenido prestacional, como son las demandas por acceso a una vivienda en la Provincia de Buenos Aires, desde una perspectiva que trascienda la contraposición *status quo*-reforma (Kahn, 2001) hacia una comprensión de la naturaleza y de las lógicas políticas de estas decisiones judiciales.

La aproximación que se plantea en este trabajo se basa en un estudio de casos decididos por las Cámaras en lo Contencioso Administrativo de La Plata y de San Martín, y por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires⁹. Sobre esta base, se desarrolla un análisis de la tutela judicial del derecho a la vivienda en la Provincia de Buenos Aires, acotada a su dimensión prestacional. A través de este análisis se busca establecer por un lado, algunos ejes que permitan comprender los límites jurídico conceptuales a la tutela de un derecho prestacional en el ámbito local y, por el otro, identificar ciertas lógicas relacionales que se establecen entre el poder judicial y los poderes políticos frente a este tipo de reclamos. Por último, se intenta caracterizar una figura de juez provincial basada en el tipo de intervención judicial que orienta la articulación de políticas y derechos prestacionales.

⁸ Gerardo Pisarello (2001) utiliza la expresión “deferente” para caracterizar un tipo de intervención jurisdiccional en la que los efectos de la participación de los jueces en la definición de los derechos sociales, en términos de su vigencia efectiva, tienden a la minimización de los mismos. Este tipo de intervención se opone al tipo de intervención jurisdiccional que llama “activista”, cuyos efectos tienden a la maximización de los derechos sociales.

⁹ Los casos se seleccionaron a partir de una muestra de más de 200 sentencias extraídas de la página web de la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Buenos Aires. La selección se basó en el tratamiento jurisprudencial del derecho a la vivienda en instancias superiores del Poder Judicial y su prestación bajo la forma de una política pública, bajo las condiciones de un reclamo de los sectores populares por el acceso a dicho derecho. Quedó de lado el análisis de otros fallos sobre ejecuciones hipotecarias, que, si bien involucraba el derecho a la vivienda, no planteaba la obligación o no de la prestación de la vivienda por parte del Estado. Esta búsqueda se realizó en dos Cámaras en lo Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires, sumando los fallos pertinentes de la Corte Suprema de la provincia a manera de control y cierre. Esta búsqueda, si bien no exhaustiva, es representativa de los modos en que se ha presentado y ha sido enmarcado el derecho a la vivienda en la jurisprudencia provincial cuando está en juego la obligatoriedad del Estado respecto de su prestación

Sin mayores demandas estructurales, los casos que se presentan ante los tribunales de la provincia responden mayoritariamente, a reclamos individuales en los que se solicita el acceso a una vivienda a través de los programas habitacionales vigentes o su equivalente en algún tipo de subsidio. A diferencia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en el período 2003–2009, la oferta estatal de vivienda en la Provincia de Buenos Aires aumentó fuertemente en los 24 municipios del conurbano bonaerense (Duarte, 2012). En este contexto, la judicialización del derecho a la vivienda parece interpelar a la política desde sus límites a la universalidad, respondiendo a la pregunta de quiénes y con qué argumentos están legitimados para exigir judicialmente la provisión de una vivienda¹⁰.

¹⁰ La justiciabilidad del derecho a la vivienda en la Provincia de Buenos Aires se entiende mejor si se explicitan algunas diferencias comparativas que éste fenómeno presenta en la Provincia de Buenos Aires respecto de las condiciones, la evolución y el litigio actual en materia de derecho a la vivienda en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires. La Ciudad Autónoma de Buenos Aires presenta una serie de condiciones favorables para el litigio en derechos sociales. Para empezar, estos derechos han sido incorporados a la Constitución local de una manera robusta. Por otra parte, la Ciudad concentra una densidad de actores sociales y gubernamentales con experiencia en la promoción y defensa de los derechos sociales y con capacidad para actuar coordinadamente. Por último, cabe completar estas condiciones con la existencia de un fuero contencioso administrativo conformado por un núcleo de jueces proclives al activismo judicial en sus instancias inferiores, a los que por ley les compete decidir en materia de amparos que se dirijan contra las autoridades de la Ciudad. Llevado al ámbito de la Provincia de Buenos Aires, ninguna de estas condiciones se presenta de la misma manera. Comparativamente, el alcance de los derechos sociales reconocido en la Constitución Provincial es más limitado, mientras que la articulación de demandas sociales promovidas por los actores locales releva una heterogeneidad de estrategias en cuanto a reclamos de derechos (Cerrutti y Grimson, 2009). Por último, la conformación del fuero contencioso administrativo en la provincia es más reciente. A diferencia de lo que sucede en la ciudad, el fuero contencioso administrativo de la provincia no actúa como fuero de atracción en materia de amparos excepto por la instancia apelativa, en la que intervienen las Cámaras en lo Contencioso Administrativo. Así, la institucionalidad que se presenta en la Provincia frente a los amparos, conjuga lo “nuevo” con lo “disperso”. Sin embargo, a pesar de las condiciones más favorables que se presentan en la Ciudad para el litigio de derechos sociales, la protección judicial del derecho a la vivienda en los últimos años ha seguido un curso regresivo. El desarrollo de estándares en materia de derecho a la vivienda que se produjo en la primer década de aplicación de los tratados internacionales de derechos humanos (Abramovich, Bovino y Courtis, 2006), contrasta con los contornos actuales de una tutela judicial signada por la judicialización de una política social focalizada en la emergencia habitacional (López Oliva, 2009), en la que los márgenes de la disputa por el derecho a la vivienda buscan dirimir en realidad el acceso a una asistencia transitoria e insuficiente para un cobijo. Dicho retroceso obedece en gran parte, al vaciamiento deliberado de las políticas encargadas de brindar soluciones habitacionales definitivas a quienes no pueden acceder a una vivienda en condiciones de mercado. Además de otro conjunto de medidas, como los permisos de construcción otorgados por el Estado al mercado inmobiliario y los procedimientos legislados en materia de desalojos, que afectaron negativamente la capacidad de la demanda y la seguridad jurídica de la tenencia (Arenaza, 2012). En paralelo a esto —o como una reacción a ello—, diferentes experiencias de litigio colectivo intentan actualmente forzar cambios en las políticas o promover transformaciones estructurales en las condiciones habitacionales de barrios y asentamientos de la ciudad. Muchas han logrado sentencias favorables que en definitiva, presionan sobre una distribución más equitativa de bienes y servicios sociales. No obstante esto, este activismo judicial se enfrenta con serias dificultades en el proceso de implementación de estas sentencias. Buena parte de los debates actuales en torno a la justiciabilidad de los derechos sociales en la Ciudad de Buenos Aires, está concentrado en la búsqueda de estrategias que permitan hacer efectivas dichas sentencias.

I. El derecho a la vivienda: algunas precisiones sobre su alcance en la Constitución Provincial

El artículo 36 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires establece la obligación de promover “*la eliminación de los obstáculos económicos, sociales o de cualquier otra naturaleza, que afecten o impidan el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales*” y de esta forma incorpora el principio de igualdad material o sustantiva como un principio rector de la actuación del Estado. Sin embargo, esta alusión genérica al principio de igualdad material cobra mayor concreción al vincularse con una tabla de derechos sociales que son reconocidos bajo el mismo artículo, precisamente, con el objetivo de hacer efectiva la igualdad material que proclama¹¹.

Así por un lado, el artículo 36 incorpora una serie de derechos diferenciados que apuntan a revertir las condiciones de desigualdad estructural que afectan a distintos grupos, entre ellos, los niños, las mujeres, los ancianos y los

¹¹ El artículo 36 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires establece: “La Provincia promoverá la eliminación de los obstáculos económicos, sociales o de cualquier otra naturaleza, que afecten o impidan el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales. A tal fin reconoce los siguientes derechos sociales: 1- De la Familia. La familia es el núcleo primario y fundamental de la sociedad. La Provincia establecerá políticas que procuren su fortalecimiento y protección moral y material. 2- De la Niñez. Todo niño tiene derecho a la protección y formación integral, al cuidado preventivo y supletorio del Estado en situaciones de desamparo y a la asistencia tutelar y jurídica en todos los casos. 3- De la Juventud. Los jóvenes tienen derecho al desarrollo de sus aptitudes y a la plena participación e inserción laboral, cultural y comunitaria. 4- De la Mujer. Toda mujer tiene derecho a no ser discriminada por su sexo, a la igualdad de oportunidades, a una protección especial durante los estados de embarazo y lactancia, y las condiciones laborales deben permitir el cumplimiento de su esencial función familiar. La Provincia promoverá políticas de asistencia a la madre sola sostén de hogar. 5- De la Discapacidad. Toda persona discapacitada tiene derecho a la protección integral del Estado. La Provincia garantizará la rehabilitación, educación y capacitación en establecimientos especiales; tendiendo a la equiparación promoverá su inserción social, laboral y la toma de conciencia respecto de los deberes de solidaridad sobre discapacitados. 6- De la Tercera Edad. Todas las personas de la Tercera Edad tienen derecho a la protección integral por parte de su familia. La Provincia promoverá políticas asistenciales y de revalorización de su rol activo. 7- A la Vivienda. La Provincia promoverá el acceso a la vivienda única y la constitución del asiento del hogar como bien de familia; garantizará el acceso a la propiedad de un lote de terreno apto para erigir su vivienda familiar única y de ocupación permanente, a familias radicadas o que se radiquen en el interior de la Provincia, en municipios de hasta 50.000 habitantes, sus localidades o pueblos. Una ley especial reglamentará las condiciones de ejercicio de la garantía consagrada en esta norma. 8- A la Salud. La Provincia garantiza a todos sus habitantes el acceso a la salud en los aspectos preventivos, asistenciales y terapéuticos; sostiene el hospital público y gratuito en general, con funciones de asistencia sanitaria, investigación y formación; promueve la educación para la salud; la rehabilitación y la reinserción de las personas tóxico dependientes. El medicamento por su condición de bien social integra el derecho a la salud; la Provincia a los fines de su seguridad, eficacia y disponibilidad asegura, en el ámbito de sus atribuciones, la participación de profesionales competentes en su proceso de producción y comercialización. 9- De los Indígenas. La Provincia reivindica la existencia de los pueblos indígenas en su territorio, garantizando el respeto a sus identidades étnicas, el desarrollo de sus culturas y la posesión familiar y comunitaria de las tierras que legítimamente ocupan. 10- De los Veteranos de Guerra. La Provincia adoptará políticas orientadas a la asistencia y protección de los veteranos de guerra facilitando el acceso a la salud, al trabajo y a una vivienda digna.”

discapacitados, como a proteger instituciones sociales valoradas como fundamentales en el caso de la familia. Este derecho de “desigualdad” como lo llama Ewald (1985) ha logrado diferentes grados de desarrollo institucional en el tiempo, condicionado, como veremos más adelante, por la sanción de leyes provinciales que establezcan políticas públicas orientadas a promover su realización. Podrían citarse como ejemplos al sistema de promoción y protección de los derechos de los niños, niñas, y adolescentes (ley 13.298), al régimen de protección contra la violencia familiar (ley 12.569) y al régimen jurídico básico e integral para las personas con discapacidad (ley 10.592).

Finalmente el artículo 36 consagra dos derechos sociales fundamentales, el derecho a la salud y el derecho a la vivienda, con un alcance universal. En ambos casos, el reconocimiento de estos derechos viene acompañado de ciertas garantías que se deducen expresa o implícitamente de los lineamientos que traza la Constitución para las políticas de salud y vivienda. Estos lineamientos fijan un marco de actuación para un programa de gobierno y, en algunas circunstancias, pueden limitar la libertad o exigir responsabilidades a la actuación de los mercados, de allí la importancia en precisar la estructura como el contenido obligacional de las normas fundamentales que protegen el alcance del derecho a la salud y a la vivienda.

El artículo 36 inciso 8 garantiza el acceso a la salud en los aspectos preventivos, asistenciales y terapéuticos a todos los habitantes de la provincia de Buenos Aires. A tal fin, la norma constitucional consagra el sostenimiento de hospitales públicos y gratuitos, precisando además una serie de obligaciones en materia educativa, sanitaria, productiva y de formación de recursos humanos a cargo del Estado provincial. Por su parte, el artículo 36 inciso 7 ordena al Estado promover el acceso a una vivienda “única” y su constitución como un bien de familia, estableciendo además, que deberá garantizarse el acceso a la propiedad de un lote de terreno para su construcción. Cabe decir, sin embargo, que la garantía de acceso a un lote encuentra dos condicionamientos: uno de orden demográfico, al limitarse al universo de familias radicadas o que se radiquen en el interior de la provincia, en municipios de hasta 50.000 habitantes, y otro de tipo operativo, al subordinarse a un desarrollo legislativo posterior que reglamente las condiciones de su ejercicio.

Una clasificación posible de la protección otorgada al derecho a la salud y al derecho a la vivienda podría basarse en los programas que acabamos de desarrollar. Desde esta perspectiva, la Constitución establece un programa

“maximalista” como política de salud, aunque formulado en base a contenidos obligacionales precisos. En contraste, la Constitución no define qué debe entenderse por una vivienda al consagrar el derecho a la vivienda, y los contenidos obligacionales que se derivan de dicho reconocimiento son abiertos e imprecisos. De esta forma, la obligación de promover el acceso a una vivienda única a cargo del Estado deja un ancho margen a la configuración legislativa, a las políticas ejecutivas y a la ponderación judicial.

En un sentido más estricto, Alexy (2001) propone un esquema muy ilustrativo a los efectos de clasificar la protección otorgada por normas que consagran derechos sociales fundamentales valiéndose de tres criterios teórico-estructurales. De acuerdo al primero de estos criterios, las normas que consagran derechos sociales fundamentales pueden tratarse de normas que confieren derechos subjetivos o que solamente obligan al Estado objetivamente. En virtud del segundo criterio, las normas que consagran derechos sociales fundamentales pueden ser normas vinculantes, es decir, operativas, o no vinculantes, es decir, programáticas. Y finalmente, en función del tercer criterio, dichas normas pueden fundamentar derechos y deberes definitivos o establecer principios jurídicos.

En base a esta clasificación, la protección más fuerte la otorgarían las normas vinculantes que garantizan derechos subjetivos a prestaciones. El acceso gratuito a asistencia sanitaria reconocido en la Constitución de la Provincia de Buenos Aires respondería a ese tipo de norma. En cambio, la norma constitucional que reconoce el acceso a una vivienda única confiere una protección más débil, al establecer una obligación *prima facie* objetiva de carácter vinculante. Como tal, exige una obligación positiva a cargo de los poderes políticos de realizar todo a fin de *promover* el acceso a una vivienda, sin embargo, no confiere un derecho subjetivo a la *prestación* de una vivienda. Puntualmente, el acceso a la propiedad de un lote podría asimilarse al reconocimiento de un derecho subjetivo a una prestación. No obstante, a diferencia de la norma constitucional que garantiza el acceso a asistencia sanitaria, la que reconoce la garantía de un lote no es una norma vinculante. Está condicionada a un desarrollo legislativo que la haga operativa.

Como síntesis de este desarrollo, podría concluirse que la protección constitucional otorgada al derecho a la salud es más fuerte que la protección constitucional otorgada al derecho a la vivienda, sobre todo en el alcance de las obligaciones prestacionales exigidas al Estado en uno y otro caso. En efecto,

si se considera el carácter prestacional del derecho a la vivienda en sentido estricto, la disposición constitucional fundamenta más una obligación para el Estado que el reconocimiento de un derecho subjetivo.

II. La justiciabilidad del derecho a la vivienda como derecho prestacional

Indudablemente, el artículo 36 está lejos de constituir el único fundamento supralegal del derecho a la vivienda. Sin embargo, la importancia de las consideraciones que hemos desarrollado en el apartado anterior tiene una relación directa con las limitaciones que presenta la justiciabilidad del derecho a la vivienda en el ámbito provincial.

Al igual que cualquier derecho social, el derecho a la vivienda tiene una estructura compleja que impide negar la exigibilidad judicial de “al menos alguna característica o faceta” en caso de su violación (Abramovich y Curtis, 2001: 161). Sin embargo, y como ya se ha indicado, los reclamos que se presentan ante los tribunales de la Provincia de Buenos Aires subrayan una faceta, exigiendo el carácter prestacional de este derecho. Concretamente, las demandas se dirigen a obtener una prestación que garantice el acceso a una vivienda ya sea a través de los programas habitacionales vigentes o su equivalente en algún tipo de subsidio.

La respuesta del poder judicial a estas demandas ha sido reticente a reconocer un derecho prestacional inmediatamente exigible como la vivienda. En esa reticencia opera el presupuesto de que la administración no es sólo el poder competente, sino el más idóneo para el reparto de bienes o servicios económicamente evaluables. En tal sentido, es posible establecer un punto de vinculación entre los límites a la protección constitucional del derecho a la vivienda analizados previamente, y una lógica judicial que adscribe las demandas por prestaciones habitacionales fundadas en el derecho a la vivienda a la esfera de lo “político”. No obstante esto, con matices y alcances muy diversos, dicha lógica encuentra un límite cuando las demandas por acceso a una prestación habitacional logran articular el derecho a una vivienda con otras disposiciones constitucionales que lo hacen justiciable.

La tutela judicial de un derecho prestacional se refuerza principalmente en dos escenarios. Un primer escenario se caracteriza por demandas donde la tutela de ese derecho prestacional viene unida a una exigencia de igualdad. Ya sea porque la imposibilidad de acceder a los programas habitacionales vigentes

concorre con una violación a la igualdad jurídica, o porque se fundamenta en una pretensión de igualdad sustantiva. El segundo escenario agrupa a demandas donde la tutela de una prestación habitacional asiste a la tutela de otros derechos fundamentales directamente exigibles, tengan o no una naturaleza prestacional, como el derecho a la salud y a la integridad física, respectivamente. A continuación examinaremos diversos reclamos que se enmarcan en el primero de estos escenarios.

III. El derecho a la vivienda como exigencia de igualdad

III.1. El ejercicio de una “ciudadanía activa” como condición de igualdad sustantiva

La Cámara Contencioso Administrativa de La Plata, integrada por los jueces De Santis, Spacarotel y Milanta, rechazó la acción de amparo interpuesta en el caso “Reina”¹², donde se reclamaba la provisión de los medios necesarios para acceder a una vivienda adecuada. Con un fallo dividido por sus fundamentos, la sentencia expresa una variedad de opiniones en relación a la justiciabilidad de un reclamo que intenta fundar una posición subjetiva a una prestación habitacional en el derecho a la vivienda y a la igualdad sustantiva, invocando una situación de pobreza que impide el desarrollo de la autonomía personal.

Los votos de Spacarotel y Milanta fueron concluyentes en dos puntos. Primero, al afirmar el carácter operativo de las normas fundamentales que consagran el derecho a la vivienda y el derecho al desarrollo de la autonomía personal basado en criterios de igualdad material o sustantiva. Y segundo, al sostener que la función administrativa encargada de diseñar e implementar acciones positivas de prestación, constituye una materia justiciable. No obstante ello, la falta de un reclamo administrativo previo, o de indicios que dieran cuenta de una negación de los derechos alegados como conculcados, fueron opuestas por ambos magistrados para rechazar la procedencia del amparo por no comprobarse la existencia de una omisión o actuación manifiestamente ilegítima o arbitraria por parte de las autoridades en el caso.

¹² “Reina, Ricardo José c/ Provincia de Buenos Aires y otro s/amparo”, expte. N°-18406, sentencia del 16 de marzo de 2006.

Ni la Constitución Nacional ni la Constitución de la Provincia de Buenos Aires exigen un reclamo administrativo previo como condición de acceso a la justicia por la vía del amparo. Tampoco es un requisito legal impuesto por la ley que reglamenta esta vía procesal en la provincia. Sin embargo, los tribunales de la provincia suelen oponerlo como condición frente a reclamos que, invocando una omisión ilegítima o arbitraria por parte del Estado, solicitan el acceso a una prestación social por la vía de la justicia.

La exigencia de un reclamo administrativo previo proviene de una tradición administrativista, aunque puede obedecer a distintas justificaciones. Puede responder a un privilegio de la administración pública o al objetivo de dilatar el proceso y complicar el trámite, y así disuadir el interés en su prosecución. Pero como exigencia, también encuentra otras justificaciones más sustantivas y potencialmente interesantes que permiten conceptualizarla como una oportunidad brindada a la administración para que corrija sus errores (Gherardi, 2009), al punto en que ella ha sido caracterizada por la Corte Suprema de Justicia como una instancia de “conciliación” (Gordillo, 2006). Finalmente, su razón puede obedecer a que la mayor cantidad posible de casos alcance una solución mediante el mecanismo más simple e informal del recurso administrativo (Gherardi, 2009)¹³.

Como señalamos previamente, los tribunales de la provincia suelen actuar conforme al presupuesto de que la administración no es sólo el poder competente, sino el más idóneo para el reparto de bienes sociales. Desde esta perspectiva, la exigencia de un reclamo previo encuentra una justificación político institucional en los roles que se definen por la condición de “proveedor” y “garante” de los bienes sociales. Esto no impide, por otra parte, que los tribunales hagan uso de ciertos criterios que exceptúan la exigencia de un reclamo previo, como la doctrina del *peligro en la salvaguarda de derechos fundamentales* que aplican en situaciones extremas¹⁴, o la mera constatación de la ineficacia práctica de los canales administrativos.

Con frecuencia, la tradición administrativista que pesa sobre la administración pública suele tergiversar las razones que justifican un reclamo administrativo previo, para cuestionar la justiciabilidad del derecho a la vivienda

¹³ Para un análisis sobre el control de la actividad administrativa y el acceso a la justicia en materia de derechos económicos, sociales y culturales, ver Gherardi (2009).

¹⁴ Para un desarrollo de esta doctrina puede consultarse Sabsay (1996).

y de los derechos prestacionales en general. No obstante esto, cuando los cuestionamientos contra la procedencia de la vía judicial se basan en que el reclamo pudo ser resuelto a través de las vías administrativas, suelen ser tenidos en cuenta por los jueces. En tal sentido, el voto de la jueza Milanta pone de manifiesto la existencia de diferentes programas habitacionales que no habían sido gestionados por la parte actora, y de una prestación económica que pudo serle otorgada bastando su tramitación en sede administrativa. La observación de esta magistrada, basada en información aportada a la causa por la Fiscalía de Estado, es coincidente con “*el deber de demostrar un ejercicio activo de los derechos alegados como conculcados*” al que hizo referencia Spacarotel en su voto, identificando dicho deber con la exigencia de haber puesto en funcionamiento los canales administrativos en el caso concreto.

En un sentido socio-político, esta exigencia puede ser entendida como la condición de una “ciudadanía activa” que debe ser ejercida en forma previa al acceso a la justicia. No obstante, así impuesta, esta exigencia encuentra un límite en la falta de información pública sobre las políticas sociales y los programas habitacionales vigentes, que se evidencia en el proceso. De allí que la Fiscalía de Estado solicitase al propio tribunal que actuara de intermediario poniendo en conocimiento del amparista la existencia de los distintos programas habitacionales y prestaciones económicas.

Por último, cabe señalar que el alcance que cobra la protección del derecho a la vivienda no constata, en su reenvío al poder ejecutivo, en qué medida los programas habitacionales vigentes y la disponibilidad de una ayuda económica garantizan un derecho operativo de carácter prestacional reconocido en los considerandos del fallo.

III.2. El reparto desigual como límite a la justiciabilidad de los derechos prestacionales

El voto del juez De Santis en el caso “Reina” partió de un presupuesto muy distinto al de sus pares: determinar si el derecho a la vivienda y el principio de igualdad sustantiva consagrados en la Constitución y en los tratados internacionales de derechos humanos, legitimaban al actor a reclamar judicialmente los medios necesarios para acceder a una vivienda.

Partiendo de esa base, consideró que las normas objetivas que consagran el derecho a la vivienda no fundamentan un derecho subjetivo que faculte

a exigir una prestación concreta del Estado, y que la condición de pobreza alegada por el amparista tampoco le confería un interés legítimo para exigir el cumplimiento de una prestación, al situarlo en un “*espacio de afectación concurrente con el resto de la comunidad que se haya en idéntica situación*”. De esta manera, concluyó que el actor era titular de un interés simple que lo facultaba a ejercer un derecho de petición ante las autoridades, señalando además que era a la gestión ejecutiva a quien le correspondía encargarse de efectuar la justicia distributiva.

A diferencia de Spacarotel y Milanta, el voto de este magistrado rechaza el carácter operativo de los derechos sociales y el control judicial de la función administrativa encargada de llevar a cabo las acciones prestacionales que los garantizan. Sin embargo, su oposición a la justiciabilidad de los derechos sociales no se fundamenta en una posición ideológica contraria a la justicia distributiva sino más bien, en la idea de que el órgano judicial no es el adecuado para decidir sobre el reparto de bienes sociales. A su juicio, la justiciabilidad de derechos prestacionales basada en pretensiones de igualdad sustantiva puede resultar contraria a “*una exigencia propia de la justicia distributiva*” al sustituir a los poderes políticos en decisiones que le son propias, dando lugar a la existencia de “*ventajas especiales*” o “*especiales perjuicios*” con el riesgo de crear más desigualdad.

La objeción que plantea De Santis contra la justiciabilidad de derechos prestacionales basada en pretensiones de igualdad sustantiva, es la misma que oponen los municipios ante sentencias que les ordenan proveer una vivienda. Como responsables de detectar la demanda habitacional en el territorio argumentan, como lo hizo De Santis, que debe ser la impronta política de la función administrativa la que defina la *escala* respectiva en la distribución de los bienes sociales.

Ahora bien, sin perjuicio de oponerse al dictado de sentencias que suponen un reparto judicial, no todas las materias de la política social resultarían inaccesibles al control judicial conforme al voto del juez De Santis “*Un trato discriminatorio, violento, impregnado de un humor circunstancial o de cualquier manera lesivo del trato igualitario*” constituiría una materia susceptible de ser revisada judicialmente. Así, este magistrado da a entender que el poder judicial podría realizar “una tarea de depuración o supresión” frente a una decisión política basada en criterios irrazonables o prohibidos que violen la igualdad jurídica o la prohibición de discriminación en el acceso a una prestación habitacional (Sanchís, 2001).

III.3. Igualdad jurídica y política pública.

Control de legalidad y promoción de medidas positivas

En una posición intermedia a las reseñadas en el caso Reina, se ubica la solución del juez Saulquin en el caso “Uran”¹⁵ a la que adhirieron los restantes integrantes de la Cámara Contencioso Administrativa de San Martín.

En este caso, el actor presentó una acción de amparo solicitando el acceso a una vivienda para sí y para su familia, apoyando esta pretensión en las normas constitucionales que consagran el derecho a la vivienda. El juez de primera instancia había considerado que esas normas eran plenamente operativas y ante ello valoró que las medidas adoptadas por el Poder Ejecutivo Provincial y Municipal no habían logrado garantizar el derecho en cuestión. En consecuencia, condenó al Estado en sus dos niveles, ordenándoles que incluyeran al actor y a su familia en el primer plan de viviendas para el que reunieran los requisitos.

El fallo fue apelado por la Provincia de Buenos Aires y por el municipio de San Isidro, quienes argumentaron una serie de agravios tendientes a desvirtuar la existencia de una omisión estatal en el caso¹⁶. Al resolver, la Cámara otorgó la razón a este planteo y revirtió la sentencia de grado, argumentando que la falta de disponibilidad momentánea de una vivienda para su entrega, como la suspensión de asistencias financieras y subsidios por razones presupuestarias y con fundamento en la ejecución de diversos programas habitacionales, no configuraban una conducta u omisión arbitraria o ilegal del Estado. A diferencia del juez de primera instancia, la Cámara evaluó que estas decisiones se circunscribían al ámbito de competencias propias de la administración, contraponiéndolas al rol de la justicia en su función de “*garante ante el incumplimiento de los planes de inclusión*”.

¹⁵ “U., R.E. y otra c/ Pcia. De Buenos Aires y otros s/ amparo”, causa N° 1083/07, sentencia del 20 de septiembre de 2007.

¹⁶ La Fiscalía de Estado impugnó la sentencia de grado por falta de congruencia, argumentando que la condena presuponía una omisión del Estado, luego de haber reconocido que ambos niveles estatales habían mantenido una conducta activa frente a las necesidades del actor y de su familia. En esta línea, sostuvo que la Secretaría de Tierras había puesto una solución habitacional alternativa a disposición del amparista, y que éste gozaba de una pensión por invalidez, acciones que a su entender demostraban una presencia activa del Estado Provincial. Por su parte, el municipio sostuvo que la condena excedía al marco legal de las competencias municipales, señalando que los planes de vivienda se financiaban con aportes del Estado Federal y que el municipio no contaba con recursos propios a tal efecto. A su vez, consideró que la sentencia resultaba discriminatoria en relación al resto de los habitantes del partido que tenían necesidades habitacionales, argumentando que el rechazo del amparista a la solución habitacional ofrecida por el Ejecutivo provincial desvirtuaba las condiciones de gravedad y urgencia requeridas en una acción de amparo, lo que juzgó reflejado en el alcance de la propia sentencia.

Aunque el fallo no se extiende en una definición de la función que le corresponde a la justicia, la misma tuvo dos alcances muy concretos en la intervención de la Cámara. El primero de esos alcances consistió en un test de razonabilidad aplicado por la Cámara a un requisito denunciado por el municipio para justificar la indisponibilidad de los programas habitacionales vigentes.

De acuerdo a lo informado por el municipio, el actor y su familia no podían tener acceso a las viviendas sociales que se estaban construyendo, por carecer de residencia en una villa o asentamiento comprendido en los programas de vivienda. La Cámara señaló que este no era un criterio razonable para excluir a una persona con necesidades habitacionales de los programas correspondientes. Al sostener que el resultado de su aplicación negaba el mismo trato a personas con igual necesidad habitacional, la Cámara se apoya en consideraciones de discriminación formal y efectúa un control de legalidad sobre un componente normativo de la política pública que condicionaba el acceso a un derecho prestacional.

Los alcances de esta intervención guardan relación con el control judicial que admite el juez De Santis en “Reina”. Precisamente, es el uso de argumentos basados en un criterio de igualdad formal lo que justifica la revisión judicial de un componente colectivo presente en el reclamo individual como es la definición de los destinatarios de la política. Vale decir que, si bien este aspecto mantenía una relación directa con la solución individual del caso, el control que efectúa la Cámara se traduce en una prohibición de aplicar el requisito en cuestión al momento de evaluar la inclusión del peticionante en los programas habitacionales, no obstante, dicha prohibición no reemplaza a los poderes políticos en la concreta distribución de los bienes sociales.

El segundo alcance que tuvo la intervención de la Cámara fue impulsar la adopción de medidas positivas que garantizaran la protección de los derechos prestacionales en juego, luego de cotejar que no se había llegado a una solución integral para el caso y que algunos integrantes del grupo familiar afectado pertenecían a distintos grupos en situación de vulnerabilidad (niños y personas con discapacidad). Así, basándose en consideraciones de igualdad sustantiva, el tribunal ordenó que se libranan oficios a la Provincia para que continuaran arbitrando las medidas necesarias que aseguraran la satisfacción de las necesidades básicas del grupo familiar y del discapacitado en particular, instando al ejecutivo provincial a que reviera la posibilidad de impulsar el ofrecimiento de una vivienda que el actor había rechazado por motivos de

desarraigo. Por último, la Cámara solicitó a las autoridades municipales que reevaluaran si el amparista reunía los requisitos para ser incluido en los programas habitacionales vigentes excluyendo el criterio de residencia y debiendo observarse además, el cupo de viviendas establecido por ley para personas con discapacidad.

En resumen, si el juez de grado actuó conforme al presupuesto de que el reconocimiento del derecho a la vivienda otorgaba un poder subjetivo para exigir una prestación concreta del Estado, ese presupuesto no fue avalado por la Cámara. Si recuperamos los límites a la protección constitucional del derecho a la vivienda que hemos desarrollado en base a los criterios teórico-estructurales sugeridos por Alexy (2001), podría decirse que la Cámara no reconoce la existencia de un derecho prestacional inmediatamente exigible, sin embargo, actúa en base a una obligación que le exige a los poderes del Estado promover el acceso a una vivienda.

Desde ese reconocimiento más acotado, el tribunal prohíbe un requisito que impedía el acceso igualitario a los programas habitacionales y, estableciendo una relación dialógica con los ejecutivos provincial y municipal, promueve la adopción de medidas positivas justificadas en razones de igualdad sustantiva que refuerzan la predisposición mostrada por la administración en sus dos niveles a lo largo del proceso judicial, con el objetivo de que el peticionante acceda a una vivienda.

III.4. Prestacionales justiciables por el incumplimiento de compromisos políticos

A diferencia de los casos analizados hasta el momento, la acción de amparo promovida por la actora en el caso “Serrano”¹⁷ se dirigió a obtener un subsidio mensual que le permitiera afrontar los gastos de alimentos, vestimenta, medicamentos, vivienda, y otras necesidades vitales para sí y para su grupo familiar.

Invocando su condición de jefa de hogar desocupada, con cuatro hijos menores a cargo, sostuvo que el Estado había omitido su obligación de brindar asistencia integral, invocando las normas constitucionales y los tratados internacionales de derechos humanos que consagran el derecho a la seguridad

¹⁷ Serrano María Cecilia c/Fisco de la Provincia de Buenos Aires s/amparo”, expte. N°-1501e, sentencia del 28 de marzo de 2005.

social y los derechos del niño, como las obligaciones derivadas de la ley provincial 13.298 de promoción y protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

A los efectos de resolver la procedencia del amparo, el juez de primera instancia observó que la actora no había promovido ningún reclamo administrativo que le permitiese verificar la omisión alegada. Sin embargo, valoró que el Poder Ejecutivo había tomado conocimiento del caso posteriormente, en el marco de una audiencia celebrada entre las partes, donde había constatado la existencia de derechos vulnerados comprometiéndose a cumplimentar determinadas prestaciones a favor de la amparista y de su grupo familiar¹⁸. En base a estas consideraciones, dictó sentencia diferenciando los antecedentes previos de los antecedentes posteriores a la apertura de la jurisdicción y, en consecuencia, acogió la pretensión de la actora con el alcance de las prestaciones a las que se había comprometido el Estado y que al momento de la sentencia permanecían incumplidas, y rechazó la pretensión de un subsidio mensual argumentando que su creación excedía a las competencias del poder judicial.

La sentencia fue apelada por ambas partes. Más allá de oponer la excepcionalidad de esta vía procesal, el Poder Ejecutivo se agravió por la inexistencia de una omisión estatal, denunciando la falta de congruencia en los fundamentos de la sentencia. Por último, sostuvo el carácter programático de los derechos sociales en juego.

Respondiendo a estos argumentos, los votos de Spacarotel y Milanta fueron concluyentes al señalar que la insatisfacción de necesidades básicas que ponen en juego el derecho a la vida y la salud configura un peligro en la salvaguarda de derechos fundamentales, haciendo procedente la vía del amparo. Partiendo de esta base, consideraron que el Poder Ejecutivo había incumplido con un compromiso judicial asumido en el marco de una audiencia, al igual que con un conjunto de presentaciones efectuadas en la causa donde se le informaba al juez de grado sobre las distintas prestaciones que podían resolver la problemática de la actora. En función de ello, afirmaron que la sentencia

¹⁸ Recordó en este punto, que el Estado se había comprometido a gestionar becas escolares, asistencia médica y medicamentos, además de una ayuda económica regulada por el decreto 642/03. En igual sentido, hizo mérito de la respuesta favorable que había recibido una solicitud de alimentos efectuada por él mismo, como de la posibilidad de incluir a la actora en alguno de los programas del Ministerio de Trabajo regulados por el decreto 1558/05 situación que le había sido informada en una presentación efectuada por el Poder Ejecutivo en el marco de la causa. Dichos programas contemplaban el acceso a una beca por períodos de seis meses, con el objetivo de que sus beneficiarios se insertaran en el mercado de trabajo a través de convenios con empresas del sector privado.

apelada constituía una “*derivación razonada de las constancias de la causa*” desvirtuando la falta de congruencia denunciada por el poder ejecutivo provincial.

Sin embargo, el punto más interesante de la argumentación en el voto de ambos magistrados es la vinculación entre las prestaciones ordenadas en la sentencia de grado y las normas reglamentarias que obligan al Poder Ejecutivo a otorgarlas. Al fundar esas prestaciones en decretos provinciales –incluyendo aquí a la propia reglamentación de la ley de promoción y protección integral de los derechos del niño (decreto 300/05)–, los jueces contrarrestaron la falta de operatividad de los derechos en juego que había sido opuesta por el Poder Ejecutivo, con compromisos políticos asumidos por el Estado local. Así, observaron que las prestaciones ordenadas por la sentencia de grado constituían “*obligaciones específicamente propuestas y contraídas por las autoridades administrativas*”.

Si bien la operatividad de los derechos sociales en juego apeló entonces a normas y argumentos de rango constitucional y del derecho internacional de los derechos humanos, su garantía se basó fundamentalmente en la exigencia de las prestaciones comprometidas en la causa y reguladas normativamente. En tal sentido, el voto de Spacarotel consideró que no podía “*privarse a la accionante de usufructuar las prestaciones asistenciales que fueron expresamente comprometidas en autos por las autoridades administrativas intervinientes*” al mismo tiempo en que hizo referencia expresa a los mandatos positivos y concretos que establece la ley 13.298 asociándolos a las prestaciones ordenadas por el juez de grado.

La lógica que guía la solución dada por el juez de primera instancia, y que se ratifica en los votos de Milanta y Spacarotel, es la de no estar creando una nueva política, como sería el otorgamiento de un subsidio, sino la de estar actuando en el marco de las posibilidades que brindan las políticas locales. Dicha lógica resulta inaceptable desde la perspectiva expuesta en el voto del juez De Santis, quien, más allá de rechazar el carácter operativo de los derechos sociales y la intervención del poder judicial en materia de justicia distributiva, califica a la sentencia de grado como un “*desvío*” hacia “*un rumbo diverso*”.

De acuerdo a De Santis, el pronunciamiento de grado se rebela contra “*el espacio de composición de un conflicto puesto a decisión de un órgano independiente*” cuyo rol “*no media ni concilia a la hora de decidir, sino que está llamado a resolver acerca de las razones contrapuestas de uno o del otro*”. En otras palabras, la decisión de grado habría violado el principio de congruencia, avasallando las garantías formales del debido proceso, y sustituido a la actora en el ejercicio de su derecho a peticionar ante las autoridades.

III.4.1. Prestaciones justiciables por falta de reglamentación de los compromisos políticos

En el caso Serrano expuesto en el apartado anterior, la Cámara exigió al poder ejecutivo provincial el cumplimiento de derechos prestacionales en el marco de políticas públicas existentes, enfatizando los compromisos políticos asumidos localmente. En el caso Oviedo¹⁹, la Cámara ordenará la reglamentación de una política habitacional utilizando también este argumento.

La demanda del actor se dirigió en este caso a obtener una condena que obligara al Estado Provincial a reglamentar en forma inmediata el Programa de Asistencia Integral para Personas en Situación de Calle creado por la ley 13.956, argumentando que su omisión reglamentaria funcionaba como un impedimento para acceder a sus beneficios. Al momento de la interposición de la demanda, el plazo de su reglamentación se encontraba vencido hacía 15 meses, impidiendo la efectivización de las prestaciones.

Conforme a la ley que lo crea, el objetivo del programa en cuestión es brindar una respuesta inmediata a las personas que se encuentran en situación de calle, garantizando su acceso a asistencia médica, alimentaria y habitacional transitoria (art. 3). A tal efecto, el programa contempla la puesta en funcionamiento de un servicio médico ambulatorio, el acceso a tratamientos de nutrición y la generación de espacios físicos adecuados para brindar alojamiento temporario (art. 4). No obstante esto, y sin perjuicio de crear legalmente estos servicios, la ley ordena al Poder Ejecutivo que se encargue de su reglamentación en un plazo de 90 días contados a partir de su promulgación (art. 5).

La jueza de primera instancia rechazó la acción de amparo por considerar que el actor no había gestionado su inclusión en ninguno de los programas vigentes que pudieran dar una respuesta a su situación²⁰. Y en relación a la falta de reglamentación del programa por parte del poder ejecutivo, se limitó a expresar que la división de competencias entre los poderes del Estado instituida por la Constitución, le impedía pronunciarse sobre una competencia de otro poder.

¹⁹ “Oviedo Carlos Alberto c/fisco de la provincia de buenos aires s/ amparo”, causa N° 10992-MCCALP, sentencia del 18 de noviembre del 2010.

²⁰ Se refirió concretamente a la posibilidad que ofrecía la Resolución Nro. 372/10 dictada por el Ministerio de Desarrollo Social a instancias del Ejecutivo Provincial, la que en forma temporal y a los fines de resguardar los derechos de las personas en situación de calle, buscó satisfacer las premisas del programa a través de los municipios.

La Cámara revocó la sentencia en forma unánime aunque con un voto dividido por sus fundamentos. El punto de acuerdo entre todos los integrantes de tribunal fue la existencia de un deber reglamentario a cargo del Poder Ejecutivo con un plazo ampliamente vencido. Sin embargo, la exigencia de este deber en los votos de Spacarotel y Milanta se encausó en la obligación más amplia que pesa sobre el Estado de hacer efectivo el acceso a los derechos sociales, derechos que de por sí ostentan un carácter operativo, aún cuando su concreción se logre en forma progresiva.

Particularmente, el voto de la Dra. Milanta señala que *“las garantías de los derechos sociales reclaman un desarrollo ulterior, mediante normas, estructuras materiales y organizativas de funcionamiento. Más esta concepción no priva de operatividad directa sus contenidos, aunque falten las actividades intermedias, frente a determinadas prestaciones especificadas por las normas superiores cuyo acceso no se supedita a la suficiencia de medios o recursos, o ante circunstancias que denoten impostergable el cumplimiento de aquéllas. Tampoco, claro está, impide el urgimiento de su satisfacción en el marco de programas creados por las autoridades públicas”*. De allí que la omisión del Estado encuentra un fundamento previo en las normas constitucionales que consagran derechos prestacionales y que, por ende, la falta de reglamentación de una ley que crea un programa como garantía de su acceso sea, en todo caso, una omisión doblemente reprochable cuando no hayan medios sustitutivos e igualmente eficaces que garanticen las prestaciones que aquél prevé.

La responsabilidad del Estado tiene otros fundamentos en el voto de De Santis. Al promulgar la ley 13.956 sin observaciones, el Poder Ejecutivo habría ejercido su función co-legislativa obligándose a dictar el reglamento de ejecución de la ley en el plazo legal establecido. Para este juez, la responsabilidad del Estado no se funda en la existencia de derechos prestacionales que tienen un carácter operativo y por ende exigen adoptar medidas positivas, sino en el incumplimiento de un deber de reglamentación que fue asumido por la propia administración en el ejercicio de sus competencias.

III.5. El derecho a la vivienda como demanda de igualdad sustantiva

Aunque los jueces proclamen la operatividad del derecho a la vivienda, los casos reseñados hasta aquí dan cuenta de su reticencia a ordenar prestaciones habitacionales concretas, fundadas en las normas objetivas que consagran el derecho a la vivienda. A pesar de ello, en la medida en que los casos analizados

traducen situaciones de discriminación estructural, y por ende, se articulan con una exigencia de igualdad sustantiva, los jueces tienden a promover más activamente el acceso a una vivienda o a prestaciones alternativas que se fundan en un derecho de grupos.

En todos los casos examinados media un proceso de categorización basado en la pertenencia de los y las amparistas a grupos considerados en situación de mayor vulnerabilidad. Como resultado de ese proceso, la tutela judicial de un derecho prestacional se refuerza ante la sumatoria de categorías de exclusión (madre/anciano/niño/discapacidad/situación de calle), que actúan como impedimentos “acumulativos” del sujeto peticionante.

Inversamente, la tutela judicial se debilita cuando la desigualdad se fundamenta únicamente en una condición de pobreza. Muchas de las valoraciones que se desarrollan en este proceso de categorización traducen un fuerte mandato de la “cultura del trabajo” que interpela al sujeto desde sus obligaciones como trabajador, abarcando también a sus responsabilidades como padre o madre de familia.

En “R. J.O.”²¹, caso que desarrollaremos más adelante, la Cámara Contencioso Administrativa de San Martín enfatizó la doble condición del amparista como persona enferma y con una discapacidad, para justificar lo que consideraba “*la pérdida de medios de subsistencia por razones ajenas a su voluntad*”. Así, la condición de “desocupado involuntario” constituye una valoración que legitima a una persona como sujeto peticionante ante la justicia. Finalmente, aunque la responsabilidad por la familia se reafirme como un deber de los padres, la imposibilidad de cumplir con este mandato se convierte en un fundamento recurrente en la tutela de derechos prestacionales cuando se ven afectados derechos de los niños, niñas y adolescentes.

El caso “Portillo” recientemente decidido por la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Buenos Aires²², es un caso paradigmático en materia de exigibilidad de un derecho prestacional fundado en una demanda de igualdad sustantiva, en el que se reflejan muchas de las apreciaciones que resumimos previamente. Los hechos del caso remiten a una familia en condición de pobreza extrema, conformada por la actora, su pareja e hijo, todos ellos con

²¹ “R., J.O. c/ Municipalidad de San Fernando s/ amparo”, causa N° 2379/10, sentencia del 13 de diciembre de 2010.

²² “P., C. I. y otro contra Provincia de Buenos Aires. Amparo. Recurso de inaplicabilidad de ley”, causa N° 70.717, sentencia del 14 de junio de 2010.

discapacidad mental, quienes convivían con la familia extendida de la actora padeciendo una situación de violencia familiar.

En este contexto, la actora interpuso un recurso de amparo solicitando diversas prestaciones (alimentarias, médicas y habitacionales) que fundó en el derecho a la dignidad, a la integridad física y psíquica y a la vivienda, consagrados en la constitución provincial y en los tratados internacionales de derechos humanos con especial referencia a la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación.

La sentencia de primera instancia hizo lugar a la demanda y ordenó garantizar la satisfacción de las necesidades básicas del grupo familiar al Ministerio de Desarrollo Social de la Provincia, y la cobertura de un tratamiento médico integral por el tiempo que fuera necesario al Ministerio de Salud. Posteriormente, la Cámara Contencioso Administrativa de La Plata modificó los alcances de esta sentencia incorporando al Ministerio de Infraestructura, Vivienda y Servicios Públicos de la Provincia para que implementara un programa habitacional que garantizara el acceso del grupo familiar a una vivienda, dentro de las disponibilidades operativas y presupuestarias vigentes. Además de este nuevo ministerio, la condena se amplió al Municipio de la Plata.

La sentencia fue apelada por la asesora de incapaces, quien cuestionó la decisión de la Cámara por supeditar el acceso a una vivienda para sus representados, a la existencia de programas habitacionales que tuvieran presupuesto, y de una tramitación administrativa que prolongaría los plazos. Expresó que estos condicionamientos violaban los mismos derechos que habían justificado el dictado de la sentencia, desconociendo la existencia de una *“obligación mínima de los estados de asegurar la satisfacción de por lo menos los niveles esenciales de cada uno de los derechos, y en particular respecto del derecho a un nivel de vida adecuado”* de manera inmediata.

El voto del Dr. De Lázari, al que adhirieron los restantes integrantes de la Corte con disidencias menores, se centró en determinar si los condicionamientos impuestos por la sentencia de Cámara constituían una discriminación de acuerdo a las obligaciones que le caben al Estado en relación a los grupos más vulnerables.

Así, observó que el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) impone a los Estados la obligación de garantizar el ejercicio de los derechos sociales sin discriminación, con el alcance de ser una obligación de carácter inmediato cuando se trata de alguno de los supuestos enunciados en el Pacto (raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política

o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social). Especialmente consideró de aplicación al caso dos de los motivos de discriminación desarrollados por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en la Observación General Nro. 20, bajo el supuesto de “otra condición social”, refiriéndose expresamente a la salud y a la discapacidad.

Continuando con este análisis, sostuvo que la obligación del Estado frente a un grupo de personas con discapacidad se extiende a la adopción de medidas positivas que garanticen sus derechos, articulando esta obligación con otro conjunto de disposiciones contenidas en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y la Convención de los Derechos del Niño. En este marco, valoró que el acceso a una vivienda constituía una prestación exigible a los efectos de proteger al grupo familiar contra cualquier forma de violencia, y de promover su recuperación física, cognitiva y psicológica en un *entorno* favorable para la salud, el bienestar, la autoestima, la autonomía y la integración del grupo familiar a la comunidad, así como para garantizar la integridad de la familia y, con ello, el interés superior del niño, asegurándoles un nivel de vida adecuado.

En otras palabras, para De Lázari este derecho prestacional se torna exigible con un alcance inmediato a raíz de su conexión con otros derechos fundamentales que no son de naturaleza prestacional, como el derecho a la integridad física y psíquica o el derecho al desarrollo de la autonomía personal. No obstante ello, su fundamento se presenta como una exigencia de igualdad sustantiva tratándose de personas con discapacidad y además de un niño.

Nuevamente, la alusión a los tratados internacionales como fundamento de las medidas de acción positiva exigidas al Estado tuvo un correlato en las obligaciones emanadas de normas nacionales y provinciales. No obstante esto, su voto utiliza los estándares internacionales establecidos por el Comité DESC en la Observación General Nro. 4, sobre el derecho a la vivienda adecuada, para determinar el alcance específico de la prestación habitacional. Cabe destacar, dentro del conjunto de elementos que le dan significancia práctica al concepto de *adecuación* desarrollados por el Comité DESC, su especial consideración por el “lugar” de la vivienda, refiriéndose a este elemento como un condicionamiento para el disfrute del derecho a la salud y el desarrollo de la autonomía personal, lo que lo llevó a ordenar que la ubicación de la vivienda permitiera el fácil acceso a los bienes y servicios urbanos.

La sentencia propuesta por De Lázari, y compartida por el resto de los integrantes de la Corte, fue ordenar al Estado que suministrara una vivienda a favor de la familia en un plazo de 60 días debiendo costear su alojamiento hasta el efectivo cumplimiento de dicha prestación. Ahora bien, independientemente de compartir esta solución para el caso planteado, el voto de Negri se aparta de los fundamentos legales de la sentencia para considerar el impacto real de este fallo. Bajo esta mirada, Negri repara en la imposibilidad de obviar un número importante de situaciones análogas a las de este caso, a las que por un principio de igualdad, iba a tener que proporcionárseles un tratamiento similar. De allí que su voto pueda ser leído como una exhortación al Poder Ejecutivo al advertir que “acaso este hecho sirva como advertencia al poder político: la justicia social debe llegar antes y no después de la justicia judicial”.

IV. El derecho a la vivienda como demanda de salud

A diferencia de los casos reseñados previamente, existe una serie de pronunciamientos judiciales de ambas Cámaras y de la propia Corte, en los que se ordena una prestación habitacional cuando su tutela concurre con otros derechos fundamentales directamente exigibles, tengan o no una naturaleza prestacional, como el derecho a la salud y a la integridad física, respectivamente. Al igual que el caso “Portillo” visto en el apartado anterior, este género de decisiones se apoya en consideraciones de igualdad sustantiva pero encuentra su fundamento inmediato en los requerimientos de un tratamiento médico.

En el caso “R. J.O.”, decidido recientemente por la Cámara Contencioso Administrativa de San Martín, el tribunal analizó la falta de acceso a una vivienda como un impedimento físico para la realización de un tratamiento médico, luego de comprobar que la situación de calle en que se encontraba el amparista le impedía someterse a una intervención quirúrgica por no contar con las condiciones habitacionales adecuadas para una recuperación post operatoria. Bajo estas circunstancias, la Cámara entendió que la falta de vivienda constituía una violación al derecho a la preservación de la salud y, basándose en este argumento, ordenó al Estado Provincial y al Municipio de San Fernando que priorizaran al amparista en la adjudicación de una vivienda, exigiendo además que se cubriera su alojamiento hasta el cumplimiento efectivo de esa prestación.

Otra variante de este supuesto se presenta en casos como “Cruz”²³ y “Correa”²⁴, donde la falta de acceso a una vivienda adecuada agrava las condiciones de un tratamiento médico, poniendo en riesgo la preservación de la salud.

En el caso “Cruz”, la Corte confirmó la solución de la Cámara Contencioso Administrativa de la Plata que había ordenado a la Provincia de Buenos Aires y al Municipio de Tigre incluir a la actora en un plan de viviendas sociales dentro del Partido de Tigre, para que le fuera entregada una vivienda en un plazo no mayor a 120 días, con condiciones de habitabilidad que le permitieran a W.C. convivir con su familia. W.C. era un niño afectado por una grave enfermedad respiratoria que debió prolongar su internación hospitalaria separado de su familia y con los consecuentes riesgos que ello acarrea para su salud, dado que las condiciones habitacionales de la vivienda familiar impedían su internación domiciliaria.

Finalmente en “Correa”, la Cámara Contencioso Administrativa de la Plata confirmó la sentencia de primera instancia que había condenado al Municipio de Malvinas Argentinas a garantizar una vivienda y a abonar una prestación económica para su mantenimiento a favor de la actora y sus tres hijos menores, afectados por una grave enfermedad, al constatar que las condiciones habitacionales del grupo familiar agravaban el estado de salud de los niños.

Ciertamente, la decisión de tutelar el acceso a una prestación habitacional se presenta en cada uno de estos casos, como una condición instrumental que alcanza a ser un remedio forzoso para la recomposición del derecho a la salud y la integridad física como dos componentes del derecho a la vida. Tanto la salud como la vida son derechos que los tribunales tienden a valorar como más fundamentales convirtiendo en urgente su protección.

Esta valoración se encuentra presente en los fundamentos de los tres casos, pero en “Cruz” y especialmente en “R. J. O.”, los tribunales trazaron una distinción entre este tipo de reclamos respecto de aquellos que fundan la exigibilidad de una prestación habitacional en el derecho a la vivienda.

Así, la Cámara de San Martín confirmó la sentencia de grado en “R. J. O.”, pero restringió la fundamentación del juez de primera instancia, quien había resuelto garantizar el acceso a una prestación habitacional fundándose en la

²³ “C., M. S. Amparo”, causa N° 70738, sentencia del 14 de julio de 2010.

²⁴ “Correa Sandra Dolores c/Ministerio de Infraestructura Vivienda y Servicios s/ amparo”, causa N° 12373, sentencia del 10 de noviembre de 2011.

operatividad de las normas que consagran los derechos sociales, enfatizando el derecho a la salud y a la vivienda en particular. En cambio, la Cámara fue terminante en encuadrar el caso como una afectación grave del derecho a la salud, fundando la procedencia del amparo en la necesidad de preservar la integridad física del peticionante. Para reforzar este argumento se remitió al dictamen del Procurador General de la Nación en el caso “Asociación de Esclerosis Múltiple” que utilizó la Corte Suprema de Justicia de la Nación para señalar que la vida y su protección constituyen un bien fundamental en sí mismo. En su desarrollo del caso, la Cámara remarcó que el estado de salud del amparista y las pericias médicas obrantes en la causa hacían que la vivienda solicitada se constituyera en “*un instrumento vital para preservar su salud y su integridad psicofísica*” ponderando que en dichas circunstancias el reclamo trascendía “*el mero derecho a una vivienda*”. En definitiva, confirmó la decisión del juez de grado acotando el margen de justiciabilidad del derecho prestacional a través de un encuadre más fino del caso. Así también pudo justificar una solución distinta a la de precedentes anteriores como “Uran”, advirtiendo que el margen de deferencia hubiese sido menor de haberse tratado de un reclamo fundado en el “mero” derecho a la vivienda.

Consideraciones similares fueron esgrimidas por la Cámara Contenciosa de La Plata al tutelar el acceso a una prestación habitacional en el caso “Cruz”. Especialmente, el voto de Spacarotel destacó la diferencia fáctica entre este caso y “Reina”, “*en la que se procuraba, sin ambages, ni intervención administrativa previa o judicial, el suministro de una vivienda digna al amparo del artículo 14 de la Constitución Nacional, supuesto en el que no se verificaba la existencia de un ‘caso’*”.

Estas sentencias se refuerzan nuevamente con exigencias de igualdad sustantiva para ciertos grupos, como el de las personas con discapacidad (“R.J.O.”, “Correa”) o los niños (“Cruz”, “Correa”). No obstante, presentan un rasgo distintivo respecto de los casos analizados previamente, caracterizado por una deferencia judicial más acotada ante las eventuales excepciones que opongan los poderes políticos cuando son llamados a cumplir con una prestación habitacional.

Por ejemplo, en el caso “R. J.O.”, se rechazó el planteo de extemporaneidad en la ampliación de la demanda opuesto por el ejecutivo provincial. A los efectos de garantizar el acceso a una prestación habitacional en la cual la provincia tiene competencias concurrentes con los municipios, el tribunal argumentó que el deber de los jueces es velar por la mayor economía procesal en la sus-

tanciación de un reclamo. Asimismo, el tribunal refutó la falta de legitimación pasiva opuesta por el municipio en la misma causa, señalando que su condición de órgano ejecutor del registro de demanda de viviendas lo convertía en sujeto pasivo de la prestación, en forma concurrente con la Provincia.

En el caso “Cruz”, el voto mayoritario de la Cámara rechazó el planteo del Poder Ejecutivo Provincial contra la sentencia de grado que le había ordenado proveer una vivienda, el cual se había basado en la inexistencia de un plan provincial a ejecutarse en el municipio donde residía la amparista y en la imposibilidad subsidiaria de adecuar los plazos reales de construcción al plazo exigido en la sentencia. Contra estos argumentos, la Cámara indicó que la exigencia inmediata de la prestación habitacional se fundaba en un marco normativo operativo (ley 13298, de la niñez), y que se apoyada por lo demás, en los programas habitacionales vigentes en las diferentes jurisdicciones, provincial y comunal. Por último, rechazó la excepción opuesta por el municipio basada en la falta de convalidación municipal del convenio suscripto con la provincia para la implementación de la ley 13.298, señalando que esa circunstancia no lo deslindaba de su responsabilidad en el cumplimiento de la prestación ordenada dentro del marco de sus competencias.

V. Entre lo jurídico y lo político

La justiciabilidad del derecho a una vivienda como derecho prestacional está atravesada por un componente normativo y un componente político, los que a su vez guardan relación entre sí.

En un plano normativo, los pronunciamientos reseñados incorporan fundamentos del derecho internacional de los derechos humanos y de la constitución y legislación provinciales. Sin embargo, el sentido con el que estas normas son citadas difiere.

Las normas internacionales de derechos humanos son empleadas por los magistrados para robustecer el fundamento de la existencia de un derecho en contraposición a la idea de una concesión, así como para reforzar la existencia de obligaciones positivas a cargo del Estado que se derivan del principio de no discriminación e igualdad sustantiva, respondiendo de esta forma, a las objeciones dirigidas a cuestionar su exigibilidad.

En cambio, los jueces reservan a las normas provinciales de orden infraconstitucional dos aspectos claves. Por un lado, dichas normas definirán el al-

cance concreto de la prestación, en su diálogo con los programas y las políticas públicas existentes y, por el otro, determinarán las distintas responsabilidades de los niveles de gobierno provincial y municipal en el caso, incluidas aquellas responsabilidades que puedan derivarse de una omisión reglamentaria.

En un plano político, esa lógica normativa es una forma de legitimar la justiciabilidad de derechos prestacionales respetando los compromisos asumidos por los poderes políticos provinciales. La apelación judicial a lo “comprometido” adopta la forma de un balance o equilibrio entre lo “exigido” y lo “posible” resultante de un diálogo en el proceso judicial.

En términos de su posibilidad, este modelo de justiciabilidad de derechos prestacionales es especialmente receptivo a las oportunidades que haya tenido el poder ejecutivo de dar solución al reclamo, sin que ello se limite a la exigencia de un reclamo administrativo previo. Los jueces han utilizado distintos mecanismos de “resguardo” antes de ordenar prestaciones concretas, como la instancia de audiencias celebradas con representantes del poder ejecutivo y el cruce de información relativo a programas o políticas que eventualmente pudieran satisfacer la pretensión del amparista. Asimismo, no son pocos los casos en que ponderan el tiempo que lleva el reclamo sin ser solucionado por los canales administrativos al dictar una sentencia.

Finalmente, la exigibilidad de las prestaciones que decida el poder judicial quedará orientada hacia la esfera de las políticas públicas existentes. A diferencia de otras jurisdicciones, la justiciabilidad del derecho a la vivienda dialoga en la Provincia de Buenos Aires con una política que promueve la oferta de vivienda social, aún cuando los jueces puedan no apoyarse en este marco al momento de exigir las soluciones prestacionales que demandan los casos.

Ese equilibrio entre lo “exigido” y lo “posible” se altera en el nivel de los municipios. Por ejemplo, cuando el poder judicial exige a los poderes municipales determinados derechos prestacionales a pesar de no haber convalidado los marcos normativos provinciales correspondientes, o de que no cuenten con programas nacionales o provinciales que se ejecuten en su territorio. Concretamente, el poder judicial no siempre contempla debidamente que el financiamiento de los programas habitacionales como los criterios de su distribución entre las distintas jurisdicciones del país son resueltos a nivel provincial y nacional, conjuntamente con los criterios generales que definen la demanda atendida por cada uno de los diferentes programas.

Como señaláramos en la introducción, la judicialización del derecho a la vivienda interpela a la política desde sus límites a la universalidad, respondiendo a la pregunta de quiénes y con qué argumentos están legitimados para exigir judicialmente la provisión de una vivienda. Los pronunciamientos analizados arrojan una imagen de un poder judicial reticente a reconocer derechos sociales universales, condicionándolos a una simultánea sobre-calificación de la persona demandante como sujeto en situación de extrema vulnerabilidad. Al mismo tiempo, existe una consideración de la persona en su faceta ciudadana, que debe demostrar un adecuado cumplimiento de los procedimientos administrativos considerados previos.

Una perspectiva que caracterice distintos modos de relación entre el poder judicial y el ámbito de las políticas públicas, puede, a fines analíticos, reconocer dos figuras ideales de jueces o tipos de actuación judicial. Una que denominaremos la figura del juez activista y otra, que identificaremos con la figura del juez político. El contrapunto no es entre una figura clásica, —el juez político— y una figura novedosa —el juez activista—, sino en términos de consideraciones más generales acerca de la naturaleza del espacio que se abre entre la esfera política y la esfera normativa. En términos históricos, ambas figuras se distancian de la figura del juez clásico propio del positivismo jurídico, esto es, aquel que basándose en la idea de la autonomía del derecho no se revelaba nunca como una figura ideológica o política. En contraste, tanto la figura del juez “político” como del juez “activista” son emergentes de procesos de transformación de los roles de la esfera judicial (Abramovich, 2006).

El juez activista es una figura militante de fuerte adscripción ideológica, cuya rol en el proceso de judicialización de los derechos sociales persigue un objetivo más general, como la vigencia de un Estado Social de Derecho. La figura del juez activista traduce una fuerte desconfianza respecto de la esfera política y sus resoluciones persiguen con frecuencia el objetivo de conjurar un *estado de naturaleza* político que se considera corresponsable de un *status quo* conservador. En otras palabras, la justicia constituye un límite a la política. Esta figura de juez asume una función pedagógica y de vanguardia, desarrollando nuevas arquitecturas de litigio que por alguna u otra razón resultan novedosas frente a las tradiciones institucionales del poder judicial y del poder político, los cuales quedan asociados a los poderes económicos²⁵.

²⁵ Para el camarista Leopoldo Schiffrin la figura del activismo judicial se opone a un *status quo* caracterizado por la dependencia de los jueces al poder ejecutivo y a los poderes económicos sobre los que el poder político

En contraste, el juez político asume las tensiones entre presupuestos liberales y de justicia distributiva pero a la vez entiende que la concreción de los derechos se juega en la relación entre lo normativo y lo político. En este entendimiento, el espacio político no constituye un poder que deba “exorcizarse” sino más bien controlarse, confiando en que la esfera política constituye el ámbito más equitativo para el reparto de los bienes sociales. Esta figura de juez se pregunta por las consecuencias de sus acciones, no solo en tanto precedentes jurídicos sino también respecto de sus implicancias para el Poder Ejecutivo y la sociedad que está fuera del litigio particular²⁶. En todo caso, su forma de intervenir en la vigencia de un Estado Social, como hemos visto en los casos que constituyeron la materia de análisis de este artículo, es exigiendo derechos prestacionales que no pueden ser negados en función de compromisos ya asumidos, impidiendo retrocesos en la justicia distributiva.

Bibliografía

- Abramovich, Víctor “Acceso a la justicia y nuevas formas de participación en la esfera política”, en Birgin Haydée y Beatriz Kohen (comps.) *Acceso a la justicia como garantía de igualdad*, Buenos Aires, Biblos, 2006, pp. 59-82.
- Abramovich, Víctor y Christian Courtis “Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales”, en Carbonell, Miguel, Juan Cruz Parceros y Rodolfo Vázquez (comps.) *Derechos sociales y derechos de las minorías*, México, Editorial Porrúa y UNAM, 2001, pp. 139-210.
- Abramovich, Víctor, Alberto Bovino y Christian Courtis (comps.) *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década*, Buenos Aires, Editores del Puerto y CELS, 2006.
- Alexy, Robert “Derechos sociales fundamentales”, en Carbonell, Miguel, Juan Cruz Parceros y Rodolfo Vázquez (comps.) *Derechos sociales y derechos de las minorías*, México, Editorial Porrúa y UNAM, 2001, pp. 69-87.

se sustenta. En este sentido, considera que el activismo judicial representa una vía alternativa a la subordinación de la magistratura al poder ejecutivo. Este juez entiende que para lograr verdadera autonomía y convertirse en un contrapoder respetado, la judicatura debe establecer una alianza con la sociedad civil, transformándose en el campo de contención, promoción y articulación de los intereses y derechos que los grupos ajenos al sistema principal de dominación tratan de representar (Fairstein, Fava y otros, 2009).

²⁶ *Político* en el sentido general que Weber entendía la ética de la responsabilidad (política): “el deber de responder por las consecuencias previsibles de nuestros actos” (Weber, 1966).

- Arenaza, Soledad “La declaración de la ‘emergencia habitacional’ en la ciudad de Buenos Aires. Los presupuestos liberales del Estado Social de Derecho en el reconocimiento legislativo de la exclusión urbana”, en Cravino, María Cristina (org.) *Construyendo barrios. Transformaciones socioterritoriales a partir de los Programas Federales de Vivienda en el Área Metropolitana de Buenos Aires (2004-2009)*, UNGS-CICCUS, 2012, pp. 351-392.
- Cerruti, Marcela y Alejandro Grimson “Buenos Aires, neoliberalismo y después. Cambios socioeconómicos y respuestas populares”, en Kessler, Gabriel y Mariana Luzzi *Problemas socioeconómicos contemporáneos*, Buenos Aires, UNGS, 2009, pp. 281-328.
- Duarte, Juan Ignacio “Formas de adquisición y gestión pública de suelo para las políticas de hábitat. El caso del Conurbano Bonaerense 2003-2009”, en *Abordajes alternativos para el fortalecimiento de las políticas de hábitat en la Provincia de Buenos Aires*, Ministerio de Infraestructura de la Provincia de Buenos Aires, 2011, pp. 96-111.
- Ewald, François “El concepto de derecho social”, en *Contextos*, N° 1, Editores del Puerto, 1997, pp. 101-134.
- Fairstein, Carolina, Ricardo Fava y otros “Litigio por el derecho ambiental en un municipio de la provincia de Buenos Aires”, en *Defensa de los derechos humanos en América Latina. Avances y retrocesos*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar y Ediciones Abya-Yala, Quito, 2009.
- Gherardi, Natalia “La administración pública y el acceso a la justicia: una oportunidad para la materialización de los derechos sociales”, en Abramovich, Víctor y Laura Pautassi (comps.) *La revisión judicial de las políticas sociales*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2009, pp. 243-277.
- Gordillo, Agustín “El Procedimiento Administrativo - El Reclamo Administrativo Previo”, en Gordillo, Agustín *Tratado de Derecho Administrativo*, 2006.
- Kahn, Paul *El análisis cultural del derecho. Una reconstrucción de los estudios jurídicos*, Gedisa, 2001.
- López Oliva, Mabel “El litigio individual en derechos sociales. Una aproximación al estado actual en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, en Abramovich, Víctor y Laura Pautassi (comps.) *La revisión judicial de las políticas sociales*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2009, pp. 143-171.
- Pisarello, Gerardo “Los derechos sociales en el constitucionalismo moderno: por una articulación compleja de las relaciones entre política y derecho”, en Carbonell, Miguel, Juan Cruz Parceró y Rodolfo Vázquez (comps.) *Derechos sociales y derechos de las minorías*, México, Editorial Porrúa y UNAM, 2001, pp. 113-137.

- Prieto Sanchís, Luis “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, en Carbonell, Miguel, Juan Cruz Parceró y Rodolfo Vázquez (comps.) *Derechos sociales y derechos de las minorías*, México, Editorial Porrúa y UNAM, 2001, pp. 17-67.
- Rosanvallon, Pierre *La nueva cuestión social*, Buenos Aires, Manantial, 2004.
- Sabsay, Daniel Alberto “El Amparo como Garantía para la Defensa de los Derechos Fundamentales”, en *Revista Jurídica del Centro de Estudiantes*, N°6, Buenos Aires, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, 1996, pp. 28-34.
- Weber, Max “La política como vocación”, en Weber, Max *El sabio y la política*, EUDÉCOR, 1966 [1919], pp. 37-105.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl “Estudio preliminar”, en *Constitución de la Nación Argentina 1949*, Archivo Nacional de la Memoria, 2009.

Efectos sociales del derecho: comentarios al texto de Soledad Arenaza y Ricardo Fava “Entre lo político y lo jurídico: arreglos institucionales en la justiciabilidad del derecho a la vivienda en la Provincia de Buenos Aires”

María Cristina Cravino

Recientemente ha surgido un debate que se denomina genéricamente “justicia legítima” o “democratización de la justicia” que pone en tela de juicio la legitimidad de las estructuras y las prácticas del sistema judicial argentino. Este debate consumirá un tiempo considerable y asume una concepción de la política de sentido amplio, es decir refiere a las relaciones de poder establecidas en nuestra sociedad, incluyendo, pero yendo más allá, la política partidaria. En este marco el estudio realizado por Arenaza y Fava contribuye a comprender las lógicas políticas que atraviesan las argumentaciones jurídicas del sistema judicial y a desmitificarlo, mostrando que se no se trata de un espacio cerrado y sólo comprensible por quienes participan de él. Este campo de investigación que busca comprender las articulaciones entre “lo político” y “lo jurídico”, tiene aún poco desarrollo en Argentina. Se pueden destacar los trabajos fundantes de Víctor Abramovich y Laura Pautassi desde el mundo del derecho, o los pioneros trabajos desde la antropología jurídica de Sofía Tiscornia y su equipo. Recientemente se han multiplicado líneas de investigación en este campo. Una referencia en América Latina, es Antonio Azuela de la Cueva quien plantea en numerosos trabajos que las Ciencias Sociales muchas veces han tomado el sistema jurídico como un elemento monolítico e incuestionable, por lo que propugna tanto una revisión crítica del derecho como de las herramientas teórico metodológicas de las Ciencias Sociales con las que se analiza este objeto de estudio. De Souza Santos, hace décadas viene influenciando en este campo, aportando su Teoría Crítica del Derecho. Herederos de esta renovadora línea crítica del derecho son los aportes de Arenaza y Fava.

Su análisis parte de casos concretos, de reclamos de forma individual vía el Poder Judicial, presionando en los intersticios de las prácticas del derecho. Sin embargo por este medio nos muestran el funcionamiento del sistema jurídico.

De Souza Santos (2009) realiza un profundo cuestionamiento a la concepción moderna del derecho. El autor apunta a lo que él denomina sus tres pilares a) el derecho como monopolio del Estado y como construcción científica; b) la despolitización del derecho a través de la distinción entre Estado y Sociedad Civil y c) el derecho como principio e instrumento universal de la transformación social política legitimada. En relación al primer punto propone su concepción del pluralismo jurídico y de una retórica del derecho. De esta manera se puede afirmar dos cuestiones: por un lado, se observa un proceso que lleva a la des-juridización de ciertos aspectos de la vida social de otras esferas del derecho plural para pasar al sistema jurídico oficial y, por otro lado, existe un pluralismo jurídico dentro del sistema jurídico oficial o lo que es lo mismo las sociedades son jurídica y socialmente plurales. En cuanto a la retórica, merece señalar su crítica a la tradición expositiva “ahistórica” y “descontextualizada” cuando, como muestra el trabajo de Arenaza y Fava, el contexto es central para comprender las sentencias del sistema judicial bonaerense. En cuanto a la despolitización del derecho, el autor propone una re-politización del mismo, criticando a las posturas que conciben a la “política” y el “derecho” como dos espacios separados reivindicado, a su vez, la capacidad transformadora del derecho, pero ya no como el derecho legitimado del Estado.

Dos procesos socio-jurídicos empujan el campo jurídico de la exigibilidad de los derechos sociales. Por un lado, la *judicialización de conflictos vinculados a las condiciones de vida* (Smulovitz, 2008), y entre ellos las condiciones de los barrios informales (Cravino, 2009; Giurleo, 2012; Ricciardi-Sehman, 2011) o el acceso a la vivienda, son buenos ejemplos. Esta es una tendencia empíricamente comprobable, aunque con características distintas en las dos grandes zonas del Área Metropolitana de Buenos Aires, la ciudad capital de la república y el Conurbano Bonaerense correspondiente a la jurisdicción de la Provincia de Buenos Aires. Algunas pistas sobre estas diferencias las aportan Arenaza y Fava. Por el otro, la *juridificación*. En este caso la incorporación de nuevos derechos u operacionalización de derechos reconocidos en la nueva Constitución argentina que ahora se plasman en normas específicas, implica una ampliación del campo de lo exigible y por lo tanto de lo judicial. Estos dos procesos implican poner el foco en los efectos sociales del derecho. Sobre estos efectos

trata el artículo, al mostrar los vínculos entre la interpretación de los jueces del derecho a la vivienda y su relación con otras instituciones estatales. No obstante, ellos no analizan el *cumplimiento de las sentencias*, que es un objeto de estudio que complementaría fértilmente el análisis de las sentencias en los diferentes niveles del Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires.

El artículo de Arenaza y Fava muestra cómo los derechos sociales no son planos o unívocos, ya que existe un margen de interpretación de los operadores jurídicos que le dan contenido, reconocimiento o alcance, de forma diversa. Por otra parte, es muy interesante señalar, como emerge del texto a comentar, que existen *jerarquías de derechos sociales* que no son jurídicamente establecidas, sino valorativamente constituidas o social y políticamente concebidas, que están atravesadas por cómo los jueces interpretan qué es “justo” e “injusto” en el contexto particular y en un tiempo histórico determinado (la sociedad bonaerense) aún cuando la retórica puede ser ahistórica, tal como sostenía De Souza Santos. Allí los jueces parten de esquemas de interpretación en disputa, socialmente compartidos por algunos grupos, que en buena medida remiten a la “tradicición” o a la “jurisprudencia”, generando paradigmas teóricos dentro del campo jurídico que sostienen las distintas jerarquías valorativas. Así se observa que, por ejemplo, cuando las sentencias “hablan” parece que el Estado no se puede negar a permitir el acceso universal a la alimentación o a la salud, pero en cambio la exigibilidad de una vivienda requiere de mayores condicionamientos y elementos contextuales. No obstante, debemos tener presente que, como señalamos en párrafos anteriores, los derechos sufren transformaciones. Así el derecho a la salud tampoco es inmutable, como lo demuestra la ampliación de los derechos reproductivos en la Provincia de Buenos Aires. Mientras tanto, la exigibilidad de una vivienda parece estar vinculada fundamentalmente a la oferta estatal, lo que ofrece un contexto de posibilidad para las propuestas de respuesta a los reclamos de derecho a la vivienda desde el Poder Judicial. Por otra parte, a su vez, se puede plantear que la demanda social crece cuando la oferta social está presente. Si no la hubiera, las expectativas parecen decrecer. Esa paradoja muestra que también hay contextos distintos para generar demandas al Estado o prácticas de exigibilidad de derechos.

Siguiendo este argumento, en estas jerarquías de derechos, parece haber consenso en las sentencias en los aspectos que tienen que ver con la sobrevivencia inmediata, tal como lo plantean Arenaza y Fava. De esta forma todavía

existen concepciones que consideran que la vivienda es una obligación que las familias deben resolver por sí solas y únicamente el Estado debe intervenir cuando afecta otros derechos, en particular de salud o involucra a grupos extremadamente vulnerables, tal como se observa a partir de los casos analizados por Arenaza y Fava. En otros, se plantea que la vivienda debe ser resuelta de forma cooperativa entre familias y Estado. La vivienda implica siempre servicios de altos costos concentrados en poco tiempo para la gestión estatal y pasa a constituirse en un bien que excede una generación. Esto hizo que siempre un Estado diera una oferta muy por debajo de la demanda, como lo demuestran los indicadores del déficit. De esta forma como afirman los autores la *política de vivienda interpela a la universalidad de los derechos sociales*. En particular con la aparición de programas sociales, ahora universales, de alimento (Asignación Universal por Hijo) o la existencia de vieja data en el país de oferta de servicios de educación y salud gratuitas, se genera un mayor contraste en nuestro país (y en la Provincia de Buenos Aires en particular) entre los programas de vivienda y otras políticas sociales. Aún cuando algunos municipios plantean criterios explícitos de selección de los adjudicatarios, los programas habitacionales siempre fueron más discrecionales en su asignación o mostraron una importante falta de continuidad en el tiempo. Esto último tiene que ver tanto con la sensibilidad de esta política a las condiciones macroeconómicas como a decisiones programáticas. En este sentido, merece destacarse que en la Provincia de Buenos Aires por decisiones políticas durante la década del noventa no se construyeron viviendas de interés social en el Conurbano Bonaerense, ya que se privilegió el interior por tener en este último una mayor visibilidad. En un país donde el 70% de los habitantes son propietarios de la vivienda y el suelo que habitan, la ideología hegemónica considera que la propiedad es el único medio válido a acceder a un lugar donde vivir y su estatuto sería “sagrado”. Pareciera que el Estado sólo debe intervenir cuando existen importantes cantidades de personas que no acceden al mercado de suelo urbano y de la vivienda. Consideramos que debe ser revisada esta idea ya que es necesario que el Estado genere mecanismos de regulación de un mercado que es esencial para la vida de los ciudadanos. En esta línea se avanzaría si se reglamenta la ley sancionada recientemente por la Legislatura de la Provincia de Buenos Aires, llamada de Acceso Justo al Hábitat.

Lo planteado por Arenaza y Fava abre muchas preguntas que merecen ser investigadas en el futuro.

- 1) Un primer aspecto que queremos resaltar es *la relación entre los tres poderes: legislativo, judicial y ejecutivo*. El escenario actual, a diferencia de etapas anteriores, muestra un marco normativo más progresista que los contenidos de las prácticas del Poder Judicial y Ejecutivo. Inclusive, podemos postular que son más progresistas que la sociedad misma. En algunos casos, el cambio de normas jurídicas proviene de la capacidad de presión de movimientos sociales que corren el límite de los marcos jurídicos nacionales, provinciales y en menor medida municipales. En otros, obedece a dinámicas políticas más generales o institucionales. Así, la incorporación con rango constitucional de los derechos económicos sociales y culturales (DESC) en la Constitución del 1994 abre la posibilidad de estándares de acceso a los derechos sociales más altos que los vigentes. Tal como lo plantean los autores Abramovich y Pautassi (2009) la última reforma constitucional incorpora los DESC en un marco de retroceso de los derechos sociales a partir de la aplicación de un modelo de bienestar híbrido que retrotrajo “el bienestar” a partir de la aplicación de lineamientos neoliberales. Como sostienen los autores mientras se producen estos cambios, existe una fuerte reticencia de los operadores jurídicos de garantizarlos. Se destaca la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, que entre varios artículos, el 31 fija pautas de garantías en relación al suelo urbano y la vivienda, en particular de los sectores de menores recursos. No obstante, no existe ninguna ley integral (sí en cambio hubo varios proyectos) que operacionalice dicho artículo. Tal como quedó evidenciado en el conflicto de la ocupación del parque Indoamericano en diciembre del 2010, la opinión pública y gran parte de la sociedad porteña no acompaña el acceso a la vivienda de forma universal. De esta forma con un cambio de orientación política en el Poder Ejecutivo, aún con las mismas leyes y la misma Constitución la situación del acceso a la vivienda o el cumplimiento de la exigibilidad de derechos pueden ser muy diferentes.
- 2) *derechos individuales y colectivos*. Merece un debate específico en cuanto al acceso a la vivienda. Arenaza y Fava muestran casos donde los reclamos a la justicia eran individuales. Ese parece ser el tipo de demanda prevaleciente en la Provincia de Buenos Aires. Una situación totalmente distinta se observa en la Ciudad de Buenos Aires. Existen diferentes estudios sobre el proceso de judicialización de conflictos vinculados al hábitat en las villas de la Ciudad de Buenos Aires y en relación a situaciones de desalojos de inmuebles que involucran a más de una familia. En este sentido, la presen-

- cia de ONGs de derechos humanos y de derecho a la vivienda fue y es un aporte fundamental en relación a la exigibilidad de derechos. Esta presencia es sustancialmente menor en la Provincia de Buenos Aires. No obstante, consideramos que falta avanzar en la capacitación de derechos a los sectores de menores recursos, los que en su mayoría desconocen sus derechos. Es más, muchas veces circulan recomendaciones vinculadas a prácticas del derecho que suelen ser erróneas y que los perjudican. Tal es el caso de pagar impuestos por el predio que se ocupó, que sólo beneficia al propietario.
- 3) *posturas vivierendistas versus derecho a la ciudad*. Pareciera que prevalece entre los operadores jurídicos bonaerenses cuando dan lugar a las demandas, la exigencia de que el Estado provea una vivienda, sin tener en cuenta su localización. Sólo se pide que sea en el municipio donde habita el demandante y su familia. No obstante, no se contempla la importancia de la localización para la reproducción de las familias, tanto por el acceso a fuentes de trabajo como a la presencia de redes de familiares y amigos para la resolución de la vida cotidiana. La pregunta sería entonces qué sucede con el acceso a la ciudad cuando se está hablando de exigibilidad del derecho a la vivienda.
 - 4) Los operadores jurídicos y el Poder Ejecutivo sostienen una *postura administrativista* como una forma de reproducción de la legitimidad de sus prácticas. Así uno puede encontrar que muchos municipios hacen lugar a las demandas que provienen del Sistema Judicial sólo como una forma de resolver un problema de gestión y no desde una perspectiva de derechos. El Poder Judicial coadyuva a esta lógica. En algunos casos los organismos correspondientes al Defensor del Pueblo son aquellos que vienen a interpelar a los poderes ejecutivos locales y presionan en el mismo sentido que el Poder Judicial, reclamando por casos de falta de acceso a la vivienda. Tal como mostraron Arenaza y Fava, la preexistencia de reclamos administrativos parece ser la clave de la respuesta a muchas demandas. No obstante no se conocen los mecanismos administrativos por los cuales se debe reclamar y este es un aprendizaje que lleva años a muchas familias o barrios en búsqueda de la exigibilidad del derecho a la vivienda o a la regularización dominial. Comprender esta lógica permitirá buscar herramientas para resolver la opacidad del acceso a la vivienda para grandes porciones de la población bonaerense y generar mecanismos de democratización de la gestión de la ciudad.
 - 5) *qué conocimientos del derecho circulan entre la población*. Esta es una línea prácticamente no abordada desde el mundo académico y puede contribuir a generar

herramientas de capacitación en derecho que han comenzado a desarrollar algunas ONGs de derechos humanos o de asistencia a población de escasos recursos. Inclusive se han desarrollado numerosas cartillas que son un aporte indispensable para la resolución cotidiana en la vida de los barrios populares. El lenguaje críptico del sistema judicial y la ritualización de su acceso son un obstáculo central en el desigual acceso a la justicia. Debemos comprender los mecanismos que llevan a una naturalización de la desigualdad en el acceso a la justicia en nuestra sociedad y pensar políticas para revertirla.

Todo esto lleva a que consideramos que es necesario debatir sobre cómo avanzar en cuanto a la gestión democrática de la ciudad. Complementariamente surge la importancia de realizar modificaciones a diferentes normas, tal es el caso del Código Civil (como han planteado numerosas organizaciones) en cuanto al estatuto de la propiedad privada y la incorporación de la función social y ecológica de la propiedad. Estas son deudas sociales planteadas.

Por último, nos interrogamos cómo abordar la exigibilidad del derecho a la vivienda cuando su acceso está mediado para la mayor parte de la población por un mercado desregulado y especulativo. Cuando el Estado Social construye viviendas de interés social lo hace bajo las condiciones impuestas por el mercado. En contraste, ofrece una amplia cobertura desmercantilizada en salud y educación. Estas son contradicciones dentro del Estado de Bienestar. En el imaginario social la vivienda sigue librada a las capacidades de las familias, negándose en la opinión pública las causas estructurales de la situación de falta de su acceso a partir de una condición socio-económica. De hecho la mayoría de los planes de vivienda, exigen tener un mínimo de ingresos para poder acceder a los mismos. Nuevamente nos encontramos con las contradicciones dentro del Estado. Por otra parte, cuando no pueden acceder al mercado y no existe oferta pública, en muchos casos, los ciudadanos construyen sus barrios y sus casas y el Estado interviene *ex post*. Estas prácticas interpelan directamente al derecho, cuando para acceder a la propiedad se necesita violarla.

Bibliografía

- Azuela de la Cueva, Antonio “El orden jurídico en la interpretación sociológica de la urbanización popular en América Latina”, en *Sociológica* N° 12, enero-abril 1990, Universidad Autónoma Metropolitana, México, 1990.

- Abramovich, Víctor “El rol de la justicia en la articulación de políticas y derechos sociales”, en Abramovich, Víctor y Laura Pautassi *La revisión judicial de las políticas sociales. Estudios de casos*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2009.
- De Souza Santos, Boaventura *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común del derecho*, ILSA-Editorial Trotta, Madrid, 2009.
- Cravino, María Cristina *Entre el arraigo y el desalojo. La villa 31 de Retiro. Derecho a la ciudad, capital inmobiliario y gestión urbana*, INSTITUTO DEL CONURBANO-UNGS, Buenos Aires, 2009.
- Giurleo, Pablo Martín “La judicialización de las demandas villeras. Justicia, política y acción colectiva en las villas de Buenos Aires”, *Tesis de Maestría en Ciencias Sociales*, UNGS-IDES, Los Polvorines, 2012.
- Maurino, Gustavo y Ezequiel Nino “Judicialización de las políticas públicas de contenido social. Un examen a partir de casos tramitados en la ciudad de Buenos Aires”, en Abramovich, Víctor y Laura Pautassi (comp) *La revisión judicial de las políticas sociales. Estudios de casos*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2009.
- Ricciardi, Victoria y Alejandro Sehtman “Las villas de la Ciudad de Buenos Aires. Políticas, derechos e intervención judicial”, Ponencia presentada en el *1er. Congreso Latinoamericano de Estudios Urbanos*, UNGS, Los Polvorines, 24 al 26 de agosto de 2011.
- Smulovitz, Catalina “La política por otros medios. Judicialización y movilización legal en Argentina”, en *Desarrollo Económico. Revista de Ciencias Sociales*, Volumen 48, N° 190-191, IDES, Buenos Aires, setiembre-octubre-diciembre 2008.

Sobre los autores

Víctor Abramovich es abogado de la Universidad de Buenos Aires (UBA). Obtuvo una Maestría en Derecho y Estudios Internacionales (LLM) en la Escuela de Derecho de Washington de la *American University*. Desde mayo de 2010, es Secretario Ejecutivo del Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos del MERCOSUR (IPPDH). Es Profesor Titular y Director de la Maestría en Derechos Humanos de la Universidad Nacional de Lanús (UNLa) y Profesor de la Facultad de Derecho de la UBA. Fue miembro de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) de la OEA por el periodo 2006-2010 y Relator de la CIDH sobre Derechos de las Mujeres y Relator para los Derechos de los Pueblos Indígenas. Ha sido nombrado representante de la CIDH ante el órgano de aplicación del Protocolo de San Salvador (2008). Fue Director Ejecutivo del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS).

Soledad Arenaza es abogada graduada en la Universidad de Buenos Aires. Cursó estudios de grado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Copenhague y actualmente es maestranda en la Maestría de Derechos Humanos y Políticas Públicas de la Universidad Nacional de Lanús (UNLa). Es investigadora docente del Centro de Derechos Humanos de la UNLa y del Instituto del Conurbano de la Universidad Nacional de General Sarmiento (UNGS). Investiga temas vinculados a políticas públicas y conflictos de tierra, vivienda y propiedad. Actualmente se desempeña como abogada de la Defensoría del Público de la Nación creada por la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual.

María Cristina Cravino es Investigadora CONICET - Universidad Nacional de General Sarmiento (UNGS). Dirige la Maestría en Estudios Urbanos ICO-UNGS. Antropóloga egresada de la Universidad de Buenos Aires (UBA), Magíster en Administración Pública (UBA-INAP) y Doctora en Antropología (UBA). Obtuvo becas de investigación en la UBA. Ha publicado más de 20 artículos y 15 capítulos en libros y cinco libros sobre la problemática urbana y social. Ha realizado consultorías para organismos públicos nacionales e internacionales (Ministerio de Planificación Federal e Inversión Pública, IVBA, Defensoría

General de la Ciudad de Buenos Aires, UN-Hábitat, SIEMPRO, ONU Mujeres, entre otros) y realizó asesorías técnicas a ONGs y organizaciones sociales de base. Fue docente en diversas universidades nacionales (UBA, UNLZ, UNR, UNLP, UNAM, UNTREF) y en el exterior (FLACSO Ecuador - IPPUR - UFRJ). Es docente de maestrías en la UBA, UNMDP, UNLP, UNTREF y UNGS y ha dictado diferentes cursos de post-grado vinculados al mercado del suelo, hábitat popular y pobreza. Es Secretaria Académica del Posdoctorado de la Facultad de Filosofía y Letras de la UBA.

Ricardo Fava es Licenciado en Antropología Social por la Universidad de Buenos Aires. Diploma de Postítulo en “Derechos humanos y procesos de democratización” por la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Maestrando en Antropología Social por el Instituto de Desarrollo Económico y Social (IDES) y el Instituto de Altos Estudios Sociales (IDAES) de la Universidad Nacional de San Martín (UNSAM). Fue Investigador del Área de Investigación y Documentación del Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS). Integrante de la Asociación Amigos de los Guaraníes (A.A.Gua.). Actualmente dirige el Centro de Derechos Humanos “Eduardo Luis Duhalde” de la Universidad Nacional de Lanús. Sus temas de investigación están relacionados con el campo de los derechos humanos, las migraciones mbyá-guaraníes y la etnografía de las clases medias. Ha publicado, junto a Pablo Ceriani Cernadas, *Políticas migratorias y derechos humanos*, Ediciones de la UNLa, 2009