

Derecho a la vivienda y litigio estructural

Mauro Benente
Federico Thea
(compiladores)

COLECCIÓN **HORIZONTES I+D+i**



EDUNPAZ
Editorial Universitaria

Derecho a la vivienda y litigio estructural

Mauro Benente
Federico Thea
(compiladores)



Colección **Horizontes I+D+i**

Derecho a la vivienda y litigio estructural

Mauro Benente
Federico Thea
(compiladores)

Instituto Interdisciplinario
de Estudios Constitucionales



Colección **Horizontes I+D+i**

Thea, Federico Gastón (comp.)

Derecho a la vivienda y litigio estructural / Federico Gastón Thea (comp.) ; Mauro Benente (comp.). - 1a ed. - José C. Paz : Edunpaz, 2017.

288 p. ; 20 x 14 cm. - (Horizontes I+D+i)

ISBN 978-987-4110-04-6

1. Derechos Humanos . I. Benente, Mauro (comp.) II. Título

CDD 342

1ª edición, marzo de 2017

© 2017, Universidad Nacional de José C. Paz. Leandro N. Alem 4731

José C. Paz, Pcia. de Buenos Aires, Argentina

© 2017, EDUNPAZ, Editorial Universitaria

ISBN: 978-987-4110-04-6

Universidad Nacional de José C. Paz

Rector: **Federico Thea**

Vicerrector: **Héctor Hugo Trinchero**

Secretario General: **Darío Exequiel Kusinsky**

Director General de Gestión de la Información y Sistema de Bibliotecas: **Horacio Moreno**

Jefa de Departamento Editorial: **Bárbara Poey Sowerby**

Diseño de colección, arte y maquetación integral: **Jorge Otermin**

Publicación electrónica - distribución gratuita



Licencia Creative Commons - Atribución - No Comercial (by-nc)

Se permite la generación de obras derivadas siempre que no se haga con fines comerciales.

Tampoco se puede utilizar la obra original con fines comerciales. Esta licencia no es una licencia libre. Algunos derechos reservados: <http://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/deed.es>

Índice

Prólogo

MAURO BENENTE Y FEDERICO THEA

9

Derecho a la vivienda: exigibilidad, dificultades y desacuerdos

HORACIO JAVIER ETCHICHURY

17

El análisis presupuestario: el gran ausente a la hora de resolver amparos en materia de derecho a la vivienda

SEBASTIÁN ALEJANDRO REY

51

Tres decisiones estratégicas para el litigio de derecho a la vivienda

SEBASTIÁN TEDESCHI

81

*La exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales.
Un estudio desde la perspectiva de la gubernamentalidad*

MAURO BENENTE Y MATÍAS GUILLERMO AGUIRRE

117

*La formación de operadores jurídicos
y el acceso judicial a la vivienda*

LILIANA RONCONI

159

*Justicia estructural y derecho a la vivienda:
el caso Quisberth Castro*

MARIELA PUGA

189

*Del derecho a la vivienda al derecho al hábitat.
Estándares y estrategias de reclamo y participación
en la provincia de Buenos Aires*

LAURA TARBUCH

223

*Proceso estructural y vivienda social.
Estándares para el proceso colectivo de política pública*

JOSÉ MARÍA SALGADO, GERMÁN A. DEGANO,
FERNANDO GARCÍA Y DANIELA FRANCO

249

Sobre los autores y las autoras

279

Prólogo



**MAURO BENENTE
FEDERICO THEA**

Derecho a la vivienda y litigio estructural es el resultado del Proyecto de Investigación Orientado al Desarrollo Local “Derecho a la vivienda y litigio estructural” (2016) de la Universidad Nacional de José C. Paz (UNPAZ). El proyecto estuvo dirigido por Federico Thea y codirigido por Mauro Benente, y contó con la participación de José Salgado, Laura Tarbuch, Leonardo Limanski, Isaías Losada Revol –docentes de la UNPAZ–, Matías Guillermo Aguirre, Federico Matías Ferreira y Daniela Franco –estudiantes avanzados de la carrera de abogacía–. El libro refleja, al menos parcialmente, un año de trabajo colectivo, pero también destella un diálogo con colegas y especialistas en la temática que no participaron del proyecto. De este modo, los artículos de Sebastián Alejandro Rey y Liliana Ronconi se explican porque en la medida en que somos compañeros de trabajo en la UNPAZ, han sido varios los espacios de diálogo y aprendizaje mutuo sobre estos y otros temas. Por otra parte, con Horacio Javier Etchichury, Mariela Puga y Sebastián Tedeschi hemos tenido un diálogo distinto, casi en secreto. Sin que ellos lo supieran, sus distintos trabajos se convirtieron en importantes insumos en este año de investigación y por ello,

al menos en algún sentido, nos parecía que habíamos trabajado con su compañía.

Con distintas intensidades, matices, énfasis y tonalidades, todos los trabajos abordan la temática de la exigibilidad de los Derechos Económicos Sociales y Culturales (DESC) y, dentro de ese marco, se focalizan en el derecho a la vivienda. También analizan las luces y sobras de los litigios de reforma estructural como herramientas tanto procesales cuanto políticas para hacer efectivos los derechos. Dentro de este panorama general, los primeros trabajos se detienen con mayor energía, rigor y precisión en la exigibilidad de los DESC en general, y del derecho a la vivienda digna en particular. A medida que el libro avanza se produce un desplazamiento puesto que, sin abandonar la temática de la exigibilidad, los trabajos presentan un mayor énfasis en la dimensión colectiva y estructural de los litigios.

Horacio Javier Etchichury, en “Derecho a la vivienda: exigibilidad, dificultades y desacuerdos”, remarca que mientras es nítido que no es el mercado el que asigna los derechos civiles, ni tampoco derechos sociales como la salud o la educación, el efecto desmercantilizador del reconocimiento de los derechos parece no haber llegado con tanta potencia a la esfera del derecho a la vivienda. Por su parte, plantea varias objeciones a la jurisprudencia actual de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) en materia de DESC puesto que, de acuerdo a su perspectiva, mantiene una línea muy cercana a su supuesto carácter programático.

La labor de Sebastián Alejandro Rey, titulada “El análisis presupuestario: el gran ausente a la hora de resolver amparos en materia de derecho a la vivienda”, repasa la jurisprudencia de la CSJN y

fundamentalmente la del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. No se detiene sobre aquello que los tribunales dicen sino sobre aquello que silencian, no da cuenta de las presencias sino de las ausencias. Aquello que está en silencio, lo que está ausente no es otra cosa que el análisis presupuestario. Los jueces y las juezas no tienen en cuenta esta dimensión al momento de resolver causas sobre derecho a la vivienda digna.

Sebastián Tedeschi, en su aporte titulado “Tres decisiones estratégicas para el litigio de derecho a la vivienda” analiza tres sentencias de diferentes tribunales, fueros e instancias que abordan aspectos especialmente relevantes sobre el derecho a la vivienda digna: su exigibilidad, la vinculación entre desalojo y derecho a la vivienda, la eficacia horizontal de los derechos humanos y en particular de los DESC.

“La exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Un estudio desde la perspectiva de la *gubernamentalidad*”, de Mauro Benente y Matías Guillermo Aguirre, incluye un pormenorizado relevamiento de los casos de derecho a la vivienda resueltos por la CSJN, y de las causas en materia de DESC sentenciadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires. El artículo se detiene en las delimitaciones conceptuales de los DESC y subraya que de modo sistemático se definen en relación con el poder del Estado, olvidando así el papel que podría jugar el poder económico en la efectivización de los derechos.

Liliana Ronconi, en su artículo “La formación de operadores jurídicos y el acceso judicial a la vivienda”, sostiene como premisa la exigibilidad de los DESC y centra su atención en un terreno no tan explorado en los estudios jurídicos: la formación en derechos humanos de

las carreras de abogacía en Argentina. En particular, en vistas de avanzar profundamente en un esquema de exigibilidad de los DESC, mediante un relevamiento de los planes de estudios de distintas carreras de abogacía llama la atención sobre la escasa formación con perspectiva de derechos humanos.

El trabajo de Mariela Puga “Justicia estructural y derecho a la vivienda: el caso Quisberth Castro” nos sumerge en un intenso análisis del caso “Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo”, resuelto por la CSJN en abril de 2012. Analizar un fallo no es resumirlo, sino peinarlo a la luz de determinadas herramientas conceptuales. Es así como Puga establece una distinción analítica entre casos bipolares y casos policéntricos y, bajo ese prisma, sigue con atención el modo en que los magistrados construyeron no solamente la sentencia sino también aquello que llamamos “el caso”.

Laura Tarbuch, en su aporte titulado “Del derecho a la vivienda al derecho al hábitat. Estándares y estrategias de reclamo y participación en la Provincia de Buenos Aires”, realiza un mapeo del problema del acceso a la vivienda digna y da cuenta de las potencias y límites del litigio estratégico. Además propone como estudio de caso a la causa de Villa Inflamable —enmarcada dentro de la causa “Mendoza”—, y en paralelo a las particularidades de este litigio estratégico da cuenta del interesante marco normativo aportado por la ley provincial de Acceso Justo al Hábitat.

Finalmente en “Proceso estructural y vivienda social. Estándares para el proceso colectivo de política pública”, de José María Salgado, Germán A. Degano, Fernando García y Daniela Franco, se estudian dos interesantes procesos colectivos de la Provincia de Buenos Ai-

res y se realiza una clara presentación del modo en que la CSJN ha reglamentado –al menos rudimentariamente– este tipo de procesos. Sin embargo, el trabajo no se queda en un registro descriptivo sino que también subraya cuáles deberían ser los aspectos a ser observados en estos peculiares pero fundamentales procesos.

Este trabajo colectivo refleja un compromiso académico pero también un compromiso político y social con la exigibilidad de los derechos económicos sociales y culturales. El camino de la efectiva vigencia de los derechos sociales es extenso y está plagado de obstáculos, pero creemos que será más sencillo de recorrer si contamos con la compañía de los lectores y las lectoras de este libro.

Mauro Benente y Federico Thea
José Clemente Paz, febrero de 2017

*Derecho a la
vivienda:
exigibilidad,
dificultades
y desacuerdos*

HORACIO JAVIER ETCHICHURY

I. INTRODUCCIÓN: UNA DISPUTA CONCEPTUAL

Los derechos no modifican por sí mismos la realidad; tampoco la reflejan. Simplemente brindan una orientación sobre qué hay que hacer frente a ella. ¿Debemos modificar la realidad? ¿Mantenerla tal como está? ¿Quién debe hacerlo? Los derechos no describen; prescriben. No son “verdaderos” o “falsos”, sino “aceptables” o “inaceptables”. Su carácter es normativo.

La vigencia de un derecho no implica solamente que exista un estado de cosas determinado. Por ejemplo, que el derecho a la libertad de cultos esté vigente no solo se traduce en que cada persona practique su culto sin problemas. Esto bien podría ser apenas una coincidencia casual. La vigencia de un derecho significa además que esa situación resulta de una decisión deliberada de hacer cumplir un derecho, o de respetarlo. Y si la situación es diferente (por ejemplo, si ciertas confesiones sufren persecución), la vigencia de un derecho no desaparece: se mantiene, en ese caso como clara directiva de que la situación debe modificarse, aplicando para ello recursos del Estado (en tanto

obligado); es decir que la existencia plena de un derecho implica la posibilidad de reclamo cuando no se lo respeta (Abramovich y Courtis, 2003: 61).

El incumplimiento de un derecho no lo deroga. La vigencia no depende de la situación coyuntural. De lo contrario, cada Estado podría liberarse de los derechos simplemente a fuerza de violarlos.

¿Qué significa tener un derecho constitucional, entonces? Aunque no es fácil dar una respuesta completa y exhaustiva, sí podemos señalar algunos elementos presentes en el derecho constitucional argentino, aunque no podamos en este espacio fundar completamente cada una de estas características. Reconocer un derecho con esa jerarquía —la máxima en el orden jurídico de nuestro país— significa que ninguna acción ni omisión estatal o de particulares puede contradecirlo, en virtud del principio de supremacía constitucional (Constitución Nacional, art. 31). También implica que las políticas públicas, entendidas como un conjunto de acciones estatales, tampoco pueden violentarlo, ni en sus objetivos ni en sus medios; eso es lo que se ha denominado “enfoque de derechos” en políticas públicas (Sepúlveda, 2014). Significa además que es exigible, esto es que —tal como explican los ya citados Abramovich y Courtis (2002, 2003)— hay mecanismos institucionales a los que recurrir en caso de incumplimiento o afectaciones de diferente grado. Asimismo, implica que el goce de un derecho no depende de los méritos o del cumplimiento de ciertos deberes por parte de sus titulares: la Constitución argentina reconoce —en general— los derechos a “los habitantes” o a “las personas”, sin condicionar su titularidad. Además, el Estado no puede recortar los niveles de reconocimiento y vigencia alcanzados: no puede haber regresividad (González, 2006: 202), aunque existe alguna flexibilidad.

No basta alegar la insuficiencia de recursos para reducir el alcance de los derechos. Si bien el art. 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) hace referencia al “máximo de los recursos disponibles”, ello no se limita a los fondos asignados explícitamente a vivienda, por ejemplo. De otra forma, el Estado simplemente se liberaría de sus obligaciones con el sencillo método de presupuestar cifras muy bajas para los derechos sociales. Podría rechazar cualquier reclamo contestando que el presupuesto escaso impide hacer más. Por ello, la referencia a los recursos alude a los montos que el Estado maneja tomados en su conjunto.

Por último, señalamos que la consagración de un derecho significa, además, que su goce no depende de los mercados. El ejercicio de ese derecho no está sujeto a contar con cierto poder adquisitivo. De eso se trata el efecto “desmercantilizador” (Esping-Andersen, 1993) del reconocimiento de derechos. La vivienda ya no es mercancía; no se distribuye mediante el mercado, sino por criterios de distribución política (a partir de mecanismos de deliberación y decisión institucionalizados).

Todas estas características están, además, en permanente disputa. Son el fruto de la interpretación del texto constitucional. Esa tarea hermenéutica no se limita a quienes cultivan la disciplina jurídica, ni al funcionariado asociado a ellas, ni a quienes emiten decisiones judiciales (Habermas, 1994: 477). La discusión se extiende a toda la sociedad, con intervinientes dotados de mayor o menor peso público. En general, puede decirse que las características señaladas suelen aceptarse como adecuadas cuando se trata de derechos civiles y políticos, e incluso en algunos derechos sociales, tales como la salud y la educación.

En materia de vivienda, en cambio, hay una disputa mucho más amplia. Parece haber una opinión generalizada que no concibe a la vivienda como un derecho, sino principalmente como un objeto que se puede distribuir a través del mercado, aunque previendo alguna política para resolver casos extremos. Por ello, nos parece de interés aportar algunos elementos a esa disputa conceptual. Intentaremos contribuir a fundar la noción de que el derecho a la vivienda tiene la misma jerarquía y propiedades que los demás derechos, incluyendo su carácter exigible. Luego contrastaremos esa visión con la línea adoptada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) en 2012 y con las opiniones de sus nuevos ministros.

II. CONSAGRACIÓN CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A LA VIVIENDA

El derecho a la vivienda aparece por primera vez en la Constitución de 1949, como un derecho del trabajador y de la ancianidad (art. 37). En el primer caso, integraba el “derecho al bienestar” de los trabajadores, “cuya expresión mínima se concreta en la posibilidad de disponer de vivienda, indumentaria y alimentación adecuadas”. Unas líneas más adelante se lo reconocía como derecho de la ancianidad, pero con esta fórmula: “el derecho a un albergue higiénico, con un mínimo de comodidades hogareñas es inherente a la condición humana”. De modo que, más allá del epígrafe, se trataba de un derecho reconocido a toda persona. Tras su derogación mediante una proclama y la convocatoria de la dictadura militar a una nueva convención reformadora, el texto de 1853/1860 incorporó el art. 14 bis, donde se incluye entre los elementos de la “seguridad social [...] integral e irrenunciable” el “acceso a una vivienda digna”. Se trata aquí no de un derecho en sentido tex-

tual, sino que el artículo afirma que la ley establecerá ese acceso como uno de los “beneficios”. Ello dio paso al surgimiento de la categoría de “derechos programáticos”, esto es, derechos que solo podían ponerse en vigencia cuando existiera una reglamentación emitida por el Ejecutivo y el Congreso (Sagüés, 1999, I: 110).

La reforma de 1994 dio un paso muy importante. Más allá de las motivaciones concretas de sus integrantes (Rossetti, 2015), la convención amplió el catálogo de derechos sociales y estableció vías judiciales para su exigibilidad. Por una parte, se dio rango constitucional (CN, art. 75 inc. 22) a diez tratados internacionales de derechos humanos (y a un protocolo facultativo), incluyendo la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (DADH) y el PIDESC. En diversas cláusulas consagran el derecho a una vivienda adecuada. Tiene especial relevancia el art. 11 del PIDESC, que establece “el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados y a una mejora continua en las condiciones de existencia”, un texto casi idéntico al del art. 25 de la DUDH. Cabe agregar que estos tratados tienen jerarquía constitucional “en las condiciones de su vigencia”, lo cual abarca las decisiones y opiniones consultivas de los organismos internacionales que monitorean el cumplimiento de cada instrumento (Gelli, 2005: 712-713; Sagüés, 1999, II: 279-280). Tiene alta relevancia en ese marco el Comité de Naciones Unidas sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC), que elabora observaciones generales periódicas –para desarrollar el contenido del pacto– y publica un informe sobre el desempeño de cada Estado parte (Craven, 1995: 352-355; Abramovich y Courtis, 2002: 67-68).

A la vez, la reforma también incorporó a la Constitución las vías judiciales para exigir los nuevos y los viejos derechos (incluyendo el derecho a la vivienda) ante su incumplimiento. El amparo, una acción judicial expedita creada por vía pretoriana en 1957, se consagra en el art. 43. El tribunal puede incluso declarar inconstitucionalidades, ejerciendo el control de constitucionalidad difuso (por primera vez reconocido explícitamente en el texto constitucional). El Defensor del Pueblo o ciertas asociaciones civiles pueden, en algunos casos, iniciar estas acciones a favor de otras personas o grupos, en los denominados “amparos colectivos” (Jiménez, 2015).

Desde hace poco existe un mecanismo adicional de seguimiento: el Protocolo Opcional al PIDESC,¹ aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 2008. Ratificado por Argentina el 24 de octubre de 2011, entró en vigor el 5 de mayo de 2013 y habilita las denuncias individuales por violación de derechos contenidos en el acto. El 18 de septiembre de 2015 el Comité emitió su primer dictamen en el marco del proceso habilitado por el Protocolo (dictaminó que España no ha respetado los derechos de una mujer que había sido desalojada de su vivienda).²

Estas nuevas cláusulas dan oportunidades institucionales para actuar y contribuyen a un proceso iniciado con la transición democrática: la expresión de reclamos sociales bajo la forma de afectación de derechos, reconocidos en los tratados internacionales o en artículos de la Constitución. El llamado “enfoque de derechos” relaciona los

1. Texto en inglés disponible en <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/docs/ARES-63-117.pdf>.

2. Texto del dictamen recuperado de http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E/C.12/55/D/2/2014&Lang=en.

lenguajes jurídico y político para encuadrar problemas de la vida social. Los movimientos sociales invocan derechos ante las legislaturas y los tribunales, en lo que se ha denominado “activismo constitucional”, entendido como “un conjunto de prácticas sociales colectivas y voces expertas que se valen de principios y derechos constitucionales en debates públicos” (Delamata, 2013).

III. UN LENTO RECONOCIMIENTO

A pesar de la expresa consagración con la máxima jerarquía legal, puede decirse que la incorporación de este derecho al debate y a la práctica constitucional es lenta. Al parecer, la vivienda continúa siendo un bien cuyo canal “natural” de distribución es el mercado, mientras se admiten ciertas políticas subsidiarias, focalizadas, para casos extremos. Bajo este planteo, el derecho es la excepción y el mercado la regla. Esto no se acepta, en cambio, para el derecho a la educación o a la salud, pero sí en el caso de la vivienda. No es posible aquí indagar las causas sociales o históricas de este trato diferenciado, aunque sí podemos pensar que la tradicional concentración de tierras, amparada por una concepción decimonónica de la propiedad, contribuyó a mantener a la vivienda (en tanto ocupación del suelo) como un bien que debía adquirirse en el mercado, dominado por los dueños de la tierra (Sandler, 1974: 190-191). Así podría explicarse el histórico déficit de viviendas en nuestro país, cuyo territorio se halla entre los diez más extensos del mundo.

Se combinan, entonces, el déficit habitacional con la libertad para especular respecto de esta “mercancía”. A ello se suma la posibilidad de recurrir al derecho civil –o incluso al penal– para mantener la distri-

bución de la vivienda por vía del mercado. La situación no pasó inadvertida para el Comité DESC, que emitió el 14 de diciembre de 2011 sus Observaciones finales sobre la Argentina evaluando el grado de cumplimiento que nuestro país muestra respecto de este derecho (y de los otros contenidos en el Pacto). En el párrafo 21 de sus Observaciones, “reitera su preocupación por el persistente déficit de vivienda en el Estado parte”, expresado en el “desfase entre las necesidades de grandes sectores de la sociedad y la oferta de alojamiento adecuado y asequible”, además de criticar la “inexistencia de datos analíticos oficiales fiables a este respecto”. Subraya que “la especulación con la tierra, la propiedad inmobiliaria y la construcción” crea “dificultades de acceso a la vivienda para la población de ingresos medios y bajos”, y expresa su preocupación por los desalojos (Comité DESC, 2011). Poco después, en 2012, el gobierno argentino dio inicio a un programa destinado a otorgar alrededor de 400.000 créditos hipotecarios. Denominado “Pro.Cre.Ar.”, quedó instituido mediante Decreto 902/2012. El objetivo era paliar el déficit de vivienda mediante la construcción de nuevas unidades e interviniendo desde el Estado en los mercados involucrados (Fernihoch, 2015).

Por otra parte, aún es débil el impacto del derecho constitucional a la vivienda en la legislación infraconstitucional pertinente. Las normas civiles sobre vivienda no parecen adecuarse a las exigencias constitucionales, pese a que ello fue un objetivo explícito del nuevo Código Civil y Comercial (CCC). El capítulo titulado “Vivienda” (arts. 244-256) reemplaza a la regulación del bien de familia contenida en la ley N° 14394. El régimen nuevo, tal como el anterior, debe solicitarse (art. 245), y protege contra ejecuciones solo por deudas posteriores a la inscripción (art. 249). Aunque se incluyen excepciones, es decir, que

es posible ejecutar la vivienda incluso por obligaciones contraídas luego de inscribirla como bien de familia: se trata de las deudas originadas en expensas comunes, impuestos y tasas, y también aquellas garantizadas por hipoteca (arts. 249-250), entre otros supuestos. El art. 2205 regula estas garantías, sin excluir de su alcance a las viviendas familiares, y habilita incluso “convenciones especiales” para la ejecución (art. 2211). Ello remite a modalidades extrajudiciales vigentes, tales como la del título V de la ley N° 24441. De modo que las normas civiles permiten la ejecución extrajudicial de viviendas familiares cuando las deudas se hallan garantizadas por hipoteca. La legislación de emergencia (leyes N° 25562 y 26167) solo suspendió temporariamente las ejecuciones y modificó la forma de calcular deudas en dólares para hipotecas constituidas sobre viviendas familiares; pero no eliminó la posibilidad de ejecuciones.

La vivienda (incluso si es familiar) sigue integrando la “garantía común de los acreedores” (arts. 743 y 744). Un acreedor no puede ejecutar “la ropa y los muebles de uso indispensable” o “los instrumentos necesarios para la profesión u oficio” del deudor. Pero sí puede quitarle su casa (salvo que esté registrada bajo el sistema establecido en el art. 244 y siguientes). No parece haber razones que dividan a la vivienda de los muebles indispensables, especialmente si recordamos que existe el derecho humano a la vivienda adecuada. Tienen especial relevancia en este punto dos normas de derechos humanos contenidas en tratados de jerarquía constitucional. El art. 23 de la DADH reconoce como derecho humano la propiedad sobre objetos que satisfagan “las necesidades esenciales de una vida decorosa, que contribuya[n] a mantener la dignidad de la persona y del hogar”. En segundo lugar, hay que atender al art. 21 de la Convención Ameri-

cana de Derechos Humanos (CADH), el que prescribe que el “uso y goce” de los bienes puede “subordinar[se] [...] al interés social”. De esta forma, algunas facultades del propietario quedan limitadas por necesidades de la comunidad, siguiendo el planteo propio del constitucionalismo social. Por ello, hay una esfera de la propiedad con protección especial: aquella abarcada por el art. 23 de la DADH y por el art. 11 del PIDESC (especialmente, en materia de vivienda). Por otro lado, es posible que el derecho de propiedad del acreedor que busca ejecutar al deudor pueda verse limitado (en la nómina de objetos a ejecutar, por ejemplo) en virtud del art. 21 de la CADH. Sin embargo, esto no aparece en la normativa infraconstitucional, especialmente en el Código Civil y Comercial.

Las normas sobre locación también parecen insuficientes al momento de proteger este derecho (Caramelo, 2011). Para un enorme número de personas en nuestro país el acceso a la vivienda se da a través del alquiler. Se regula genéricamente la locación de inmuebles (arts. 1187 en adelante); para los casos “con destino a habitación” (art. 1196). La única diferencia es que en estos últimos no puede exigirse más de un mes de pago anticipado, más de un mes por año como depósito de garantía, ni valor llave. No hay normas específicas para la locación que permitan ejercer el derecho a la vivienda. En particular, no hay artículos que revisen el desigual poder de negociación (en general) de locadores y locatarios. Podría pensarse en regular los alquileres por vías diferentes a la supuesta “autonomía de la voluntad”. Por ejemplo, la fijación del canon mensual podría establecerse como fracción del valor del inmueble, o a través de una “paritaria” entre inquilinos y locadores.

Tener un derecho a la vivienda con jerarquía constitucional significa

que la regulación civil de estas áreas debe tener características diferentes a las actuales. La inejecutabilidad debería estar fijada como principio, sin necesidad de solicitud, en beneficio de toda vivienda destinada a habitación de una persona (y su familia), excluyendo a ese inmueble de la “prenda común” de los acreedores. También podrían seguirse las recomendaciones emitidas en 2011 por Raquel Rolnik (2011), relatora de Naciones Unidas para el derecho a la vivienda, luego de su visita a la Argentina. La experta aconsejó acortar los plazos para la prescripción adquisitiva en materia de vivienda, garantizar la defensa letrada gratuita para los demandados por desalojo, establecer programas de subsidio a los alquileres y eliminar las reglas de procedimiento que habilitan el desalojo sin participación de los ocupantes.

IV. LA POSICIÓN DE LA CORTE SUPREMA Y SUS NUEVOS MINISTROS

En 2012, el máximo tribunal argentino delineó en un importante fallo su visión sobre la exigibilidad del derecho a la vivienda (“Quisberth Castro”, en *Fallos*, 335:452). El caso involucraba a Sonia Quisberth Castro (en adelante Q. C.), una mujer boliviana de 36 años, que vivía en Argentina desde el año 2000. Se hallaba en situación de calle en la Ciudad de Buenos Aires junto a su hijo, nacido en 2005 y afectado por una grave discapacidad. El gobierno de la Ciudad la incluyó en un programa de subsidios que brindaba seis pagos mensuales por un monto en pesos equivalente –aproximadamente– a cien dólares estadounidenses, con la opción de extender la cobertura por cuatro meses más. Al concluir el período de cobertura, la mujer y su hijo quedaron de nuevo sin techo.

Patrocinada por la Defensoría General de la Ciudad, Q. C. inició un

amparo por sus derechos y los de su hijo, solicitando “una solución que nos permita acceder a una vivienda en condiciones dignas de habitabilidad, preservándose nuestra integridad familiar”, y la concesión de una medida cautelar. Luego de resoluciones favorables en primera y segunda instancia, el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad revocó esas sentencias.

Contra esta decisión, Q. C. interpuso un recurso y llegó ante la CSJN. Tras una audiencia pública, el máximo tribunal nacional dictó sentencia. Mediante un voto mayoritario y dos concurrentes, la Corte resolvió que las autoridades de la Ciudad no habían cumplido con sus deberes y emitió órdenes para remediar la situación de la amparista y su hijo. El resultado fue aparentemente favorable a la exigibilidad. Sin embargo, tal como exponemos más adelante, el alcance es tan limitado que resulta difícil ver en esta sentencia un avance promisorio.

Nos concentraremos en el voto mayoritario, suscripto por Ricardo Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco, Carlos Fayt, Juan Carlos Maqueda y Eugenio Zaffaroni. Tras un repaso por la normativa aplicable, el voto sostiene que existe “el derecho de acceso a una vivienda digna y el deber de protección de sectores especialmente vulnerables como las personas con discapacidad y los niños en situación de desamparo”, y que ambos “no son meras declaraciones, sino normas jurídicas operativas con vocación de efectividad” (considerando 10º). De esta forma, parece descartar la distinción entre derechos programáticos y operativos; en general, la vivienda solía estar en el primer grupo. Luego, basándose en los aportes del Comité DESC (al que define como “intérprete autorizado” del PIDESC), agrega que toda reglamentación debe garantizar los derechos. No basta que el Estado se abstenga de tomar medidas contra el derecho a la vivienda.

No es categórico, sin embargo, el reconocimiento de la operatividad. El voto mayoritario la limita (considerando 11º) mediante una nueva distinción: “operatividad derivada” y “operatividad directa”. Las normas sobre derecho a la vivienda examinadas en el caso tienen operatividad “derivada”, es decir, “requiere[n] de una ley del Congreso o de una decisión del Poder Ejecutivo que provoque[n] su implementación”. Esta noción resulta similar a la “programaticidad”: ambas excluyen la exigibilidad judicial, porque el elemento determinante es la reglamentación por los poderes Ejecutivo y Legislativo. Si estos no actúan, no hay vías ante los tribunales. Solo la “operatividad directa” permite ese tipo de planteos.

La operatividad “derivada” corresponde a casos donde hay obligaciones estatales de hacer. Allí “existe la necesidad de valorar de modo general otros derechos, como por ejemplo la salud, las prestaciones jubilatorias, los salarios, y otros, así como los recursos necesarios”. La mayoría agrega que en esos casos hay una “relación compleja” entre el titular de la pretensión y dos legitimados pasivos. Uno es directo: el Estado. El otro, indirecto: la sociedad, que “en definitiva, soporta la carga y reclama de [sic] otros derechos”. Podría observarse aquí que la persona que reclama sus derechos es, a la vez, integrante de esa sociedad: no se enfrenta contra ella al plantear un amparo, porque sigue siendo parte de ella. La alegada complejidad se usa como justificación para adoptar un tratamiento diferente para ciertos derechos: la “operatividad derivada”. Otros derechos podrían ser definidos como más simples (quizá los civiles y políticos) y tener así “operatividad directa”. ¿Son razonables las bases de esta distinción? La mayoría parte de suponer que puede distinguirse claramente entre obligaciones estatales de hacer y de no hacer. Pero casi toda actividad del Estado en

relación con cualquier derecho abarca ambos aspectos, tanto la acción como la omisión. El efecto de la conducta estatal llega de modo uniforme, más allá de la distinción analítica. Por ejemplo, la omisión de construir viviendas para sectores de bajos ingresos se da al mismo tiempo que el desalojo de inquilinos morosos o la subasta de una casa por deuda impositiva.

El voto de la mayoría se apoya en otra distinción más difícil. Afirma que existen dos clases de derechos: (a) los que afectan a otros derechos y sí exigen recursos; (b) los que no tienen efectos sobre otros derechos y no requieren fondos para su implementación, y donde “la sociedad” no ocupa el lugar de “legitimado pasivo indirecto”.

En rigor, ningún derecho podría no repercutir en los otros (tanto en los de una misma persona como en los de otras). Hasta la íntima libertad de pensamiento se proyecta hacia el resto de la acción humana y el modo de ejercicio de los demás derechos. A la vez, no hay muchos derechos que puedan garantizarse sin recursos. El punto ha sido sobradamente discutido en la última década (Holmes y Sunstein, 1999; Abramovich y Courtis, 2002). Tampoco existen derechos que no tengan algún efecto en “la sociedad”, ni siquiera aquellos como la libertad de conciencia, la libertad de cultos, el derecho de propiedad o la libertad de expresión. Todo ello genera consecuencias sociales. Hay, en síntesis, derechos civiles y políticos con efecto colectivo o acumulativo. Sin embargo, no se suele negarles la exigibilidad individual (o grupal). Solo se intenta —en esos casos— mejorar la exigibilidad mediante la coordinación y la reglamentación, a fin de permitir el goce efectivo y simultáneo de los derechos.

De modo que los derechos sociales no son ningún caso especial. La distinción entre operatividad “directa” o “derivada” no resulta acep-

table si no pueden sostenerse las supuestas diferencias que le sirven de fundamento. En este sentido, se genera el mismo problema observado con el intento de justificar la diferencia entre derechos “operativos” y “programáticos”. La ausencia de una línea divisoria comprensible vuelve inaceptable la clasificación y subraya no solo su inutilidad, sino también su posible carácter meramente ideológico. Pero la Corte establece y aplica la distinción con un objetivo: fijar un rol específico para el Poder Judicial, a saber, un papel centralmente contemplativo. En la “operatividad derivada” —explica el tribunal— no hay exigibilidad judicial directa (considerando 12°). Sí es posible, en cambio, el control judicial de razonabilidad sobre las reglamentaciones una vez que se hayan dictado. La mayoría entiende la razonabilidad como “una garantía mínima del derecho fundamental”, un límite a la discrecionalidad de las autoridades en su tarea de reglamentar un derecho. Se aparta, en nuestra opinión, del concepto tradicional de “razonabilidad” como condición para la aceptabilidad constitucional de una reglamentación. Según reiterada jurisprudencia de la CSJN, el principio de razonabilidad (derivado del art. 28 de la CN) requiere que exista una relación proporcional entre los medios elegidos y los propósitos perseguidos por el Estado. Toda política debe emplear medios que sirvan para alcanzar fines legítimos, sin imponer cargas desproporcionadas a la población (Gelli, 2005: 331). No está claro, entonces, por qué la razonabilidad exigiría reinterpretar los derechos como “mínimos”. No hay fundamento en el texto constitucional para ese enfoque; tampoco en la jurisprudencia de la Corte. Ciertamente, el Comité de DESC sostiene en su Observación General N° 3 (1990) que el Pacto obliga a cumplir, *al menos*, con un núcleo mínimo. Pero no termina allí el contenido judicialmente re-

visible de un derecho. En el voto mayoritario se intenta definir ese mínimo: establece que se afecta ese núcleo esencial de un derecho cuando se acredita “una amenaza grave para la existencia misma de la persona”. No hay irrazonabilidad, al parecer, mientras la vida no esté en peligro. Resulta difícil imaginar cómo podría entonces encontrarse alguna irrazonabilidad en las reglamentaciones sobre el derecho a la educación (PIDESC, art. 13), al trabajo (PIDESC, art. 6), al vestido (PIDESC, art. 11) o a las vacaciones periódicas pagadas (PIDESC, art. 7). No suele estar en juego la supervivencia biológica en tales casos, aunque se trata de derechos humanos contenidos en el Pacto. Siguiendo la noción de “operatividad derivada” propuesta por la mayoría, no habría manera de solicitar judicialmente el control de las reglamentaciones vigentes.

La mayoría parece haber redefinido cada derecho social como una versión especial del derecho a la vida. Su núcleo mínimo pasa, justamente, por la preservación de funciones vitales. La supervivencia resulta el único límite a la discrecionalidad reglamentaria. Esto se halla lejos de la noción de razonabilidad entendida como una relación proporcional entre los medios utilizados (distintas políticas de vivienda o diferentes regulaciones de la locación, por ejemplo) y los fines buscados (garantizar el derecho a la vivienda). Mientras el PIDESC apunta a asegurar la autonomía de las personas en un sentido amplio, teniendo en cuenta las condiciones materiales (como, por ejemplo, no vivir a la intemperie), el voto mayoritario adopta una visión más restrictiva del instrumento internacional, reduciendo su ámbito exigible judicialmente a una tutela sobre la mera continuidad biológica.

¿Cómo podemos sintetizar los argumentos de la mayoría en el caso “Q. C.”? Primero, se establece que todos los derechos constituciona-

les son operativos. Pero enseguida se aclara que algunos derechos implican obligaciones estatales de hacer algo, exigen recursos y repercuten en otros derechos. A tales derechos se les asigna una operatividad “derivada”: su implementación solo puede darse mediante reglamentaciones emitidas por los poderes Ejecutivo y Legislativo. Si el Estado no pone en vigor estos derechos, no hay exigibilidad judicial directa. Solamente cuando se dictan las reglamentaciones, puede solicitarse el control judicial de razonabilidad. Finalmente, la mayoría sostiene que una regulación es razonable si garantiza un mínimo del derecho, especialmente para los grupos menos favorecidos, o “en situaciones de extrema vulnerabilidad”. Será irrazonable si amenaza gravemente la existencia misma de la persona.

Delineado así el contenido dotado de “operatividad derivada” para el derecho a la vivienda, la mayoría lo aplica al caso. Una mujer y su niño discapacitado son quienes han iniciado la acción de amparo; “es difícil imaginar un estado más desesperante”, afirma el voto principal. Ello habilita la actuación del tribunal, porque tanto el programa de subsidios ofrecido por la Ciudad como la medida cautelar vigente no bastaban para garantizar los niveles mínimos del derecho en cuestión, en especial debido a la atención que requería el niño; también se destaca que no se había garantizado a Q. C. la posibilidad de acceder a un trabajo. Se subraya, además, que la Ciudad ha reconocido que no existe un programa específico para las personas en situación de calle (considerandos 13° a 15°). El voto mayoritario parece interesado en asegurar derechos solo (o primeramente) a los “casos desesperantes”.

Esta línea se ha consolidado luego del fallo “Q. C”. Según explican Azrak y Valentini (2014), la Corte ha rechazado decenas de recursos

planteados exigiendo el acceso a una vivienda, luego de resultados adversos a esos pedidos en instancias inferiores. La Corte denegó los recursos sin expresar fundamentos, invocando el art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Pese a ello, en varios de esos expedientes dejó constancia –al desestimar el recurso– de que el caso no guardaba semejanza con “Q. C.”. En otras palabras, reafirma las condiciones para que haya exigibilidad judicial. Azrak y Valentini (2014: 1160-1161) sostienen que se requiere la presencia de un grupo familiar que incluya niños o niñas, y que un integrante de esa familia padezca alguna discapacidad.

El derecho a la vivienda, bajo esta lectura, queda nuevamente librado a la voluntad política del Congreso o el Ejecutivo. Los dos pueden simplemente no ponerlos en vigor, o bien garantizarlos solamente en niveles mínimos, siempre y cuando no pongan en riesgo la vida de las personas. En tal caso, “los sectores más desprotegidos” podrán pedir “el auxilio de los jueces”, si se da una situación “desesperante” (o, más precisamente, si no se puede “imaginar un estado más desesperante”). Es un derecho concebido como recurso de emergencia para casos extremos (“desesperantes”) y limitado en su exigibilidad a ciertos grupos.

Esta línea podría mantenerse (o incluso volverse más estricta) en el futuro cercano, a juzgar por las opiniones expresadas por los dos últimos ministros incorporados al máximo tribunal. En diciembre de 2015, en un proceso que motivó distintas críticas (Rossetti y Etchichury, 2015; CELS, 2016; entre otros), el decreto 83/2015 designó en comisión a los doctores Carlos Rosenkrantz y Horacio Rosatti como ministros de la Corte, al tiempo que dispuso enviar sus pliegos para ser sometidos al trámite previsto en el decreto 222/2003. No presta-

ron juramento en ese momento, sino que lo hicieron en la segunda mitad de 2016, luego de obtener el acuerdo del Senado. Ambos juristas sostienen en sus escritos posiciones menos avanzadas que las de la Corte en materia de exigibilidad del derecho a la vivienda. Luego, en las audiencias ante la Comisión de Acuerdos de la cámara alta manifestaron su coincidencia con las pautas adoptadas en “Q. C.”. En un texto de 2003, Rosenkrantz propone que no se incluyan derechos sociales en una Constitución, ya que no hay acuerdo amplio en las sociedades sobre cómo deben distribuirse los recursos materiales. En caso de que ya estén consagrados, los tribunales solo deben garantizar “los márgenes” de esos derechos (Rosenkrantz, 2003: 245, 249, 251). En la audiencia de marzo de 2016 ante el Senado, fue consultado sobre su pensamiento acerca de la exigibilidad de los derechos sociales.³ Primero definió su artículo de 2003 como “teórico”, orientado a responder una pregunta: ¿por qué la mayoría de las constituciones del mundo “tienen un adecuado mandato para la distribución de los derechos civiles y políticos”, pero no para los recursos económicos? No aclaró cómo se configuraba ese “adecuado mandato” o por qué tenía ese carácter. Sin embargo, de su intervención parece deducirse que la adecuación proviene de que haya un consenso más amplio en un área que en otra (en línea con lo expuesto en su escrito de 2003). Aclaró también que su texto no se aplicaba a la Argentina y agregó que considera “muy importante” al “momento constitucional” de 1949. En cuanto al tema de fondo, señaló que, en su opinión, “los derechos económico-sociales son ejecutables”, y expresó su coinciden-

3. La versión taquigráfica de la sesión puede consultarse en <https://concursostransparentescsjn.files.wordpress.com/2016/03/vt-acuerdos-10-03-16.doc>

cia con el fallo “Q. C.”, agregando que la jurisprudencia de la Corte es “muy ilustrativa y plausible”.

Ante otra pregunta, Rosenkrantz volvió sobre el derecho a la vivienda. Tras insistir en que no creía que haya derechos no ejecutables, indicó que sí “hay condiciones que hacen a la ejecutabilidad de los derechos”. Frente al déficit de tres millones de viviendas, explicó, “sin duda” existe el derecho a la vivienda, pero los jueces no pueden honrarlo en todos los casos. Sí pueden hacerlo “en casos en donde los poderes públicos han tomado ciertas decisiones”. Y ofreció un ejemplo: “si se instrumenta un plan de vivienda nacional o estadual, la justicia puede determinar si en un caso particular la concesión de una vivienda o la falta de concesión –la acción o la omisión– es constitucionalmente aceptable”. Añadió que cuando el Poder Judicial intenta “realizar derechos que se mantienen deshonrados por tanto tiempo y frente a tanta gente [...] los únicos que van a encontrar solución son los primeros que vienen. Y esto es terriblemente injusto”, porque “[l]os más pobres no acceden a abogados, ni acceden a tribunales”.

En síntesis, el nuevo integrante de la Corte expresó su acuerdo con la línea de “Q. C.” y dio, además, una razón ética para que no sea el Poder Judicial el que ponga en vigor ese derecho: no premiar a quienes llegan primero. Como veremos más abajo, es un problema que merece atención, aunque cabe señalar que también ocurriría en los casos en que los otros poderes hayan definido programas y los excluidos interpongan reclamos (administrativos o de otra clase). En otras palabras: no es una dificultad exclusivamente ligada a la exigibilidad judicial, sino que puede darse en actuaciones frente al Ejecutivo o al Congreso. La postura de Rosatti sobre el derecho a la vivienda se halla en su *Tratado de derecho constitucional*, publicado en 2010. Allí explica

que el art. 14 bis no impone “un deber reclamable judicialmente al Estado, sino un programa de responsabilidad estatal y social, pudiendo satisfacerse plenamente con el acceso a la propiedad y —menos plenamente— con el acceso facilitado a la locación de la vivienda por parte de los carecientes” (Rosatti, 2010: 675). Esta posición le quita al derecho a la vivienda su exigibilidad judicial, salvo bajo la forma de una política pública. Tampoco parece que la existencia de esa política pueda reclamarse ante un tribunal.

Luego, en la audiencia ante la Comisión de Acuerdos, Rosatti recibió dos preguntas sobre esta posición doctrinaria.⁴ Respondió señalando su coincidencia con la posición de la Corte Suprema en “Q. C.”, subrayando que las políticas debían ir en un sentido progresivo. Sin embargo, separó expresamente derechos como la libertad personal, cuya garantía consideró inmediata (a través del hábeas corpus) de otros derechos, como la vivienda. Para este caso rescató la noción de operatividad “derivada”. Explicó que ello es “mucho más que una expectativa”; “es un derecho, un derecho, pero que se ejercita en función de una política pública general”.

Aquí cabe objetar que si un derecho solo se puede ejercer en el marco de una política general, entonces el Congreso o el Ejecutivo pueden postergar indefinidamente el goce de un derecho: les basta no crear la política respectiva. Si se adopta el punto de vista de Rosatti, no tendría ningún sentido adoptar derechos de rango constitucional si los poderes constituidos (y sujetos a la supremacía constitucional) pueden incumplirlos indefinidamente, o someterlos a su discrecional-

4. Puede consultarse la versión taquigráfica de la sesión en <https://concursostransparentescsjn.files.wordpress.com/2016/03/vt-acuerdos-3-3-161.doc>

lidad o voluntad política. En algún punto, los derechos de jerarquía constitucional deben resultar exigibles incluso contra esa voluntad de los poderes constituidos; de lo contrario, no tendrían diferencia con las normas infraconstitucionales. Rosatti atenúa esta posición en la audiencia al decir que los pasos dados por esos poderes no podrían ser revertidos, y agrega —aunque de modo indirecto— que los casos “dramáticos”, tales como el analizado en “Q. C.”, podrían habilitar la exigibilidad judicial.

La lectura de los textos firmados por ambos ministros y de sus exposiciones ante el Senado permite concluir que —en principio— la visión de la Corte sobre la exigibilidad judicial del derecho a la vivienda no se expandirá. O quizás, incluso, puede preverse algún estrechamiento de la doctrina, agregando algunos requisitos más a los ya planteados para configurar el “caso desesperante”.

V. DIFICULTADES Y DESACUERDOS

Posiciones como las de los dos nuevos ministros de la Corte se basan, en general, en dos objeciones reiteradas a la exigibilidad judicial de los derechos sociales, y del derecho a la vivienda en particular. Se trata de lo que podemos denominar “objeción democrática” y “objeción técnica”. La primera señala que deben ser los poderes legitimados por el voto popular (el Ejecutivo y el Legislativo) quienes definan las maneras de cumplir con el derecho a la vivienda. Se confía en que el proceso político corregirá las omisiones e insuficiencias en el actuar de esos poderes; por supuesto, sigue siendo discutible cómo podrían personas sin vivienda (o sin salud, o sin educación, o sin trabajo) intervenir significativamente en el debate político o en es-

trategias para presionar a los entes estatales. La segunda objeción se centra en que los tribunales no tendrían los conocimientos suficientes (sobre administración, economía, salud, educación, etc.) para definir el alcance concreto de los derechos sociales, especialmente si su incumplimiento es generalizado.

Ambas objeciones son atendibles, aunque no son aplicables solo a los derechos sociales. La menor legitimidad democrática relativa de los tribunales aconsejaría, también, que sean organismos electoralmente legitimados los que resuelvan si puede criminalizarse la tenencia de drogas para uso personal. La falta de conocimientos técnicos, a su turno, haría discutible que la magistratura defina si una determinada ley de comunicación audiovisual afecta o no la libertad de expresión en el siglo XXI. Sin embargo, en ambos ejemplos, la intervención judicial no solo fue buscada por las partes, sino —en general— aceptada por la sociedad.

Por lo tanto, frente a ambas objeciones pueden tomarse dos caminos. El primero es basarse en ellas para negar la exigibilidad de los derechos sociales, o condicionarlas a la existencia de casos “desesperantes”, o subordinar los derechos a las decisiones discrecionales de los poderes políticos. El problema con esta posición es que no da cuenta del carácter de derechos constitucionales que presentan los derechos consagrados en el art. 14 bis de la Constitución Nacional y en el PIDESC. Y además, no explica por qué no se llega a la misma conclusión con el contenido del Pacto de Derechos Civiles y Políticos (PDCP).

El segundo camino consiste en partir de la noción de exigibilidad (incluso judicial) y luego buscar mecanismos que alivien los obstáculos señalados por ambas objeciones. No se buscan excusas para negar

la exigibilidad, sino garantizarla a pesar de las complicaciones, ampliando la gama de respuestas judiciales (Gargarella, 2007: 143).

Aceptamos, entonces, que existen en este ámbito dificultades y desacuerdos. Entendemos por “dificultades” aquellos problemas serios que impiden, justificadamente, la completa satisfacción de un derecho. Ello debe demostrarse con el aporte de las ciencias y con la discusión abierta y crítica de esos mismos aportes. Del mismo modo, corresponde analizar los problemas derivados de las consecuencias de hacer valer un derecho sobre la situación de otros derechos. No son genuinas “dificultades”, entonces, la simple falta de voluntad política o la fijación de otras prioridades que no sean el cumplimiento de derechos.

Los “desacuerdos”, en cambio, son las discrepancias racionalmente fundadas o “fundables” en torno a la interpretación de un derecho como parte del diálogo social permanente en torno a la hermenéutica constitucional. No aludimos aquí, en cambio, al rechazo ideológico del texto constitucional o de sus principios. Si bien es respetable la posición contraria –por ejemplo– al liberalismo político, al constitucionalismo social o la intervención del Estado en la economía, tales argumentos son relevantes en el marco de una convención constituyente. Frente a un texto ya aprobado, toda propuesta interpretativa debe partir del texto y no de lo que la Constitución debería haber dicho. En ese sentido, por ejemplo, la idea de que los derechos sociales no tendrían que estar en una constitución no puede utilizarse como criterio hermenéutico para un texto como el argentino, que ya los consagra. Frente a los desacuerdos genuinos, los tribunales, por su menor legitimidad democrática relativa, deben dar ingreso a esas ideas mediante vías procesales específicas.

No es posible aquí desarrollar exhaustivamente cómo se pueden su-

perar las dificultades y los desacuerdos manteniendo siempre la idea de la exigibilidad como regla para todo derecho. Sin embargo, podemos señalar al menos dos formas que incluso la Corte argentina ha experimentado en los últimos años. Nuestra propuesta pasa por revisar estas alternativas (o encontrar otras) para configurarlas en torno al objetivo de asegurar la exigibilidad.

La primera es la apertura a la deliberación (Scott y Macklem, 1992: 137-147): crear instancias judiciales para que las partes (y otros eventuales actores) discutan la cuestión planteada, aportando información y argumentos. Generalmente se lleva adelante mediante la audiencia pública. Es una modalidad utilizada por la Corte argentina en los casos “Verbitsky” (*Fallos*, 328:1146, 03 de mayo de 2005), “Mendoza” (*Fallos*, 329:2316, 20 de junio de 2006) y “Orellano” (07 de junio de 2016), por citar solo tres de los más conocidos (Bergallo, 2014; Gargarella, 2014). A través de la Acordada 30, la Corte fijó en 2007 algunas pautas para la realización de las audiencias públicas.

Esto puede complementarse con un seguimiento judicial (por sí o mediante otra institución delegada), para evaluar cómo se llevan adelante las medidas que, en el marco de la deliberación, puedan haber acordado las partes o definido el tribunal; así lo hizo, por ejemplo, la Corte Constitucional sudafricana en el caso “Grootboom”, decidido en 2000 (Pisarello, 2003: 209).

La segunda forma es el reenvío, es decir, volver a someter la cuestión a los órganos electivos (Fabre, 2000: 148) según su competencia. Esto resulta útil frente a desacuerdos que solo puedan dirimirse en la deliberación propia del parlamento. Parece menos adecuada la remisión al Ejecutivo: allí la deliberación no tiene un rol prominente;

sin embargo, puede ser la única alternativa si la cuestión en debate cae dentro de las competencias del Ejecutivo.

Al igual que en el caso de la apertura a la deliberación, esta modalidad de reenvío puede combinarse con un seguimiento judicial, como así también con la fijación de plazos para que se resuelva, o con un control posterior sobre la constitucionalidad de la solución adoptada. La CSJN ha utilizado un mecanismo similar al reenvío en un caso relativo a la movilidad jubilatoria: “Badaro” (*Fallos*, 329:3089, 08 de agosto de 2006). Allí el tribunal reconoció que el reclamante se hallaba privado de un derecho constitucional, pero señaló que no resultaba “apropiado” que ella fijara “sin más la movilidad que cabe reconocer en la causa”, debido a la “trascendencia de esa resolución” y la “complejidad” de las cuestiones en juego (considerando 16^o). Sin embargo, el fallo no incluía razones técnicas o información que demostrara las dificultades concretas que el tribunal afrontaba para definir la cuestión. La Corte resolvió “comunicar al Poder Ejecutivo Nacional y al Congreso de la Nación el contenido de esta sentencia a fin de que, en un plazo razonable, adopten las medidas” de actualización. Como el Congreso no respondió, el tribunal retomó el caso poco más de un año más tarde (*Fallos*, 330:4866, 26 de noviembre de 2007) y fijó un criterio de movilidad jubilatoria solo para el caso reclamado, sin extenderlo a las demás personas en igual situación. Tampoco se explica en este segundo fallo por qué las dificultades aludidas en el primero se habían desvanecido.

Se trata, como vemos, de dos modalidades que pueden contribuir — aunque necesitan todavía muchas mejoras — a superar las dificultades y los desacuerdos que puedan existir en materia de derechos (no solo sociales), siempre y cuando se mantenga la exigibilidad judicial como objetivo al que debe servir cualquier innovación procesal.

VI. PALABRAS FINALES

En síntesis, hemos revisado aquí la situación de la exigibilidad del derecho a la vivienda desde dos puntos de vista centrales. El primero se basa en los compromisos constitucionales del Estado argentino: a lo largo del tiempo, y especialmente a partir de la reforma de 1994, el derecho a la vivienda ha quedado consagrado en la Constitución, como así también las vías judiciales para su reclamo frente al incumplimiento. El segundo eje de análisis se halla en la línea adoptada por la Corte Suprema, que no ha impreso ni la velocidad ni la profundidad suficientes a la puesta en vigencia de este derecho por vía judicial, incluso en sus fallos más recientes. Añadimos que las posiciones de los dos nuevos ministros del tribunal tampoco hacen presumir que la situación mejore. Frente a ello, señalamos dos vías ya conocidas para acercar la acción judicial al compromiso constitucional argentino, superando en la mayor medida posible las dificultades técnicas y los desacuerdos interpretativos que el derecho a la vivienda, al igual que todos los demás derechos, plantean a los tribunales.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- Abramovich, V. y Courtis, Ch. (2002). *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta.
- (2003). Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales. En V. Abramovich, M. J. Añón y Ch. Courtis (comp.), *Derechos sociales. Instrucciones de uso* (pp. 55-78). México: Fontamara.
- Azrak, D. y Valentini, M. G. (2014). El derecho constitucional a la vivienda digna y adecuada, una propuesta interpretativa. En J. C. Rivera, J. S.

- Elías, L. S. Grosman y S. Legarre (dir.), *Tratado de los derechos constitucionales*, tomo II (pp. 1128-1177). Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Bergallo, P. (2014). La causa “Mendoza”: una experiencia de judicialización cooperativa sobre el derecho a la salud. En R. Gargarella (comp.), *Por una justicia dialógica. El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática* (pp. 245-291). Buenos Aires: Siglo XXI.
- Caramelo, G. (2011). Locación de inmuebles para vivienda y derechos humanos, *Doctrina Judicial*, 30 de noviembre.
- Centro de Estudios Legales y Sociales (2016). Nota elevada al Ministro de Justicia, Germán Garavano. Recuperado de <https://t.co/mP7DlwV1RH>
- Comité de Naciones Unidas sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (2011). Observaciones Finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales-Argentina, E/C.12/ARG/CO/3. Recuperado de http://www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/docs/co/E-C-12-ARG-CO-3_sp.doc
- Craven, M. C. R. (1995). *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. A perspective on its development*. Oxford: Clarendon Press.
- Delamata, G. (2013). Movimientos sociales, activismo constitucional y narrativa democrática en la Argentina contemporánea. *Sociologías* 15 (32), 145-180.
- Fabre, C. (2000). *Social rights under the constitution. Government and the decent life*. Oxford: Oxford University Press.
- Ferniot, C. (2015). Políticas públicas y derecho a la vivienda: el Programa de Crédito Argentino. En H. Etchichury y M. Álvarez (coord.), *Encuentros y (des)encuentros entre las políticas públicas y los derechos sociales* (pp.

- 139-172). Córdoba: CIJS-GIDES. Recuperado de <http://GidesCordoba.blogspot.com>
- Gargarella, R. (2007). ¿Democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales? En M. Alegre y R. Gargarella (coord.), *El derecho a la igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario* (pp. 121-144). Buenos Aires: LexisNexis.
- (2014). El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de frenos y contrapesos. En R. Gargarella (comp.), *Por una justicia dialógica. El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática* (pp. 119-158). Buenos Aires: Siglo XXI.
- Gelli, M. A. (2005). *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada* (3ª ed.). La Ley: Buenos Aires.
- González, H. (2006). El desarrollo de los derechos a la seguridad social y la prohibición de la regresividad en Argentina. En Ch. Courtis (comp.), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales* (pp. 193-253). Buenos Aires: Del Puerto.
- Habermas, J. (1998). *Facticidad y validez*. Madrid: Trotta.
- Holmes, S. y Sunstein, C. (1999). *The cost of rights. Why liberty depends on taxes*. Nueva York: W. W. Norton.
- Jiménez, E. P. (2015). El derecho de toda persona a interponer acción expedita y rápida en defensa de sus derechos constitucionales. Análisis del artículo 43 de la Constitución Nacional. En M. Bernal, C. Pizzolo y A. Rossetti, (coord.), *¿Que veinte años no es nada! Un análisis crítico a veinte años de la reforma constitucional de 1994 en Argentina* (pp. 327-353). Buenos Aires: Eudeba.

- Pisarello, G. (2003). *Vivienda para todos: un derecho en (de)construcción. El derecho a una vivienda digna y adecuada como derecho exigible*. Barcelona: Icaria.
- Rolnik, R. (2011). *Informe de la Relatora Especial sobre una vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado, y sobre el derecho a la no discriminación en este contexto*. Naciones Unidas. Recuperado de <http://daccess-ods.un.org/access.nsf/Get?Open&DS=A/HRC/19/53/Add.1&Lang=S>
- Rosatti, H. (2010). *Tratado de Derecho Constitucional*, tomo I. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.
- Rosenkrantz, C. (2003). La pobreza, la ley y la Constitución. En A. Bullard et al, *El derecho como objeto e instrumento de transformación* (pp. 241-257). Buenos Aires: Del Puerto.
- Rossetti, A. (2015). A veinte años de la reforma constitucional de 1994 en Argentina. En M. Bernal, C. Pizzolo, y A. Rossetti (coord.), *¿Que veinte años no es nada! Un análisis crítico a veinte años de la reforma constitucional de 1994 en Argentina* (pp. 15-29). Buenos Aires: Eudeba.
- Rossetti, A. y Etchichury, H. J. (2015). Siete días después: ¿golpe institucional o mero cumplimiento de la Constitución? *Comercio y Justicia*, 21 de diciembre de 2015, (p. 13A).
- Sagüés, N. P. (1999). *Elementos de Derecho Constitucional*, tomos I y II. Buenos Aires: Astrea.
- Sandler, H. (1974). Reflexiones para un estudio crítico del derecho civil. *Libreración y Derecho* (1), 169-195.

- Scott, C. y Macklem, P. (1992). Constitutional ropes of sand or justiciable guarantees? Social rights in a new South African constitution. *University of Pennsylvania Law Review* (141), 1-148.
- Sepúlveda, M. (2014). *De la retórica a la práctica: el enfoque de derechos en la protección social en América Latina*. Santiago de Chile: CEPAL.

*El análisis
presupuestario:
el gran ausente
a la hora de
resolver amparos en
materia de derecho
a la vivienda¹*

SEBASTIÁN ALEJANDRO REY

1. El presente trabajo es una versión modificada del artículo de mi autoría: Rey, S. A. (2013) ¿Existe un derecho a la vivienda adecuada en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires? *Revista de Derechos Humanos*, I(2).

I. INTRODUCCIÓN

A nivel normativo, el derecho a la vivienda adecuada ha sido reconocido en numerosos tratados e instrumentos internacionales entre los que se destacan el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante, PIDESC),² la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer,³ la Convención sobre los Derechos del Niño⁴ y la Carta de la Orga-

2. Artículo 11.1: “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento”.

3. Artículo 14.2: “Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en las zonas rurales a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, su participación en el desarrollo rural y en sus beneficios, y en particular le asegurarán el derecho a: [...] h. Gozar de condiciones de vida adecuadas, particularmente en las esferas de la vivienda, los servicios sanitarios, la electricidad y el abastecimiento de agua, el transporte y las comunicaciones”.

4. Artículo 27.3: “Los Estados Partes, de acuerdo con las condiciones nacionales y

nización de Estados Americanos.⁵ Por otra parte, este derecho está íntimamente relacionado con otros derechos humanos como, a modo de ejemplo, el derecho a la salud, a la vida digna, a la alimentación y al agua.

En el ámbito internacional, el órgano que ha analizado con mayor detenimiento el contenido de este derecho ha sido el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC), posiblemente porque el PIDESC sea la más amplia, y quizás la más importante, de todas las disposiciones sobre la materia. Así, en su Observación General N° 4 señaló que “el derecho a la vivienda no se debe interpretar en un sentido estricto o restrictivo que lo equipare, por ejemplo, con el cobijo que resulta del mero hecho de tener un tejado por encima de la cabeza o lo considere exclusivamente como una comodidad. Debe considerarse más bien como el derecho a vivir en seguridad, paz y dignidad en alguna parte”, a lo que agregó que el concepto de vivienda adecuada “significa disponer de un lugar donde poderse aislar si se desea, espacio adecuado, seguridad adecuada, iluminación y ventilación adecuadas, una infraestructura básica adecuada y una situación adecuada en relación con el trabajo y los servicios básicos, todo ello a un costo razonable” (Comité DESC, 1991, párrafo 7).

con arreglo a sus medios, adoptarán medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a este derecho y, en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda”.

5. Artículo 34: “Los Estados miembros convienen en que la igualdad de oportunidades, la eliminación de la pobreza crítica y la distribución equitativa de la riqueza y del ingreso, así como la plena participación de sus pueblos en las decisiones relativas a su propio desarrollo, son, entre otros, objetivos básicos del desarrollo integral. Para lograrlos, convienen asimismo en dedicar sus máximos esfuerzos a la consecución de las siguientes metas básicas: [...] k. Vivienda adecuada para todos los sectores de la población”.

Para el Comité no quedan dudas de que los Estados “deben otorgar la debida prioridad a los grupos sociales que viven en condiciones desfavorables concediéndoles una atención especial. Las políticas y la legislación, en consecuencia, no deben ser destinadas a beneficiar a los grupos sociales ya aventajados a expensas de los demás” (Ídem, párrafo 11).

Finalmente, señaló que los Estados “deberían asegurar que una proporción sustancial de la financiación se consagre a crear condiciones que conduzcan a un número mayor de personas que adquieren vivienda adecuada” (Ídem, párrafo 19).

Por otra parte, no debe olvidarse que al derecho a la vivienda se le aplican los mismos estándares que al resto de los derechos económicos, sociales y culturales (en adelante, DESC). Por ende, si bien se rige por los principios de progresividad al estar sujeto a la disponibilidad de los recursos estatales y no regresividad, lo cierto es que los Estados Partes asumen una obligación mínima inderogable destinada a asegurar la satisfacción de, por lo menos, ciertos niveles esenciales de cada uno de los derechos allí previstos, pues sin esta obligación mínima el PIDESC carece de su razón de ser (Comité DESC, 1990, párrafo 10).

Muchos jueces equivocadamente consideran que el estándar de satisfacción de “niveles esenciales” que disponen los tratados de derechos humanos se aplica en todo momento, aunque en realidad, por lo básico de su contenido, se aplica únicamente a situaciones de grave emergencia económica y social. Ello obedece a que los estándares de dichos tratados se aplican a todos los Estados, pero la situación en Noruega es claramente distinta a la de Haití. Por ende, resulta evidente que a ambos Estados no se le exigirán las mismas medidas en

materia de DESC a los fines de respetar la obligación de desarrollo progresivo. Sin embargo, existe una obligación general aplicable a todas las partes que se vincula con la erradicación de la marginalidad más extrema: cuando se piensa en que se les garantice a todas las personas la vivienda básica, se está pensando en situaciones de limitaciones graves de recursos causadas por prolongados procesos de recesión económica o por otros factores, como podrían ser desastres naturales, que exceden las posibilidades de los Estados de desarrollar progresivamente los DESC e implican un retroceso en su goce. Es ahí donde aparecen los niveles mínimos de goce de cada derecho, no en situaciones de normalidad.

En el ámbito interno, el derecho a una vivienda adecuada tiene reconocimiento constitucional tanto por la incorporación con jerarquía constitucional de los instrumentos internacionales de derechos humanos del artículo 75, inciso 22, cuanto por el reconocimiento expreso estipulado en el artículo 14 bis del derecho al acceso a una vivienda digna.

A nivel de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA), el derecho a la vivienda se encuentra estipulado en los artículos 20, 31 y 40 de la Constitución y existen programas que otorgan subsidios a personas en situación de calle, sin resolver de manera permanente su problemática de vivienda: el Decreto N° 690/06, que asiste a las familias o personas que se encuentren en situación de calle efectiva y comprobable,⁶ y el

6. Además, los beneficiarios deben reunir las siguientes condiciones: a) ser residente de la CABA con una antigüedad mínima de dos años; b) poseer ingresos menores a la línea de pobreza fijada por el Instituto Nacional de Estadística y Censos u organismo local competente que se establezca; c) presentar la documentación exigida por las normas reglamentarias del decreto a fin de acreditar los requisitos necesarios para acceder al Programa; y d) estar inscriptos en el Registro Único de Beneficiarios.

Decreto N° 960/08, que establece el monto que se entrega como subsidio. En el presente trabajo se analizará, en un primer término, el criterio establecido por el Tribunal Superior de Justicia de la CABA en materia de acceso a la vivienda a partir del fallo “Alba Quintana”. Luego se esbozarán las principales líneas argumentativas del fallo “Quisberth Castro c/ GCBA” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) que estableció algunos parámetros que los tribunales inferiores deben seguir. Seguidamente, se hará referencia a la incidencia del fallo en la jurisprudencia posterior del Tribunal Superior de Justicia de la CABA. Por último, se hará referencia al gran ausente en todos los casos mencionados: el análisis del presupuesto aprobado en materia de vivienda. No debe perderse de vista que uno de los requisitos principales al momento de evaluar una política pública en materia de DESC es la utilización del máximo de los recursos disponibles. Por ende, señalaré cómo entiendo que los jueces deberían haber resuelto los casos mencionados para darle sentido a la idea de la justiciabilidad de los DESC.

II. EL DERECHO A LA VIVIENDA ADECUADA EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA. EL FALLO “ALBA QUINTANA”

En mayo de 2010, el Tribunal Superior de Justicia de la CABA dictó el fallo “Alba Quintana”, donde fijó la interpretación que debía darse al derecho a la vivienda adecuada en el ámbito local. El Sr. Alba Quintana interpuso una acción de amparo contra el gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (GCBA) para que se le continúe brindando el subsidio habitacional previsto en el Decreto N° 690/06 que ya había utilizado. Los jueces Conde y Lozano rechazaron el amparo teniendo en cuenta que el resultado que la Constitución local pone a cargo del

Estado no es de cumplimiento instantáneo (TSJ, 2010, considerando 4°). Para los magistrados:

la Ciudad de Buenos Aires no está obligada a proporcionar vivienda a cualquier habitante del país, o incluso del extranjero, que adolezca de esa necesidad. Su obligación se concreta en fijar programas y condiciones de acceso a una vivienda, dentro de las capacidades que sus posibilidades le permitan conforme el aprovechamiento máximo de los recursos presupuestarios disponibles (considerando 5°.2).

En cuanto al análisis de la progresividad del goce del derecho y la prohibición de regresividad, los jueces insistieron con que no se puede examinar en el caso concreto de una persona y que el Decreto N° 960/08 aumentó el importe del subsidio habitacional, lo que sería la prueba de un aumento de los recursos destinados a garantizar la vivienda y resolver progresivamente el déficit habitacional (considerando 14°).

III. EL FALLO “QUISBERTH CASTRO” DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

En abril de 2012, poco menos de dos años después del fallo “Alba Quintana”, la CSJN tuvo que resolver un amparo contra el GCBA en materia de vivienda. El caso no refleja realmente el criterio restrictivo que la CSJN ha adoptado en materia de derecho a la vivienda, donde en general se niega a declarar admisibles los recursos extraordinarios. Sin embargo, en este caso la amparista era una mujer extranjera con un hijo de seis años con una discapacidad congénita de tipo neurológico que afectaba gravemente su desarrollo intelectual. Es decir, la CSJN le dio la razón a una amparista que se encontraba

en una situación de especial vulnerabilidad, no a un hombre adulto sin trabajo ni vivienda.

Para el tribunal “no es función de la jurisdicción determinar qué planes concretos debe desarrollar el gobierno” (2012, considerando 11°). Sin embargo, la CSJN destaca que los derechos fundamentales que consagran obligaciones de hacer, a cargo del Estado con operatividad derivada, como sería el derecho a la vivienda, están sujetos al control de razonabilidad por parte del Poder Judicial. Esta interpretación permite hacer compatible la división de poderes, la discrecionalidad política del Poder Ejecutivo y del Congreso con respecto a las necesidades mínimas de los sectores más desprotegidos cuando estos piden el auxilio de los jueces (considerando 12°).

Si bien comparto la idea de que es el Poder Legislativo y no el Judicial el responsable de decidir la manera en que se deben garantizar los derechos toda vez que allí se expresan los distintos sectores de la sociedad, la función de revisión judicial que desarrollan los jueces tiene una gran utilidad. Como destacan Abramovich y Courtis, “si bien el Poder Judicial es el menos adecuado de los poderes del Estado para realizar planificaciones de política pública, una sentencia puede constituir un vehículo importante para canalizar hacia los poderes políticos las necesidades de la agenda pública” (1997: 300-301). De esta manera, un pronunciamiento de la CSJN sobre los alcances del derecho a la vivienda ayuda a promover la deliberación democrática al dirigir la atención pública a intereses que de otra manera serían ignorados en la vida política diaria.

En igual sentido, el Comité DESC advirtió que “aunque haya que respetar las competencias respectivas de los diversos poderes, es conveniente reconocer que los tribunales ya intervienen generalmente

en una gama considerable de cuestiones que tienen consecuencias importantes para los recursos disponibles” (1998, párrafo 10).

La parte más débil del fallo de la CSJN se relaciona con la discusión sobre los recursos destinados por el GCBA a garantizar el derecho a la vivienda adecuada.

El análisis a realizar en este caso es similar al desarrollado por la jueza Ruiz en su voto disidente en “Alba Quintana”. En ese caso, el Estado debía justificar por qué sus recursos no le permitían seguir atendiendo las necesidades de quienes reclamaban judicialmente por la afectación de un derecho constitucional básico, como es el de la vivienda digna (TSJ, 2010, disidencia de la jueza Ruiz, punto 5). Esa circunstancia no se había probado dado que el GCBA no había demostrado la imposibilidad de continuar asistiendo al actor. Como bien señala Ruiz, la obligación de desarrollar progresivamente los DESC, que surge del artículo 2 del PIDESC, está íntimamente relacionada con el compromiso de los Estados de adoptar medidas hasta el máximo de los recursos de que disponga. Para la jueza

el GCBA debió probar que no subejecutó las partidas correspondientes a los programas de vivienda, o bien que esas partidas ya habían sido asignadas a otros beneficiarios, o bien acreditar que priorizó la atención de políticas públicas destinadas a la protección de los derechos y dar razones suficientes para habilitar un juicio de ponderación entre las distintas políticas públicas involucradas (Ídem, punto 7).

En “Quisberth Castro” la defensa del GCBA consistió en que el presupuesto era “inelástico” y, por esa razón, “cada uno de los casos va chocando contra la limitación presupuestaria” que establece la ley local. La CSJN entendió que “el argumento de la utilización de los

máximos recursos disponibles parece subordinado a un análisis integral por parte de la Ciudad de la asignación de sus recursos presupuestarios” (2012, considerando 14°). Por lo tanto, concluyó que “aun cuando el esfuerzo económico estatal es considerable, no parece ser el resultado de un análisis integral para encontrar la solución más eficiente y de ‘bajo costo’” (considerando 15°). En igual sentido, el principio 23 de los Principios de Limburgo sobre la Aplicación del PIDESC señala que la obligación del logro progresivo existe independientemente de cualquier aumento de recursos, en tanto requiere de una utilización eficaz de los recursos de que se disponga.

Entiendo que el análisis sobre la eficiencia o el bajo costo de los programas resulta sumamente interesante, pero la CSJN lo efectuó de manera muy liviana. Es al menos complejo y democráticamente controversial en lo que hace a la división de poderes que un tribunal determine si un programa de vivienda es mejor que otro, o que se podría haber realizado con un menor costo, porque claramente implicaría la realización o diagramación de una política pública.

Diferente hubiera sido si, al igual que el juez Petracchi, la CSJN hubiera analizado la falta de demostración por parte de la demandada de la utilización del máximo de los recursos disponibles, cuestión justiciable en materia de DESC. Lúcidamente el fallecido magistrado afirmó que

la demandada debería haber acreditado, por lo menos, que los recursos con que cuenta el gobierno local han sido utilizados y ejecutados al máximo nivel posible; y que la organización y distribución del presupuesto ha tenido en cuenta la prioridad que la Constitución asigna a la satisfacción de los derechos fundamentales (Ídem, considerando 17°).

Sin embargo, el GCBA no cumplió siquiera mínimamente con esa carga probatoria. No aportó información fehaciente y concreta sobre las restricciones presupuestarias alegadas y se limitó a realizar afirmaciones teóricas y abstractas en el sentido de que los recursos económicos son escasos por naturaleza, y que el Gobierno debe atender múltiples actividades y necesidades de la población (CSJN, 2012, voto del juez Petracchi, considerando 17°).

IV. IMPACTO EN LA JURISPRUDENCIA POSTERIOR DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

Con posterioridad a “Quisberth Castro”, el TSJ no modificó en lo sustancial su criterio jurisprudencial sumamente restrictivo en materia de acceso a una vivienda adecuada. Solo realizó algunos pequeños retoques que se mencionarán a continuación.

En un primer pronunciamiento se rechazó la demanda, puesto que el grupo familiar actor –tres personas adultas con buen estado de salud– no se encontraba comprendido entre aquellos con prioridad en el acceso a las prestaciones de las políticas sociales que brinda el GCBA, por lo que no debía renovarse el subsidio: no presentaba situación de riesgo habitacional, no se encontraban en situación de calle ni tenían un estado de vulnerabilidad social ni de emergencia. En un breve voto conjunto, los jueces Lozano y Conde dijeron que el recurrente no se hizo cargo mínimamente de la doctrina asentada por la CSJN en “Quisberth Castro”, oportunidad en que dicho Tribunal afirmó “que las normas mencionadas no consagran una operatividad directa, en el sentido de que, en principio, todos los ciudadanos puedan solicitar la provisión de una vivienda por la vía judicial” (20/05/2015, considerando 2°).

Sin embargo, los jueces no hicieron referencia alguna a la prohibición de regresividad y a la obligación del Estado de utilizar el máximo de los recursos disponibles, cuestión que al igual que en ocasiones anteriores no fue pasada por alto por la jueza Ruiz en su voto en soledad. La magistrada correctamente advirtió que

en el caso, el GCBA no ha demostrado que hubiera destinado el máximo de los recursos de que dispone al cumplimiento de las obligaciones reseñadas. El GCBA debió probar que ejecutó en su totalidad las partidas presupuestarias correspondientes a los programas de vivienda o bien que aquellas partidas ya habían sido asignadas o empleadas en cumplimiento del orden de prioridades que fija la Constitución; o acreditar que priorizó la atención de otras políticas públicas y dar razones suficientes para habilitar un juicio de ponderación entre unas y otras. Solo en esas condiciones quedaría eximido de satisfacer la legítima pretensión de quien acciona (TSJ, 20 de mayo de 2015, voto de la jueza Ruiz, considerando 5°).

Por otra parte destacó que

está probado que la parte actora obtuvo, mediante la actividad del Estado local una mejoría temporal (pero precaria) de sus condiciones habitacionales [...] cuando los amparistas dejan de percibir el subsidio otorgado por la parte demandada de modo que se verifica con toda claridad la afectación del derecho a la vivienda adecuada ante la pérdida de la asistencia lograda (regresividad). En efecto, existe un nítido retroceso en el nivel de goce del derecho, al punto que este llega a suprimirse por completo (considerando 6°).

Más interesante aun es la reflexión de la magistrada con relación al estándar probatorio que se les exigiría a los accionantes para probar su vulnerabilidad. Ruiz critica a la Cámara toda vez que

la decisión de las juezas a quo evidencia en su concepción la existencia de una suerte de ranking de miserias según el cual la Sra. Soto Chamarro y los Sres. Fuentes Obregón y Fuentes Soto no reunirían suficientes desgracias. Los magistrados no se hacen cargo de que se trata de una mujer de 50 años y un hombre de 53 años, que se sostienen a sí mismos y a su hijo mayor de edad —que no tiene empleo— con los exiguos ingresos que obtienen en la economía informal. Las magistradas eligen no dar cuenta, además, de una coyuntura que dificulta el ingreso al mercado del trabajo formal y adecuadamente remunerado, y del obstáculo —en ocasiones insalvable— que la condición de migrantes, la edad y la precariedad habitacional constituyen para ese fin (considerando 6°).

En el otro precedente que se debe destacar, la Sra. Neumann y el Sr. Gonza habían obtenido una sentencia favorable en primera instancia, pero la Cámara revocó la sentencia de grado respecto del último, puesto que poseía “un adecuado estado de salud, es mayor y no hay noticias de que se encuentre aquejado por ningún padecimiento grave” (10/06/15, considerando 2°.1). En relación con la primera afirmó que tenía 28 años de edad, no se encontraba inserta en el mercado formal de trabajo y estaba bajo tratamiento psicoterapéutico y psicofarmacológico.

Los jueces Lozano y Conde confirmaron la sentencia toda vez que el GCBA no acreditó la aplicación de recursos para subsidiar a personas

que estuvieran en una situación preferente frente a quienes les denegaban el beneficio, ya sea por padecer una mayor necesidad o porque estando en igual situación la medida del beneficio acordado era menor a la reconocida (TSJ, 10/06/15, voto jueces Lozano y Conde, considerando 1º.2). Nuevamente no hay análisis alguno sobre la prohibición de regresividad y la ejecución del presupuesto destinado a vivienda. Por su parte, el juez Casás señaló que el recurrente no desarrolló fundamentación alguna para equiparar su situación con los hechos del caso “Quisberth Castro” por lo que no correspondía aplicar dicho precedente. Para el magistrado, solo en aquellos casos particulares en los que se encontrara involucrada una persona con discapacidad en una situación de extrema vulnerabilidad social, la CSJN ordenó al Estado local arbitrar mecanismos para solucionar las problemáticas habitacionales (voto del juez Casás, considerando 3º). Resulta llamativo que el magistrado afirme que

dar satisfacción plena, absoluta y sin limitaciones a todo tipo de derechos económicos, sociales y culturales de parte de todos aquellos que, como en el caso, los reclaman a las autoridades del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires constituye una utopía (considerando 4º).

No se pretende que por vía judicial se diseñe política pública ni se solucionen los problemas estructurales de los Estados. Pero so pretexto de que ningún Estado ha logrado que todos sus habitantes tengan una vivienda, los jueces no pueden desconocer su función de verificar la utilización del máximo de los recursos disponibles por parte del Poder Ejecutivo. Ello sin importar lo que haya resuelto la CSJN en “Quisberth Castro” o en otros casos precedentes, dado que la Argen-

tina debe cumplir con la obligación establecida en el artículo 2.1 del PIDESC. Y en el caso de la CABA donde el presupuesto se subejecuta y la plata “sobra”, la posición de los magistrados se vuelve cínica, como demostraré en el apartado siguiente.

V. DERECHO A LA VIVIENDA Y ANÁLISIS DEL PRESUPUESTO. EL REQUISITO DE LA UTILIZACIÓN DEL MÁXIMO DE LOS RECURSOS DISPONIBLES COMO HERRAMIENTA DE LITIGIO

En general, en los casos donde se litiga en materia de derecho a la vivienda se carece de un elemento importante a los fines de evaluar las políticas públicas del Estado: el estudio de la inversión en vivienda en los últimos años. Si bien la carga de la prueba recae en la parte demandada, estos datos tienen gran utilidad para dar por tierra con el argumento de que los DESC son onerosos, que no hay recursos, y por eso hay que privilegiar a algunos y negarles la asistencia a otros y, sobre todo, determinar si se ha cumplido con la obligación de desarrollo progresivo hasta el máximo de los recursos disponibles. Sin embargo, esta información en la actualidad es bastante sencilla de obtener por parte de cualquier persona. Basta con conseguir el presupuesto y luego analizar su grado de ejecución.

Por lo tanto, considero que al momento de resolver los fallos analizados los jueces tenían el deber de examinar la inversión en vivienda del GCBA en los últimos años. A continuación, realizaré dicho análisis utilizando la información que se encontraba disponible en la página web del gobierno en aquel momento.⁷

7. Recuperado de http://www.buenosaires.gob.ar/areas/hacienda/contaduria/contable/cuentas_inversion.php?menu_id=23068 (última visita el 12 de enero de 2013). Todos los cuadros que aparecen con posterioridad fueron elaborados con información

Para estudiar la inversión en vivienda en el ámbito de la CABA correspondía tener en consideración dos aspectos: a) el presupuesto asignado al Instituto de Vivienda de la Ciudad (IVC), organismo que asume la planificación y el desarrollo de los planes de acceso a la vivienda comprendiendo la construcción, la urbanización de tierras y la promoción de la vida comunitaria de sus habitantes, facilitando el acceso a la vivienda mediante políticas de crédito y operatorias que permitan el desarrollo de planes habitacionales o proyectos constructivos (Ley N° 1251), y b) el presupuesto asignado al Ministerio de Desarrollo Social para la asistencia a personas con problemas habitacionales o en situación de calle (subsidios, paradores, hoteles, etc.). Si se analiza el presupuesto de la CABA desde el año 2009 (cuadros 1. A y 1. B)⁸ se desprende que, si bien el presupuesto total del gobierno de la Ciudad se incrementó todos los años, lo cual es una clara muestra de que hubo un crecimiento económico y, por ende, más fondos para invertir en la satisfacción de derechos, el destinado a la Función Vivienda se mantuvo estable, e incluso disminuyó para el año 2013.

Otro dato sencillo de extraer de la información que se encuentra en dicho cuadro es la subejecución del presupuesto destinado a satisfacer la función vivienda en la CABA. En general, se ejecutó un promedio del 55% de los fondos asignados. Por lo tanto, no quedan dudas

obtenida en este enlace.

8. La necesidad de separar en dos cuadros esta información obedece a que las cuenta de inversión de los años 2009-2011 ya se encuentran publicadas, porque se cerraron dichos ejercicios, mientras que para los períodos 2012-2013 únicamente se cuenta con el presupuesto que se le aprobó al GCBA, por lo que dicha información no es aún definitiva.

de que existe una gran cantidad de fondos destinados a satisfacer el derecho a la vivienda en el ámbito de la Ciudad que no han sido utilizados. Por ende, no existían razones válidas para negarle el acceso a una vivienda ni a Alba Quintana ni a cualquier otra persona en situación de calle que hubiera presentado un amparo cumpliendo los requisitos establecidos en la normativa vigente.

Cuadro 1. A

	PRESUPUESTO FINAL DEL GCBA	% VIVIENDA / TOTAL DEL PRESUPUESTO	% EJECUCIÓN
2009	\$ 16.882.159.537	2,71%	65,95%
2010	\$ 21.127.017.339	2,80%	51,68%
2011	\$ 25.422.356.970	3.10%	56,63%

Cuadro 1. B

	PRESUPUESTO PRESENTADO POR EL GCBA	% VIVIENDA / TOTAL DEL PRESUPUESTO
2012	\$ 32.905.436.924	3,07%
2013	\$ 40.549.912.585	2,70%

Asimismo, resulta interesante desagregar el presupuesto total consignado a la función vivienda (Cuadro 2). En efecto, resulta interesante examinar los recursos destinados a bienes de uso, categoría dentro de la que se encuentran, por ejemplo, las construcciones de viviendas nuevas (inciso 4), y cuánto se destinó a transferencias, categoría dentro de la que se encuentran, por ejemplo, el pago de alquileres de los paradores y de habitaciones de hoteles (inciso 6). En igual sentido, se debe tener en cuenta que generalmente los fondos

destinados al pago de sueldos, contribuciones patronales y asignaciones familiares recibidas por los agentes del GCBA (inciso 1) se ejecutan en su totalidad, por lo que el grado de ejecución del presupuesto en lo concerniente a la inversión en vivienda fue siempre menor al que le corresponde a toda la función vivienda o al funcionamiento de todo un programa.

De la información que aparece en el Cuadro 2 también surgen otros datos interesantes. Por ejemplo, en el año 2009 el presupuesto destinado a bienes de uso sufrió una reducción presupuestaria de \$ 189.105.065, mientras que el destinado a transferencias se incrementó en \$ 87.045.807. Pese a ello, solo se ejecutó el 78,49% del primero y el 46,37% del segundo. Asimismo, en el año 2010 el presupuesto destinado al inciso 6 se incrementó en \$ 94.231.591 luego de ser sancionado. Del crédito destinado a bienes de uso, solo se ejecutó el 30,68%, por lo que se gastó más en transferencias a privados que en bienes de uso: \$ 127.858.388,11 contra \$ 86.652.857,13. Finalmente, en el año 2011 se gastó solo el 45,64% del crédito destinado a bienes de uso, es decir, no se utilizaron \$ 273.522.948,27.

Cuadro 2

	INCISO	FINANCIAMIENTO	FUNCIÓN	DESCRIPCIÓN	CRÉDITO DE SANCION	CRÉDITO VIGENTE	SALDO NO UTILIZADO	% EJECUCIÓN
2009	1	3	7	Vivienda	\$ 55.742.455,00	\$ 60.187.324,00	\$ 1.887.332,36	96,86%
	2	3	7	Vivienda	\$ 5.050.000,00	\$ 1.594.530,00	\$ 15.325,04	99,04%
	3	3	7	Vivienda	\$ 33.843.010,00	\$ 15.717.462,00	\$ 1.490.991,10	90,51%
	4	3	7	Vivienda	\$ 349.981.000,00	\$ 160.875.935,00	\$ 34.605.276,16	78,49%
	5	3	7	Vivienda	\$ 8.110.000,00	\$ 6.275.406,00	\$ 3.652.536,84	41,80%
	6	3	7	Vivienda	\$ 125.651.591,00	\$ 212.697.398,00	\$ 114.060.326,29	46,37%
	Total				\$ 578.378.056,00	\$ 457.348.055,00	\$ 155.711.787,79	65,95%
2010	1	3	7	Vivienda	\$ 60.018.393,00	\$ 65.872.814,00	\$ 1.349.875,04	97,95%
	2	3	7	Vivienda	\$ 1.441.353,00	\$ 1.507.490,00	\$ 253.561,76	83,18%
	3	3	7	Vivienda	\$ 16.532.440,00	\$ 29.153.753,00	\$ 9.211.317,06	68,40%
	4	3	7	Vivienda	\$ 278.880.000,00	\$ 282.449.618,00	\$ 195.796.760,87	30,68%
	5	3	7	Vivienda	\$ 7.526.207,00	\$ 7.526.207,00	\$ 1.896.357,00	74,80%
	6	3	7	Vivienda	\$ 111.090.000,00	\$ 205.321.591,00	\$ 77.463.202,89	62,27%
	Total				\$ 475.488.393,00	\$ 591.831.473,00	\$ 285.971.074,62	51,68%
2011	1	3	7	Vivienda	\$ 67.269.397,00	\$ 86.327.281,00	\$ 171.303,37	99,80%
	2	3	7	Vivienda	\$ 2.966.774,00	\$ 4.447.636,00	\$ 1.368.539,96	69,23%
	3	3	7	Vivienda	\$ 34.106.150,00	\$ 50.167.653,00	\$ 7.769.993,70	84,51%
	4	3	7	Vivienda	\$ 301.992.368,00	\$ 503.191.566,00	\$ 273.522.948,27	45,64%
	5	3	7	Vivienda	\$ 57.500.000,00	\$ 57.500.000,00	\$ 34.486.714,00	40,02%
	6	3	7	Vivienda	\$ 177.724.455,00	\$ 186.379.289,00	\$ 67.828.679,71	63,61%
	Total				\$ 641.559.144,00	\$ 888.013.425,00	\$ 385.148.179,01	56,63%

En el Cuadro 3 se puede apreciar el presupuesto asignado al IVC en el período 2009-2011. Aquí están incluidos los tres programas de vivienda más importantes del GCBA en aquel entonces:

1) Créditos Ley N° 341/964: consistió en el otorgamiento de créditos hipotecarios a familias de escasos recursos en situación crítica habitacional, facilitando el acceso a una vivienda propia y en condiciones de habitabilidad. El problema se vinculó con el déficit habitacional de la CABA buscando resolver de manera definitiva situaciones que hasta el momento se atendían a través de programas de emergencia (hoteles, subsidios), o eran irregulares (intrusiones).

2) Viviendas con Ahorro Previo: dirigido a personas de nivel medio y bajo, carentes de vivienda propia, que por sus ingresos no pueden acceder al mercado inmobiliario libre, ya sea el particular o el bancario. Las cooperativas, sindicatos y otros grupos sociales deberán presentar dentro de este programa proyectos e inmuebles a fin de construir viviendas.

3) Vivienda Porteña: su objetivo fue posibilitar la implementación de proyectos inmobiliarios para la construcción de edificios de propiedad horizontal y la venta financiada de unidades funcionales con destino a vivienda única y permanente. Estos emprendimientos estuvieron direccionados hacia una franja de ingresos medios superiores a \$ 4.500 del núcleo conviviente.

Las estadísticas del año 2009 son preocupantes: del presupuesto total del IVC se ejecutó el 60,54%. Nótese que el gasto en personal y servicios no personales tiene un porcentaje de ejecución que supera el 93%. Si bien el presupuesto de los tres programas mencionados fue notablemente subejecutado, el caso de los Créditos Ley N° 341/964 fue el más alarmante, dado que solo se ejecutó el 34,69%; es decir, no se utilizaron casi 71 millones de pesos.

En el año 2010, el IVC ejecutó solamente el 45,81% de su presupuesto. El programa Vivienda Porteña comenzó a ser desfinanciado, lo que continuó ocurriendo en los años posteriores, llegando a tener menos de un millón de pesos en 2012. El porcentaje de ejecución del programa Créditos Ley N° 341/964 fue del 58,70%, mientras que de los \$ 115 millones destinados al programa Viviendas con Ahorro Previo solo se ejecutó el 21,11%.

El grado de ejecución del presupuesto de vivienda en el año 2011 aumentó, pero llama la atención que el saldo no utilizado de los tres programas alcanzó la cifra de 146 millones de pesos.

Cuadro 3

JURISDICCIÓN	UNIDAD EJECUTORA	INCISO	DESCRIPCIÓN	CRÉDITO VIGENTE	SALDO NO UTILIZADO	% EJECUCIÓN
2009	20	290	Instituto de la Vivienda Ley N° 1251	394.090.975,00	155.515.516,06	60,54%
	20	290	No determina	78.259.253,00	2.366.176,02	96,98%
	20	290	1 Gastos en personal	57.063.924,00	891.308,20	98,44%
	20	290	3 Servicios no personales	13.858.889,00	953.967,66	93,12%
	20	290	4 Bienes de uso	3.086.310,00	472.844,28	84,68%
	20	290	5 Transferencias	2.655.600,00	32.730,84	98,77%
	20	290	Créditos Ley N° 341/964	108.664.159,00	70.970.023,40	34,69%
	20	290	Vivienda Porteña	27.313.878,00	16.676.435,40	38,95%
	20	290	Viviendas colectivas con Ahorro Previo	50.926.122,00	21.682.746,37	57,42%
	20	290	Instituto de la Vivienda Ley N° 1251	520.372.473,00	281.965.470,71	45,81%
2010	20	290	Actividades comunes a los programas 100,102,103,104,105,106,108 Y 109	102.801.887,00	14.964.589,95	85,44%
	20	290	Gastos en personal	63.411.772,00	1.249.742,13	98,03%
	20	290	Créditos Ley N° 341/964	108.621.342,00	44.859.551,28	58,70%
	20	290	Vivienda Porteña	12.312.513,00	0,92	100,00%
	20	290	Viviendas colectivas con Ahorro Previo	114.625.080,00	90.427.999,78	21,11%
	20	290	Instituto de la Vivienda Ley N° 1251	686.494.015,00	219.058.896,57	68,09%
	20	290	Actividades comunes a programas 100,101,102,104,105,106,108 Y 109	136.182.849,00	9.556.956,22	92,98%
	20	290	Gastos en personal	81.755.669,00	171.290,35	99,79%
	20	290	Créditos Ley N° 341/964	154.964.684,00	45.550.098,87	70,61%
	20	290	Vivienda Porteña	3.696.095,00	823.838,64	77,71%
2011	20	290	Viviendas con Ahorro Previo	171.985.103,00	100.157.269,99	41,76%

Debido a que el fallo “Quisberth Castro” se dictó a mediados de 2012, en los cuadros 4 y 5 utilizaré los datos vinculados al presupuesto del IVC, por un lado, y al de la Dirección General de Atención Inmediata, por el otro, y el porcentaje de ejecución entre los meses de enero y septiembre.

El presupuesto del IVC del año 2012, en el caso de los Créditos Ley N° 341/964, tenía como meta alcanzar a 719 familias. En el caso del programa Viviendas con Ahorro Previo, se pretendía construir 34.514 metros cuadrados.

Como se desprende del Cuadro 4, la subejecución del presupuesto del IVC nuevamente fue muy alta: 37,63% en nueve meses. La ejecución del presupuesto tanto del programa Créditos Ley N° 341/964 como del de Viviendas con Ahorro Previo alcanzó el 23%.

Cuadro 4

DESCRIPCIÓN	CRÉDITO VIGENTE	% EJECUCIÓN
Instituto de la Vivienda Ley N° 1251	804.038.975,00	37,63%
Actividades comunes a los programas 100,101,102,104,105,106,108 Y 109	165.111.707,00	62,92%
Gastos en personal	84.361.566,00	90,48%
Bienes de uso	24.325.991,00	8,60%
Transferencias	11.970.000,00	51,17%
Villa 31 y hotelados	28.700.000,00	0,00%
Préstamos a largo plazo	28.500.000,00	0,00%
Créditos Ley N° 341/964	176.647.962,00	23,73%
Vivienda Porteña	884.585,00	0,00%
Viviendas con Ahorro Previo	146.650.609,00	23,32%
Créditos Primera Vivienda	7.215.545,00	52,14%

La otra cara de la moneda la representa el alto grado de ejecución del presupuesto de la Dirección dependiente del Ministerio de Desarrollo Social. Es interesante analizar los objetivos de algunos de los programas de la Dirección encargada de la atención inmediata de los grupos más desaventajados. Aquí mencionaré solo tres:

1) Asistencia Sociohabitacional: aborda la asistencia a familias con problemas habitacionales con el fin de acompañarlas hasta la obtención de una salida habitacional definitiva en el marco de la Ley N° 341, a través de una vivienda propia ya sea mediante la asignación de un subsidio o crédito hipotecario mediante la intervención del IVC. La modalidad de vivienda transitoria colabora con el alojamiento temporario de familias que conforman cooperativas involucradas en procesos de obtención de vivienda definitiva en el marco de la Ley N° 341, mediante el otorgamiento de un subsidio destinado al alquiler y mantenimiento del inmueble en el cual, transitoriamente, residen las familias cooperativizadas hasta la obtención de la vivienda colectiva definitiva. La meta del programa era ayudar a 914 familias.

2) Asistencia a Familias de Alta Vulnerabilidad Social: brinda atención a familias en situación de calle con la finalidad de mitigar la emergencia habitacional de los residentes en el ámbito de la CABA. Su objetivo primordial es el fortalecimiento transitorio del ingreso familiar con fines exclusivamente habitacionales, debiendo los fondos otorgados estar destinados a cubrir gastos de alojamiento, de conformidad con lo establecido en el artículo 3° y con las restricciones dispuestas por el artículo 4° del Decreto N° 690/06 y del Decreto N° 960/08, entendiéndose por situación de calle efectiva y comprobable aquella que registran las personas que en forma transitoria se encuentran sin vivienda o refugio por causa de desalojo u otras causas.

La meta de este programa era otorgar 12.800 subsidios.

3) Asistencia Integral a los Sin Techo: aborda la asistencia y atención social inmediata de aquellas personas y/o grupos familiares, de ambos sexos con o sin necesidades especiales, que se encuentran en condiciones de emergencia habitacional, riesgo y/o vulnerabilidad social, afectados por situaciones de emergencia socioeconómica; albergándolos en forma temporaria en paradores y hogares propios y/o convenidos con ONG. La meta del programa era ayudar a 2.137 personas.

Como se desprende del Cuadro 5, la Dirección ejecutó en nueve meses el 73,90% de su presupuesto, por lo que la CSJN podría haber pensado que a fines del año habría alcanzado la ejecución total de su presupuesto. En este sentido, el grado de ejecución de los tres programas mencionados fue muy alto (entre el 68% y el 85% en los primeros nueve meses). Sin embargo, la estadística más interesante de la asistencia social brindada por el GCBA es que la mayor parte del presupuesto se destina a transferencias al sector privado. En el caso del Programa Asistencia Sociohabitacional, las transferencias alcanzan el 77% de su presupuesto total; en el caso del Programa Asistencia a Familias de Alta Vulnerabilidad Social, el 93% y, por último, en el caso del Programa Asistencia Integral a los Sin Techo, el 36%.

Es decir, se puede concluir que la política de vivienda del GCBA tiene una alta eficacia en lo que hace a la ejecución de los gastos corrientes (pago de servicios y hoteles) que no soluciona el problema de fondo en materia de vivienda, y que contrasta con un gran déficit en materia de gastos de capital (construcción de vivienda nueva).

Cuadro 5

DESCRIPCIÓN	CRÉDITO VIGENTE	% EJECUCIÓN
Dirección General Sistema de Atención Inmediata	167.700.515,00	73,90%
Asistencia Sociohabitacional	37.611.167,00	85,07%
Transferencias al sector privado para financiar gastos corrientes	28.949.168,00	82,28%
Asistencia Familias Alta Vulnerabilidad Social	67.800.998,00	74,49%
Transferencias al sector privado para financiar gastos corrientes	63.284.240,00	74,94%
Asistencia Integral a los Sin Techo	35.468.404,00	67,95%
Servicios no personales	15.612.893,00	70,33%
Transferencias al sector privado para financiar gastos corrientes	12.610.000,00	60,87%

Entiendo que un análisis como el señalado permitiría a los jueces tener suficientes herramientas para, sin modificar las previsiones presupuestarias establecidas por las mayorías, garantizar en un mayor número los derechos económicos, sociales y culturales de la población. Y, sobre todo, se acabaría con el mito de que la concreción de los DESC es una utopía. Todavía queda mucho por hacer para asegurar los DESC. Lo que no puede ocurrir es que los jueces no hagan nada. El control judicial del presupuesto es un buen paso para comenzar.

VI. PALABRAS FINALES

A lo largo de este trabajo he intentado destacar algunos puntos importantes referentes a la exigibilidad del derecho a la vivienda. Si bien la planificación de las políticas públicas debe ser llevada adelante por los poderes Ejecutivo y Legislativo en el marco de sus

competencias, el Poder Judicial puede tener alguna incidencia promoviendo la deliberación democrática a través de sus sentencias en casos donde no exista una política pública del Estado o fuese muy deficiente. Ello se deriva, además, de la doctrina del “control de convencionalidad” desarrollada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).

Por otra parte, la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de la CABA sigue demostrando que los jueces se niegan a analizar la utilización del máximo de los recursos disponibles por parte del Ejecutivo. En su lugar, prefieren analizar si el peticionario es más o menos vulnerable, lo cual lleva a resultados injustos en función de los criterios para merituar las desgracias y desigualdades existentes.

Asimismo, he intentado demostrar que no resulta difícil para un juez analizar las estadísticas sobre ejecución presupuestaria en materia de vivienda. A partir de estos datos, los magistrados deberían haber tenido en cuenta tanto en “Alba Quintana” como en “Quisberth Castro” que la solución permanente de la situación de excepcional necesidad de las personas sin vivienda en la CABA no era un objetivo del GCBA. Como señala el juez Petracchi,

se ha probado holgadamente que el segmento más vulnerable de la población de la Ciudad no tiene garantizadas soluciones mínimas y esenciales en materia habitacional. Se suma a ello el hecho de que tampoco existen políticas públicas, ni a largo ni a mediano plazo, destinadas a que estas personas logren acceder a un lugar digno para vivir (CSJN, 2012, voto del juez Petracchi, considerando 16°).

Si bien el presupuesto del GCBA se incrementó todos los años, el porcentaje destinado a satisfacer la problemática habitacional se mantuvo estable e incluso ha disminuido en ocasiones.

Por último, los magistrados deberían haber advertido para condenar al Estado, por un lado, la enorme subejecución presupuestaria en materia de creación de vivienda y, por el otro, el alto grado de ejecución del presupuesto destinado a sostener el sistema de hoteles y paradores temporarios. La gravedad de esta política pública radica en que la alta eficacia del GCBA en lo que hace a la ejecución de gastos corrientes no soluciona el problema de fondo en materia de vivienda, lo que se acenúa con el gran déficit en materia de ejecución de gastos de capital.

VII. BIBLIOGRAFÍA

Abramovich, V. y Courtis, Ch. (1997) Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales. En M. Abregú y Ch. Courtis, *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*. Buenos Aires: Editores Del Puerto.

Comité de Naciones Unidas sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1990). Observación General N° 3, La naturaleza de las obligaciones de los Estados Partes (artículo 2, párrafo 1 del Pacto), E/1991/23, Quinto período de sesiones.

----- (1991). Observación General N° 4, *El derecho a una vivienda adecuada* (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto), E/1992/23, Sexto período de sesiones.

----- (1998). Observación General N° 9, *La aplicación interna del Pacto*, E/1999/22, 19° período de sesiones.

- Costante, L. B. (2011). Sobre el derecho humano a la vivienda a propósito del lamentable fallo del TSJ en el caso “Alba Quintana”. *Revista Institucional de la Defensa Pública de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, 1(1).
- Corte Suprema de Justicia de la Nación (2012). “Recurso de hecho deducido por S. Y. Q. C. por sí y en representación de su hijo menor J. H. Q. C. en la causa Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo”, Fallos 335:452.
- Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (2010). “Alba Quintana, Pablo c/ GCBA y otros s/ amparo (art. 14 CCA-BA) s/ recurso de inconstitucionalidad concedido”.
- (2015) Expte. n° 11157/14, “Soto Chamorro, María Luisa y otros s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: Soto Chamorro, María Luisa y otros c/ GCBA s/ amparo (art. 14 CCABA)”.
- (2015) Expte. n° 11385/14, “GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado” y su acumulado Expte. n° 11397/14 “Gonza, Diego Alejandro s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado”.

*Tres decisiones
estratégicas
para el litigio
de derecho
a la vivienda*



SEBASTIÁN TEDESCHI

Hace nueve años había analizado la jurisprudencia sobre derecho a la vivienda en Argentina (Tedeschi, 2007) y relataba entusiasmado los avances que iban lográndose en la práctica de los tribunales de primera y segunda instancia en lo contencioso administrativo y tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA) y en algunos otros del país. Mencionaba, entre otros, el caso exitoso de “Villa La Dulce”¹ y la inconstitucionalidad de los desalojos administrativos² como símbolos de la apertura de los tribunales a estos conflictos asumiendo novedosamente un enfoque de derechos humanos. Aun así, planteaba como desafío que los tribunales

1. El caso culminó con la firma de un Acta Acuerdo homologada judicialmente, en la que el gobierno se comprometió a proveer a los vecinos la construcción de 86 viviendas, dentro de un plazo máximo de 60 días, en un terreno ubicado en la localidad de Villa Celina, Partido de La Matanza, que finalmente por acuerdos posteriores se construyó en el Barrio de Villa Soldati de la CABA (Juzgado Contencioso Administrativo y Tributario N° 5, 2013).

2. En “Comisión Municipal de la Vivienda c/ Saavedra, Felisa Alicia y otros s/ desalojo s/ recurso de inconstitucionalidad” se resolvió declarar la inconstitucionalidad del art. 463 del Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (Tribunal Superior de Justicia de CABA, 2002).

comenzaran a considerar el derecho a la vivienda en todas sus dimensiones, que en sus decisiones podrían evaluar otros estándares de derechos económicos, sociales y culturales y mejorar la calidad de la discusión judicial acerca de los derechos sociales, tomando en cuenta algunos otros criterios del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), tales como el principio de no regresividad, el control de razonabilidad de medidas regresivas particulares, el contenido mínimo del derecho a la vivienda, etc.

En los últimos cuatro años, el Poder Judicial resolvió en tres casos diferentes, algunos de los problemas estratégicos en materia de derecho a la vivienda que señalaba. Estas decisiones fueron adoptadas por tribunales de distintos niveles jerárquicos. Se trata de los casos: a) “Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo”, de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN); b) “Castronuovo de Santandrea c/ T. C. A. y otros s/ ejecución de alquileres”, del fuero civil de la justicia nacional ordinaria de la Capital Federal; y finalmente, c) “ACIJ y otros c/ CUCICBA s/ amparo”, también la justicia contencioso administrativo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que analizaré a continuación.

I. NO ES LEGAL VIVIR EN LA CALLE SI SE TRATA DE UNA MADRE CON UN HIJO QUE TIENE UNA DISCAPACIDAD. EL CASO “Q. C., S. Y.”³

La señora S demandó al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (GCBA) por su propio derecho y representando a su hijo menor de edad, quien tiene una discapacidad producida por una encefalopatía

3. Sobre este caso he comentado más ampliamente en Tedeschi (2012).

crónica no evolutiva. Solicitó que la Ciudad cesara en su conducta ilegítima, de negarle la inclusión en los programas gubernamentales de vivienda y omitir proporcionarle alternativas para salir de la “situación de calle” en la que se encontraba junto a su hijo. Exigió una solución que le permitiera acceder a una vivienda en condiciones dignas de habitabilidad, preservándose su integridad familiar. En el caso de que el gobierno decidiera brindarle un subsidio, su monto debía ser suficiente para abonar en forma íntegra el valor de un lugar que cumpliera con las características señaladas; pues los subsidios previstos por el Decreto CABA N° 690/2006 no garantizaban adecuadamente sus derechos.

Los aportes estratégicos de la Corte para el litigio en materia de derecho a la vivienda son los siguientes:

1. El derecho a la vivienda es un derecho operativo (de operatividad derivada)

La Corte afrontó una pregunta que implicaba hacer frente a ciertas tendencias que reinaban en la cultura jurídica con los derechos sociales, pero en particular con el derecho a la vivienda. La pregunta puede ser formulada como: ¿es el derecho a la vivienda un derecho operativo?, es decir, ¿es un derecho auto exigible para todos?

Para resolverla, el voto de la mayoría sostuvo que los derechos que había retratado en el sistema de fuentes son normas jurídicas con vocación de efectividad (CSJN, 2012, voto de la mayoría, considerando 10°), pero con operatividad derivada (CSJN, 2012, voto de la mayoría, considerando 11°).

Para el voto de mayoría, la efectividad de los derechos se explica en tanto

la Constitución Nacional reconoce derechos humanos para que estos resulten efectivos y no ilusorios, pues el llamado a reglamentarlos no puede obrar con otra finalidad que no sea la de darles todo el contenido que aquella les asigne; precisamente por ello, toda norma que debe “garantizar el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos” (Fallos 327:3677; 332:2043) y “garantizar”, significa “mucho más que abstenerse sencillamente de adoptar medidas que pudieran tener repercusiones negativas”, según indica en su Observación General N° 5 el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que constituye el intérprete autorizado del Pacto homónimo en el plano internacional y cuya interpretación debe ser tomada en cuenta ya que comprende las “condiciones de vigencia” de este instrumento que posee jerarquía constitucional en los términos del art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional (CSJN, 2012, voto de la mayoría, considerando 11°).

También para el voto del grupo mayoritario esta operatividad no es directa en el sentido de que “en principio, todos los ciudadanos puedan solicitar la provisión de una vivienda por la vía judicial” (CSJN, 2012, voto de la mayoría, considerando 11°), sino que se trata de derechos fundamentales que “consagran obligaciones de hacer a cargo del Estado con operatividad derivada, es decir, que están sujetos al control de razonabilidad por parte del Poder Judicial” (CSJN, 2012, voto de la mayoría, considerando 12°).

El tema motivó el voto por separado del juez Petracchi, quien fue más claro en este punto. Aun compartiendo el punto de partida del voto mayoritario en cuanto a que “el reconocimiento del derecho a una

vivienda digna importa, necesariamente, el deber concreto e inmediato del Estado de reglamentarlo e implementarlo para garantizar su efectividad”, sostuvo que “esa reglamentación debe respetar tanto la finalidad como los límites impuestos por las normas de jerarquía superior, en este caso, la Constitución Nacional y el PIDESC” (CSJN, 2012, voto de Petracchi, considerando 10°).

Para evaluar esta adecuación el juez propuso considerar:

- a) Las medidas adoptadas deben ser proporcionadas, esto es, adecuadas para alcanzar, a partir de la realidad que pretenden regular, la finalidad impuesta por la Ley Fundamental (art. 28 de la Constitución Nacional y Fallos: 243:449 y 467; 248:800; 313:1638; 330:855; 334:516, entre otros). Ello implica que el Estado debe tener en cuenta las distintas capacidades personales, sociales y económicas de los habitantes y, sobre esa base, implementar políticas apropiadas y conducentes para lograr que todos tengan la oportunidad de acceder a una vivienda digna.
- b) El diseño de las políticas públicas debe tener en cuenta las normas y principios fundamentales del derecho en el grado y jerarquía en que estos son valorados por el ordenamiento jurídico en su conjunto. En particular, tiene que respetar las prioridades que la Constitución asigna a la satisfacción de los derechos fundamentales y a los grupos más vulnerables de la población, tal como se señaló en el considerando 8°.
- c) El Estado debe realizar el mayor esfuerzo posible, en razón de lo previsto por el PIDESC, para lograr, en forma progresiva y dentro de sus reales capacidades y limitaciones económicas, la plena efectividad del derecho a la vivienda digna de todos sus habitantes (CSJN, 2012, voto de Petracchi, considerando 10°).

Más allá de la posible inconsistencia que podamos encontrar en la argumentación del grupo mayoritario, lo cierto es que el control de razonabilidad que implementan es un gran avance y tiene un enorme potencial para el control judicial de otras políticas sociales, no solo las referidas al derecho a la vivienda. Las pautas que efectivamente utiliza para evaluar la razonabilidad sirven de gran ayuda para valorar la adecuación, la necesidad y las posibilidades de costo beneficio de las diferentes políticas sociales que se implementen. Esto, claro está, habiendo demostrado el encuadre de un caso en una situación de extrema vulnerabilidad, de la que se nos escapan millones de casos en nuestro país.

2. Las políticas públicas en materia de derechos sociales son revisables judicialmente

La noción de operatividad derivada le sirvió a la Corte para sentirse habilitada para realizar una revisión judicial de las políticas públicas de vivienda, mediante el control de razonabilidad. Ahora pasemos a describir en qué consistió esta revisión y en qué medida esto puede servir de base para futuros casos.

En primer lugar, la Corte incorpora la interpretación que vienen haciendo los órganos de aplicación de los instrumentos internacionales de derechos humanos, siguiendo una pauta que ya había sido sentada en referencia con otros derechos sociales” (CSJN, 2004). Para ello, se refiere a las garantías mínimas del derecho fundamental como un límite a la discrecionalidad del Estado en las políticas públicas. Sobre este aspecto la Corte afirma que

En el campo de las reglas normativas, ello significa que hay una garantía mínima del derecho fundamental que constituye una frontera a la discrecionalidad de los poderes públicos. Para que ello sea posible, debe acreditarse una afectación de la garantía, es decir, una amenaza grave para la existencia misma de la persona. Estos requisitos se dan en el caso, ya que es difícil imaginar un estado más desesperante: hay un niño discapacitado, con una madre en situación de calle. La razonabilidad significa entonces que, sin perjuicio de las decisiones políticas discrecionales, los poderes deben atender a las garantías mínimas indispensables para que una persona sea considerada como tal en situaciones de extrema vulnerabilidad” (CSJN, 2012, voto de la mayoría, considerando 12°).

Seguidamente, la Corte pasa a realizar su examen de razonabilidad. Como punto de partida, el tribunal se pregunta si la respuesta dada por el gobierno es adecuada para garantizar el contenido mínimo de los derechos. Para responderla, analizará cada uno de los programas en su capacidad de responder a las necesidades de la peticionante y su hijo.

Frente al problema, la Corte se autolimita como poder con funciones de control (no de ejecución) y sostiene que “no hay una manera de responder al derecho a la vivienda”, pero constata que

resulta evidente que el esfuerzo estatal realizado para garantizar los derechos económicos, sociales y culturales que las normas constitucionales garantizan a la señora S. Y. Q. C. y su hijo no es suficiente o adecuado ya que ni siquiera atiende a las mínimas necesidades que la situación del grupo familiar demandante requiere.

Por ello, concluye que “las alternativas implementadas por la ciudad no dan una respuesta adecuada, definitiva y acorde a las extremas circunstancias que debe afrontar la recurrente” (CSJN, 2012, voto de la mayoría, considerando 13°).

Finalmente, para el máximo tribunal

es importante destacar que la propia normativa local que rige esta materia pone en cabeza de la administración el deber de articular la intervención de los distintos programas públicos que correspondan actuar para que la actora y su hijo puedan superar su especial grado de vulnerabilidad así como también el deber de asesorar a la primera en búsqueda de estrategias integrales que le permitan encontrar una solución al problema habitacional que motivó esta demanda, obligaciones que, en el caso, no fueron cumplidas en forma acabada y total (CSJN, 2012, voto de la mayoría, considerando 15°).

3. Los límites presupuestarios no sirven de excusa para incumplir los derechos sociales

Uno de los argumentos centrales sobre los que hizo hincapié la Procuración de CABA fue la “inelasticidad” del presupuesto y que las presentaciones judiciales que reclamaban la garantía del derecho a la vivienda chocaban contra la limitación presupuestaria.

Aprovechando esta controversia, la Corte se abocó a la cuestión de los límites presupuestarios como excusa para incumplir los derechos sociales. Este es uno de los aspectos en los que la Corte hiló más fino y proveyó una valiosa herramienta para evaluar la idoneidad de los esfuerzos realizados por el Estado para lograr la efectividad de los derechos sociales. Aunque el análisis se circunscribe al caso,

los indicadores son pautas que ya han sido propuestas a nivel internacional como criterios para medir la obligación del art. 2 del PIDESC en cuanto establece que el Estado adopte medidas hasta el máximo de los recursos disponibles con el objeto de lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos reconocidos en el Pacto.

Aun reconociendo que las obligaciones de hacer implican un costo,⁴ la Corte, citando al Comité de Naciones Unidas sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC),⁵ entiende que

la disponibilidad de recursos condiciona las medidas a adoptar pero no modifica el carácter inmediato de la obligación. La obligación de satisfacer los derechos sociales sigue en pie. Los Estados tienen el deber de proteger a los miembros o grupos más desfavorecidos y marginados de la sociedad” (CSJN, 2012, voto de la mayoría, considerando 14°).

Complementa este criterio con un límite a la justificación basada en escasez de recursos, válido aún para momentos de crisis económica. Así el tribunal sigue al comité al sostener que “los Estados Partes tienen el deber de proteger a los miembros o grupos más desfavorecidos

4. Me inhibo de plantear aquí la discusión acerca del costo de los derechos como un débito de las obligaciones de hacer o de los derechos sociales, que ya han sido ampliamente tratadas por Courtis y Abramovich (2002) y en Holmes y Sunstein (2011). También omito discutir la noción de “recursos” en el sentido de que ellos no son solamente presupuestarios, sino también normativos y gerenciales. Para ser didáctico, podría decir que una buena distribución de los cuadros del Estado y normas impositivas progresivas pueden tener un efecto mucho mayor en la distribución de bienes que una inversión directa del Estado, sin menospreciar su valor.

5. La Corte reproduce el punto 4 de la Evaluación de la obligación de adoptar medidas hasta el “máximo de los recursos que disponga” de conformidad con un protocolo facultativo del Pacto (Declaración del Comité DESC, E/C. 12/2007/1).

y marginados de la sociedad aun en momentos de limitaciones graves de recursos, adoptando programas específicos de un costo relativamente bajo” (CSJN, 2012, voto de la mayoría, considerando 14°).

Para poder determinar si el Estado está realizando el esfuerzo suficiente, la Corte propone, citando la mencionada declaración del Comité DESC, considerar: a) el nivel de desarrollo del país, b) situación económica del país al momento y c) si el Estado intentó encontrar opciones de bajo costo. Por ello concluye que

el argumento de la utilización de los máximos recursos disponibles parece subordinado a un análisis integral por parte de la Ciudad de la asignación de sus recursos presupuestarios, que no podrá prescindir de la obligación primera que surge de los tratados a los que se comprometió la Argentina, que es dar plena efectividad a los derechos reconocidos en sus textos (CSJN, 2012, voto de la mayoría, considerando 14°).

Finalmente, la Corte afirma que no importa el *precio* del servicio que paga el Estado, sino la *calidad*, en cuanto su adecuación a las necesidades. La inversión debe ser adecuada. La idoneidad del gasto no está en el monto sino en su capacidad de superar la situación o paliarla (CSJN, 2012, voto de la mayoría, considerando 15°).

II. ANTES DE DESALOJAR SE DEBE GARANTIZAR UNA VIVIENDA ALTERNATIVA. EL CASO “MINISTRO BRIN” (JUZGADO NACIONAL DE PRIMERA INSTANCIA EN LO CIVIL N° 1, 2014)⁶

La resolución que vamos a comentar fue adoptada en un juicio de ejecución de alquileres iniciado en 1994. La amenaza de desalojo surge a partir de septiembre de 2005, cuando una persona compra en subasta el inmueble de la calle Ministro Brin, en el barrio de La Boca de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, ocupado por quince familias (con veintidós niños y un mayor enfermo que no podía trasladarse) y en mal estado de conservación. En mayo de 2007, el comprador obtiene la posesión y en agosto el juez ordena el lanzamiento.

El juez redefinió la controversia al entender que en el proceso existían diversidad de sujetos con derecho a una tutela judicial efectiva, y que la cuestión jurídica conflictiva estaba integrada por el derecho de propiedad del adquirente, por un lado, y el derecho a no quedar expuestos a una situación de calle, como parte del derecho a la vivienda, por el otro, destacando que los niños que allí vivían, en nuestro sistema jurídico, gozan de especial protección constitucional e infraconstitucional y son acreedores del Estado para la concreción de medidas de acción positiva destinadas a procurar igualdad estructural en orden a su situación jurídica (CN, art. 75, inc. 23).

Esta redefinición motivó la intimación al Jefe de Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires para que arbitre las medidas necesarias para censar a los niños y determinar si los grupos familiares podrían ser incluidos en algún plan social. Frente a ello, el Instituto de la Vivienda de la Ciudad (IVC) respondió que se encontraba “agotada la car-

6. Este caso lo he desarrollado más ampliamente en Tedeschi (2014).

tera de viviendas”, mientras que la Subsecretaría de Fortalecimiento Familiar y Comunitario nunca respondió, aun con las intimaciones bajo apercibimiento de multa y el pedido de intervención de la justicia penal. Frente a ello, el juez dispuso que en

la Observación General N° 7 (del Comité DESC) se determinó que los desalojos no deben tener como resultado dejar sin hogar a las personas o exponerlas a otras violaciones de los derechos humanos; si los afectados no pueden proporcionársela, el Estado debe disponer medidas adecuadas hasta el máximo de los recursos disponibles (Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 1, 2014, punto 16).

Y consecuentemente intimó al Ministerio de Desarrollo Social para que en 72 horas informara lo actuado y sobre las soluciones habitacionales propuestas para las familias.

La respuesta provino de la Procuración General de la CABA, quien proporcionó un relevamiento y un detalle de programas posibles. Frente a ello, y a pedido de la defensora de menores, se celebraron una serie de audiencias tendientes a construir una solución consensuada entre ocupantes, propietario y organismos dependientes de la CABA, a los que se sumó la Comisión Nacional de Tierras para el Hábitat Social “Padre Carlos Mugica”, dependiente de la Jefatura de Gabinete de Ministros del Estado Nacional.

En las audiencias, el gobierno local insistía en solo contribuir con una ayuda de emergencia y mezquinaba las soluciones definitivas, por ello el juez dispuso intimar al Ministerio de Desarrollo Social de la Ciudad a acompañar respuestas de largo plazo para que los niños y personas con discapacidad no se vieran expuestos a una situación

de calle y que los chicos pudieran concluir con el año escolar. La actitud del gobierno local era persistente y ofrecía solo un subsidio de hasta dieciocho mil pesos para ser percibido en diez cuotas. El juez, frente a esa actitud reticente, utilizando el ámbito de las audiencias, fue rastreando las posibilidades de recursos existentes en la CABA, hasta que surgió la posibilidad de conformar una cooperativa con los ocupantes para que compraran el inmueble y lo refaccionaran.

Esta propuesta implicó numerosas medidas intermedias, como estudios de títulos, facilitación de la escrituración gratuita, conformación de la cooperativa, etc. Sin embargo, luego de cuantiosos esfuerzos de las partes y organismos nacionales, el gobierno local comenzó a regatear una solución presentando en cada audiencia pequeñas objeciones técnicas que alejaban la posibilidad de concretizar el crédito de la Ley N° 341 en favor de la cooperativa. Estas trabas iban siendo sorteadas, por ejemplo, las malas condiciones de habitabilidad y de peligro de derrumbe, con la adopción de medidas urgentes de apuntalamiento y la inclusión en el proyecto de la reconstrucción de partes de la edificación. Mientras tanto, el adquirente mantuvo una actitud colaborativa dando un plazo razonable para que se encuentre una solución que evitara la situación de calle de las personas.

Llegó un punto de extenuación del proceso con la persistencia de incumplimiento del gobierno local, pese a todo el esfuerzo realizado por las partes, que finalmente motivó el resolutorio del juez. En el momento de adoptar la decisión, además, había un contexto conflictivo que el juez consideró en su decisión. Sin decirlo directamente, hizo una referencia elíptica a lo que es conocido fuera del expediente: que el proceso de renovación urbana de La Boca estaba desatando un proceso especulativo en el mercado inmobiliario, lo que llegaba a

grandes niveles de violencia, como los incendios provocados para ocasionar la “expulsión exprés” de los pobladores de bajos recursos, y la consecuente segregación socioespacial de esas personas vulnerables. Ante este panorama, el juez decidió ordenar: (i) al IVC, que dentro del plazo de cinco días deposite las sumas correspondientes a los créditos acordados; (ii) al Ministerio de Desarrollo Social, que dentro del plazo de cinco días deposite el monto correspondiente a los subsidios del Decreto (CABA) N° 690/06 a las familias que no podían ser beneficiarias del Crédito IVC; (iii) dar intervención a la Escribanía General de la Nación para el otorgamiento de la escritura gratuita en favor de la cooperativa; (iv) a la Comisión Nacional de Tierras para el Hábitat Social “Padre Carlos Mugica”, que disponga las medidas presupuestarias y administrativas para que el día 4 de agosto de 2014 se dé inicio a la ejecución del plan de refacciones y obras propuesto por el equipo de arquitectos de la Universidad de Buenos Aires; (v) a los vecinos del inmueble de Ministro Brin, que extremen las medidas de seguridad para preservar la integridad física de los habitantes del lugar, desocupando los distintos sectores del inmueble en las fechas que indique la dirección de obra; (vi) poner en cabeza del director de obra la responsabilidad por las medidas de seguridad que se requieran para evitar riesgos a los vecinos que habitan el inmueble; (vii) hacer saber al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires que deberá dar pronto y preferente despacho a los trámites vinculados con el avance de la obra, prestando toda la colaboración posible para que las respuestas se produzcan en el menor tiempo que sea factible y (viii) que limpie el baldío adyacente al inmueble y, tome en cuenta las medidas referidas a la prevención de incendio intencional, mencionada más arriba.

La Cámara Civil intervino a partir de un recurso de apelación in-

terpuesto por el GCBA contra la resolución mencionada y resolvió no hacer lugar al planteo confirmando el decisorio, fundándose en la doctrina de los propios actos y el principio de buena fe (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, 2014).

Los aportes estratégicos de la decisión al derecho a la vivienda en los procesos de desalojo de este caso son los siguientes:

1. La aplicación directa de normas internacionales de derechos humanos en la resolución de un caso civil

La resolución del juez interpreta la norma civil considerando el bloque de constitucionalidad que integran los tratados internacionales de derechos humanos. Siguiendo el criterio sostenido de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en materia de derechos sociales en los casos “Aquino”, “Sánchez” y “Milone”, específicamente en derecho a la vivienda en “Q. C., Y. S.”, utiliza la interpretación que hacen los órganos autorizados para la aplicación e interpretación de los tratados de derechos humanos. Específicamente se refiere a la Observación General N° 7 del Comité DESC de la ONU.⁷ Además,

7. El Comité DESC de la ONU ha establecido las reglas específicas en materia de desalojos forzosos. Al respecto dispone que frente a un desalojo tenemos los siguientes derechos: 1) a disponer de todos los recursos jurídicos apropiados; 2) a que se adopten medidas apropiadas para impedir toda forma de discriminación a que el desalojo pueda dar lugar; 3) a que se estudien, conjuntamente con los afectados, todas las demás posibilidades que permitan evitar o, cuando menos, minimizar la necesidad de recurrir a la fuerza, antes de que se lleve a cabo cualquier desalojo forzoso; 4) a la debida indemnización en caso de ser privados de bienes personales inmuebles; 5) a contar con las debidas garantías procesales, entre ellas: a) disponer de una auténtica oportunidad procesal para que se consulte a las personas afectadas; b) disponer de un plazo suficiente y razonable de notificación a todas las personas afectadas con antelación a la fecha prevista para el desalojo; c) que se facilite a todos los interesados, en un plazo razonable, información relativa a los

alude acertadamente a otras normas internacionales de derechos humanos, dada la interdependencia que estos derechos tienen con las violaciones al derecho a la vivienda, como el caso del principio de igualdad estructural, del art. 75, inc. 23 de la CN, para justificar las medidas de acción positiva que el Estado debe adoptar para la protección integral de los niños, citando la Convención de Derechos del Niño y la Ley N° 26061.

En este sentido, se debe destacar que el control de convencionalidad es una tarea a la cual también están llamados los jueces civiles, conforme lo ha establecido recientemente la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Al decir:

Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que

desalojos previstos y, en su caso, a los fines a que se destinan las tierras o las viviendas; d) contar con la presencia de funcionarios del gobierno o sus representantes en el desalojo, especialmente cuando este afecte a grupos de personas; e) identificación exacta de todas las personas que efectúen el desalojo; f) que el desalojo no se produzca cuando haga muy mal tiempo o de noche, salvo que las personas afectadas lo permitan expresamente; g) que se les ofrezcan recursos jurídicos a los afectados; h) que se les ofrezca asistencia jurídica, siempre que sea posible, a quienes necesiten pedir reparación a los tribunales; y 6) el derecho a que se proporcione otra vivienda, reasentamiento o acceso a tierras productivas (según sea el caso), si las personas afectadas no disponen de recursos económicos suficientes. Los desalojos no deberían dar lugar a que haya personas que se queden sin vivienda o expuestas a violaciones de otros derechos humanos” (Comité DESC, Observación General N° 7, párrafo 16).

del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana (Corte IDH, 2012, párrafo 303).

2. El efecto horizontal de los DESC en las relaciones privadas

La aplicación de la doctrina del efecto horizontal de los derechos humanos sobre las relaciones privadas aparece subyacente en la decisión del juez e implica una novedad para este tipo de procesos, aunque no sea el primer caso.⁸ El juez lo mencionó, aunque no tuvo necesidad de aplicar el principio, por el amplio espíritu colaborativo del adquirente del inmueble. Sin embargo, el criterio quedó establecido:⁹

El obligado directo en materia de derechos humanos es el Estado, aun

8. La doctrina del efecto horizontal de los DESC tuvo su origen en el Tribunal Constitucional Alemán, Primera Sala, “Luth”, Sentencia BVerfGE, 7, 198, en el que se decide una acción civil por el boicot al director de cine Harlam por reproducir la película *Amada inmortal*. El tribunal dispuso: “cuando la aplicación de normas del derecho civil condujera a la restricción de un derecho fundamental, siempre se exige que tenga lugar una ponderación de los principios constitucionales en colisión”. El resultado de la ponderación del Tribunal Constitucional Federal fue que el principio de libertad de expresión debía prevalecer frente a los que iban contra él; exigió que la disposición “contra las buenas costumbres” del art. 826 del Código Civil Federal tuviera que interpretarse en consonancia con esta prioridad. También en el foro local tenemos ejemplos de la aplicación de este principio, en los casos de la “Fundación Mujeres en Igualdad c/ Freddo” (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, 2000). En la sentencia se ordenó cesar la práctica de discriminación contra las mujeres vinculada a la selección de personal de una cadena de heladerías. También en el caso más cercano “Sisnero” (Corte Suprema de Justicia de la Nación, 2014), sobre discriminación de las mujeres para el puesto de choferes de ómnibus de corta distancia. El mismo principio fue adoptado en el sistema interamericano de derecho humanos en “Ximenes Lopes” (Corte IDH, 2006).

9. El juez sostuvo: “aun cuando los particulares no pueden soslayar el respeto de los derechos fundamentales de las personas —y, en el caso, el adquirente en su basta lo ha hecho, otorgando un plazo razonable para que los grupos familiares dejaran el inmueble—, el obligado directo en materia de Derechos Humanos es el Estado” (Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 1, 2014, párr. 7).

cuando ellos deben ser también respetados en las relaciones entre particulares, lo que genera a menudo tensiones que deben ser resueltas por el sistema de justicia, porque no siempre los presupuestos públicos prevén o ejecutan adecuadamente las partidas necesarias para dar satisfacción a la demanda social en la materia (Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 1, 2014, ap. 32, párrafo 2).

3. Los límites del principio dispositivo. El rol activo del juez

En los procesos especiales, y en uno tan acotado como es el caso que analizamos, se plantea la dificultad de ampliar el campo de la litis, más aún con posterioridad a la sentencia, en la fase de ejecución.¹⁰ Lo cierto es que la concepción más restrictiva del proceso civil a los planteos de la demanda, en este caso, el del adquirente del inmueble subastado, vienen siendo cuestionados en recientes decisiones del ámbito interamericano.

Así, en el caso “Furlan” de la Corte IDH, el tribunal sostuvo que a pesar de que

el Estado alegó que por la tramitación del caso “en el ámbito del fuero Civil y Comercial Federal” fundado en el “principio dispositivo”, no puede sostenerse que el juez a cargo del proceso “hubiera tenido la obligación de impulsar una causa” (Corte IDH, 2012, párrafo 178).

10. Siguiendo el criterio del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, se ha señalado en reiteradas oportunidades que “los procedimientos de ejecución deben ser considerados como una segunda etapa de los procedimientos”. En este caso el Tribunal Europeo de Derechos Humanos estableció que las garantías establecidas en el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos aplican tanto a la primera etapa de los procedimientos como a la segunda (Corte IDH, 2012, párr. 150).

Más adelante sostuvo que

en aras de facilitar el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, es relevante la participación de otras instancias y organismos estatales que puedan coadyuvar en los procesos judiciales con el fin de garantizar la protección y defensa de los derechos de dichas personas (Corte IDH, 2012, párrafo 241).

Finalmente

la Corte reitera que si bien los derechos procesales y sus correlativas garantías procesales son aplicables a todas las personas, en el caso de los niños y las niñas el ejercicio de aquellos supone, por las condiciones especiales en las que se encuentran los menores de edad, la adopción de ciertas medidas específicas con el propósito de que gocen efectivamente de dichos derechos y garantías (Corte IDH, 2012, párrafo 142).

Este asunto debe ser considerado en una futura reforma del Código Procesal Civil en vistas de garantizar una amplia participación de organismos, incorporando la posibilidad de “procesos complejos” o “multipartes” o en posibilitar este tipo de intervenciones en los conflictos colectivos, sin necesidad de que lo hagan en calidad de partes. Mientras tanto, los jueces pueden usar sus “facultades instructorias y ordenatorias”, las “medidas para mejor proveer” y las audiencias de conciliación para suplir esta falencia estructural del sistema.

4. La imposición de obligaciones al poder público en el marco de un proceso civil

Otro aspecto destacable, y posibilitado por este sentido restringido del principio dispositivo, es la imposición de obligaciones al poder público en el marco de un proceso civil. Los conflictos causados por los desalojos de población en situación de vulnerabilidad suelen desdoblarse y discutirse en dos escenarios judiciales diferentes. Así, mientras la justicia civil ordena el desalojo y se desentiende del problema, las personas quedan en situación de calle. En muchos casos, los jueces suelen oficiar a los órganos públicos por la situación de los niños, pero no verifican si estos van a ser realojados, y ordenan la medida para cerrar el expediente. Una vez en situación de calle, algunas de estas personas suelen recurrir a la vía del amparo contra el Gobierno de la Ciudad para ser incluidos en un plan de vivienda, no siempre con resultados positivos. Lo cierto es que, en medio de ello, estas personas se quedan en situación de calle. Pero en este caso, el juez hizo una construcción argumentativa más integral cuando dijo:

Señalé que el PIDESC establece para el Estado la obligación de adoptar medidas de aplicación de los derechos en él consagrados “hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos [...] reconocidos” (art. 2.1) [...] También dije que la implementación efectiva de los derechos sociales en el orden interno da nacimiento a obligaciones positivas, pues para su satisfacción se exige el diseño de políticas concretas [...] y exige del Estado la creación de la infraestructura necesaria para ello, por medios de su elección, que deben

ser apropiados, en el sentido de producir resultados coherentes con el pleno cumplimiento (punto 5, OG 9). Señalé asimismo que en el proceso se le había dado intervención temprana a los organismos del GCBA para que arbitraran las medidas necesarias para censar a los niños y determinar la forma de dar cobertura a sus derechos constitucionales, sin que brindaran una respuesta eficiente en términos de cumplimiento de sus obligaciones. Y que tal solución no puede estar supeditada al momento de encontrarse los ocupantes efectivamente en situación de calle, sino que deben actuar preventivamente, teniendo en cuenta que no es fácil acceder a la locación de inmuebles dado que siempre se requieren garantías que no pueden otorgar, pero sí incluyendo a los grupos familiares en algún plan de asignación de viviendas que aquellos pudieran costear (Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 1, 2014, ap. 7, párrafo 6).

El problema planteado por la restitución de un inmueble, perseguido en la acción de desalojo, y el reclamo de una vivienda para las personas expulsadas de su hogar, promovido a través de una acción de amparo, suelen ser tratados burocráticamente en dos instancias diferentes y descoordinadas en el tiempo. Este desajuste es padecido por las personas expuestas a quedar en situación de calle en el período entre una y otra acción judicial, con las terribles consecuencias que ello trae para sus vidas en términos de privación de derechos básicos. Por ello resulta saludable que el juez civil se haga cargo de todo el conflicto y no mire para otro lado cuando los órganos del gobierno no brindan una solución adecuada para evitar la situación de calle de las personas amenazadas de desalojo.

Una forma de resolver este desarreglo es que el mismo juez que or-

dena el desalojo previamente ordene al poder público la solución del problema habitacional. Ahora bien, este camino entraña un segundo problema que reside en las restricciones que tienen los jueces para disponer sobre una política pública. En este caso, el juez dispuso medidas que implican la articulación de políticas públicas en sintonía con el criterio recientemente establecido por nuestro tribunal supremo en Q. C., Y. S.” arriba mencionado. Al respecto el juez hace referencia a una obligación muy clara en la Observación General N° 7 del CDESC:

En vinculación con el tema, la Observación General N° 7 determinó que los desalojos no deben tener como resultado dejar sin hogar a las personas o exponerlas a otras violaciones de los derechos humanos; si los afectados no pueden proporcionársela, el Estado debe disponer medidas adecuadas hasta el máximo de los recursos disponibles (punto 16). Esa referencia de la norma constitucional determina que, ante la constatación de un supuesto de vulnerabilidad en el que no aparece adecuadamente satisfecho el derecho, la asignación presupuestaria y las políticas que la determinan y son determinadas por ella, pasen a integrar el universo de cuestiones justiciables (Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 1, 2014, acápite 34, 3 y párrafo 4).

En resumen, la aplicación del art. 2.1 del PIDESC en consonancia con el criterio establecido por la Corte en “Q. C., Y. S.” y las obligaciones en materia de desalojo que surgen explícitamente de la Observación General N° 7 permiten a los jueces ejercer un control de razonabilidad de oficio para evitar que las personas que van a ser desalojadas queden en situación de calle.

5. La inspección ocular para escuchar la voz de los afectados en el proceso. El derecho a ser oído

Una de las claves para la resolución de este tipo de conflictos es la participación de los afectados en la construcción de una solución cooperativa. En este sentido, las audiencias convocadas por el juez, la invitación de autoridades públicas claves, la participación de la Facultad de Arquitectura de la Universidad de Buenos Aires y la buena disposición del adquirente del inmueble fueron fundamentales para elaborar una propuesta superadora.

Claro está que ello no se logró sin grandes esfuerzos del tribunal y la actitud de boicot que en la última fase sostuvo el gobierno local. Ahora, dentro de esos participantes “ajenos” al típico proceso, la inspección ocular del juez merece una nota distintiva. Es que la visita del juez a los vecinos le permitió superar la limitada comprensión de los hechos que suele hacerse a través del material escrito incorporado al expediente, además de sensibilizarse con el sufrimiento de las familias y escuchar su voz en directo, sin las traducciones de sus expresiones distorsionadas por los relatos de los operadores del derecho, léase abogados y oficiales de justicia. A partir de ello, el juez pudo ayudar a la conformación de una cooperativa y entender el contexto de “expulsión de pobres” que se vive en el barrio de La Boca. Sin esta mediación, el material fáctico del caso se vería sumamente empobrecido, por ello en los conflictos colectivos se torna imprescindible una actuación en el lugar del conflicto, para evitar soluciones “de papel” alejadas de los problemas reales de los afectados.

Por otra parte, más allá de las razones de conveniencia, el “derecho de los afectados a ser oídos” forma parte del derecho de defensa y del debido proceso legal que no pueden ser soslayados.

6. La distribución justa de cargas en el proceso

La postergación del desalojo ordenada por el juez, para permitir la construcción consensuada de una solución o para garantizar que las personas en situación de vulnerabilidad no queden en situación de calle, suele ser cuestionada sobre la base de que “no existirían” razones para que una parte (el adquirente) soportara las pérdidas ocasionadas por la mora del Estado –un tercero– en resolver el problema. En este caso, la tensión se resolvió por la actitud cooperativa del adquirente. Sin perjuicio de ello, el juez en varias ocasiones hace mención del “plazo razonable” para aguardar esta solución, el que finalmente quedó agotado y por ello justificó su decisión.

Hay varias posibles formas de encarar esta tensión entre la necesidad de una respuesta que garantice el derecho a la vivienda y el derecho del propietario a disponer de su propiedad y percibir sus frutos. Una forma de resolver esta tensión es recurrir al argumento que se funda en la obligación jurídica de todos los ciudadanos de soportar la acción de la justicia y, por ende, el daño o perjuicio que pudieren haber sufrido con la imposición de las medidas cautelares y consecuente suspensión del poder dispositivo.¹¹ Una segunda posibilidad es aplicar el enfoque de la doctrina norteamericana de *distribución social del daño*. La teoría está vinculada, en sus orígenes, al análisis económico del derecho, y sostiene que el empresario debe responder por la conducta de sus dependientes, porque de esta manera se verá forzado a velar por el funcionamiento correcto de su empresa, evitan-

11. Nótese que, aun con mi discrepancia, existen restricciones mucho más dañosas, como la prisión preventiva que soportan las personas sin condena firme mientras la justicia determina su posible culpabilidad.

do que ocurran accidentes. El propietario es quien está en la mejor posición económica para distribuir socialmente el costo del daño dentro del mercado, ya sea mediante la contratación de seguros de daños contra terceros o mediante la internalización de estos costos. Desde la vereda contraria, una solución podría ser que el propietario que se vea privado de sus frutos pueda realizar una reclamación posterior contra el Estado que incurrió en mora en el cumplimiento de la sentencia del juez.

La decisión que comentamos arroja alguna luz al respecto al introducir un estándar legal de “plazo razonable”. Una postura que integre los distintos enfoques podría concluir que es legítimo que durante un plazo el propietario soporte el no goce de los frutos de su inmueble como parte del costo que todos los ciudadanos soportan por la acción de la justicia, pero ello debe estar limitado por un plazo razonable, luego del cual nacerían acciones de responsabilidad contra el Estado, moroso en brindar una solución de vivienda para los ocupantes.

III. FRENO AL ABUSO DE LAS COMISIONES INMOBILIARIAS. EL CASO “ACIJ Y OTROS C/ CUCICBA”¹²

El caso fue iniciado por la Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (ACIJ) y por Gervasio Muñoz en su calidad de inquilino de la CABA e integrante de la agrupación Inquilinos Agrupados, quienes presentan una acción de amparo colectivo en defensa del derecho a la vivienda digna de inquilinos y potenciales inquilinos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires contra el Colegio Único de Corredores Inmobiliarios

12. Este caso lo he desarrollado más ampliamente en Tedeschi (2016).

de la Ciudad de Buenos Aires (CUCICBA). La demanda se presentó en el fuero contencioso administrativo y tributario de la Ciudad y tuvo por objeto que se declare nula la Resolución N° 350/2016 dictada por el CUCICBA, se le ordene a esta entidad implementar un plan para el control efectivo sobre el cobro de aranceles por parte de los corredores inmobiliarios, con miras a evitar la repetición de prácticas ilegales en torno a las comisiones cobradas a inquilinos sobre locaciones de inmuebles destinados a vivienda única y la confección de un plan integral para la difusión pública del monto máximo a cobrar a los inquilinos en concepto de las mencionadas comisiones. Además se solicitó la conformación de una mesa de trabajo entre las partes, con participación de la Defensoría de Inquilinos de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, para realizar la planificación y el seguimiento conjuntos de las obligaciones.

Para asegurar la eficacia de la acción, se solicitó una medida cautelar para que el juez ordenase la suspensión de la Resolución N° 350/16 de CUCICBA hasta el dictado de la sentencia definitiva.

La demanda fue posteriormente ampliada para solicitar al juez que, en virtud de la Ley N° 3588 de CABA, los corredores inmobiliarios exhiban en forma visible y destacada en los locales u oficinas comerciales en que desarrollan sus actividades —así como en sitios web si los tuvieran— la transcripción de los artículos 11, inciso 2¹³ y 57¹⁴ de la Ley N° 2340.

13. Artículo 11, Derechos: “Son derechos de los corredores inmobiliarios: [...]. 2. Percibir honorarios por la actividad realizada y comisiones de su comitente según la retribución que libremente pacten y, de quien resulte cocontratante, la que se establezca por la ley. En el caso de tratarse de alquiler de inmuebles destinados a vivienda administrados por un corredor inmobiliario, el monto de los honorarios mensuales no podrá ser exigido a los inquilinos”.

14. Artículo 57: “Hasta tanto se regulen los aranceles según lo previsto en el inciso 2°

Los aportes estratégicos del juez de primera instancia respecto de los derechos habitacionales en las relaciones de locación de inmuebles para vivienda son los siguientes:

1. Relación colectiva entre inquilinos e inmobiliarias

La decisión judicial de primera instancia es una primera aproximación al conflicto del sector alquileres respecto del mercado de la vivienda que hasta ahora no estaba planteado como público colectivo, sino como individual. A partir de ahora otras cuestiones relativas a la relación de inquilinos e inmobiliarias también podrán ser discutidas en la justicia y en los poderes legislativos nacionales y locales.

2. La legislación local puede limitar el principio de libertad contractual

La decisión refuerza la competencia de la legislación local para limitar la libertad contractual. Este principio resulta clave no solo para resolver esta tensión entre inquilinos e inmobiliarias, sino para todo un amplio campo de regulaciones que podrían desarrollar los gobiernos municipales y provinciales en el ámbito de su competencia, para regular la actividad del mercado inmobiliario no solo en los contratos de alquiler sino también de compraventa. En este sentido, compartimos las propuestas tanto de Habitar Argentina¹⁵ como de Petrelli (2015) en

del artículo 11, para los casos de locación de inmuebles destinados a vivienda única, el monto máximo de la comisión a cobrar al inquilino será el equivalente al cuatro, quince centésimos por ciento (4,15%) del valor total del respectivo contrato”.

15. Habitar Argentina es un espacio conformado por organizaciones, instituciones académicas, movimientos sociales y legisladores que están trabajando con el objetivo de generar un marco normativo que garantice el derecho a la vivienda, a la tierra y al hábitat para todos y todas. <http://habitarargentina.blogspot.com.ar>.

cuanto a la necesidad de impulsar la adopción de instrumentos locales para crear una regulación más protectoria de los inquilinos e intervenir sobre alquileres locales para garantizar el derecho a la ciudad y, consecuentemente, disminuir las desigualdades sociales y urbanas. La decisión judicial también refuerza la aplicación de la Ley de Defensa del Consumidor en algunos aspectos de la relación negocial del mercado inmobiliario, al traer a colación las sanciones previstas por la Ley N° 3588, cuando establece que

sin perjuicio de las facultades conferidas por ley al CUCICBA, las infracciones a la presente ley son pasibles de las sanciones previstas por las leyes nacionales 22802 y 24240, según el caso a través del procedimiento establecido por la Ley N° 757.

En este sentido resulta auspiciosa una ampliación del espectro visible de la ley que protege a los consumidores sobre este campo de relaciones jurídicas tan íntimamente vinculado a la satisfacción de condiciones mínimas de vida adecuada.

3. El Código Civil y los estándares de derechos humanos

El enfoque de derechos humanos y especialmente la argumentación con base a estándares específicos del derecho a la vivienda adecuada es otro acierto de la decisión judicial. La impronta que los artículos iniciales del Código Civil y Comercial parecen establecer, en cuanto a la interpretación conforme a los tratados de derechos humanos, es fuerte en los primeros dos libros, pero va perdiendo fuerza en la regulación de los contratos y de los derechos reales.

En el ámbito jurídico deberíamos ser más conscientes —como ya lo son los economistas— de que el Código Civil es una de las principales formas de regular las relaciones de distribución de poder económico entre los particulares, sea asignándole o quitándole valor jurídico a sus diferentes tipos de relaciones. Si bien los principios de autonomía de la voluntad y propiedad individual parecen delegar todo el poder a los particulares, en nuestro modelo constitucional se destaca el importante papel que cumple el Estado interviniendo en la distribución de bienes. Desde un sentido clásico ya el derecho de familia pone límites a esta libertad de intercambio, para preservar determinados intereses que la sociedad considera valiosos. El enfoque cambia cuando se pretende establecer estos mismos principios en el derecho contractual y en los derechos reales, los cuales parecen inmunizados frente al orden público. El Código no debería ser un obstáculo para las políticas de intervención del Estado que pretenden inmiscuirse en la distribución de los bienes para defender a las personas más vulnerables en las relaciones contractuales.

Siendo coherentes con el artículo 2 del nuevo Código Civil y Comercial, en cuanto a que este debe ser interpretado teniendo en cuenta las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, una de las tareas interpretativas que se imponen, por ejemplo, es cotejar si una medida regulatoria se adecua al artículo 34 de la Carta de la OEA, en tanto establece que

los Estados miembros convienen en que la igualdad de oportunidades, la eliminación de la pobreza crítica y la distribución equitativa de la riqueza y del ingreso, así como la plena participación de sus pueblos en las decisiones relativas a su propio desarrollo, son, entre otros,

objetivos básicos del desarrollo integral. Para lograrlos, convienen asimismo en dedicar sus máximos esfuerzos a la consecución de las siguientes metas básicas: [...] b) Distribución equitativa del ingreso nacional; [...] f) Estabilidad del nivel de precios internos en armonía con el desarrollo económico sostenido y el logro de la justicia social; [...] k) Vivienda adecuada para todos los sectores de la población; l) Condiciones urbanas que hagan posible una vida sana, productiva y digna, entre otros.

Por otra parte, una línea argumentativa que suele soslayarse, en la relación entre derecho público y derecho privado, es el efecto horizontal de los derechos sociales en las relaciones privadas. Los derechos económicos, sociales y culturales como parte de los derechos humanos contenidos en la Constitución, alcanzan no sólo a las relaciones de derecho público, sino también a las relaciones privadas entre ciudadanos. La doctrina se ha referido así al efecto horizontal de los derechos fundamentales. Es decir, los derechos fundamentales no sólo son derechos de las personas frente al Estado para que este los respete, proteja, garantice y promueva, sino también como límite a la actuación de particulares en sus relaciones privadas.¹⁶

El derecho civil recibió, desde principios de siglo XX, muchos cuestionamientos en cuanto a su incapacidad para reconocer las desigualdades sociales existentes, protegiendo con sus principios generales las relaciones económicas y de clase, y consecuentemente, perpetuando esas desigualdades. Ante las dificultades de su reforma, se impulsó

16. La tesis de la *Drittwirkung* fue elaborada por el jurista Nipperdey (*Grundrechte und Privatrecht*, Múnaco, 1961) y aceptada por el Tribunal Federal de Trabajo de la República Federal Alemana en 1954. En la doctrina alemana (Hesse, 1995).

ron procesos de descodificación a través de la aprobación de estatutos especiales que sustraían materias completas de código. Véanse los ejemplos ya clásicos: la regulación del derecho del trabajo, disminuyendo el alcance del contrato de locación de servicio; los códigos rurales para reglar las relaciones contractuales y la propiedad rural en los países que hicieron reformas agrarias; la regulación de los derechos del consumidor, excluyendo las operaciones realizadas por estos sujetos de la regulación del contrato de compraventa de bienes de consumo; o las leyes de locaciones urbanas, como la nuestra. Pero esa crisis del derecho civil parece revertirse a partir de la Constitución española de 1978, con la constitucionalización del derecho privado. Lo cierto es que las relaciones entre el derecho civil y los derechos sociales, desde sus inicios, siempre han sido tensas, pues en la práctica los derechos sociales operan como limitaciones a los principios clásicos de libertad contractual y derecho a la propiedad absoluta. En nuestra historia jurisprudencial tenemos valiosos ejemplos muy conocidos de limitaciones a la libertad contractual en los contratos de alquiler que se impusieron en Argentina desde 1921 y que fueron avalados por la CSJN, entendiendo que el derecho a la propiedad, como todos los derechos podría ser limitado teniendo en miras el interés social (CSJN, 1924a, 1924b, 1934, 1945).

En este sentido, cuanto más se quiera reducir la mercantilización de los bienes y servicios necesarios para la satisfacción de las necesidades sociales (vivienda, alimentos, medios de producción, salud) ello redundará en una limitación a la libertad contractual y a los poderes de los propietarios. Claro está que se deberá evitar trabar el funcionamiento del mercado de comercialización de estos bienes, imponiendo restricciones compatibles con su existencia.

IV. PALABRAS FINALES

En conclusión, estos últimos cuatro años han logrado ampliar el campo de litigio del derecho a la vivienda, interviniendo en nuevas o retomando antiguas discusiones jurídicas referidas a la operatividad de este derecho, la posibilidad del Poder Judicial de intervenir en las políticas públicas de vivienda, la constitucionalización del derecho privado, la aplicación de normas internacionales de derechos humanos en relaciones privadas, las limitaciones al principio dispositivo y el activismo judicial, la imposición de obligaciones al poder público en juicios entre particulares, la intermediación del juez y la presencia en el terreno de los magistrados como clave de la solución del conflicto, la distribución de cargas en los procesos sobre conflictos asimétricos, el abordaje de las relaciones entre inquilinos e inmobiliarias como asunto colectivo, el rol de la legislación local en las limitaciones de la libertad contractual, entre otros.

Si bien falta mucho camino por recorrer, algunas de estas conquistas son puertas que abren la posibilidad de enfrentar algunos de los obstáculos dogmáticos, procesales y de la cultura jurídica que todavía hacen que el derecho a la vivienda continúe siendo un derecho de segunda clase frente a los superderechos, como lo son la propiedad y la libertad contractual.

V. BIBLIOGRAFÍA

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala F (2014). “Castronuovo de Santandrea S.A. c/ Taccari, Carlos Alberto y otros s/ Ejecución de alquileres”.

Comité de Naciones Unidas sobre Derechos Económicos Sociales y Culturales (1997). Observación General N° 7. Aplicación del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N° 7, El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto): los desalojos forzosos. U.N. Doc. E/1999/22, anexo IV.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2012). *Furlan y Familiares vs. Argentina* (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

Corte Suprema de Justicia de la Nación (1924a). “Ercolano c/ Lanteri de Renshaw”.

----- (1924b). “Manuel F. Cornü c/ José Ronco”.

----- (1934). “Oscar Agustín Avico c/ Saúl G. de la Pesa”.

----- (1945). “Gobierno Nacional c/ Carlos Saberna”.

----- (2004). “Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A. s/ accidentes ley 9688”.

----- (2012). “Q. C., S. Y c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ Amparo”.

----- (2016). “CEPIS c/ el Ministerio de Energía y Minería s/ amparo colectivo”.

Courtis, C. y Abramovich, V. (2002). *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta.

Hesse, K. (1995). *Derecho Constitucional y Derecho Privado*. Madrid: Civitas.

Holmes, S. y Sunstein, C. (2011). *El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos*. Buenos Aires: Siglo XXI.

Juzgado Contencioso Administrativo y Tributario N° 5 (2003). “Agüero, Aurelio E. c/ GCBA s/ Amparo”.

- Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 1 (2014). “Castronuovo de Santandrea c/ T.C.A y otros s/ Ejecución de Alquileres”.
- Juzgado Contencioso Administrativo y Tributario N° 17 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (2016), “ACIJ y otros c/ CUCICBA”.
- Petrelli, H. (2015). “Instrumentos jurídicos para una política pública local sobre alquileres”. Recuperado de <http://abogadosporelderechourbano.org/wp-content/uploads/2015/11/Instrumentos-locales-para-alquileres.pdf>
- Tedeschi, S. (2007). El derecho a la vivienda a diez años de la reforma de la Constitución. Caminos nuevos y posibles para la jurisprudencia argentina. En C. Courtis, A. Bovino (comps.) *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- (2012). El derecho a la vivienda es justiciable. Comentario al fallo de la Corte Suprema sobre el derecho a la vivienda y su importancia para la exigibilidad de los DESC. *Revista Institucional de la Defensa Pública de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*, 3, 75-90.
- (2014) “Desalojos y Derechos Humanos”. Comentarios al fallo “Castronuovo de Santandrea c/ T.C.A y otros s/ Ejecución de Alquileres” del 9/6/2014 del Juzgado Nacional en lo Civil N° 1”. *Revista de Derecho de Familia*, 6.
- (2016). ¡Inquilinos de Argentina, uníos! Comentario al fallo de Alquileres. *Revista Igualdad, autonomía personal y derechos sociales*, 3.
- Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (2002). “Comisión Municipal de la Vivienda c/ Saavedra, Felisa Alicia y otros s/ Desalojo s/ Recurso de Inconstitucionalidad”.

*La exigibilidad
de los derechos
económicos, sociales
y culturales.*

*Un estudio desde la
perspectiva de la
gubernamentalidad*



MAURO BENENTE
MATÍAS GUILLERMO AGUIRRE

I. INTRODUCCIÓN

En la Argentina, a nivel constitucional, la incorporación de los derechos económicos sociales y culturales (DESC) se sitúa en la reforma constitucional de 1949, cuyo texto fue ilegalmente anulado el 27 de abril de 1956 mediante una proclama dictada por el entonces gobierno de facto liderado por Pedro Eugenio Aramburu, que reinstauró la vigencia de la Constitución liberal de 1853. Al año siguiente, mediante el decreto N° 3838/57 del 12 de abril de 1957, el gobierno de facto convocó a una Asamblea Constituyente, los comicios se desarrollaron el 28 de julio y con el peronismo proscripto el voto en blanco ganó las elecciones para conformar la Asamblea, que incluyó el artículo 14 bis o nuevo en el que se consagraron algunos DESC. Fue con la reforma constitucional de 1994 cuando, fundamentalmente a través de la jerarquía constitucional de los tratados y convenciones de derechos humanos, la matriz liberal de la Constitución argentina se vio tensionada con los DESC. La incorporación de estos se produjo en un contexto de poderoso avance del neoliberalismo en la región, con

una matriz económica cuyas políticas negaron la realización de estos derechos con efectos devastadores para los sectores más vulnerables y oprimidos.

Uno de los debates que se desplegó en aquel contexto de la década de 1990 y los primeros años de este siglo, fue el relativo a la exigibilidad y a la justiciabilidad de los DESC. El interrogante era ¿estos derechos son tan exigibles como los denominados civiles y políticos? ¿El Estado está tan obligado a respetar los DESC como los civiles y políticos? En las discusiones actuales, la batalla conceptual por la exigibilidad de los DESC parece relativamente ganada. Es por ello que aquí nos interesa avanzar en otro plano de la discusión: ¿por qué solamente el Estado está obligado a respetar estos derechos? En un escenario en el cual el grado de concentración económica transforma a las corporaciones en instituciones más poderosas que a los propios Estados, el interrogante es ¿por qué las corporaciones no están obligadas a respetar los DESC? ¿Por qué cuando exigimos acceso a la salud demandamos al Estado y no a los laboratorios transnacionales? ¿Qué es lo que explica que demandemos a un municipio pobre en lugar de a una transnacional que produce cemento cuando exigimos una vivienda digna?

Sin dudas existen innumerables desafíos institucionales y procesales para hacer exigibles los derechos frente a las corporaciones. De todas maneras, aquí nos interesa puntualizar en otra dimensión, de tinte más conceptual. La pregunta sería: cuando definimos los derechos, y en particular los DESC, ¿lo hacemos en relación con el Estado? ¿No hay manera de conceptualizarlos sin la referencia Estado-centrista? ¿No hay modo de conceptualizarlos en vinculación con el poder de las corporaciones?

En la primera parte del trabajo nos interesa avanzar en una dimensión conceptual que nos permita entender las razones por las cuales los derechos se enarbolaron en referencia al Estado. En particular, destacaremos que los derechos en tanto límites al accionar del Estado se inscriben en una determinada *racionalidad* gubernamental, *racionalidad* que resulta insuficiente para garantizar los DESC. Luego analizaremos la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) y de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires (SCBA), en vistas de reconstruir si al momento de conceptualizar los DESC los tribunales asumen que el Estado y solamente el Estado es responsable de su realización. Sumar el estudio de la jurisprudencia de la SCBA a los clásicos trabajos que suelen abordar las sentencias de la Corte IDH y de la CSJN es especialmente relevante, porque se trata del máximo tribunal de la provincia con mayor pobreza absoluta del territorio argentino. De alguna manera, implica incorporar la jurisprudencia del tribunal que resuelve en una provincia en la cual los DESC tienen un alto grado de vulneración. Tras desarrollar estos análisis, será el momento de establecer algunas conclusiones y preguntas provisorias.

II. GUBERNAMENTALIDAD Y DERECHOS HUMANOS

Reconstruir la emergencia de un discurso de derechos en vinculación con el poder estatal obliga a dirigir nuestra mirada hacia la emergencia del liberalismo político. Siguiendo pero también redefiniendo conceptualizaciones delineadas por Michel Foucault, en particular sus desarrollos de la *gubernamentalidad*, creemos que en

lugar de leer al liberalismo como mero criterio normativo hay que entenderlo –y con él a las limitaciones al Estado– en el marco de ciertas *racionalidades* de gobierno.

Foucault entiende por *gubernamentalidad* un conjunto de instituciones, procedimientos, análisis, reflexiones y tácticas que permiten ejercer una forma de poder que tiene como blanco la población, como saber la economía política y como técnica específica los dispositivos de seguridad. También alude a la tendencia por la cual el gobierno –una tecnología de conducir la conducta de los individuos a través de un control sobre los ámbitos en los cuales actúan– comenzó a tener preeminencia sobre la soberanía y las disciplinas. Finalmente, refiere al proceso por el cual el Estado “se encontró poco a poco ‘gubernamentalizado’” (2004a: 111-112). La problemática de la *gubernamentalidad* se encuentra ligada al Estado, pero sin caer en las dos grandes sobrevaluaciones: a) la que lo concibe como un monstruo frío (Nietzsche, 2005: 72); b) aquella que lo contempla como un conjunto de funciones que desarrollan las fuerzas productivas y reproducen las relaciones de producción. El Estado no tiene esa unidad y rigurosa funcionalidad, y si se presenta así es debido “a esta gubernamentalidad que es a la vez exterior e interior al Estado” (2004a: 112). Lo que define qué depende o no del Estado, qué es público o privado, son las técnicas de gobierno: la supervivencia y los límites del Estado “no deben comprenderse más que a partir de las tácticas generales de la gubernamentalidad” (2004a: 112).

Estudiar al Estado desde la grilla de la *gubernamentalidad* supone: a) pasar al exterior de las instituciones y encontrar por fuera de ellas “una tecnología de poder” (2004a: 121); b) pasar al exterior de la

función y focalizar las estrategias y tácticas que se ponen en juego; c) pasar al exterior de los objetos y no tenerlos —en este caso al Estado— como cosas dadas sino como resultados de prácticas. La apuesta de franquear los límites y pasar a la exterioridad del Estado se traduce en la apuesta conceptual por reubicarlo dentro de una tecnología general de gobierno sobre los hombres: la *gubernamentalidad*.

El concepto de *gubernamentalidad* se emplea para ahorrarnos “una teoría del Estado, como podemos y debemos ahorrarnos una comida indigesta” (2004b: 78). No hay que iniciar los análisis por la naturaleza y las funciones del Estado, no hay que tenerlo como un universal político, sino focalizarse en el funcionamiento del gobierno (Valverde y Levy, 2006: 8). Esto es así porque “el Estado no es en sí mismo una fuente autónoma de poder” (Foucault, 2004b: 78), es la resultante de estatizaciones que son modificadas, desplazadas y transformadas: “no es otra cosa que el efecto móvil de un régimen de gubernamentalidades múltiples” (Foucault, 2004b: 79). De alguna manera, el Estado es “una peripecia del gobierno y no es el gobierno un instrumento del Estado” (Foucault, 2004a: 253).¹

Los estudios que parten de la perspectiva de la *gubernamentalidad* no abordan solamente las prácticas de gobierno sino fundamentalmente sus racionalidades, que pueden ser distintas y estar en competencia en

1. Es patente la vinculación que existe entre la noción de *gubernamentalidad* y el Estado, pero no se lo concibe como una institución cerrada y autosuficiente, sino que se hace inteligible a partir de técnicas de gobierno que lo exceden. Respecto del Estado es menester adoptar una posición nominalista, tener presente que no tiene ninguna necesidad funcional ni esencial (Rose y Miller, 1992: 176), y del gobierno hay que saber que “es una práctica generalizada y dispersa más que una cuestión acerca de lo que los *Estados* hacen” (O'Malley, 2007: 155).

un mismo contexto histórico.² La *gubernamentalidad* alude a un tipo de ejercicio de poder o de conducción de conductas que se encuentran guiados por una racionalidad y una práctica reflexiva (Hindess, 1996: 106; Lemke, 2002: 53; Rose, 1999: 7). El foco de atención se encuentra “en el conocimiento ideal de los planes de gobierno, más que en los detalles acerca de cómo se implementan y cuáles son los efectos que podrían tener” (O’Malley, 2007: 155) y es por ello que puede decirse que el problema planteado “es el de la *racionalidad* del *gobierno*, es decir, la manera en la cual el gobierno reflexiona su práctica” (Gros, 1996: 85).³ La *racionalidad* gubernamental o *arte* de gobernar es “la manera reflexiva de gobernar mejor y también, y al mismo tiempo, la reflexión sobre la mejor manera posible de gobernar” (Foucault, 2004b: 4) y no se inscribe únicamente en el registro de la teoría ni la filosofía política sino que tiene una clara dimensión práctica (Dean, 1999: 18).

Bajo la perspectiva de la *gubernamentalidad* es que Foucault realiza un estudio del liberalismo, y plantea que en los siglos XVII y XVIII los juristas situaron los derechos naturales como anteriores al soberano, y por ello como límites al accionar del Estado. Desde el derecho se construyó un límite al Estado, pero exterior, lo que significaba que a) provenía de una voluntad divina u origen remoto; b) si los límites

2. Es importante aclarar que esta noción de racionalidad no tiene “un gran valor normativo, asociado a una ‘Razón’, en mayúsculas y en singular, sino que tiene un significado meramente relativo a determinadas prácticas históricas” (De Marinis, 1999: 88).

3. Dicho de otro modo, la *racionalidad* gubernamental alude a un “sistema de pensamiento sobre la naturaleza de la práctica de gobierno (quién puede gobernar; qué es gobernar; qué o quién es gobernado), capaz de hacer, de algún modo, esta actividad pensable y practicable” (Gordon, 1991: 4).

eran avasallados, el gobierno se transformaba en ilegítimo; c) si estos límites eran transgredidos, los súbditos quedaban liberados del deber de obediencia. Es por ello que puede decirse que a diferencia del papel que desempeñó en el Medioevo “el derecho público [...] es opositor en el siglo XVII y siglo XVIII” (2004b: 11). Frente a esta limitación externa, los economistas, que no eran opositores sino consejeros de las autoridades, construyeron una limitación interna: 1) una regulación no de derecho sino de hecho, por lo que si el gobierno avasallaba los límites no se transformaba en ilegítimo sino en torpe, en un gobierno que no hacía aquello que le convenía; 2) incluso siendo una limitación de hecho, tenía pretensiones de generalidad; 3) no se construía por fuera de los objetivos del gobierno sino que era “uno de los medios, y quizás el medio fundamental, de alcanzar precisamente esos objetivos” (2004b: 13); 4) esta limitación de hecho con pretensiones de generalidad, constituida en función de la propia práctica gubernamental, establecía una demarcación entre aquello que convenía y no convenía hacer.⁴ Teniendo esto en cuenta, y en oposición a aquella limitación externa enarbolada por el liberalismo jurídico-político, esta “crítica interna de la razón gubernamental, ya no va a girar alrededor de la cuestión del derecho, no va a girar más alrededor de la usurpación y de la legitimidad de la soberanía” (2004b: 14). La pregunta que sobrevuela esta razón gubernamental crítica, que se formula el liberalismo económico, es “cómo no gobernar demasiado” (2004b: 15).

4. La cuestión no era “¿dónde están esos derechos fundamentales y cómo esos derechos fundamentales dividen el dominio de la gubernamentalidad posible y el dominio de la libertad fundamental? [...] la división se traza entre *agenda* y *non agenda*, las cosas que hay que hacer y las que no hay que hacer” (2004b: 14).

El liberalismo no propone una ausencia de prácticas de gobierno sino su refinamiento, guiado por un principio muy novedoso: una limitación que se inscribe dentro de la propia racionalidad gubernamental. El liberalismo no es solamente una teoría económica sino también “un principio y un método de racionalización del ejercicio del gobierno” (Castro, 2004: 14), cuyo principal objetivo es marcarle límites (Hindess, 1996: 67). Es por ello que la libertad no debe ser tenida solamente como un límite al poder, sino que constituye un elemento estrictamente necesario de la *racionalidad* liberal de gobierno. Esta *racionalidad* indica que sólo se puede gobernar correctamente a condición de que un “determinado número de formas de libertad, sean respetadas. No respetar la libertad no es solamente ejercer abusos de derecho en relación a la ley, sino que es sobre todo no saber gobernar como se debe” (Foucault, 2004a: 361).

Es interesante la lectura que propone Foucault del liberalismo económico, un liberalismo que no se articula protestando desde la plaza pública y enfrentándose a los objetivos de la monarquía, sino que se instituye al interior del gabinete real y en vistas de mejorar sus prácticas de gobierno, de hacerlas más eficientes y provechosas. De todos modos, no resulta atractiva la distinción entre un liberalismo jurídico-político que concibe los límites a partir del respeto de los derechos individuales cuyo cumplimiento es condición para contar con un gobierno legítimo, y un liberalismo económico que concibe los límites como criterios de conveniencia o inconveniencia de las acciones de gobierno. Si uno revisa la historia del constitucionalismo —al menos en América Latina—, es posible advertir cómo los proyectos constitucionales se inscribieron dentro de proyectos de gobiernos, y cómo los derechos y las limitaciones al Estado se inscriben dentro

de objetivos gubernamentales precisos. Para mencionar solamente el caso de Juan Bautista Alberdi, es notable leer que tras la caída de Juan Manuel de Rosas, entendía que era urgente establecer un nuevo gobierno “y una constitución que sirva como regla de conducta a ese gobierno” (1915: 37). Era momento que las Constituciones organizaran “los medios prácticos de sacar a la América emancipada del estado obscuro y subalterno” (1915: 67). Las Constituciones debían establecer reglas claras para lograr el objetivo gubernamental del progreso económico, y para ello no solamente había que diagramar las instituciones políticas sino también declarar ciertos derechos. Como resume en el *Sistema económico y rentístico*, “la libertad es el *medio*, no el *fin* de la política de nuestra Constitución” (1921: 37), y estos medios apuntan a “ver opulentos y ricos nuestros Estados” (1921: 68).⁵

Si bien el liberalismo en tanto *racionalidad* de gobierno merecería un desarrollo más extenso, nos interesa remarcar que la limitación del Estado, y la articulación de los derechos como límites al poder estatal, se inscriben en un determinado programa de gobierno. La pregunta que surge, entonces, es ¿por qué no avanzar en *racionalidades* de gobierno que también supongan la limitación del accionar de las corporaciones transnacionales? ¿Por qué no inscribir a los derechos en el marco de esta nueva *racionalidad*? Aquí no podremos

5. De esta manera, Alberdi subraya el estrecho vínculo que existe entre los objetivos de gobierno “la política no puede tener miras diferentes de las miras de la Constitución. Ella no es sino el arte de conducir las cosas de modo que se cumplan los fines previstos por la Constitución. De suerte que los principios señalados en este libro como bases, en vista de las cuales deba ser concebida la Constitución, son los mismos principios en cuyo sentido debe ser encaminada la política que conviene a la República Argentina” (1921: 229).

avanzar en las respuestas, pero sí nos interesa analizar si al momento de conceptualizar los DESC se asume irreflexivamente una determinada racionalidad gubernamental –de situar las referencias de los derechos en relación con el Estado– y se la presenta como si fuera la única.

Sobre los DESC, uno de los aspectos más discutidos ha sido –y en menor medida sigue siendo– su justiciabilidad y exigibilidad. Tomando como punto de partida que no hay razones conceptuales para negar su exigibilidad y justiciabilidad (Abramovich y Courtis, 2002; Courtis, 2006a; Pisarello, 2007), en lo que sigue nos interesa restituir en un plano conceptual si en la jurisprudencia de la Corte IDH, la CSJN y la SCBA, los DESC se definen en relación con el Estado o con otros poderes no estatales. Restituir este plano conceptual implica no observar a quién se dirige la condena –puesto que la Corte IDH solamente puede condenar Estados y los tribunales argentinos resuelven en demandas contra el Estado–, sino estudiar con detenimiento si al momento de definir los DESC, los tribunales incluyen automática e irreflexivamente referencias al Estado. Como nos interesa analizar cuál es la *racionalidad* que subyace a los DESC, descartaremos de nuestro objeto de estudio las partes resolutorias de los pronunciamientos y nos detendremos en los pasajes en los cuales los tribunales definen los derechos.

III. LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS EN MATERIA DE DESC

La atención al sistema interamericano es importante porque gran parte de la academia regional reflexiona sobre los derechos humanos a la luz de los pronunciamientos de la Corte IDH y de la Comisión,

y también porque el tribunal ha estipulado que la interpretación que realiza sobre la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) es obligatoria para los jueces de los distintos Estados.⁶

El caso argentino no es ajeno a esta tendencia latinoamericana, puesto que aunque en los casos sobre DESC no hay tantas referencias a la Corte IDH –tal como veremos su jurisprudencia no es especialmente interesante–, la obligación ha sido pacíficamente adoptada por la CSJN. De hecho en el caso “Mazzeo”, la CSJN sostuvo “la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos” (2007, considerando 20º) que implica “una insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos en el ámbito de su competencia y, en consecuencia, también para la Corte Suprema de Justicia de la Nación” (2007, considerando 20º). Asimismo, la Corte citó expresamente la obligación que tienen los jueces locales de realizar el control de convencionalidad (2007, considerando 21º) y en lo que parece ser una radicalización de la tendencia, el tribunal argentino catalogó como *obligatorias* las *recomendaciones* ya no de la Corte, sino de la Comisión Interamericana (2013a). Por su parte, en las dieciocho sentencias sobre DESC que hemos analizado, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires

6. De acuerdo con la Corte IDH, “el Poder Judicial debe ejercer una especie de ‘control de convencionalidad’ entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la CADH. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana” (Corte IDH, 2006a: párrafo 124). Con anterioridad a este pronunciamiento, la doctrina del control de convencionalidad había sido delineada en ciertos votos concurrentes del juez García Ramírez (Corte IDH, 2003a, 2004a, 2006b). Con posterioridad a “Almonacid Orellano”, la doctrina fue reiterada, con matices, en Corte IDH (2006c, 2006d, 2007, 2008, 2009a, 2012).

ha mencionado en numerosas oportunidades la exigencia de realizar el control de convencionalidad. En particular, ha sido el juez Juan Carlos Hitters quien en nueve de esas sentencias ha enfatizado la necesidad de realizar el control de convencionalidad (SCBA, 2010a, 2010b, 2010c, 2010d, 2010g, 2011a, 2011b, 2013a, 2015a).

La CADH se divide en un preámbulo y tres partes, y la primera se titula “Deberes de los Estados y Derechos protegidos”, denotando una estrecha vinculación entre los derechos individuales y los deberes –exclusivos y excluyentes– del Estado. El tercer capítulo, dedicado a los DESC, contiene un único artículo que remite a la carta de la Organización de Estados Americanos, suscrita el 30 de abril de 1948 en Bogotá.⁷ La CADH fue completada por el Protocolo Adicional en materia de DESC –conocido como “Protocolo de San Salvador”–, adoptado en noviembre de 1988 y vigente desde el 16 de noviembre de 1999. La CADH no presenta una formulación muy generosa en el reconocimiento de los DESC y la Corte IDH tampoco ha desarrollado una jurisprudencia robusta en la materia: se refirió al artículo 26 en “Cinco pensionistas vs. Perú” y en “Acevedo Buen día y otros (‘Cesantes y Jubilados de la Contraloría’) vs. Perú”. Sin embargo, con anterioridad y posterioridad a estos pronunciamien-

7. El artículo 26 dispone que “los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados”. Además de ser un único artículo, interpretaciones restrictivas como las de Matthew Craven (1998: 297-306) sostienen que no se incluyen a los DESC, y James Cavallaro y Emily Schaeffer (2004: 225-227, 267-269), y Gros Espiell (1986: 114) afirman que carecen de justiciabilidad.

tos, utilizó el concepto “vida digna” para resolver casos sobre DESC. El concepto “vida digna” fue acuñado en “‘Niños de la Calle’ (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala”, resuelto en noviembre de 1999, en el cual la Corte IDH condenó al Estado de Guatemala por violación del derecho a la vida, la libertad personal, la integridad física y los derechos del niño; por el secuestro y el asesinato de cuatro “niños de la calle” y el asesinato de un quinto por miembros de las fuerzas de seguridad. Cuando la Corte IDH conceptualizó la idea de “vida digna”, la referencia fue únicamente respecto del Estado: el derecho a la vida comprende “el derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna. Los *Estados* tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones de ese derecho” (1999: párrafo 144, *itálicas agregadas*). Asimismo, cuando los jueces entendieron que el caso era más grave por tratarse de jóvenes, insistieron en que tiene “el *Estado* el deber de adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de los niños bajo su jurisdicción” (1999: párrafo 144, *itálicas agregadas*).

En “Instituto de Reeducción del Menor ‘Panchito López’ vs. Paraguay”, resuelto en septiembre de 2004, la Corte IDH condenó al Estado paraguayo por violación al derecho a la vida y la integridad personal respecto de varios internos del instituto de menores, y como analizaron el derecho a la “vida digna”, la salud y la educación, consideraron redundante pronunciarse sobre el artículo 26 de la CADH (2004b: párrafo 255). Nuevamente, en el plano conceptual, la Corte IDH indicó que “la salvaguarda de la persona frente al ejercicio arbitrario del *poder público* es el objetivo primordial de la protección internacional de los derechos humanos” (2004b: párrafo 239, *itálicas agregadas*). Ya en

términos más específicos, cuando los jueces aludieron al derecho a la vida, la referencia también fue exclusivamente al Estado:

el derecho a la vida es fundamental en la Convención Americana, por cuanto de su salvaguarda depende la realización de los demás derechos [...] Los *Estados* tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para el pleno goce y ejercicio de ese derecho. (2004b: párrafo 156, *itálicas agregadas*).

La misma lógica se advierte cuando aludieron al derecho a la vida y a la integridad personal, que “no sólo implican que el *Estado* debe respetarlos (obligación negativa), sino que, además, requiere que el Estado adopte todas las medidas apropiadas para garantizarlos (obligación positiva)” (2004b: párrafo 158, *itálicas agregadas*). Finalmente, sobre los derechos del niño, aunque primero hicieron referencia al *Estado* y también a los particulares (2004b: párrafo 147), luego cargaron los deberes sobre el Estado: “[l]as acciones que el *Estado* debe emprender [...] abarcan aspectos económicos, sociales y culturales que forman parte principalmente del derecho a la vida y del derecho a la integridad” (2004b, párrafo 149, *itálicas agregadas*).⁸

Finalmente, en “Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay”, de junio de 2005, el tribunal estudió un conflicto en el cual la comunidad que había ocupado ancestralmente el Chaco paraguayo fue desplazada porque esas tierras fueron adquiridas por empresarios británicos.

8. Aquí los jueces insistieron en que “la Convención sobre los Derechos del Niño incluye en el derecho a la vida la obligación del *Estado* de garantizar ‘en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño’” (2004b: párrafo 161, *itálicas agregadas*).

Esto implicó el traslado de la comunidad, la falta de animales, cultivos y agua, y produjo un enorme daño en sus condiciones de vida. La comunidad inició los trámites para reivindicar su tierra y se instaló al costado de la ruta frente a su antiguo asentamiento. La Corte IDH consideró que el procedimiento de reivindicación de tierras fue inefectivo y desconoció el principio de plazo razonable. Además sentenció que el Estado violó el derecho de propiedad de la comunidad y no adoptó medidas para que sus miembros desarrollaran una vida digna.

Si bien las tierras de las comunidades fueron ocupadas por privados, era de suponer que se cargara sobre el Estado el deber de establecer los mecanismos judiciales para resolver los reclamos de la comunidad. Lo que resulta problemático es que el tribunal responsabilizó solamente al Estado por violar el derecho a la propiedad comunal y a la vida digna. Fue una empresa británica la que desplazó a la comunidad indígena, pero la Corte IDH adjudicó únicamente al Estado la violación de derechos: “el *Estado* no había garantizado el derecho de los miembros de la Comunidad Yakye Axa a la propiedad comunitaria [...] este hecho ha afectado el derecho a una vida digna de los miembros de la Comunidad” (2005a: párrafo 168, *itálicas agregadas*). Cargaron la responsabilidad únicamente en el Estado y además, y esto es lo más problemático, conceptualizaron los derechos con la única referencia hacia este:

los *Estados* deben tener en cuenta que los derechos territoriales indígenas abarcan un concepto más amplio y diferente que está relacionado con el derecho colectivo a la supervivencia como pueblo organizado, con el control de su hábitat como una condición necesaria para

la reproducción de su cultura, para su propio desarrollo y para llevar a cabo sus planes de vida. (2005a: párrafo 146, *itálicas agregadas*).

Asimismo, al tematizar sobre la vida digna se lee que

una de las obligaciones que ineludiblemente debe asumir el *Estado* en su posición de garante [...] es la de generar las condiciones de vida mínimas compatibles con la dignidad de la persona humana y a no producir condiciones que la dificulten o impidan. (2005a: párrafo 162, *itálicas agregadas*).

De esta manera, “el *Estado* tiene el deber de adoptar medidas positivas, concretas y orientadas a la satisfacción del derecho a una vida digna” (2005a: párrafo 162, *itálicas agregadas*).⁹

En los casos en los cuales la Corte IDH resolvió acudiendo a la noción de “vida digna”, es sistemática su conceptualización en referencia al Estado, matriz que se repite en sus escasas referencias a los DESC. En “Cinco pensionistas’ vs. Perú”, de febrero de 2003, los demandantes habían sido perjudicados por una disminución de sus haberes previsionales y la Corte IDH condenó al Estado por violación del derecho de propiedad, de protección judicial y de las disposiciones

9. Respecto del “derecho a la vida de los niños, el *Estado* tiene, además de las obligaciones señaladas para toda persona, la obligación adicional de promover las medidas de protección” (2005a: párrafo 172, *itálicas agregadas*). Por último, los jueces cargaron únicamente sobre el Estado la protección de los ancianos: “es importante que *el Estado* adopte medidas destinadas a mantener su funcionalidad y autonomía, garantizando el derecho a una alimentación adecuada, acceso a agua limpia y a atención de salud. En particular, *el Estado* debe atender a los ancianos con enfermedades crónicas y en fase terminal, ahorrándoles sufrimientos evitables” (2005a: párrafo 175, *itálicas agregadas*).

de los artículos 1.1 y 2 de la CADH, que obligan a ajustar el derecho interno a los tratados. Aquí la Corte se pronunció sobre la progresividad de los DESC (2003b: párrafo 126 138, 163 y 168), pero no brindó mayores presiones teóricas,¹⁰ que sí aparecen en “Acevedo Buendía” del 2009.

En “Acevedo Buendía y otros (‘Cesantes y Jubilados de la Contraloría’) vs. Perú”, los demandantes eran beneficiarios de pensiones que se actualizaban, pero en 1992 el régimen fue suspendido. El Tribunal Constitucional ordenó que el Estado pagara las sumas reclamadas, pero como no restituyó todos los montos, la Corte IDH consideró que el Estado había violado el derecho a la protección judicial y que la inobservancia de las resoluciones jurisdiccionales había derivado en una violación al derecho de propiedad. Aunque concluyó que en el caso no mediaba una violación del artículo 26 de la CADH, el tribunal realizó consideraciones generales sobre los DESC, pronunciándose expresamente sobre su exigibilidad.¹¹ Lo notable es que asumió que eran derechos con carácter general (2009b: párrafo 99), pero depositó exclu-

10. En la sentencia, que ha sido bastante criticada (Courtis, 2004; Melish, 2005), se lee que los DESC “tienen una dimensión tanto individual como colectiva. Su desarrollo progresivo, sobre el cual ya se ha pronunciado el Comité de Naciones Unidas sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, se debe medir, en el criterio de este Tribunal, en función de la creciente cobertura de los derechos económicos, sociales y culturales en general, y del derecho a la seguridad social y a la pensión en particular, sobre el conjunto de la población, teniendo presentes los imperativos de la equidad social” (Corte IDH, 2003b: párrafo 147).

11. Para la Corte IDH, “si bien el artículo 26 se encuentra en el capítulo III de la Convención, titulado ‘Derechos Económicos, Sociales y Culturales’ se ubica, también, en la Parte I de dicho instrumento, titulado ‘Deberes de los Estados y Derechos Protegidos’ y, por ende, está sujeto a las obligaciones generales contenidas en los artículos 1.1 y 2 señalados en el capítulo I (titulado ‘Enumeración de Deberes’), así como lo están los artículos 3 al 25 señalados en el capítulo II (titulado ‘Derechos Civiles y Políticos’)” (2009b: párrafo 100).

sivamente en el Estado su protección. La Corte IDH consideró que su efectividad dependía de un dispositivo de flexibilidad que reflejara las realidades del país, pero en el marco de esa flexibilidad “el *Estado* tendrá esencialmente, aunque no exclusivamente, una obligación de hacer” (2009b: párrafo 102, *itálicas agregadas*). Teniendo esto en cuenta, los magistrados agregaron que “el compromiso exigido al *Estado* por el artículo 26 de la Convención consiste en la adopción de providencias, especialmente económicas y técnicas [...] para lograr progresivamente la plena efectividad de ciertos derechos económicos, sociales y culturales” (2009b: párrafo 105, *itálicas agregadas*).

Por último, nos parece interesante mencionar el caso “Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador”, en el que no hay referencias a la noción de vida digna, ni tampoco mayor tratamiento del artículo 26, pero es relevante por dos razones: en primer lugar, porque se trata de un caso bastante reciente –1 de septiembre de 2015– y, en segundo lugar, porque están implicados los derechos a la salud y la educación. La causa se relaciona con la presunta responsabilidad del Estado por la afectación a la vida digna e integridad personal de Talía Gabriela Gonzales Lluy como consecuencia del contagio con VIH tras una transfusión de sangre que se le realizó a los tres años de edad. Estando internada en la Clínica Humanitaria Fundación Pablo Jaramillo, una institución privada, Talía requirió una urgente transfusión de sangre. Su madre acudió al Banco de Sangre de la Cruz Roja del Azuay, otra institución privada, donde le indicaron que debía llevar donantes, a uno de los cuales se le diagnosticó VIH, y lo mismo sucedió con Talía. En el 2000, el director de la escuela estatal a la que acudía le comunicó a su madre la decisión de no volver a recibirla. La Corte declaró la responsabilidad del Estado ecuatoriano por la

violación al derecho a la educación, pero no nos interesa analizar esta parte de la sentencia —en definitiva la escuela que expulsó a Talía era estatal—, sino la violación al derecho a la salud de Talía y al derecho a la integridad personal de su madre y de su hermano.

En términos generales, la Corte IDH sostuvo que “*los Estados poseen la obligación erga omnes de respetar y garantizar las normas de protección, así como de asegurar la efectividad de los derechos humanos*” (2015: párrafo 168, *itálicas agregadas*). Es por ello que “*los Estados se comprometen no solo a respetar los derechos y libertades en ella reconocidos (obligación negativa), sino también a adoptar todas las medidas apropiadas para garantizarlos (obligación positiva)*” (2015: párrafo 168, *itálicas agregadas*). En línea con esto último, “no basta que *los Estados* se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas” (2015: párrafo 168, *itálicas agregadas*). En términos más cercanos al caso, recordando argumentos vertidos en otros pronunciamientos (2006e: párrafos 123 y 520; 2013: párrafo 120), el tribunal sostuvo que la obligación de garantía del Estado “se proyecta más allá de la relación entre los agentes estatales y las personas sometidas a su jurisdicción, abarcando asimismo el deber de prevenir, en la esfera privada, que terceros vulneren los bienes jurídicos protegidos” (2015: párrafo 170). De esta manera, dado que la interferencia al derecho a la vida y a la integridad personal se originó en la conducta de instituciones privadas, el tribunal retomó algunas directivas vertidas en el caso “*Ximenes Lopes vs. Brasil*” (2006f: párrafo 89 y 90): a) “dado que la salud es un bien público cuya protección *está a cargo de los Estados*, estos tienen la obligación de prevenir que terceros interfieran indebidamente en el goce de los derechos a la vida y a la integridad personal” (2015:

párrafo 175, *itálicas agregadas*); b) teniendo en cuenta lo anterior, “*los Estados* son responsables tanto por los actos de las entidades públicas como privadas que prestan atención de salud” (2015: párrafo 175, *itálicas agregadas*); c) finalmente, “*la obligación de los Estados* de regular no se agota, por lo tanto, en los hospitales que prestan servicios públicos, sino que abarca toda y cualquier institución de salud” (2015: párrafo 175, *itálicas agregadas*). De esta manera, el tribunal entendió que “la precariedad e irregularidades en las que funcionaba el Banco de Sangre [...] es un reflejo de las consecuencias que puede tener el incumplimiento de las obligaciones de supervisar y fiscalizar por parte de los Estados” (2015: párrafo 189).

Hasta aquí tenemos el contagio de VIH en una clínica privada, con sangre que provenía de un banco privado, pero la responsabilidad pesa sobre el Estado. Incluso en este tipo de casos resulta notable que se establezca una asociación conceptual entre el derecho a la salud y la protección del Estado. De todas maneras, nos parece todavía más interesante analizar la violación a la integridad personal de la madre y el hermano de Talía. Teresa e Iván Lluy fueron sistemáticamente discriminados, aislados y precarizados: al hacerse pública la enfermedad de Talía su madre fue despedida de la empresa en la que había trabajado durante diez años, porque le causaba una mala imagen; su hermano no pudo concluir sus estudios secundarios porque debió salir a trabajar. Ante esta situación la Corte IDH sostuvo que aunque la discriminación no tiene como causa

una actuación directa de autoridades estatales, dicha discriminación obedeció al estigma derivado de la condición de Talía como portadora de VIH, y fueron resultado de la falta de acciones tomadas por el Es-

tado para proteger a Talía y a su familia, quienes se encontraban en una situación de vulnerabilidad. (2015: párrafo 126).

De esta manera, a pesar de la situación de vulnerabilidad en que se encontraban “el Estado no tomó las medidas necesarias para garantizarle a ella y a su familia el acceso a sus derechos sin discriminación, por lo que las acciones y omisiones del Estado constituyeron un trato discriminatorio” (2015: párrafo 228). Es por ello que, aunque fue una empresa la que despidió a la madre de Talía, el tribunal entendió que el Estado era responsable de la violación del derecho a la integridad personal en perjuicio de Teresa Lluy e Iván Lluy.

Con este desarrollo creemos que queda claro que al momento de conceptualizar los DESC –y también la noción de “vida digna”– la Corte IDH asume como referencia al Estado y pareciera que no hay manera de definirlos sin articular esta referencia.¹² Dentro de esta *racionalidad*, es el Estado, y solamente el *poder del Estado*, pero no los *poderes no estatales*, el encargado de garantizar los DESC. Es cierto que la Corte IDH solamente tiene competencia para condenar a Estados, pero ello no implica que en la dimensión conceptual no pueda definir a los DESC sin referencia al Estado. Tal como veremos, estas mismas limitaciones conceptuales se leen en la jurisprudencia de la CSJN y de la SCBA.

12. Las conceptualizaciones de los casos contenciosos son similares a lo que se lee en uno de los informes de la Corte IDH, en donde se afirma que el carácter progresivo de los DESC “implica para los *Estados*, con efectos inmediatos, la obligación general de procurar constantemente la realización de los derechos consagrados sin retrocesos”. (2000: párrafo 11, *itálicas agregadas*).

IV. EL DERECHO A LA VIVIENDA EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

Estudiar la jurisprudencia de la CSJN en materia de DESC merecería un trabajo separado, puesto que el número de casos es bastante alto y habría que enunciar tanto las líneas progresistas cuanto las conservadoras que desarrolló el tribunal. Es por ello que nos limitaremos a dar cuenta de la jurisprudencia en materia de derecho a la vivienda. De todas maneras, el análisis de esta temática nos deriva a un caso medular en materia de DESC, puesto que en el famoso “Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo”, resuelto el 24 de abril de 2012, la Corte se pronunció sobre su exigibilidad. En el caso se analizaba la situación de S. Y. Q. C. y su hijo menor de edad J. H. Q. C. —que sufría una discapacidad producida por una encefalopatía crónica no evolutiva—, quienes reclamaban a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires el acceso a una vivienda digna que preservara la integridad familiar. Sobre la exigibilidad de los DESC, la CSJN sostuvo que la característica de “esos derechos y deberes es que no son meras declaraciones, sino normas jurídicas operativas con vocación de efectividad” (2012a, considerando 10°). Ahora bien, el tribunal propone una distinción entre operatividad directa y derivada, y la de los DESC

tiene un carácter derivado en la medida en que se consagran *obligaciones de hacer a cargo del Estado*. Este grado de operatividad significa que, en principio, su implementación requiere de una ley del Congreso o de una decisión del Poder Ejecutivo que provoque su implementación. (2012a, considerando 12°, cursivas agregadas).

De este modo, la implementación no puede desarrollarla el Poder Judicial pero “la tercera característica de los derechos fundamentales que consagran *obligaciones de hacer a cargo del Estado* con operatividad derivada, es que están sujetos al control de razonabilidad por parte del Poder Judicial” (2012a, considerando 12°, cursivas agregadas). Fue en función de este control de razonabilidad que los magistrados analizaron las políticas habitacionales de la Ciudad, entendieron que para el caso eran especialmente insuficientes y ordenaron a la Ciudad que disponga de los medios para atender la situación de discapacidad y de problemática habitacional del niño, y que garantice a la madre, aun en forma no definitiva, un alojamiento que sea adecuado a la patología del niño.

Por su lado, respecto de la exigibilidad de los DESC, el juez Petracchi enfatizó que cuando la Constitución “reconoce derechos, lo hace para que éstos resulten efectivos y no ilusorios, sobre todo cuando se encuentra en debate un derecho humano fundamental” (2012a, considerando 9°). La exigibilidad de los DESC se reconoce con mucho más énfasis en el voto de Petracchi, pero no hay diferencias al momento de reducir su vinculación conceptual con el Estado: “el reconocimiento del derecho a una vivienda digna importa, necesariamente, el *deber concreto e inmediato del Estado* de reglamentarlo e implementarlo para garantizar su efectividad” (2012a, considerando 9°). Desde aquella sentencia y hasta el 1 de diciembre de 2015 –fecha en que comenzamos la investigación–, remitiéndose a la resolución de “Q. C., S. Y.”, la Corte resolvió otros veintidós casos sobre derecho a la vivienda, distribuidos en otras tres sentencias. Junto con el caso caratulado “A.R., E.M” (2012b), y sentenciado el 11 de diciembre de

2012, se resolvieron otras seis causas;¹³ con el caso “Accietto, Beatriz Rosa” (2013b), del 11 de diciembre de 2013, se resolvieron otras doce causas¹⁴ y la última causa resuelta, el 16 de abril de 2013, fue “Silva Bailon, Melissa P.” (2013c). La conformación de este listado tiene la pretensión de dar cuenta del registro de causas en las cuales la Corte Suprema se expidió sobre el derecho a la vivienda, pero también nos interesa exponer una potente debilidad. En todos los casos existió una remisión a “Q. C., S. Y” porque se consideró que se trataba de situaciones análogas, y además el tribunal agrupó varias causas dentro de una misma sentencia, pero incluso advirtiendo estas similitudes en ningún momento avanzó en una solución estructural de la problemática.¹⁵ A la Corte llegaron una multiplicidad de casos individuales planteando déficits en el acceso a la vivienda digna, el tribunal entendió que se trataba de casos análogos a los que había que brindarles una misma solución, pero en lugar de avanzar en una solución estructural e integral a la problemática de la vivienda —que incluya a los accionantes pero también a aquellos que estaban en una misma situación pero no la habían judicializado—, los jueces avanzaron en decisiones individuales e individualistas.

Por otra parte, es interesante notar que los casos —incluido “Q. C., S.

13. “Flores Rosa L.”, F.59.XLVII; “F., R. V.”, F.243.XLVII; “F., R. V.”, F.244.XLVII; “G., R. N.”, G.29.XLVII; “G., R. N.”, G.28.XLVII; “Nicolí, Juan C.”, N.69.XLVII.

14. “B., V. G.”, B.550.XLVII; “B., V. G.”, B.546.XLVII; “Bernstein, Miriam G.”, B.58.XLVII; “Castillo, Eduardo B.”, C.593.XLVII; “C. M., J. R.”, C.1018.XLVII; “C. M., J. R.”, C.1019.XLVII; “Corellano, Pilar J.”, C.177.XLVII; “D., E.”, D.153.XLVII; “Lizunova, Tatiana”, L.10.XLVII; “Roble, Antonio Víctor”, R.354.XLVII; “Robles, Carlos A.”, R.225.XLVII; “Sánchez, Stella M.”, S.247.XLVII.

15. Para una primera aproximación a los remedios estructurales, en general pensando en el caso argentino, ver Bergallo (2006), Courtis (2006b), Grosman (2008), Thea (2012).

Y.”— no nos sitúan frente a simples problemáticas de acceso a la vivienda digna, sino que estos déficits se cruzaron con al menos una de las siguientes complejidades, que tornaban más gravosa la situación: a) discapacidad; b) graves problemas de salud, c) vejez, d) menores a cargo. Podría conjeturarse que los jueces de la Corte escogieron los casos más “fáciles” de derecho a la vivienda, puesto que la situación de discapacidad de los/as demandantes o la existencia de menores a cargo los transformaban en conflictos más angustiantes. De alguna manera, esto se inscribe en una tendencia que se advierte en otras resoluciones, puesto que al momento de analizar la despenalización del aborto por embarazos productos de violación la Corte resolvió a la luz de una mujer menor y no mayor violada (2012c), y cuando declaró la inconstitucionalidad de la penalización de la tenencia de estupeficientes para consumo personal, el caso escogido fue uno que mediaba tenencia de marihuana —el estupefaciente más blando— y el portador la tenía en sus bolsillos —oculta de la mirada del público— (2009). Más allá de las particularidades de los casos resueltos, aquí nos interesa subrayar que al igual que la matriz conceptual que articula la Corte IDH, la CSJN conceptualiza los DESC en vinculación al Estado, pero no a poderes no estatales. Algo similar, según podrá observarse, se lee en los pronunciamientos de la SCBA.

V. LOS DESC Y EL DERECHO A LA VIVIENDA EN LA JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES

Hasta aquí hemos esquivado una discusión que aunque no abordaremos necesitamos explicitar. En ningún momento hemos detallado cuál es el catálogo de DESC, y es algo que en principio no nos interesa realizar. Esto es así porque creemos que un mismo derecho

puede ser regulado de acuerdo a una *racionalidad* liberal o a una *racionalidad* social. El derecho de propiedad, en principio típicamente liberal, puede ser regulado bajo una *racionalidad* social o comunitaria, mientras que los derechos laborales, a primera vista típicamente sociales, pueden ser gestionados mediante una *racionalidad* liberal. Sin (o con) perjuicio de lo anterior, al momento de realizar un recorte de la jurisprudencia de la SCBA, hemos seguido el criterio más clásico que supone que hay derechos que son en sí mismos económicos, sociales y culturales. En este plano, decidimos no analizar los casos en los cuales mediaban derechos laborales o asuntos vinculados a jubilaciones y pensiones. Como nos interesa estudiar si al momento de conceptualizar los DESC y su exigibilidad aparece como ineludible la referencia al Estado, no tematizar el campo de los derechos laborales y de seguridad social se explica porque sobre ellos no hay tantas discrepancias sobre su conceptualización y los alcances de su exigibilidad.

Realizada la mencionada exclusión, para el período que se extiende desde el 1 de enero del 2010 hasta el 1 de diciembre de 2015 –fecha en que iniciamos la presente investigación– hemos encontrado dieciocho sentencias de la SCBA en materia de DESC. De estas sentencias, aunque con algunas referencias conceptuales a los DESC, en una de ellas se discutía un asunto de estricta competencia jurisdiccional, y de las restantes diecisiete solamente en dos de ellas no se resolvió en favor de los DESC. De todas maneras, hay que aclarar que se trataba de dos casos con ciertas particularidades: a) En uno de ellos, la actora solicitaba que el Instituto de Obra Médico Asistencial (IOMA) cubriera las últimas etapas de un tratamiento neurorestaurativo que había comenzado en Cuba. Para la patología que sufría, IOMA contempla-

ba otro tipo de tratamiento, y de acuerdo con la SCBA la actora no había probado de modo suficiente su inidoneidad (2011a), por lo que el rechazo de la demanda se basó en una variable estrictamente probatoria; b) En el otro caso (2014a), en que se resolvió en contra del DESC invocado, el derecho a la vivienda digna fue vulnerado para hacer lugar a una acción de reivindicación. Los desalojados eran una pareja de avanzada edad y esta fue una de las razones por las cuales los jueces pusieron en conocimiento del Poder Ejecutivo la situación para que se les resuelva la cuestión habitacional, pero no dudaron en proceder con el desalojo.

De las diecisiete sentencias analizadas –no contamos la motivada en el conflicto de competencias–, trece de ellas versan sobre el derecho a la salud y, en general, se trata de casos en los cuales se exige a obras sociales la prestación de un determinado tratamiento médico y/o la prestación de medicamentos. Las restantes cuatro sentencias tematizan sobre derecho a la vivienda, una de ellas (SCBA, 2010a) es anterior a “Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo” y las otras tres fueron dictadas con posterioridad. De estas tres sentencias, una es la mencionada respecto del conflicto de competencias. En las dos restantes, los jueces de la SCBA restituyeron el carácter derivado de la operatividad de los DESC (2013a, 2013c), pero lo interesante es que en el pronunciamiento anterior, el carácter exigible de los DESC se desarrolla con mayor potencia. De todas maneras, aunque es importante destacar esta mayor intensidad, en ningún caso de derecho a la vivienda –ni en ningún otro sobre DESC– la SCBA resolvió en términos estructurales.

El caso “P., C. I y otros c/ provincia de Buenos Aires” fue resuelto el 14 de junio de 2010, un mes después de que el Tribunal Superior de

Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires aplicara en “Alba Quintana” un criterio extremadamente restrictivo sobre el derecho a la vivienda (Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2010). En primera instancia se había declarado procedente la acción de amparo promovida por la señora P. por derecho propio y en representación de su hijo menor —ambos discapacitados y víctimas de violencia familiar—, ordenándoles al Ministerio de Desarrollo Social de la provincia que les garantice la satisfacción de necesidades básicas y al Ministerio de Salud que les asegure la prestación de tratamientos médicos, psicológicos, psiquiátricos y de rehabilitación. La Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo confirmó la sentencia y consideró necesario extender la condena, ordenando al Ministerio de Infraestructura, Vivienda y Servicios Públicos implementar el programa de acceso a una vivienda a favor de los amparistas y que se les provea de un acompañante terapéutico. Los jueces Soria, Hitters, Pettigiani y Negri se remitieron a lo resuelto por De Lázzari, quien no solamente no dudó en dotar de exigibilidad a los DESC, sino que además entendió que la sentencia de la Cámara no había identificado de modo preciso la conducta que debía desarrollar el poder administrador.¹⁶ Es por ello que los jueces resolvieron ampliar la condena impuesta a la provincia y a la Municipalidad de La Plata y ordenaron la provisión, en un plazo no mayor a sesenta días, de una vivienda adecuada. Además, hasta

16. En este sentido, sostenía: “juzgo necesario determinar una específica conducta a desarrollar en lo inmediato por el Poder Administrador, a fin de revertir cuanto antes la insostenible situación fáctica descripta, concretar la consecución de la igualdad y que se cumpla con el mandato constitucional de asegurar la protección integral de los derechos” (SCBA, 2010a, voto de De Lázzari, punto VII).

tanto se cumpliera con esta prestación, se dispuso que cubrieran el alojamiento en un hotel o complejo habitacional. Finalmente, se ordenó incluir a la señora P. y a su grupo familiar en un régimen de subsidios mensual que garantice un equivalente al monto móvil del salario mínimo y vital.

Más allá de destacar esta jurisprudencia, aquí nos interesa subrayar que de las mencionadas diecisiete sentencias, en once de ellas los magistrados conceptualizaron los DESC en relación con deberes del Estado (2010a, voto de Hitters, voto de De Lázzari; 2010c, voto de Hitters, voto de Pettigiani; 2010d, voto de De Lázzari, voto de Hitters; 2010e, voto de Hitters, voto de De Lázzari, voto de Negri; 2010f, voto de De Lázzari; 2010g, voto de Negri, voto de De Lázzari, voto de Hitters; 2011, voto de De Lázzari; 2013a, voto de Hitters, voto de Soria; 2013c, voto de Hitters, voto de Soria, voto de De Lázzari; 2014a, voto de Genoud; 2015c, voto de Hitters). Además de estos números, es interesante tener en cuenta que en el citado “Fernández de Fernández, María Mercedes y otros contra Segovia, Robustiano y otros. Reivindicación”, en el cual el derecho a la vivienda digna fue vulnerado por una acción de reivindicación incoada por privados, el juez Genoud –al cual se remitieron los restantes magistrados– reitera que “la Constitución nacional reconoce que *el Estado debe* otorgar los beneficios de la seguridad social ‘que tendrá carácter de integral e irrenunciable’ y en especial prevé que la ley establecerá ‘el acceso a una vivienda digna’” (2014a, voto de Genoud, *itálicas agregadas*). Es por ello que “corresponde al Poder Administrador adoptar las medidas pertinentes a fin de paliar la peculiar vulnerabilidad que exhiben los demandados en su carácter de integrantes de grupo desaventajado” (2014a, voto de Genoud). Incluso en esta causa la conceptualización

de los DESC, en esta oportunidad del derecho a la vivienda, incluye referencias conceptuales al *poder del Estado*.

Por su lado, existen tres casos en los cuales conceptualizaciones sobre los DESC no incluyen menciones al *poder del Estado* ni a otros *poderes no estatales*. De todas maneras, se trata de controversias con ciertas particularidades: en una de ellas no se exigen prestaciones sino reparaciones de los daños causados por la deficiente entrega de medicamentos para tratar el VIH (2012a), en otra se acciona contra una obra social municipal exigiendo la prestación del tratamiento de un menor con autismo (2011c), en la tercera se acciona por la prestación de medicamentos contra la Caja de Previsión Social para Abogados (2014b). Finalmente, en tres sentencias se leen conceptualizaciones que incluyen a los privados como sujetos obligados para garantizar los DESC. En el ya mencionado caso, en el cual por razones probatorias se resolvió en contra del derecho a una prestación médica, el juez Negri sostuvo que “el contenido normativo del derecho a la seguridad social incluye el derecho a no ser sometido a restricciones arbitrarias o poco razonables de la cobertura social existente, ya sea del sector público o del privado” (2011a, voto de Negri, punto IV). En segundo lugar, en la causa en la que se exigía la cobertura de un tratamiento no al Estado ni a una obra social, sino a la Caja de Escribanos, el juez Negri afirmó que

existe una analogía entre obras sociales, entidades de medicina pre-paga y otras afines [...] y a su vez, entre estas y el contrato de seguro médico. Por su propia actividad, estas entidades adquieren –más allá de sus rasgos comerciales– un compromiso que excede o trasciende el mero plano negocial. (2012b, voto de Negri).

Asimismo, reiteró que el “derecho a la seguridad social incluye el derecho a no ser sometido a restricciones arbitrarias o poco razonables de la cobertura social existente, ya sea del sector público o del privado” (2012b, voto de Negri). Finalmente, en una controversia en la que se reclamaba que una empresa de medicina privada se hiciera cargo del costo de un medicamento, no hay referencias conceptuales sobre los DESC pero en el voto de De Lázzari —al cual se remiten los restantes jueces— se lee que en tanto las empresas tienden a proteger derechos como la vida, la salud y la integridad,

adquieren un compromiso social con sus usuarios, que obsta a que puedan desconocer un contrato, o invocar sus cláusulas para apartarse de obligaciones impuestas por la ley, como consecuencia de contrariar su propio objeto que debe efectivamente asegurar a los beneficiarios las coberturas tanto pactadas como legalmente establecidos. (2015c, segunda cuestión, voto de De Lázzari, punto 8).

En términos generales, al igual que la jurisprudencia de la Corte IDH y de la CSJN, en los pronunciamientos de la SCBA se lee una conceptualización de los DESC en relación con el *poder del Estado*, pero no con otros *poderes no estatales*. De todas maneras, en términos comparativos, es parcialmente interesante leer tres pronunciamientos en los cuales los jueces de la SCBA, aunque con cierta timidez, incluyen conceptualizaciones de los DESC en las cuales aparecen referencias a privados, o se incluye a estos como responsables. El interés no deja de ser parcial, puesto que es importante tener presente que en las tres causas en que aparecen las referencias existía un vínculo contractual entre los accionantes y los privados. Pero fundamentalmen-

te, la relevancia es solamente parcial puesto que la idea misma de *privados* resulta problemática. Realizar una distinción entre *público* y *privado*, tal como se lee en la jurisprudencia de la SCBA, implica reproducir un paradigma liberal según el cual lo *público* se asocia con lo estatal, y frente a este los *privados* son todos iguales. Sin embargo, desde varias tradiciones conceptuales, en particular pero no exclusivamente el republicanismo, se intenta dar cuenta de esferas públicas no estatales (Habermas, 2005; Pettit, 1997), y en lo que aquí más nos interesa subrayar, no resulta satisfactorio caracterizar a todo aquello que no es estatal como *privado*. Esto es así porque, en esos términos, son tan *privados* los excluidos que reclaman por los DESC como las corporaciones transnacionales que en muchos casos son responsables por las violaciones a esos DESC.

VI. NOTAS E INTERROGANTES FINALES

En un contexto en el cual las corporaciones económicas detentan un alto grado de poder económico, y en buena parte de nuestra América presionan para que se desarrollen políticas que redundan en una notable exclusión de buena parte de la población, resulta urgente revisar el modo en que pensamos y conceptualizamos los DESC. Dicho de otra manera, es muy importante analizar la relación entre el enriquecimiento de las grandes corporaciones y la pauperización de una parte importante del pueblo. Es en este marco que llama la atención que al momento de conceptualizar los DESC, los tribunales asuman automáticamente que es el Estado el único encargado de su realización, y que es el único responsable por sus vulneraciones. Llama la atención porque la conceptualización de los derechos en relación

con el Estado se inscribe dentro de una *racionalidad* gubernamental precisa, pero los tribunales asumen que es la única.

Este trabajo no debe leerse como un decálogo de soluciones conceptuales y procesales para avanzar en una exigibilidad de los DESC, ya no solamente respecto del Estado sino también —e incluso más bien— respecto de las corporaciones. El objetivo menos pretencioso, pero creemos que desarrollado con cierta precisión, era analizar si las conceptualizaciones que la Corte IDH, la CSJN y la SCBA construyen sobre los DESC permite avanzar en una vinculación entre los DESC y el poder de las corporaciones. Si bien la Corte IDH resuelve casos en los cuales el demandado es el Estado, y buena parte de las causas sobre DESC que sentencian la CSJN y la SCBA tienen al Estado como demandado, es notable cómo en el plano conceptual pareciera que no hay manera de definir los DESC sin hacerlo en relación con el poder del Estado. La tarea a futuro es construir conceptualizaciones de los DESC que se vinculen con el poder del Estado, pero también con poderes no estatales como las corporaciones.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- Abramovich, V. y Courtis, C. (2002). *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta.
- Alberdi, J. B. (1915). *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*. Buenos Aires: La cultura argentina.
- (1921). *Sistema económico rentístico de la Confederación Argentina. Según su Constitución de 1853*. Buenos Aires: Vaccaro.

- Bergallo, P. (2006). Apuntes sobre justicia y experimentalismo en los remedios frente al Litigio de Derecho Público. *Jurisprudencia Argentina*, II-1165.
- Castro, E. (2004). Categorías de la filosofía política contemporánea: gubernamentalidad y soberanía. *Revista de Filosofía y Teoría Política*, 35, 1-24.
- Cavallaro, J. L. y Schaeffer, E. (2004). Less as More: Rethinking Supranational Litigation of Economic and Social Rights in the Americas. *Hastings Law Journal*, 56, 217-282.
- Craven, M. (1998). Economic, Social and Cultural Rights. En D. Harris y S. Livingstone, *The Inter-American System of Human Rights* (pp. 289-321). Oxford: Oxford University Press.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (1999). “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala.
- (2000). Segundo informe sobre la situación de los derechos humanos en el Perú.
- (2003a). Myrna Mack Chang vs. Guatemala.
- (2003b). Cinco pensionistas vs. Perú.
- (2004a). Tibi vs. Ecuador.
- (2004b) Instituto de Reeducción del Menor “Panchito López” vs. Paraguay.
- (2005a). Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay.
- (2006a). Almonacid Arellano vs. Chile.
- (2006b). López Álvarez vs. Honduras.
- (2006c). Trabajadores cesados del Congreso vs. Perú.

- (2006d). La Cantuta vs. Perú.
 - (2006e). Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia.
 - (2006f). Ximenes Lopes vs. Brasil.
 - (2007). Boyce vs. Barbados.
 - (2008). Heliodoro Portugal vs. Panamá.
 - (2009a). Radilla-Pacheco vs. México.
 - (2009b). Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) vs. Perú.
 - (2012). Atala Riffo e hijas vs. Chile.
 - (2013). Luna López vs. Honduras.
 - (2015). Gonzales lluy y otros vs. Ecuador.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación (2007). Mazzeo, Julio L. y otros.
- (2009). Arriola, Sebastián y otros s/ causa N° 9080.
 - (2012a). Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo.
 - (2012b). A.R.E.M.
 - (2012c). F., A. L. s/Medida autosatisfactiva.
 - (2013a). Carranza Latrubesse, Gustavo c/ Estado Nacional, Ministerio de Relaciones Exteriores, Provincia del Chubut.
 - (2013b). Accietto, Beatriz Rosa.
 - (2013c). Silva Bailon, Melissa P.

Courtis, C. (2004). Luces y sombras. La exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en la sentencia de los “Cinco Pensionistas” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Revista Mexicana de Derecho Público*, 6.

----- (2006a). *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*. Buenos Aires: Editores del puerto.

----- (2006b). Tutela judicial efectiva y afectaciones colectivas de derechos humanos. *Jurisprudencia Argentina*, II-1215.

De Marinis, P. (1999). Gobierno, gubernamentalidad, Foucault y los anglo-foucaultianos (O un ensayo sobre la racionalidad política del neoliberalismo). En R. Ramos Torre, F. García Salgas (Eds.), *Globalización, riesgo, reflexividad* (pp. 73-103). Madrid: Centro de Investigaciones Sociológicas.

Dean, M. (1999). *Governmentality. Power and Rule in Modern Society*. London: Sage.

Foucault, M. (2004a). *Sécurité, territoire, population. Cours au Collège de France (1977-1978)*. París: Gallimard-Seuil.

----- (2004b). *Naissance de la biopolitique. Cours au Collège de France (1978-1979)*. París: Gallimard-Seuil.

Gordon, C. (1991). Governmental Rationality: An Introduction. En G. Burchell, C. Gordon y P. Miller (Eds.), *The Foucault Effect. Studies in Governmentality* (pp. 1-51). Chicago: Chicago University Press.

Gros, F. (1996). *Michel Foucault*. París: Presses Universitaires de France.

Gros Espiell, H. (1986). *Los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano*. San José: Libro Libre.

- Grosman, L. (2008). *Escasez e Igualdad. Los derechos sociales en la Constitución*. Buenos Aires: Librería.
- Habermas, J. (2005). *Facticidad y validez*. Madrid: Trotta.
- Hindess, B. (1996). Liberalism, socialism and democracy: variations on a governmental theme. En A. Barry, T. Osborne y N. Rose, (Eds.), *Foucault and political reason. Liberalism, neo-liberalism and rationalities of government* (pp. 65-80). Chicago: Chicago University Press.
- Hitters, J. C. (2008). ¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (control de constitucionalidad y convencionalidad). *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, 10, 131-156.
- (2009). Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación (criterios fijados por la corte interamericana de derechos humanos). *Estudios Constitucionales*, 2, 109-128.
- (2014). La reforma de la Constitución Argentina de 1994 y los tratados sobre Derechos Humanos a 20 años de su vigencia. *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, 1-17.
- Lemke, T. (2002). Foucault, Governmentality, and Critique. *Rethinking Marxism: A Journal of Economics, Culture & Society*, 14 (3), 1-17.
- Melish, T. (2005). A pyrrhic victory for Peru's pensioners: Pensions, property, and the perversion of progressivity. *Revista CEJIL. Debates sobre Derechos Humanos y el Sistema Interamericano*, I, 51-66.
- Nietzsche, F. (2005). *Así hablaba Zaratustra*. Madrid: Edaf.

- O'Malley, P. (2007). Experimentos en gobierno. Analíticas gubernamentales y conocimiento estratégico del riesgo. *Revista argentina de sociología*, 8, 151-171.
- Pettit, P. (1997). *Republicanism: a theory of freedom and government*. Nueva York: Oxford University Press.
- Pisarello, G. (2007). *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*. Madrid: Trotta.
- Rose, N. (1999). *Powers of Freedom. Reframing political thought*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Rose, N. y Miller, P. (1992). Political Power beyond the State: Problematics of Government. *The British Journal of Sociology*, 43 (2), 173-205.
- Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires (2010a). P., C. I. y otro contra Provincia de Buenos Aires. Amparo. Recurso de inaplicabilidad de ley.
- (2010b). P.L., A. Amparo. Recursos extraordinarios de nulidad e inaplicabilidad de ley.
- (2010c). L. F.F., J. J. c. I.O.M.A. Amparo. Recurso extraordinario de nulidad e inaplicabilidad de ley.
- (2010d). F. P., I. c. I.O.M.A. Amparo. Recurso extraordinario de nulidad e inaplicabilidad de ley.
- (2010e). E., B. G. c. I.O.M.A. Amparo. Recurso extraordinario de nulidad e inaplicabilidad de ley
- (2010f). G., R. contra Asociación Mutual de Ayuda Recíproca (A.M.A.R.). Amparo.

- (2010g). P. L., J. M. c. I.O.M.A. Amparo. Recursos extraordinarios de nulidad e inaplicabilidad de ley.
- (2011a). F., S. E. c. I.O.M.A. Medida autosatisfactiva -Recursos extraordinarios de inaplicabilidad de ley.
- (2011b). L., R. c. I.O.M.A. Amparo. Recurso de inaplicabilidad de ley.
- (2011c). V., J. R. c. D.O.S.E.M. (Obra Social del Personal Municipal). Amparo. Recurso de inaplicabilidad de ley.
- (2012a). P., C. H. c. la Provincia de Buenos Aires (I.O.M.A. y otro). Demanda contencioso administrativa.
- (2012b) R., R. (en representación de A.R., I.D.) c. Caja de Seguridad Social para Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, Amparo. Recurso de inaplicabilidad de ley.
- (2013a). A., G.C. Amparo. R.E.N.-R.I.L.
- (2013b) F. S. H. c/ Ministerio de Seguridad s/ materia a categorizar –conflicto de competencia art. 7º inc. 1º ley 12.008–.
- (2013c). B., A. F. c. Provincia de Buenos Aires. Amparo. R.I.L.
- (2014a). Fernández de Fernández, María Mercedes y otros c. Segovia, Robustiano y otros.
- (2014b). Z., N.R. Amparo. Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley.
- (2015a). Gutiérrez, Griselda Margarita y otra c. Hospital Interzonal Alejandro Korn y otro s/ Amparo.
- (2015b). A., A. A. c. Medicus S.A. de Asistencia Médica y Científica. Amparo.

- (2015c). Gutiérrez, Griselda Margarita y otra c. Hospital Interzonal Alejandro Korn y otro s/ Amparo.
- Thea, F. (2012). La reforma estructural en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Ediciones RAP*, 400.
- Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (2010). Alba Quintana, Pablo c/ GCBA y otros s/ amparo (art. 14 CCABA) s/ recurso de inconstitucionalidad concedido
- Valverde, M. y Levi, R. (2006). Gobernando la comunidad a través de la comunidad. *Delito y sociedad. Revista de Ciencias Sociales*, 22, 5-30.

*La formación de operadores jurídicos y el acceso judicial a la vivienda*¹

LILIANA RONCONI

1. Parte de este trabajo fue publicado previamente como “La enseñanza en derechos humanos en las facultades de Derecho en Argentina: desafíos pendientes”, en Revista Pedagogía Universitaria y Didáctica del Derecho, Unidad de Pedagogía Universitaria y Didáctica del Derecho, Universidad de Chile, primer semestre de 2017, Santiago de Chile. Agradecemos a Agustina González la lectura y los comentarios realizados.

I. INTRODUCCIÓN

La Provincia de Buenos Aires, y en especial el Conurbano Bonaerense, es una jurisdicción del país con elevado índice de pobreza.² En términos habitacionales, existen infinidad de barrios, asentamientos y personas en situación de calle que han crecido de la mano de la pobreza y de la desocupación. Estos son una clara muestra de la problemática de vivienda que existe en la provincia, pese a que la manda constitucional resulta definitiva. Sin embargo, el litigio por el acceso a la vivienda en la provincia de Buenos Aires es escaso, en particular si se toman en consideración las sentencias recaídas en la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires (SCBA).³ En este sentido,

2. Hacemos referencia a la Provincia de Buenos Aires, ya que esta era el objeto de estudio del proyecto de investigación que origina el libro del cual este artículo forma parte.

3. Esto parece contrario a los avances producidos a nivel nacional e internacional en la materia. En este sentido, encontramos en la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) el fallo “Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo”. Por su parte, si bien la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) no ha reconocido en forma directa la violación del derecho a la vivienda, sí se ha expresado sobre la temática en diversas sentencias, en especial aquellas referidas a comunidades originarias. Al respecto, ver CIDH, 2010.

para el período que se extiende desde el 1 de enero de 2010 hasta el 1 de diciembre de 2015 –fecha en que se inició la investigación– hemos encontrado dieciocho sentencias de la SCBA en materia de DESC... trece de ellas versan sobre el derecho a la salud y en general se exige a obras sociales o mutuales la prestación de un determinado tratamiento médico y/o la prestación de medicamentos. Las restantes cuatro sentencias tematizan sobre derecho a la vivienda, una de ellas anterior a “Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo” y las otras tres fueron dictadas con posterioridad al pronunciamiento de la Corte Suprema (Benente, 2016: 4).

Esto puede deberse a diversas causas (Abramovich, Arenaza, Cravino y Fava, 2003), como por ejemplo, la falta de sistematización de la información sobre los litigios que se dan en las instancias inferiores,⁴ la escasez de información estadística sobre la problemática de falta de acceso a la vivienda, lo que impide la adopción de políticas públicas acordes y deja como única posibilidad la litigiosidad individual y no estructural.⁵ Otra posibilidad es que realmente los litigios en la materia sean escasos, quizás porque el déficit en el acceso a la vivienda sea un problema que no se judicializa, por varias razones: a) falta el empoderamiento de la ciudadanía –que las personas no conozcan sus derechos y alcances–, a lo que se suma el hecho de que

4. Una hipótesis posible es que los casos se resuelvan en instancias anteriores a la Suprema Corte provincial, sin embargo la falta de datos sistematizados hace imposible confirmar esta hipótesis.

5. Así, otra hipótesis es que el litigio (escaso) se utilice para poner el tema en la agenda, dado el desconocimiento total de los alcances reales de la problemática ante la falta de información.

no existan organismos idóneos para colaborar con los mismos,⁶ b) los abogados/as no asumen esas causas y en los pocos casos en que esto sucede, c) los jueces y juezas resuelven el caso sin mirar el problema estructural, sino como meros casos puntuales (Puga, 2013). Sobre estos dos últimos puntos quiero detenerme en este trabajo, a fin de mostrar la necesidad de robustecer la formación en derechos humanos, y en especial sobre derecho a la vivienda, en las carreras de Derecho, como herramienta que posibilita reforzar el litigio y la forma de resolver los reclamos judiciales relativos a la violación de dicho derecho específico.⁷ La forma en que se enseñe “derechos humanos” a los/las estudiantes influirá definitivamente en su actuación profesional, cualquiera sea la rama de aplicación adoptada.

II. LA VIVIENDA COMO UN DERECHO HUMANO

El derecho a la vivienda ha sido ampliamente reconocido tanto en la Constitución Nacional como en diversas constituciones locales, y la provincia de Buenos Aires no es la excepción.⁸ Asimismo, ha sido ampliamente reconocido en diversos instrumentos de derechos humanos que gozan de jerarquía constitucional. De esta manera, no es posible

6. Pensamos, por ejemplo, en el rol que ha cumplido la Asesoría Tutelar, Defensoría del Pueblo en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA). Al respecto, ver Cardinaux, Clérico, Vita y Aldao, 2013.

7. Asumimos, conforme argumentos que brindaremos más adelante, que la formación de operadores jurídicos en este sentido mejorará también la adopción de políticas públicas que disminuyan los reclamos sobre el acceso a la vivienda.

8. En este sentido, sostiene el artículo 36: “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...”. Para tal fin, reconoce los siguientes derechos sociales: “A la Vivienda. La Provincia promoverá el acceso a la vivienda única y la constitución del asiento del hogar como bien de

negar el carácter de verdadero derecho del que goza la vivienda. Ahora bien, estas declaraciones parecen ser bastante generales, encontrándose el derecho a la vivienda con serias dificultades al momento de lograr su cumplimiento efectivo. En este sentido, el acceso a la vivienda no implica solo un “techo donde dormir”, sino que también se debe garantizar otros servicios, como electricidad, agua potable, sanitarios, en condiciones aledañas adecuadas, todo esto teniendo en consideración que se trate de una “vivienda adecuada”.⁹ Así, afirmar que el acceso a una vivienda adecuada es un derecho humano implica, por un lado, que debe ser gozado por todos/as los/as ciudadanos/as en condiciones de igualdad (Saba, 2016; Ronconi, 2016). Por otro lado, implica que existen ciertos contenidos mínimos¹⁰ del derecho que actúan como regla (Ronconi, 2012) y respecto de los cuales el Estado (local, nacional) es el garante principal e indelegable. Sin embargo, para que este derecho se haga efectivo no alcanza con su más o menos amplio reconocimiento, sino que se requiere de prácticas concretas de parte de los actores involucrados. En este sentido, parto de considerar la plena operatividad de los derechos sociales en general y del derecho a la vivienda en particular. Estos son verdaderos derechos y su no cumplimiento o su cumplimiento insuficiente

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”. Esta norma se complementa con el artículo 14 bis de la Constitución Nacional, donde se garantiza la vivienda digna, y diferentes tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional (artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, entre otros).

9. Al respecto, ver Observaciones Generales N° 4 y N° 7 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

10. Entendidos como pisos y no como techos.

posibilitan el reclamo judicial (Pisarello, 2003). Adopto la idea de constitucionalismo aspiracional (García Villegas, 2013), propuesta que se enmarca en el entendimiento de que la ampliación de derechos llevada a cabo en las distintas constituciones de la región no ha logrado que sean efectivos en la práctica. Ante tal situación, los tribunales de justicia se convierten en el órgano capaz de dar una respuesta a los ciudadanos, haciendo efectivos sus derechos. Es por esto que me interesa indagar cómo son formados los operadores jurídicos que son quienes tienen en sus manos la motorización de la actuación judicial. En esto me enfocaré en lo que sigue.

III. LA IMPORTANCIA DE EDUCAR EN DERECHOS HUMANOS COMO HERRAMIENTA PARA HACER EFECTIVO EL DERECHO A LA VIVIENDA

La educación en la esfera de los derechos humanos puede definirse

como el conjunto de actividades de capacitación, difusión e información orientadas a crear una cultura universal en la esfera de los derechos humanos, actividades que se realizan transmitiendo conocimientos y moldeando actitudes, y cuya finalidad es: a) Fortalecer el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales; b) Desarrollar plenamente la personalidad humana y el sentido de la dignidad del ser humano; c) Promover la comprensión, la tolerancia, la igualdad entre los sexos y la amistad entre todas las naciones, las poblaciones indígenas y los grupos raciales, nacionales, étnicos, religiosos y lingüísticos; d) Facilitar la participación efectiva de todas las personas en una sociedad libre. (ONU, 1997).

Sostiene Rodino (2006: 7) que “la Educación en Derechos Humanos hace la mediación entre el reconocimiento legal de los derechos humanos y su aplicación en la cotidianeidad”.¹¹ La educación en derechos humanos, por lo tanto, persigue varios fines simultáneos: *finés éticos* (“formar en valores de naturaleza universal que sustentan la dignidad y derechos de la persona”); *finés críticos* (“formar en el análisis y evaluación de la realidad con los parámetros valóricos y normativos de los derechos humanos. Es decir, formar a los sujetos para el juicio crítico de sí mismos y de sus contextos de acción”) y *finés políticos* (“formar en el compromiso activo por modificar los aspectos de la realidad –de orden individual o social– que impiden la realización efectiva de los derechos humanos”). Queda claro que

los Estados han asumido compromisos internacionales en materia de derechos humanos [...] [Sin embargo], el cumplimiento de dichos acuerdos no podrá alcanzarse sin recurrir decididamente a la educación, y más precisamente al sistema educativo formal. De estas premisas surgen las ineludibles obligaciones para cada gobierno, de pensar y proyectar a la enseñanza de los derechos humanos. (Salvioli, 2009: 28)

Así, la universidad adquiere un rol esencial en la formación en derechos humanos, pues el perfil profesional de los/as graduados/as debe ser acorde con esos compromisos asumidos por los Estados. Más aún, resulta relevante la educación en derechos humanos en futuros ope-

11. Si bien compartimos la afirmación de Rodino, entendemos que la educación es una precondition para el eficaz disfrute de los derechos humanos, pero por sí sola es insuficiente. El disfrute efectivo de los derechos humanos requiere que estos estén acompañados de recursos, políticas públicas, etc.

radores jurídicos ya que los/as abogados/as históricamente han ocupado cargos de relevancia en los órganos estatales. En este sentido, ocupan el cien por ciento de los cargos de jueces/zas, ocupan altos porcentajes como legisladores/ras o asesores/as de estos/as últimos/as; muchos/as presidentes de la república, ministros/as, gobernadores de provincias o sus asesores/as son abogados/as. Así, la carrera de Abogacía destina gran parte de sus egresados/as a ocupar en forma directa sitios de poder o tomas de decisiones relevantes para el funcionamiento de la sociedad. En particular, esto resulta importante a la hora de hacer efectivo el derecho a la vivienda, donde se requiere no solo de abogados/as que litiguen en pos de este derecho, y de jueces y juezas capaces de dictar sentencias acordes con la manda constitucional y convencional, sino, y sobre todo, de operadores políticos (asesores/as, ministros/as, entre otros/as) que concreten el derecho a la vivienda mediante políticas públicas acordes, sin necesidad de llegar a instancias judiciales.

De esta manera, la educación que reciben los/las estudiantes de la carrera de Abogacía se vincula directamente con el tipo de abogados/as (cualquiera sea el rol que asuman: jueces/zas, litigantes, asesores/as, etc.) y sus prácticas posteriores (Gordon, 2004; Clérico y Cardinaux, 2004). Existe, entonces, una clara vinculación entre “lo que” y “cómo” se enseña y el desarrollo posterior de la profesión. Es por esto que la formación en y para los derechos humanos resulta esencial en la carrera de Derecho. Esto me lleva al siguiente punto, donde se pretende determinar qué sucede actualmente con la enseñanza en derechos humanos en las carreras de Abogacía de las distintas universidades del país.

IV. LA SITUACIÓN ACTUAL DE LA ENSEÑANZA DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LAS FACULTADES DE DERECHO

Un análisis meramente exploratorio¹² respecto de la enseñanza en derechos humanos dentro de la carrera de Derecho (Abogacía) en la República Argentina nos indica que

1) Existen en el país cerca de 69 universidades que dictan la carrera de Abogacía. De este número, 27 son universidades públicas (39,13%) y 42 son universidades privadas (60,87%):

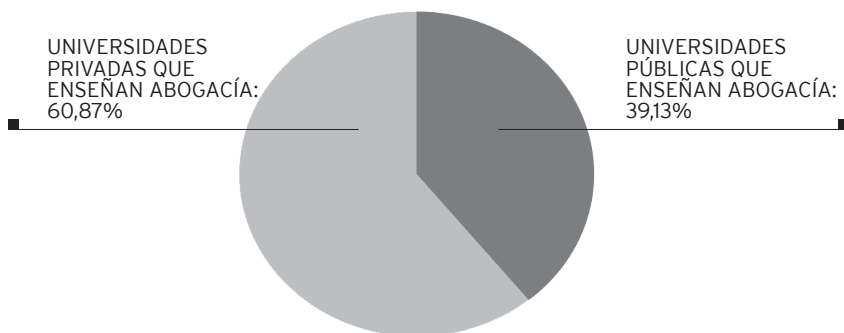


Ilustración 1. Universidades que enseñan la carrera de Abogacía en el país. Fuente: Ministerio de Educación de la Nación, Secretaría de Políticas Universitarias, Listado de Universidades e Institutos. Elaboración: Juan Sebastián López.

2) De las 27 universidades públicas que enseñan la carrera de Abogacía, solo 16 (59,25%) incorporaron la materia de Derechos Humanos en su programa curricular como una asignatura específica dentro de la carrera.

12. Que consiste en el análisis de los planes de estudio de la carrera de Abogacía, disponibles en los sitios web de cada una de las universidades.

3) De las 42 universidades privadas que enseñan la carrera de Abogacía, solo 17 (40,47%) incorporaron la materia de Derechos Humanos en su programa curricular como una asignatura específica dentro de la carrera.

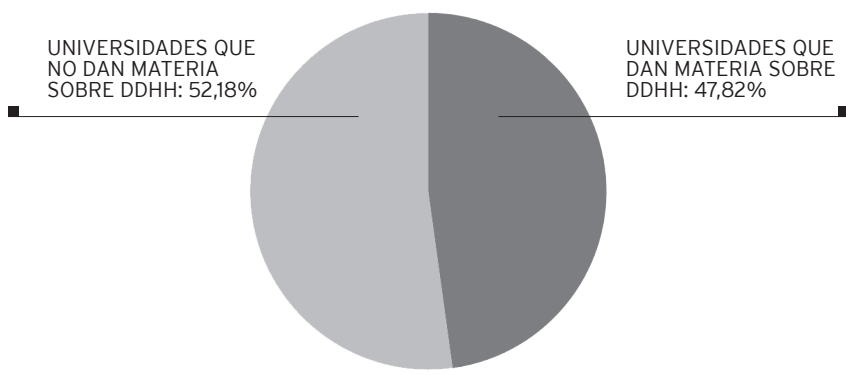


Ilustración 2. Carreras de Abogacía donde se dicta la materia Derechos Humanos (o afines). Fuente: Planes de Estudio de la carrera de Abogacía disponibles en las páginas web de las universidades. Elaboración: Juan Sebastián López.

Tenemos entonces que de las 69 universidades que enseñan la carrera de Abogacía que fueron relevadas solo 33 (47,82%) han incorporado la materia de Derechos Humanos en su plan de estudios, ya sea de cursada obligatoria u optativa. Este análisis demuestra que en nuestro país, más de la mitad de los/las estudiantes de la carrera de Abogacía puede recibir el título de abogado/a sin haber cursado una materia formativa en derechos humanos. Esto resulta esencial a la hora de conocer el alcance e implicancias del derecho a la vivienda. Si bien puede aparecer como contenido de otras materias (por ejemplo, Derechos Reales), considero que un análisis desde un enfoque de derechos humanos resulta esencial para su efectivo cumplimiento.

Tomando en cuenta solo las 33 universidades (tanto públicas como privadas) que dictan la carrera de Abogacía, e incluyen una materia sobre derechos humanos en su plan de estudio, tenemos que

4) En 24 de estas 33 universidades (72,72%) la materia Derechos Humanos es de cursada obligatoria. Esto significa que la materia específica aparece visibilizada y también que se le da un rol relevante dentro de la formación de los operadores jurídicos (desde ya, corresponde aclarar que esto no implica por sí solo que quienes reciben esta formación están más capacitados/as en derechos humanos que aquellos que cursan carreras que no tienen esta asignatura como materia específica).¹³ En los casos en que la materia Derechos Humanos es obligatoria, esta puede ubicarse tanto al inicio de la carrera (como materia formativa de base), a mitad de la cursada o casi al final de la carrera. Destacamos la importancia de incorporar la enseñanza de los derechos humanos al inicio de la carrera, ya que permite que los/las estudiantes recorran el resto de la carrera con un enfoque de derechos humanos.

5) En 7 de estas 33 universidades, la materia Derechos Humanos (o materias afines)¹⁴ es de cursada optativa (21,21%). Así, se incorpora la enseñanza de derechos humanos o de un tema en particular de la asignatura, pero sin una base previa, pues son universidades que no dictan la materia como obligatoria y formativa de los primeros años. De esta manera, quienes deseen realizar esa formación específica po-

13. En muchos casos la enseñanza de derechos humanos se realiza en otras materias, predominantemente en materias como Derecho Constitucional y Derecho Internacional Público. Un análisis más detallado a fin de conocer cuánto y qué se enseña de derechos humanos, requiere una revisión de los programas y contenidos mínimos vigentes.

14. Estas son materias en general más específicas pero que tratan temas de derechos humanos, como género, discriminación, etc.

drán realizar esos cursos, pero quienes no pretendan esa formación (o por distintas cuestiones no puedan cursar la materia), recibirán su título y podrán ejercer su profesión sin haber obtenido formación en derechos humanos. Se trata entonces de universidades que emiten título de grado de abogado/a a estudiantes que pudieron no haber cursado ningún tipo de formación en derechos humanos. La pregunta que sigue es qué sucede con aquellos/as estudiantes que no pretenden seguir como formación principal una carrera en derechos humanos: ¿puede un/a estudiante de derecho egresar de la carrera sin tener un conocimiento profundo de lo que implica la perspectiva de derechos humanos? La respuesta negativa se impone. Resulta indispensable que los y las abogados/as ejerzan la profesión con una perspectiva de derechos humanos. Esto necesita, en primer lugar, la incorporación de la enseñanza de una materia formativa en derechos humanos, o como intentaré demostrar en unos párrafos más adelante, una enseñanza transversal de los derechos humanos.¹⁵ Este tipo de enseñanza fortalecería la operatividad del acceso a la vivienda, no solo al otorgarle a los/as operadores/as jurídicos mayores herramientas para realizar litigios, individuales y estructurales, con perspectiva de derechos humanos, favoreciendo la judicialización de la problemática de acceso a la vivienda, sino que principalmente tendría efecto al momento en que se elabora y desarrolla una política pública de acceso a la vivienda.

15. Corresponde advertir que “la Educación en derechos humanos promueve un enfoque holístico, basado en el disfrute de esos derechos, y abarca tanto ‘la realización de los derechos humanos en la educación’, que consiste en hacer valer el respeto de los derechos humanos de todos los miembros de la comunidad universitaria, por una parte, como ‘los derechos humanos en el contexto educativo’, es decir, lograr que todos los componentes y procesos del aprendizaje, incluidos los planes de estudio, el material didáctico, los métodos” (ONU, 2005).

6) Solo 2 de estas 33 universidades (6,07%) incorporan la materia Derechos Humanos como materia obligatoria y otras materias afines como optativas, para reforzar el conocimiento en derechos humanos. Así, todo/a estudiante que tenga interés en profundizar en este ámbito, puede hacerlo dentro de la universidad y con resultados exitosos. Incluso, algunas universidades afianzaron la formación que pretenden brindarles a sus estudiantes en materia de derechos humanos mediante la participación en certámenes internacionales sobre derechos humanos o el desarrollo de prácticas profesionales en organizaciones vinculadas especialmente a la temática.¹⁶ Esta forma de incorporar la enseñanza de derechos humanos implica que aquellos/as que no pretenden llevar a cabo una carrera en derechos humanos tengan una formación de base obligatoria.

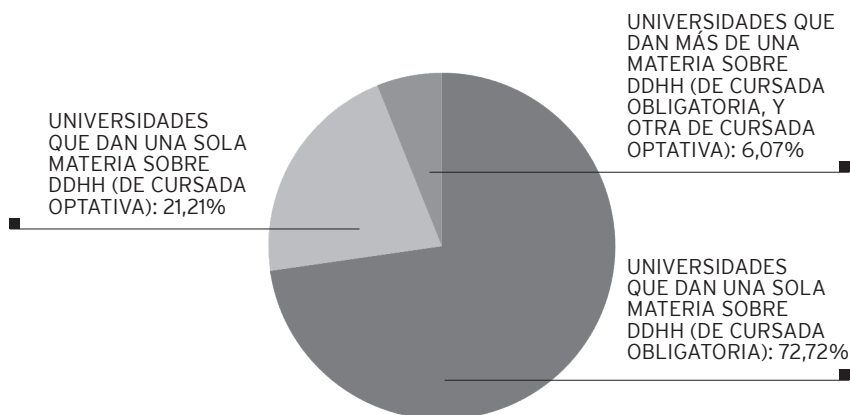


Ilustración 3. Enseñanza de la materia Derechos Humanos (o afines) como obligatoria u optativa. Elaboración: Juan Sebastián López.

16. Asimismo, muchas universidades han creado posgrados específicos en derechos humanos, para reforzar esta formación.

7) La enseñanza de los derechos humanos, salvo en las materias vinculadas al derecho público –Derecho Constitucional, Derecho Internacional, Derecho Penal, entre otras– es casi nula. En derecho público, los derechos humanos han tenido gran influencia, no sucediendo lo mismo con el resto de las materias de la carrera de Abogacía, por ejemplo, aquellas que componen el derecho privado. Un análisis meramente exploratorio de los programas de materias tales como Familia o Reales indica que, en la mayoría de los casos, la formación que reciben los y las estudiantes no responde a criterios de derechos humanos. Por el contrario, lo que indica un primer análisis de los programas de estudio¹⁷ es que la formación sigue siendo normativa, no problematizada, y con nulas o escasas referencias a los derechos humanos.¹⁸ Entre los problemas, desde la óptica de los derechos humanos, es posible señalar: a) los programas consisten tan solo en un índice de los capítulos del Código Civil, sin indicar objetivos ni metodología; b) la utilización de jurisprudencia es casi nula, y más aún de jurisprudencia emanada de los organismos internacionales y/o cortes locales; c) la bibliografía es escasa en cuanto a que se recomienda la lectura de un manual o libro determinado (generalmente del/la titular de cátedra o profesor/a a cargo del curso). Esta situación confronta de pleno, por ejemplo, con la entrada en vigencia del nuevo Código Civil, que indica la necesidad de interpretar las normas del derecho privado desde los derechos humanos (artículo 2).

17. Hasta el momento, no hemos avanzado en la observación de clases.

18. Sostiene Maurino (2013: 326) que “las facultades de derecho generalmente enseñan, o pueden enseñar, a los estudiantes dos cosas, relacionadas pero diferentes: se puede enseñar ‘el derecho’ y se puede enseñar ‘la abogacía’. Por supuesto, ellas no son incompatibles, pero los planes de estudio tradicionalmente han puesto un énfasis desmedido en lo primero”.

Esto me permite concluir que, si bien existe un gran consenso sobre la necesidad de educar para los derechos humanos, y nadie podría desconocer lo fundamental de esta formación en las facultades de Derecho, ya que gran parte de los operadores jurídicos formados en las carreras de Derecho de nuestro país pueden concluir sus estudios de grado, esto es, recibir un título profesional, sin haber recibido formación alguna en materia de derechos humanos, o habiendo recibido una formación insuficiente. Asimismo, que aquellos/as que han recibido una formación en derechos humanos la ven debilitada cuando no se la incorpora de manera transversal en el dictado de otras materias. No estoy postulando que todos/as reciban el título de “activistas en derechos humanos”, sino simplemente abogados/as con una perspectiva de derechos humanos.

Así, la enseñanza de los derechos humanos ha entrado en las universidades, en especial en las carreras de Derecho. Sin embargo, el análisis anterior permite afirmar que es necesario enfatizar esa enseñanza. Siguiendo el ejemplo de Nino (1992) sobre la construcción de una catedral en etapas, la incorporación de la enseñanza de derechos humanos en la formación de operadores jurídicos es solo el primer paso: los cimientos. Como sabemos, este paso es esencial si se pretende que la obra (la enseñanza en derechos humanos) permanezca en pie. Sin embargo, es necesario seguir construyendo hasta llegar a la cúpula. ¿Cómo? Sosteniendo una “enseñanza en derechos humanos”. Para esto es necesario indagar qué es lo que se enseña cuando se enseña “derechos humanos”. Esto me lleva al siguiente punto.

V. LA ENSEÑANZA EN DERECHOS HUMANOS Y LA ENSEÑANZA DEL DERECHO ¿QUÉ Y CÓMO SE ENSEÑA CUANDO SE ENSEÑAN DERECHOS HUMANOS?

Mediante el análisis de los programas de estudio¹⁹ es posible pensar dos cuestiones que quizá constituyen el componente clave que impide y/u obstaculiza que los derechos humanos se conviertan en un enfoque permanente para el análisis y resolución de ciertos conflictos jurídicos.²⁰ Estas cuestiones intentan responder a la concepción de educación en derechos humanos. Sostiene Rodino (2006: 5) que la educación en y para los derechos humanos requiere “formar en una filosofía —el reconocimiento de los derechos humanos— y para prácticas concretas de acción y de relación entre sujetos que se respetan mutuamente como iguales en dignidad y derechos”.

La primera cuestión puede responder a la pregunta: ¿qué se enseña cuando se enseña derechos humanos?, y la segunda a la pregunta: ¿cómo se enseña? En lo que sigue, intentaré realizar un análisis de estas cuestiones:

a) ¿Qué se enseña?

a.1) *La enseñanza de los derechos humanos sigue siendo más bien dogmática.* Un análisis de los programas de estudio de aquellas uni-

19. El estudio es meramente exploratorio. Se analizaron 24 programas de la materia Derechos Humanos, dictada en tres universidades públicas nacionales, 2 ubicadas en el Conurbano Bonaerense y otra en CABA. Entiendo por “Programa de estudio” el documento que el/la docente (adjunto/a o titular) pone a disposición de los/las estudiantes indicando temas, objetivos, metodología, bibliografía, etc.

20. Dejamos fuera del análisis la necesidad de incorporar una enseñanza interdisciplinaria. En este sentido, se ha afirmado que “ver las cuestiones de derechos humanos como temas de orden legal, minimiza sus múltiples dimensiones sociales, políticas y culturales”. (Discurso en el Seminario sobre Clínicas de Derechos Humanos en México, citado en Carrillo y Espejo Yaksic, 2013: 17).

versidades que dictan la materia Derechos Humanos como obligatoria indica ella es enfocada desde una mirada dogmática y vinculada a cuestiones conceptuales no problematizadas. En general, la enseñanza se brinda mediante el estudio de las normas (tratados internacionales) y, en forma complementaria, en la mayoría de los casos, alguna jurisprudencia internacional. Pueden extraerse algunas conclusiones al respecto:

a.1.1) El aprendizaje se convierte en una forma de reproducir normas pero sin poder comprender el alcance e implicancias de estas ante situaciones concretas. Son pocos los/as docentes que realizan una enseñanza a la inversa, desde el problema, por ejemplo, mediante el análisis de casos (reales o hipotéticos) que permitan desarrollar un razonamiento crítico con perspectiva de derechos humanos. Quizás, una cuestión importante a fin de hacer operativos los derechos humanos es que sean prácticas comunes para los operadores jurídicos, no que se conviertan en un argumento más que repetir. Sostener un enfoque de derechos humanos implica ver cada problema, situación, desde esa mirada. Los derechos humanos son una guía de acción, no normas para repetir y olvidar.

a.1.2) La enseñanza de los derechos humanos sigue siendo vista como una cuestión de derecho internacional, como si los operadores jurídicos (me refiero a los locales) no puedan (ni deban) utilizar los derechos humanos para plantear y resolver cuestiones jurídicas. En este sentido, en pocos casos se utiliza jurisprudencia nacional en la materia Derechos Humanos y menos aún jurisprudencia local.²¹

21. Esto es interesante dado, por ejemplo, el desarrollo jurisprudencial que en materia de derechos sociales ha producido la justicia local de CABA a diferencia de lo que sucede en la CSJN e incluso en la Corte IDH.

a.1.3) Es casi nulo el tratamiento de temas más novedosos (entendiendo por tales aquellos que hoy en día están más discutidos en la agenda pública). Existe un estudio casi sistemático (aunque no generalizado) de materias controvertidas pero ya firmes en la agenda de los derechos humanos, así como pueblos originarios, mujeres. Por el contrario, es escasa o nula la referencia a otros temas, como el medio ambiente, discapacidad, adultos/as mayores; estos cobran especial relevancia al momento de hacer efectivo el derecho a la vivienda. En este sentido, no es posible dejar de considerar las situaciones de múltiples discriminaciones que padecen ciertos grupos (Ronconi, 2016). Estas deben ser tenidas en cuenta tanto al momento de adoptar políticas públicas como cuando se resuelven casos judiciales. Por ejemplo, en relación con acceso a la vivienda y considerando las situaciones de múltiples discriminaciones que padecen ciertos grupos, es posible mencionar el caso de la propiedad comunitaria indígena, ya que se requiere una interpretación más amplia del “derecho a la vivienda”. Asimismo, respecto de las mujeres víctimas de violencia doméstica (COHRE, 2010).

Esto muestra que el afianzamiento de la enseñanza de los derechos humanos debe enfocarse también en lo que se enseña y cómo se enseña derechos humanos.

a.2) *La enseñanza de los derechos humanos sigue siendo parcializada.*

La enseñanza de los derechos humanos en otras materias de la carrera, diferente a la/s materia/s específica/s es insuficiente. La enseñanza de los derechos humanos no ha sido aún totalmente operativa en otras ramas, o bien en aquellas que no sean las de derecho público (Derecho Internacional, Derecho Constitucional,

Derecho Penal, entre otras). Muestra clara de ello es su escasa inclusión en otras materias, por ejemplo, Derecho Civil, Derechos Reales, Derecho de los Contratos, Análisis Económico, Concursos y Quiebras, Obligaciones, entre otras posibles.²² Así,

el diseño enciclopédico-fragmentado apunta a la especificidad y la especialización de las distintas materias y transmite indefectiblemente una idea de lo que “es” el derecho, como algo constituido por comportamientos prefijados, que influye de modo determinante en el entendimiento que se van formando los estudiantes en su paso por la facultad. Y eso es una gran deficiencia (Maurino, 2013: 327).

Esta falta de transversalización puede estar obturando la efectividad de los derechos humanos, y en especial del derecho a la vivienda, ya que aquel aprendizaje obtenido en las materias específicas se diluye ante problemas concretos, distintos del caso internacional. La educación en derechos humanos debe acompañar la formación profesional, no solo para aquellos/as que pretenden seguir la carrera de activistas sino para todos/as los/as egresados/as. Entonces, surge patente que la educación en derechos humanos no es una cuestión solo de los/as docentes que enseñan esa materia específica, sino de todos/as los/as que compartimos la docencia universitaria (Salvioli, 2009).

22. Por ejemplo, respecto al derecho a la vivienda, cuando se trabaja el tema “propiedad”, ¿qué ejemplos se utilizan en la clase?, ¿el de comprar y vender?, ¿o se hace referencia a la situación de la tierra de los pueblos originarios? ¿Se hace referencia a la situación de las personas con discapacidad?, ¿a la función social de la propiedad? ¿Desde qué enfoque se trabaja el tema “usurpación”? (Y los ejemplos son infinitos).

b) ¿Cómo se enseña?

b.1) *Se continúa enseñando el derecho de manera positiva.* Esto se vincula con el punto a.1) señalado anteriormente. La enseñanza del derecho en general, y de los derechos humanos en particular, sigue siendo más bien memorística y no práctica (Abramovich, 1999; Böhrmer, 2005). La enseñanza del derecho ha sido históricamente formalista, enfocada en el estudio de normas (códigos, constituciones, tratados de derecho internacional). Así, existe una vinculación estrecha entre la concepción del derecho y el rol que el/la abogado/a cumple en la sociedad. La concepción positivista del derecho presupone que este comprende solo un conjunto de normas que deben ser cumplidas, y su estudio implica dedicarse exclusivamente al estudio de estas normas (Fiss, 2005). No es que no se requiera de la enseñanza de los conceptos fundamentales, sino que estos no pueden estar alejados de la práctica. “El impacto de ello es una educación legal poco práctica y muy abstracta, con pocos referentes reales y con estudiantes hábiles en ‘matemática conceptual’ y lejos de la comprensión del problema real que los conceptos tratan de regular y comprender” (Bullard y Mac Lean, 2004: 26).

b.2) *El rol del/la estudiante en las clases es casi nulo.* Como ya sostuve, no alcanza con tener un conocimiento teórico fuerte de los derechos humanos sino que es necesario que los/as estudiantes puedan hacerlos efectivos en la práctica. Esto no se logra si ellos/as asumen un rol pasivo en las clases. Esto se da ante clases expositivas del/la docente, donde solo se transmiten herramientas conceptuales pero sin posibilidad de hacer efectivo un razonamiento crítico.

Es necesario sacar al/la estudiante de ese rol, brindando una prácti-

ca reflexiva ante un problema concreto. En este sentido, viene a mi memoria el siguiente ejercicio práctico (que año tras año repito al comenzar cada curso). Luego de detenernos horas leyendo un instructivo para despegar una aeronave, e incluso haber rendido con éxito el examen, ¿podemos afirmar que estamos en condiciones de hacerlo? La respuesta es: no. Algo similar sucede con los/as estudiantes de Derecho y su formación en derechos humanos. Sin embargo, este rol activo de los/as estudiantes requiere:

b.2.1) que el/la docente posea las competencias pedagógicas adecuadas. En este sentido,

la función del profesor, y de la enseñanza en general, es informativa y formativa. Por la primera, el profesor transmite información al estudiante. Por la segunda, forma en competencias y capacidades. La visión conceptualista lleva a privilegiar la función informativa, y focaliza más en el desarrollo [...] de una capacidad de confrontación por medio del manejo de conceptos (Bullard y Mac Lean, 2004: 36).

Aquí juega, entonces, un rol esencial la formación docente, que debe cumplir ciertos parámetros: -provenir de ramas distintas al derecho (por ejemplo, realizada por especialistas en didáctica, pedagogía, etc.); -ser continua en el tiempo y no como una etapa a superar; -realizarse evaluaciones periódicas a los docentes respecto de la formación pedagógica; -otorgar un puntaje relevante en los concursos docentes, entre otros (Kennedy, 2012; Clérico y Cardinaux, 2005).

b.2.2) La utilización de una metodología de la enseñanza distinta a la memorística y de repetición. Por ejemplo, la resolución de casos prácticos hipotéticos (método de casos) puede permitir el desarrollo de

diversas capacidades y actitudes en los/las estudiantes al posibilitarles pensar y argumentar sobre un caso concreto.²³ Sostiene Maurino (2013: 319) que “la dinámica de ‘proveer de razones’ a una decisión, explicitarlas y someterlas a escrutinio es tremendamente exigente”.

VI. BUENAS PRÁCTICAS PARA LOGRAR ROBUSTECER LA ENSEÑANZA DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LAS FACULTADES DE DERECHO

Se intenta responder a la pregunta: ¿cómo debe cambiar la enseñanza del derecho para tener capacidad de cambiar la realidad? (Bullard y Mac Lean, 2004: 13), y en el tema de derecho a la vivienda en particular: ¿cómo debe cambiar la enseñanza del derecho para hacer efectivo el derecho a la vivienda? En este sentido, resulta necesario desnaturalizar la enseñanza que se está llevando a cabo, someterla constantemente a crítica.

En lo que respecta a la educación en derechos humanos hay que identificar y trabajar sobre los tres contenidos, interrelacionados y complementarios, que la misma implican:

- Información y conocimientos*, sobre derechos humanos;
- valores y actitudes*, coherentes con los derechos humanos; y
- destrezas o capacidades* para poner en práctica con eficacia los principios de derechos humanos en la vida diaria. (Rodino, 2006: 5)

23. Si bien creemos que existen formas mucho más potentes para la enseñanza del derecho, como la que se desarrolla en las clínicas jurídicas, muchas veces las capacidades y posibilidades de las universidades no permiten que se lleven a cabo. No sucede lo mismo con el método de casos.

Estos distintos componentes que define Rodino pueden identificarse con buenas prácticas en lo que refiere a la enseñanza de los derechos humanos en la carrera de Derecho. En este sentido:

1) para fomentar la *información y conocimiento* sobre derechos humanos se requiere: a) conocer las normas que protegen tales derechos y las instancias de protección, la historia de los derechos humanos y los conceptos esenciales. La adopción de normas internacionales que reconozcan y protejan los derechos humanos ha sido un paso fundamental en la historia de la humanidad, en especial de ciertos grupos (mujeres, niños y niñas, entre otros), como así también que los órganos creados a tal efecto hayan respondido dictando sentencias, emitiendo informes que impliquen avances en el reconocimiento de los derechos y en el rol de los Estados en su protección.²⁴ En general, la enseñanza de tales normas y jurisprudencia, existe en el ámbito de las carreras de Derecho que hemos analizado. Sin embargo, el mero conocimiento de la normativa no instaaura el efectivo ejercicio de los derechos humanos en la vida cotidiana y menos aún en el planteo y resolución de casos judiciales. Esto nos lleva al siguiente punto.

2) En lo que respecta a *valores y actitudes* es necesario: b) entender a los derechos humanos como un criterio de interpretación y no como un cúmulo de normas de orden internacional. Un criterio de valoración que permita “mirar” un caso/problema desde los derechos humanos. Es necesario que se puedan traducir las normas (punto a) como valores ante un caso concreto. Para esto se requiere

24. En este sentido, por ejemplo, con clara referencia a la incorporación del “derecho a la vivienda digna” en el artículo 14 bis de la Constitución Nacional, el rol de los tratados internacionales con jerarquía constitucional, pero además los avances producidos en la materia a través de sentencias judiciales y/u opiniones consultivas, observaciones generales, entre otros.

además que exista: b.1) una incorporación de la perspectiva de derechos humanos en el resto de las materias, en especial aquellas que han estado más alejadas del ámbito de los derechos humanos. En particular, por ejemplo, las materias como Derecho Civil, Derechos Reales, Derecho Laboral. ¿Cómo es posible cumplir este objetivo en facultades donde el plan de estudio no obliga el cruce entre materias o donde tradicionalmente se han entendido como “nichos”? Una respuesta posible es: b.2) fomentar el diálogo entre las distintas ramas del derecho ¿Cómo? Por ejemplo, mediante encuentro entre distintas cátedras; contar con profesores/as no solo del área específica sino también de otras áreas como profesores/as invitados/as o dentro del cuerpo docente; elaborar materiales que permitan la transversalización de contenidos (cuadernillos de bibliografía, jurisprudencia y/o casos hipotéticos). Esta transversalización permitirá que, en la práctica, los intereses de víctimas de graves violaciones de derechos humanos estén mejor “servidos” mediante el aprovechamiento estratégico de las oportunidades que brindan las normas jurídicas internacionales, nacionales, regionales (Carrillo y Espejo Yaksic, 2004). b.3) La forma de dar las clases: la incorporación de jurisprudencia. b.4) El armado de programas de estudio: clarificando bibliografía obligatoria y optativa, que no se limite solo al manual del/la titular de cátedra sino que incorpore lectura de distintos autores. Esto ayuda a los/as estudiantes a no estar tan estructurados/as, a ver distintas opiniones, jurisprudencia, etc.

3) Por último, las *destrezas o capacidades* dentro de una Facultad de Derecho se adquieren de distintas maneras. Mucho se ha escrito al respecto, sin embargo me interesa destacar aquí que el c) método de enseñanza/aprendizaje que se desarrolle en las clases de una Facultad

de Derecho debe ser acorde con la enseñanza *en y para* los derechos humanos. Para esto, debe promover la reflexión y argumentación, generar cercanía entre docente y estudiante. Esta forma de enseñanza/aprendizaje requiere superar la tradición de distancia intelectual y control autoritario del proceso educativo (Kennedy, 2012).²⁵

VII. CONSIDERACIONES FINALES

En este trabajo pretendí identificar algunos obstáculos o desafíos que enfrenta actualmente la educación en derechos humanos en los operadores jurídicos. Sostuve que esta es una herramienta potente para garantizar un mayor cumplimiento del derecho a la vivienda. Entre estos desafíos identifiqué, por un lado, la necesidad de una incorporación mayor de las temáticas y/o enfoque de derechos humanos en los planes de estudio. En este sentido, la incorporación de los derechos humanos como materia obligatoria en la formación de los operadores jurídicos es un primer paso, completamente necesario para profundizar su enseñanza. Las carreras de derecho han avanzado, van por buen camino, antes no enseñaban derechos humanos. Sin embargo, actualmente, se plantea el desafío de robustecerla. Por otro lado, sostuve que no alcanza con la sola incorporación de estas materias específicas, sino que educación en derechos humanos debe ser una práctica sostenida a lo largo de la carrera, no solo permeando la enseñanza *en y para* los derechos humanos en otras ramas del derecho, sino también revisando las prácticas de enseñanza-aprendizaje.

25. Por ejemplo, mediante el método de casos (Miller, 1987; Clérico, 2004); el aprendizaje en clínicas jurídicas (Maurino, 2013); el desarrollo de concursos de alegatos o simulaciones de juicios, entre otros.

Considero que este robustecimiento en la enseñanza *en y para* los derechos humanos es una herramienta muy poderosa que los/as profesores/as de derecho tenemos en nuestras manos a fin de lograr su plena efectividad, en especial en lo que respecta al derecho a la vivienda. En este sentido, no considero que favorezca solo un aumento de la litigiosidad, sino que favorecerá también la adopción de políticas públicas acordes a los mandatos constitucionales y convencionales respecto del derecho a la vivienda.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- Abramovich, V. (1999). La enseñanza del derecho en las clínicas legales de interés público. Materiales para una agenda temática. *Defensa Jurídica del Interés Público* 9.
- Abramovich, V., Arenaza, S., Cravino, M. y Fava, R. (2013). *La protección judicial de los derechos sociales en la Provincia de Buenos Aires*. Lanús: Ediciones de la Universidad Nacional de Lanús.
- Benente, M. (2016). *Derecho a la vivienda y litigio estructural*. (Informe de Avance Proyecto de Investigación). Primeras Jornadas de Equipos de Investigación de la UNPAZ. José C. Paz.
- Böhmer, M. (2005). *La enseñanza del derecho y el ejercicio de la abogacía*. Barcelona: Gedisa.
- Bullard, A. y Mac Lean, A. (2009). La enseñanza del derecho: ¿cofradía o archicofradía? *Academia, Revista sobre Enseñanza del Derecho*, 7(13), 21-47.
- Cardinaux, N., Clérico, L., Vita, L. y Aldao, M. (2013). Condiciones de posibilidad para la exigibilidad judicial del derecho a la vivienda en el ámbito

local. *[áDA Ciudad, Revista de la Asociación de Derecho Administrativo de la Ciudad de Buenos Aires* 5, 33-74.

Carrillo, A. y Espejo Yaksic, N. (2013). Re-imaginando la clínica jurídica de derechos humanos. *Academia, Revista sobre Enseñanza del Derecho* 11(22), 15-53.

Centro por el Derecho a la Vivienda y Contra los Desalojos (2010). *Un lugar en el mundo. El derecho a una vivienda adecuada como elemento esencial de una vida libre de violencia doméstica. Los casos de Argentina, Brasil y Colombia*. Ginebra: COHRE, Secretaría Internacional.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2009). *Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Recuperado de <https://www.oas.org/es/cidh/indigenas/docs/pdf/tierras-ancestrales.esp.pdf>

Clérico, L. y Cardinaux, N. (2005). La formación docente universitaria y su relación con los “modelos de formación de abogados”. En N. Cardinaux et al, *De cursos y de formaciones docentes*. Buenos Aires: Departamento de Publicaciones, Facultad de Derecho, UBA.

Clérico, L. (2004). Notas sobre los libros de “casos” reconsiderados en el contexto del “método de casos”. *Academia, Revista sobre Enseñanza del Derecho* 1(2), 13-43.

Fiss, O. (2005). El derecho según Yale. En M. Böhmer, *La enseñanza del derecho y el ejercicio de la abogacía*. Barcelona: Gedisa.

García Villegas, M. (2013). Constitucionalismo aspiracional. *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades* 15(29), 77-97.

- Gordon, R. (2004). Distintos modelos de educación jurídica y las condiciones sociales en las que se apoyan. *Academia. Revista sobre Enseñanza del Derecho* 2(3), 91-116.
- Kennedy, D. (2012). *La enseñanza del derecho como forma de acción política*. Buenos Aires: Siglo XXI.
- Maurino, G. (2013). La enseñanza del derecho en las Clínicas Jurídicas de Interés Público: cuatro preguntas para una caracterización. En L. Berco- vich y G. Maurino (coord.), *Los derechos sociales en la Gran Buenos Ai- res. Algunas aproximaciones desde la teoría, las instituciones y la acción*. Buenos Aires: Eudeba.
- Miller, J. (1987). El método de casos y la educación legal en la Argentina. *Revista Lecciones y Ensayos* 48, 339-359.
- Ministerio de Educación, Secretaría de Políticas Universitarias, Listado de Universidades e Institutos. Recuperado de [http://portales.educacion.gov. ar/spu/sistema-universitario/listado-de-universidades-e-institutos/](http://portales.educacion.gov.ar/spu/sistema-universitario/listado-de-universidades-e-institutos/) (con- sultado en julio de 2015).
- Nino, C. (1992). *Fundamentos de derecho constitucional*, Buenos Aires: As- trea.
- Organización de las Naciones Unidas (1997). *Directrices para la elabora- ción de planes nacionales de acción para la educación en la esfera de los derechos humanos*. Recuperado de [https://documents-dds-ny.un.org/doc/ UNDOC/GEN/N97/284/14/PDF/N9728414.pdf?OpenElement](https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N97/284/14/PDF/N9728414.pdf?OpenElement)
- Organización de las Naciones Unidas (2005). *Plan de Acción para la pri- mera etapa (2005-2007) del Programa para la Educación en Derechos Humanos: aprobado por la Asamblea General el 2 de marzo*. Ginebra: UNESCO.

- Pisarello, G. (2003). *Vivienda para todos: Un derecho en (de)construcción. El derecho a una vivienda digna y adecuada como derecho exigible*. Barcelona: Ed. Icaria
- Puga, M. (2013). *Litigio Estructural*. (Tesis doctoral inédita). Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho. Buenos Aires.
- Rodino, A. M. (2006). *Educación en Derechos Humanos: una propuesta para políticas sociales*. (Documento de trabajo para la Reunión de expertos sobre Población, desigualdades y Derechos Humanos). CEPAL. Santiago de Chile.
- Ronconi, L. (2012). Derecho a la salud: Un modelo para la determinación de los contenidos mínimos y periféricos. *Revista Salud Colectiva* 8(2), 131-149.
- Ronconi, L. (2016). *Igualdad como no sometimiento y Derecho a la educación. La tesis de la insuficiencia aplicada*. (Tesis Doctoral sin publicar). Facultad de Derecho de la UBA. Buenos Aires.
- Saba, R. (2016). *Más allá de la igualdad formal ante la ley. ¿Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?* Buenos Aires: Siglo XXI Editores.
- Salvioli, F. (2009). *La universidad y la educación en el siglo XXI. Los derechos humanos como pilares de la nueva Reforma Universitaria*. San José de Costa Rica: IIDH.

*Justicia
estructural y
derecho a la
vivienda: el caso
Quisberth Castro*



MARIELA PUGA

I. INTRODUCCIÓN

“Quisberth Castro” es uno de los casos más importantes, sino el más importante, que la Corte Suprema argentina ha decidido en materia de derecho a la vivienda.¹ La decisión establece que existe una obligación del Estado a una garantía mínima (de operatividad directa) que satisfaga las necesidades de vivienda de una madre y su hijo discapacitado en situación de calle. En particular, el *obiter dictum* de la decisión abunda en detalles del tipo de operatividad que ofrece el derecho a la vivienda en Argentina, ubicando al caso en la vitrina de los *leading cases* de la Corte, y en la cocina más sibarita del activismo de los derechos humanos.²

1. El caso al que referiré como “Quisberth Castro” fue decidido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en abril de 2012, bajo la carátula “Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo”.

2. Señala el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) que “a diferencia del fallo del Tribunal Superior de Justicia de la ciudad, el máximo tribunal descartó que los paradores y la política de subsidios habitacionales implementados por el gobierno porteño constituyan una respuesta adecuada para resolver el problema de vivienda

En este trabajo se concentra la atención en los alcances regulativos de la decisión. En decir, en a quienes alcanza, y cómo, la regla del caso. El análisis inicial destaca que el voto del magistrado Petracchi se sustentó en un juicio sobre un caso estructural, mientras que el voto de la mayoría se asentó en un caso no estructural. Esta reflexión inicial permite, por un lado, apreciar la discrecionalidad de los jueces en la composición del relato del caso o litis, y, por otro, valorar comparativamente cuál es el horizonte de posibilidades, y de limitaciones, que la mayoría demarcó en materia de política de vivienda a partir de la opción por la no estructuralidad.

El análisis, además, resume algunos presupuestos conceptuales que constituyen la arquitectura central del trabajo. Entre ellos, por supuesto, se encuentra la definición de “caso” o “litis estructural”, y el planteo de distinciones necesarias en materia del carácter regulativo de las decisiones judiciales.

Con esas herramientas conceptuales, y en base a la estrategia de análisis comparativa de los votos de la mayoría y del voto de Petracchi, se pretende dar cuenta de los alcances regulativos que “Quisberth Castro” fijó en el campo del derecho a la vivienda digna en Argentina.

que padecen las familias en situación de calle y extrema vulnerabilidad, como es el caso de la demandante” (CELS, 26 de abril de 2012).

II. ¿QUÉ ES UN CASO ESTRUCTURAL?

En otro lado he definido al caso estructural como aquel que extiende el territorio de lo justiciable más allá de los intereses de las partes procesales. Sostuve que tal expansión es un hecho jurídico antes que un hecho empírico, es decir, basta que la normatividad de la decisión pretenda regular relaciones jurídicas que trasciendan a las partes procesales (pretensión regulativa de la decisión) para que estemos ante un caso estructural. Ello es así aun cuando esa pretensión estructural no se haga efectiva, y aun cuando la orden resolutive de la sentencia tenga un alcance diferente (Puga, 2015).

Esta definición nos permite vislumbrar la trascendencia que tiene el caso estructural en términos jurídico-regulativos de la realidad social (más allá del impacto que esa juridización y/o normativización tenga en las prácticas sociales concretas).³ De manera que dilucidar el carácter estructural o no de “Quisberth Castro” se vuelve un asunto de especial interés jurídico-político.

Para precisar los alcances regulativos de cualquier decisión (observando si trasciende o no el interés de las partes procesales), entiendo que es necesario pensar a la litis (o relato judicial del conflicto sometido a la jurisdicción) como si esta contuviera los hechos

3. Es importante esta distinción, ya que hay muchos que definen el litigio estructural justo en el sentido opuesto. Es decir, para algunos el litigio estructural es aquel que da origen o que busca una decisión judicial con impacto estructural efectivo, en lugar de hacer foco en lo que aquí llamo “pretensión regulativa”. De igual manera hay quienes hacen hincapié en el alcance regulativo de la “orden” instrumental que se manifiesta en el resolutorio antes que en el alcance regulativo de la litis sobre la que se decide.

operativos o predicado fáctico de una regla.⁴ Tal sería, la regla que resuelve el caso judicial.

En otras palabras, decimos que se aplica una regla general a un caso concreto judicializado cuando se interpreta que el predicado fáctico de la regla general implica al predicado fáctico de la regla que resuelve el caso judicial (la que tradicionalmente es una regla particular, dirigida solo a regular las relaciones entre las partes que intervienen en el proceso).

La litis, en tanto predicado fáctico de la regla del caso, puede ser bipolar o policéntrica —en términos de Fuller (1978)—, y será precisamente la litis policéntrica la que dé lugar a un caso estructural. De manera que si nos interesa definir con precisión de qué se trata un caso estructural, resulta central precisar la idea de policentría en el relato del caso o litis.

II. A. EL RELATO POLICÉNTRICO

La policentría o bipolaridad de la litis no es otra cosa que una forma de relatar judicialmente los hechos traídos a juicio ante un tribunal. Este relato desarrolla una idea de causalidad que vincula

4. Los teóricos del derecho reconocen en las reglas/normas jurídicas cierta estructura básica, en la que distinguen entre los “hechos operativos” y las “consecuencias normativas”. El término “hecho operativo” se atribuye por ejemplo a Maccormick (citado en Schauer, 2004: 81). Otros teóricos hablan en cambio de “supuesto de hecho” y de “consecuencia jurídica”, otros de “prótasis” y “apódasis” y otros, como Frederick Schauer (2004), hablan de “predicado fáctico” y “consecuente”.

En cualquier caso, la primera parte de la regla es donde se especifica el alcance o condiciones fácticas que dan lugar a la aplicación de la regla, mientras que la segunda parte prescribe qué ocurrirá cuando se verifiquen esas condiciones fácticas.

a un agravio con su/s fuente/s causal/es jurídicamente relevante/s.

Piénsese, por un momento, en la diferencia entre relatar una detención arbitraria de un joven, por parte de un policía, como una relación causal aislada que vincula a dos partes (relato bipolar) y, en cambio, relatar esos hechos como *una instancia de la práctica del abuso de la policía de la ciudad X hacia cierto grupo de jóvenes varones que habitan ciertos territorios de la ciudad* (relato policéntrico del mismo hecho).

De igual forma, no es lo mismo relatar (y juzgar) la situación de calle de una familia en contexto de vulnerabilidad, que relatarla como *una instancia de la falla sistémica de la política de vivienda en relación a cierto grupo poblacional determinado o determinable*.

Ahora bien, cuando estamos ante una litis policéntrica, el relato judicial del caso expresa una relación causal compleja que se expresa a través de hechos que imbrican intereses y que funcionan como un interés colectivo único. Será la imbricación de dos o más intereses en uno a partir de la descripción compleja de un hecho (por ejemplo, la práctica sistémica de abuso de la policía) lo que constituya al hecho agravante en sí mismo en una vulneración de derechos, o bien, considere al hecho como causa fuente de esa vulneración.

La fisonomía del caso policéntrico es representada, frecuentemente, con la imagen de una telaraña. Una estructura formada por múltiples hebras cuyos tejidos están tan íntimamente conectados entre sí que la tensión aplicada sobre alguno de ellos repercute en la red entera. Nótese que esta primera imagen se distancia sustancialmente de la de un hecho discreto que conecta a dos polos enfrentados y se acerca,

en contraste, a la idea de *intereses imbricados* que introduje para definir la relación de causalidad policéntrica.

En la estructura de la telaraña, la pretensión de cada parte en el conflicto estará conectada a través de múltiples intersecciones o centros de confluencia dentro de una misma red, la que conecta con otros centros. Explica Fuller que “es una situación policéntrica porque tiene ‘muchos centros’ —cada cruce de hebras es un centro distinto para distribuir tensiones—” (Fuller, 1978: 27).⁵

Así, en el primer ejemplo, cada hecho de abuso policial supone una relación entre un policía y un ciudadano que hace las veces de un centro dentro de la telaraña general que constituye la práctica sistémica de violencia institucional. De manera que el hecho está imbricado en la práctica, y el interés del joven se subordina al interés colectivo de los jóvenes en su situación. La decisión judicial en este caso podría representarse como el ejercicio de una tensión que repercutirá sobre toda una red de relaciones y, así, sobre cada uno de esos puntos de conexión.

El caso relatado de esta manera en la litis hace que los hechos traídos a juicio impliquen a otras relaciones jurídicas además de

5. En un sentido más exacto, se refiere a “problemas policéntricos”. Hay buenas razones para pensar que el autor norteamericano consideraba que en el mundo real hay problemas que son bipolares y otros policéntricos, argumentando en favor de que el derecho se involucre en los primeros, pero no en los últimos.

Por el contrario, mi especulación, como se notará a lo largo de este trabajo, no es sobre el mundo real, sino sobre la manera en que el mundo real (si tal cosa existe) es representado o instaurado por el derecho, en particular cuando es instituido en la litis. En tanto para el derecho hay “casos” en lugar de problemas, serán esos “casos” los que pueden tener una forma bipolar o policéntrica (Puga, 2013).

la que existe entre las partes del proceso, y que esta última ya no pueda tratarse de manera aislada o prioritaria. Esa implicancia no es casual, ni anecdótica, ni forma parte de un *obiter dictum*. Para que dé lugar a una litis estructural, la implicancia de otras relaciones jurídicas en el relato del caso debe aparecer como condición necesaria del juicio normativo judicial y, por tanto, constituir el supuesto de hecho o predicado fáctico de la regla judicial del caso.⁶

Nótese que en el relato causal policéntrico las conductas individuales humanas o institucionales (en tanto hechos subjetivos y objetivos) que contribuyen a la configuración del hecho causal pasan a un segundo plano en la consideración jurídica. Ellas importan en tanto se encuentran imbricadas en el hecho complejo que constituye el núcleo prioritario del relato estructural. Así, la causalidad estructural se vuelve a veces un incidente sin sujeto causante, o cuya relación con un sujeto o autor tiene una relevancia secundaria en la determinación del vínculo causal. Ello asemeja el caso estructural, aunque sin asimilarlo, a la atribución de responsabilidad objetiva o indirecta del derecho civil, e incluso a la responsabilidad por daños causados de manera involuntaria (Puga, 2013).

6. Es crucial captar esta distinción para avanzar en este tipo de análisis. Muchas veces el juzgado hace menciones sobre implicancia que no constituyen a la litis que se juzga, aunque claramente sugieran una forma posible de verla. Por ejemplo, cuando la mayoría de la corte en el caso de análisis señala que en estos supuestos “hay una relación compleja entre el titular de la pretensión, el legitimado pasivo directo que es el Estado y el legitimado pasivo indirecto que es el resto de la comunidad que, en definitiva soporta la carga y reclama de otros derechos”. En esa mención, la Corte no está refiriendo a la relación causal del conflicto sobre el que se decide. No hay en la regla del caso ninguna consideración a esta mención de la relación compleja como base de la decisión. Esta descripción de relaciones involucradas forma parte del *obiter dicta*, pero no de la definición de la litis.

Lo distintivo de la relación causal estructural es, no obstante, que el hecho complejo estructurante presupone la racionalización de posiciones y pretensiones individuales (que podrían ser tanto de la parte actora como de la demandada) como partes de un todo (el hecho que imbrica intereses). En otras palabras, el conflicto judicial estructural se define a partir de la prelación léxica de la definición del todo por sobre sus partes.

III. EL CASO "QUISBERTH CASTRO"

Una mujer (Q. C. S.) y su hijo discapacitado (Q. C. Y.) están en situación de calle, por lo que demandan al Estado de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA) para que les provea de una alternativa de acceso a una vivienda adecuada. Ello después de haber recibido un subsidio temporal, y mientras se alojaban en hogares o paradores nocturnos. Luego de recorrer el derrotero de cada una de las instancias de la jurisdicción local consiguen que la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) resuelva en su favor en el año 2012.

Si bien todos los jueces de la Corte acordaron en hacer lugar a la demanda, el juez Enrique S. Petracchi y la jueza Carmen M. Argibay emitieron votos por separado, con fundamentos diferentes a los de la mayoría que decide en el mismo sentido. Aquí nos interesa mostrar en qué medida la mayoría, por un lado, y, en particular, el voto de Petracchi, por el otro, difieren en lo relativo al carácter estructural o no del caso. Para uno es un hecho de intervención estatal fallida, el que se critica exegéticamente por la mayoría, mientras que para Petracchi es el ejemplo de una falla en la política más general que alcanza a quienes están en igual situación que los demandantes.

De esa forma, aunque llegan a la misma disposición vinculante en relación a las partes, veremos cómo proponen un diferente alcance regulativo para la decisión.

III. A. EL CASO “QUISBERTH CASTRO” PARA LA MAYORÍA DE LA CORTE

La Corte establece que el derecho a la vivienda tiene una “operatividad derivada”, la que exige al Estado una “obligación de hacer”. Señala que “su implementación [la de esa obligación] requiere de una ley del Congreso o de una decisión del Poder Ejecutivo que provoque su implementación” (CSJN, 2012, considerando 11° del voto de la mayoría).

A diferencia de lo que va a ocurrir con Petracchi y Argibay, para la mayoría bastaría una “decisión” del Poder Ejecutivo, la que no parecería necesitar traducirse en una política pública o en una regla general. En fin, el Estado cumpliría su obligación, en un caso concreto, a través de una decisión administrativa del Ejecutivo o de una decisión judicial en ese caso. Esta pretende ser la regla de la decisión.

Continúa explicando la mayoría que el Poder Judicial solo podrá ejercer un control de razonabilidad sobre esas medidas fundado en los principios de justicia rawlsianos de igual distribución de libertades y en el principio de diferencia en favor de los menos favorecidos.⁷

7. Horacio Rosatti (2013: 240-255) realiza un análisis del fallo y en particular de la significación en términos de reglas constitucionales de los principios de justicia rawlsiano. Pese al interés explicativo que presenta, no analiza la aplicación de esos principios ni al caso concreto, ni al caso particular del derecho a la vivienda (aunque la explicación surge en el contexto del análisis del caso).

No obstante, la Corte realiza una muy particular traducción de esos principios para el caso concreto. Su idea es la siguiente:

En el campo de las reglas normativas, ello significa que hay una garantía mínima del derecho fundamental que constituye una frontera a la discrecionalidad de los poderes públicos. Para que ello sea posible [sic], debe acreditarse una afectación de la garantía, es decir, *una amenaza grave para la existencia misma de la persona*. Estos requisitos se dan en el caso, ya que es difícil imaginar un estado más desesperante: hay un niño discapacitado, con una madre en situación de calle.

La razonabilidad significa entonces que, sin perjuicio de las decisiones políticas discrecionales, los poderes deben atender a las garantías mínimas indispensables para que una persona sea considerada como tal en situaciones de extrema vulnerabilidad (CSJN, 2012, considerando 12° de la mayoría, el resaltado es propio).

Esta interpretación “normativa” de los principios de justicia rawlsiana tiene la peculiaridad de reconvertir una demanda distributiva (dirigida a una política) en una regla de operatividad directa. Este razonamiento (de dudosa lógica normativa)⁸ transforma el principio rawlsiano de la diferencia en una obligación estatal de atender al peligro que amenaza la existencia de una persona vulnerable que reclama una vivienda.

8. Desde la perspectiva de la teoría de la justicia (desde donde escribe John Rawls), es muy difícil concebir los principios de igual, libertad y diferencia como equivalentes a un principio de “garantía mínima”, en tanto por lo general aparecen como alternativas para distintas teorías de la justicia.

Sin embargo, no parece claro que esta obligación normativa (así deducida) aparezca aquí como un indicador de la validez o invalidez de alguna política pública. Tampoco parece presentarse como la base de un reclamo por la falta de una política pública. En contraste, la Corte pareciera sugerir que se trataría de una obligación de intervención individualizada por las características propias del caso concreto, la que exigiría una decisión ejecutiva o judicial. Así se expresa la mayoría de la Corte:

Esta interpretación permite hacer compatible la división de poderes, la discrecionalidad política del Poder Ejecutivo y del Congreso, con las necesidades mínimas de los sectores más desprotegidos cuando estos piden el auxilio de los jueces (CSJN, 2012, considerando 12° del voto de la mayoría).

Pareciera, incluso, que la Corte está señalando la necesidad de “pedido de auxilio” para que surja la obligación de asistencia, en lugar de que esta sea previa. Y pareciera, aún más, que son los jueces, al igual que el Ejecutivo, los sujetos pasivos de la obligación de ofrecer la garantía mínima, en los casos en que la extrema vulnerabilidad se haga palmaria en el pedido de auxilio.

Más adelante, si bien la Corte analiza las políticas públicas disponibles, siempre lo hace con exclusiva referencia y consideración a la particular situación de los demandados como axioma rector de la definición del caso. Advierte que

Este menú de soluciones brindado por la demandada para dar cumplimiento a la manda contemplada en los arts. 14 bis de la

Constitución Nacional y 31 de la Constitución local aparece como insuficiente *para atender la particular situación de la actora...* No resultan adecuadas para *la patología del niño [...]* no constituye una solución definitiva *al problema habitacional [de ellos]* [...] resulta evidente que el esfuerzo estatal [...] no es suficiente o adecuado ya que ni siquiera atiende a las mínimas necesidades que *la situación del grupo familiar demandante requiere*. Si bien puede admitirse que no hay una única manera de responder al derecho de vivienda, lo cierto es que las alternativas implementadas por la ciudad no dan una respuesta adecuada, definitiva y *acorde a las extremas circunstancias que debe afrontar la recurrente* (CSJN, 2012, considerando 13° del voto de la mayoría, la *itálica es propia*).

En todo momento la obligación estatal está referida a las particulares circunstancias de los demandantes en relación al Estado demandado. De manera tal que la litis o caso que juzga la mayoría de la Corte asume una clara fisonomía bipolar en la que se conecta causalmente a un hecho omisivo o fallido (intervención inadecuada o insuficiente en relación al caso), y el agravio causado a los actores (desprotección, situación de calle y daños concretos al desarrollo evolutivo del niño discapacitado, así como a su salud).

El hecho omisivo es responsabilidad del sujeto pasivo directo de la relación jurídica (Estado), quien así incumple con su deber de dar garantías mínimas (de acuerdo a la *regla* que la Corte establece para el caso). En otras palabras, la Corte entiende que dado que hay un niño discapacitado y una madre en situación de calle, la violación a la regla establecida por el tribunal es clara (tal, que el Estado debe garantizar las condiciones mínimas e indispensables para que una

persona en situación de extrema vulnerabilidad sea considerada persona).

Más aún, la Corte da indicios indudables de que la omisión estatal para el caso concreto no solo es en relación al derecho a la vivienda, sino que es más amplia, inclusive previa. El incumplimiento del Estado aparece en el marco de políticas sociales para atender discapacidad y niñez que existen, pero que no se implementaron en el caso, dando ocasión a la extrema vulnerabilidad de la familia. En el considerando 15°, la mayoría de la Corte indica:

El caso en examen no solo es un simple supuesto de violación al derecho a una vivienda digna pues involucra a un niño discapacitado que no solo exige atención permanente sino que además vive con su madre en situación de calle (CSJN, 2012, considerando 15° del voto de la mayoría).

Es importante notar que el relato parece ampliar el hecho causante en razón de las particularísimas condiciones de los demandantes. Estas condiciones requerirían de intervenciones del Estado que están instituidas como debidas, en el marco de otras políticas sociales como las de niñez y discapacidad. La Corte reconoce varias omisiones y fallas estatales en materia de coordinación de políticas existentes y de abordajes globales a la problemática concreta de esta familia. Al hacerlo, pareciera acercarse al relato de un caso estructural, es decir, si las fallas estatales estuvieran imbricadas como un hecho único que alcanza a otros (políticas del Estado que son ineficientes por falta de coordinación o abordaje global), podríamos estar frente a un caso estructural que alcanza a otros intereses. Sin embargo, éste

no parece el rumbo de la decisión de la Corte, la que se pronuncia en estos términos:

la intervención estatal hasta el presente, no obstante reconocer que es costosa para el Estado, no parece ser adecuada para resolver la grave problemática que en el sub examine se plantea. Esta no solo obedece a las condiciones del pequeño, sino a la imposibilidad de que su madre trabaje sin que deba separarse de la criatura o dejarla en manos de terceros sin preparación para su adecuada atención, lo que requiere una intervención estatal en forma de atención global y especializada para el caso, o sea, de asistencia al niño y a su madre (CSJN, 2012, considerando 13° de la mayoría).

Aquí resulta plausible advertir que la crítica de la Corte no está dirigida a una o varias políticas generales del Estado, sino a su forma invertebrada de implementarse en este caso particular. La crítica es a la particular conducta del Estado, a la “decisión del Ejecutivo” en relación a la demandante y su particular problemática. En ningún lado se filtra alguna idea de que esta decisión surja de una práctica general del Estado, ni que otros/as podrían sufrir similar falta de coordinación y globalidad en el abordaje de sus necesidades sociales.

En esta línea, más adelante, la Corte va a requerir la intervención de distintos programas públicos que ya existen para atender todas las dimensiones de vulnerabilidad de los actores, reclamando consistentemente que el Estado actúe “de forma integral” y coordinada, haciendo uso adecuado de sus propios servicios asistenciales especializados para con los demandantes de este caso (y nadie más).

En fin, el relato, tanto desde la perspectiva de la necesidad de vivienda como desde la perspectiva de la asistencia integral, relaciona siempre la intervención estatal (como hecho único e identificable) con agravio/s causado/s solo a los demandantes. Esta relación causal es bipolar, ya que no involucra a otros intereses, ni imbrica hechos que ligen a otros interesados en la resolución de esta causa.

III. B. EL CASO “QUISBERTH CASTRO” PARA PETRACCHI

Petracchi ofrece un relato del caso diferente. La litis de su voto podría descifrarse en la letra del considerando 15°, donde señala que

la demandada [estado] *no diseñó ni implementó políticas públicas* que permitan que la población que se encuentra en situación de mayor vulnerabilidad personal, económica y social –como la actora y su hijo– tenga una verdadera oportunidad de procurarse un lugar para vivir, con las condiciones mínimas de salubridad, higiene y seguridad necesarias para preservar su integridad física, psíquica y moral. En otras palabras quienes carecen de un ingreso mínimo comparable de 2.000 pesos no tienen la oportunidad de acceder a ningún programa que les permita, ni inmediata ni progresivamente, acceder a una vivienda digna.

Esta omisión inconstitucional resulta aún más grave si se advierte que los derechos en juego y el sector de la población postergado son precisamente, aquellos a los que la Constitución Nacional asigna especial prioridad, tal como se señaló en el considerando 8° (CSJN, 2012, considerando 15° del voto de Petracchi, la itálica es propia).

En este relato el enfoque de los mismos hechos cambia diametralmente. El problema es la política y sus omisiones para casos semejantes al de los demandantes. La relación de causalidad es entre la omisión del sujeto pasivo (Estado) y un sector determinado de la población (los que tienen un ingreso mínimo comparable a 2.000 pesos), del cual los demandantes son solo un ejemplo.

Nótese que a diferencia de la mayoría, Petracchi no habla de un deber genérico del Estado “de hacer”, sino del “deber concreto e inmediato del Estado de reglamentarlo e implementarlo para garantizar su efectividad”. La idea de reglamentación remite a la de norma general, y no a una mera decisión particular o intervención del Ejecutivo frente a un caso concreto. En este sentido, el control judicial es sin duda sobre el deber de emitir una norma general, y no sobre una intervención individualizada del Estado.

Petracchi señala que la jurisdicción ejercerá sobre la reglamentación debida, por un lado, el control de *proporcionalidad* (art. 28 de la CN), en los términos tradicionales de proporcionalidad medio-fin, por otro, el de *constitucionalidad* (art. 31 de la CN), en el sentido de respetar principios de orden superior que establecen prioridades en relación a la satisfacción de derechos y, finalmente, el de *progresividad*, en el sentido de representar el mayor esfuerzo estatal para lograr la plena efectividad del derecho a la vivienda digna para todos los habitantes. Con este foco, la crítica del magistrado se ordena hacia el análisis general de la política del Estado, antes que hacia la intervención individual y casuística del Estado en este caso particular. Expresa:

si bien la demandada ha implementado varias políticas públicas en materia habitacional, dentro de los programas de vivienda definitiva no hay uno específico para las personas en situación de calle; y los créditos ofrecidos en el marco de la ley local 341 para adquirir inmuebles exigen, entre sus requisitos, acreditar un ingreso mínimo de 2.000 pesos mensuales [...] En tales condiciones, las alternativas que la ciudad ofrece a quienes no cuenten con el ingreso mínimo mencionado, se limita a la entrega de un subsidio en dinero –en los términos del decreto 690/06 y sus modificatorios–, o a la posibilidad de dormir en alguno de los paradores y albergues que provee la Ciudad, en caso de que haya plazas disponibles. (CSJN, 2012, considerando 12° del voto de Petracchi).

Petracchi también critica la política de paradores, juzgando a los mismos por insuficientes y, en particular, no adecuados para ser considerados “vivienda digna” en los términos constitucionales. Como conclusión, establece que “la Ciudad de Buenos Aires no ha cumplido con su obligación de implementar razonablemente el derecho a una vivienda digna en su jurisdicción” (CSJN, 2012, considerando 15° del voto de Petracchi).

El relato que nos ofrece Petracchi es notoriamente policéntrico. El eje sobre el cual gravita es la inexistencia de una política pública específica para cierto grupo poblacional y la advertencia de que

el segmento más vulnerable de la Ciudad no tiene garantizadas soluciones mínimas y esenciales en materia habitacional. [...] [y] tampoco existen políticas públicas, ni a largo ni a mediano plazo,

destinadas a que estas personas logren acceder a un lugar digno para vivir (CSJN, 2012, considerando 16° del voto de Petracchi).

La regla que se le aplica es que existe una obligación del Estado de reglamentar el derecho a la vivienda digna atendiendo a las medidas adecuadas para ese fin, y que la reglamentación tenga en cuenta las capacidades económicas de los titulares del derecho, atienda las prioridades constitucionales (niños, madres y personas con discapacidad) y que la satisfacción del derecho a través de esas medidas sea progresiva. Esta regla alcanza, por supuesto, a ese segmento más vulnerable que está en situación de calle, que tiene ingresos por debajo de los 2.000 pesos y, de manera más palmaria, a aquellos de este grupo que sean niños y que padezcan alguna discapacidad.

IV. ¿COMPETENCIA O PRIVILEGIO EN LA COMPOSICIÓN DE LA LITIS?

En resumen, si el relato del conflicto en “Quisberth Castro” se define en razón de que *el Estado X falló en su intervención en relación a la particular situación de los demandantes*, no habría estructuralidad en la relación causal. Ello, en tanto el relato de la falla o falta de intervención actúa como hecho causante único, de un único agraviado, y se particulariza en relación a él.

En cambio, sí habrá policentría en la relación causal cuando el relato del conflicto judicial se defina a partir *de la falla en la política pública, vista como hecho complejo, en cuanto estructurante de un agravio, en el que la pretensión de los demandantes es solo un ejemplo, o pauta de representación del agravio general que involucra a otros* (por ejemplo, el colectivo de los que se encuentran en extrema vulnerabilidad). En

este último caso, es la política y su falla la que constituye el agravio, y la que vincula a otras relaciones jurídicas que trascienden la relación entre el Estado y los demandantes. La Corte pudo elegir entre esos dos relatos y la mayoría eligió o compuso un relato bipolar del caso, mientras que Petracchi optó por el policéntrico.

Ahora bien, todos los tribunales en mayor o menor medida ejercen la misma discrecionalidad en la construcción de la litis. Aunque los principios procesales, dispositivo y de congruencia juegan algún rol en la contención de esa discrecionalidad en los tribunales inferiores, el rol de contención es mucho menor en relación a la Corte. Por decisión del tribunal

en la tarea de establecer la inteligencia de preceptos constitucionales y de normas federales, el Tribunal no se encuentra limitado por las posiciones del a quo ni por los argumentos de las partes, sino que le incumbe efectuar una declaración sobre el punto disputado, según la interpretación que rectamente les otorgue (CSJN, 2012, considerando 6° de la mayoría).

Ello supone, según lo entiendo, la autoadjudicación de la competencia (o privilegio) de reconstruir la litis del caso de modo diferente a lo que invoquen las partes, o incluso, de modo diferente a la decisión de los tribunales preopinantes (aunque ello no haya sido objeto de recurso extraordinario).

Esta autoadjudicación de competencias sería un privilegio inaceptable si la Corte no tuviera algún criterio rector que justifique su decisión de componer el conflicto en términos estructurales, o bipolares. Por

ejemplo, si optara por la composición bipolar frente a la falta de pruebas para sostener el relato estructural, ello sería un argumento. O si lo hiciera porque creyera en algún principio implícito de la decisión judicial que indicara que “el conflicto judicial solo debe representar al conflicto en la dimensión en que se relacionan las partes”.

O bien, como parece hacer Petracchi, justificar la opción por el relato estructural ante los obstáculos de acceso a la justicia que obviamente encontrarían el sector de la población al que pertenecen los demandantes, si su situación se trata caso por caso. Tal es así, que en su voto señala que habiendo personas en extrema vulnerabilidad (asimilables a las del presente caso), “que no pueden procurarse necesidades vitales básicas y perentorias, se impone la presunción de que *prima facie* [el Estado] no ha implementado políticas razonables, ni tampoco ha realizado el máximo esfuerzo dirigido por el art. 2° del PIDESC”. (CSJN, 2012, considerando 16° del voto de Petracchi).

Este razonamiento expone a las claras la gramática policéntrica del relato del juez opinante, que prioriza el todo sobre las partes, y las razones que lo fundamentan. Con la regla de imponer la carga probatoria sobre el Estado en los casos asimilables al presente, lo que hace Petracchi es tomar a los casos concretos como indicadores de la falla de la política pública general, que es la que en verdad está en juego en la litis, y respecto a la cual, al Estado le tocará demostrar que ha realizado todo esfuerzo por satisfacer sus deberes de forma razonable, constitucional y progresiva.⁹

9. Hay varias otras razones que podrían ofrecerse en favor del tratamiento estructural

Lo que resulta interesante remarcar es que si el juzgador no da razones que justifiquen directamente su opción por un relato del caso en lugar de los alternativos, aunque no esté traicionando un principio procesal, sí está ejerciendo una discrecionalidad que se acerca más a un privilegio impropio que a una competencia jurídica.

V. DISTINCIONES NECESARIAS: PRETENSIÓN REGULATIVA, ORDEN REGULATIVA Y EFECTIVIDAD REGULATIVA

Para comprender el alcance de la decisión, desde la perspectiva de cuál es el caso que se juzga, es necesario tener presente una distinción categorial que ya he postulado en otro lado:

- 1) la *pretensión regulativa* de la decisión judicial, que representa la semántica teleológico-normativa de la decisión (qué y cómo se pretende regular);
- 2) la *orden regulativa* de la decisión judicial, la que se expresa en el resolutorio de la sentencia y tiene carácter vinculante. Su fin es remediar la disputa de las partes y su carácter predominantemente instrumental. Puede tener un alcance diferente al de la pretensión regulativa de la misma decisión;
- 3) la *efectividad regulativa* representa el grado de adecuación de la

del caso, y que se asimilar a las que la Corte da en el caso “Halabi” (2009) para favorecer el tratamiento procesal colectivo de las demandas de amparo. En general, podría decirse incluso que en materia de derechos sociales (y de acuerdo a la relación compleja entre demandante, Estado y sociedad que plantea la mayoría en el considerando 11°) se requiere un tratamiento global, para evitar que el litigio individual beneficie solo a aquellos que no tienen obstáculo de acceso a la justicia, como parece ocurrir con la clase media y el litigio en materia de salud en Colombia, por ejemplo.

realidad a la *pretensión regulativa*. Ella no supone el mero cumplimiento de órdenes regulativas, sino que demanda la aceptación interna de la *pretensión regulativa* por parte de los alcanzados por la definición del caso –incluso los que no son actores procesales– (Puga, 2013).

Carlos Nino pensaba que aunque es válido afirmar que los jueces en conjunto pueden dar origen a normas jurídicas generales (cuando se forma jurisprudencia) “no quiere ello decir que el cuerpo judicial sancione deliberadamente normas de esa índole (como sí lo hacen con las sentencias [las que son normas particulares para Nino])” (Nino, 1973,1995: 151). Creo que la aserción de Nino en la actualidad yerra desde tres perspectivas:

- a. Por un lado, las *acciones colectivas* han habilitado a los jueces a dar órdenes regulativas de diverso grado de generalidad, las que constituyen verdaderas normas jurídicas generales con carácter vinculante emitidas por los jueces. Ello demuestra que los jueces explícitamente están dando normas jurídicas generales.¹⁰
- b. Por otro lado, las *sentencias plenarias*, aunque sin fuerza vinculante hacia los destinatarios normativos directos, tienen fuerza vinculante sobre los decisores (jueces), y con ello se asimilan a normas jurídicas generales de operatividad indirecta.
- c. Finalmente, y lo que me interesa iluminar aquí, es que como lo demuestran ya las sentencias plenarias, la normatividad de una decisión judicial no se agota en la *orden regulativa vinculante* del resolutorio

10. Vale aclarar que el libro de Nino es anterior a la Reforma de 1994 que incluye el amparo colectivo, e incluso anterior a la Ley de Consumidores que incluía una acción colectiva. De manera que en relación a ellas, no podría hablarse de “yerro”.

de la sentencia. Hay además una *pretensión regulativa* en la decisión, que se expresa en la regla que resuelve el “caso” o “litis”. Cuando el caso es estructural, el alcance regulativo de la regla que resuelve el caso trasciende a las partes procesales, aun cuando el juez no tenga competencia para dar órdenes vinculantes por fuera de las partes.

Ahora bien, ya adelanté que la *regla del caso* deriva de una norma general, pero que al aplicarse al caso o litis, instaure una regla de un alcance regulativo distinto (solo para el caso). Como ya lo adelanté también, la litis o relato del caso debe verse como el predicado fáctico de esa regla, y en este sentido, como la instancia de designación del alcance de la regla que resuelve el caso. Lo importante es tener presente que ese alcance puede ser diferente al de la/s *orden/es regulativa/s* del resolutorio de la sentencia, el cual suele ceñirse a lo pretendido por las partes, y frecuentemente (aunque no siempre), solo vincular a las partes.

En este sentido, una decisión será más o menos *efectiva* en la medida en que se cumpla o siga la regla que determina la *pretensión regulativa*, y no solo en tanto se implemente la orden o regla establecida en la *orden regulativa* (la que tiene el respaldo de la fuerza coactiva del Estado).

Insistiendo en este punto, la gran mayoría de las decisiones judiciales tienen una *orden regulativa* o fuerza vinculante limitada a las partes procesales (salvo las acciones colectivas y los fallos plenarios). Sin embargo, su *efectividad regulativa* no depende solamente de que se cumpla la regla particular que impone esa *orden*, sino también de que se siga la regla que decide el caso (que podría ser más amplia) y que instaure la *pretensión regulativa* de la decisión.

V. A. LA PRETENSIÓN REGULATIVA AMPLIA DE LAS DECISIONES ESTRUCTURALES Y LA PRETENSIÓN REGULATIVA RESTRINGIDA DE LAS DECISIONES BIPOLARES

Recapitulando, las decisiones judiciales pueden asentarse en la evaluación del caso particular entre las partes, juzgando las razones que son propias de ese conflicto y resolviéndolo en base a una regla general que se instancia con un alcance limitado a las circunstancias de un hecho discreto que vincula a las partes, dando lugar a la regla de decisión bipolar. Sin embargo, esta no es la única forma que puede asumir una decisión judicial, también puede mirar más allá del caso de las partes, evaluándolo como si este fuera el “prototipo” de un caso más amplio o genérico asentado en un hecho complejo que vincula intereses por fuera del proceso. La regla general que se aplique se instanciará en este último caso más amplio. Este será el verdadero caso que se resuelva, habilitando un alcance más amplio para la regla del caso.

En concreto, una decisión tendrá *pretensiones regulativas* amplias cuando el caso sobre el que se asienta la decisión sea de carácter estructural. Este caso suma elementos de juicio que trascienden el interés de las partes y que vinculan a intereses que no están en el proceso. En contraste, la *pretensión regulativa* de la decisión será restringida cuando el caso sobre el que se asiente tenga carácter bipolar, es decir, cuando los elementos de juicio relevantes sean solo aquellos que aporten a la definición del hecho discreto que vincula a las partes, y en la medida en que las vincula.

Lo mismo desde un ángulo diferente, significa que la litis funciona como la plataforma de una decisión cuya aspiración regulativa puede pretender instituir alguna clase de política de alcance más

general, trascendiendo a los actores procesales y sus pretensiones individuales.

V. B. PRETENSIÓN REGULATIVA Y ÓRDENES REGULATIVAS EN “QUISBERTH CASTRO”

Mientras el juicio de Petracchi recae sobre la falta de políticas públicas adecuadas, la mayoría de la Corte juzga el hecho discreto de la falla del Estado en la intervención puntual, e individualizada, en el caso concreto.

Así, el razonamiento de Petracchi evidencia el objetivo de normar la situación jurídica de quienes no participan en el proceso. La *pretensión regulativa* de su decisión alcanza no solo a las partes sino a aquellos ciudadanos de la ciudad de Buenos Aires que están en situación de calle y que tienen un ingreso menor a 2.000 pesos, que estarían viendo violado su derecho a la vivienda digna por la falta de políticas específicas y adecuadas para ellos. Califica como especialmente grave, la situación de aquellos que además se encuentran en categorías que constituyen prioridades constitucionales: niños y discapacitados. Si este hubiera sido el argumento de la mayoría de la Corte, habría surgido la obligación jurídica del gobierno de la Ciudad de reglamentar el derecho a la vivienda con políticas que atiendan a estas poblaciones de forma razonable, prioritaria y progresiva. Aun cuando esa obligación no sea ejecutable, por no ser parte del resolutorio de la sentencia.

La pretensión regulativa amplia de la decisión de Petracchi conduce, lógica y pragmáticamente, al establecimiento de la regla de la inversión de la carga probatoria. Nos dice que si se presentan a reclamar personas con características similares a los demandados,

se presume que su derecho está violado. Ello, en tanto el Estado no pruebe haber adoptado medidas reglamentarias que lo contemplen razonablemente, respetando prioridades constitucionales y demostrando progresividad en la satisfacción del derecho.

Muy diferente es la pretensión regulativa de la mayoría de la Corte, la que se resume en normar la relación jurídica de las partes procesales en el caso concreto. Lejos de una presunción en favor de ciudadanos en iguales condiciones que los demandantes, la mayoría parece partir de la presunción de la legitimidad de la acción estatal, y la necesidad de reclamar y probar una “extrema vulnerabilidad” para recibir atención judicial. Claro que uno podría predicar cierta obligatoriedad “moral”¹¹ del seguimiento del fallo de la Corte en casos similares en el futuro, pero aun así, la regla del caso no tendría ningún grado de obligatoriedad jurídica, ni para que el Estado genere una política en este sentido, ni para que genere instancias de coordinación y abordaje integral de las problemáticas sociales.

A pesar de esta diferente “pretensión regulativa” entre el voto de la mayoría y el voto del juez Petracchi, ambos coinciden en que su “orden regulativa” en materia de vivienda solo alcanza a las partes procesales.

En el caso de la mayoría, y en congruencia con el juicio particular

11. Señala Rivera que “la doctrina de la Corte Suprema [Argentina] en el caso ‘Cerámica San Lorenzo’ no concibe a los fallos de la Corte como una regla de derecho. Por el contrario, la doctrina de la Corte parte de la premisa de que sus fallos no son obligatorios; o sea, no constituyen una regla de derecho que los jueces inferiores deben aplicar de forma obligatoria a casos análogos” (Rivera, 2008: 26-27). Sin embargo, la Corte afirmó en ese caso (CSJN, 1985) “la existencia de un ‘deber moral’ de los jueces de conformar sus decisiones a lo resuelto por la Corte en fallos análogos”.

a la intervención individualizada del Estado en relación a las particularidades de los demandados, la orden consiste en garantizar a la actora, aun en forma no definitiva, un alojamiento con condiciones edilicias adecuadas a la patología que presenta el niño, sin perjuicio de contemplar una inclusión en algún programa de vivienda en curso o futuro para la solución permanente de la situación de excepcional necesidad planteada. En tanto Petracchi condena a otorgar a la actora y a su hijo menor de edad una solución habitacional adecuada en los términos de los considerandos del presente fallo. De manera tal que no hay gran diferencia entre las órdenes regulativas de Petracchi y el voto de la mayoría de la Corte, a pesar de que la pretensiones regulativas de cada uno de los votos son muy diferentes.

Lo que interesa considerar, por último, es cuál es el significado jurídico de una pretensión regulativa estructural (PRE) como la que se advierte en el voto de Petracchi, y los efectos regulativos de ella. La PRE impone una relación articulada entre la decisión judicial y sus efectos regulativos. A pesar de no tener fuerza vinculante, *juridiza* aquellos efectos que suponen la ratificación de la regla de decisión. A diferencia de la decisión bipolar, que también podría tener efectos sobre conductas por fuera de la de las partes, la decisión estructural “controla” jurídicamente las conductas por fuera de las partes procesales que son alcanzadas por la regla de decisión.

En términos llanos, aunque la decisión de Petracchi no hace que la falta de política pública en la materia constituya la violación a una orden judicial regulativa, sí configura una situación cuya juridicidad está cuestionada, y las reglas de las políticas públicas que saneen esa

falta, se entienden guiadas por la regla del caso. En cambio, la decisión de la mayoría de la Corte no solo no juzga la falta de política como violatoria a una orden regulativa, sino que no tiene ningún significado regulativo en relación a ella, no ofrece razones jurídicas para volverlas obligatorias, ni para justificar jurídicamente su aparición.

VI. CONCLUSIÓN

El voto de la mayoría en “Quisberth Castro” tiene un alcance regulativo casi inexistente, pese a su impacto en la racionalización del derecho a la vivienda en el campo jurídico. Nos dice, en fin, que las personas en situación de calle deberán probar su vulnerabilidad extrema (por ejemplo, siendo niño y discapacitado), al punto de mostrar que está en riesgo su propia existencia, para que la Corte justifique la necesidad de una intervención estatal puntual en su caso. Lo obvio es que entre aquellos que estén en esa situación, difícilmente haya muchos que puedan sobrepasar las barreras habituales del acceso a la justicia para demostrar su extrema vulnerabilidad. Y lo cierto, también, es que el número de personas en situación de calle crece día a día en todas las ciudades del país.

Lejos de considerar que hay o habría una población significativa que podría estar en esta misma situación, la mayoría de la Corte prefirió subrayar que la particular situación de los demandantes se debe a la falta de coordinación de las políticas sociales disponibles para abordar la problemática puntual del caso de manera integral. La sospecha es que el tribunal entiende que si las políticas sociales en materia de discapacidad, niñez, etc. se hubieran implementado de forma coordinada e integral, la extrema vulnerabilidad no se hubiera

configurado, y no habría necesidad de la medida excepcional de exigir una vivienda al Estado de manera directa.

En definitiva, la mayoría no critica la política de vivienda, sino la forma de implementar las otras políticas sociales en el caso concreto. Lo que en apariencia es un caso de derecho a la vivienda, no es sino la exigencia de una vivienda como paliativo que se vuelve necesario cuando la implementación de las políticas sociales es ineficiente. En este sentido, la crítica a las formas de implementar la política social aparece clara (aunque solapada en el discurso general del *obiter dicta*). La Corte parece buscar las causas de la violación de derechos más allá de lo invocado por las partes, y más allá del marco del sistema de fuentes legales que ella misma se impone en el considerando 8°. Esta extralimitación explicativa le permite, paradójicamente, justificar lo acotado del alcance regulativo de su decisión en materia de vivienda.

Petracchi, por el contrario, entiende que la Ciudad Autónoma de Buenos Aires está violando el derecho de miles de personas en situación de calle. Lejos de criticar la forma de intervención de otras políticas sociales, critica directamente las faltas y fallas de las prioridades en las políticas de vivienda. El alcance regulativo de su decisión llega a todas aquellas personas en situación de calle con ingresos menores a 2.000 pesos para las cuales no hay una política de vivienda, mientras sí las hay para sectores menos vulnerables. Esta crítica, que en términos de justicia distributiva parece obvia, supone un reproche a la política distributiva del Estado en materia de vivienda. Desde un enfoque económico del derecho, desafiaría las premisas que sostienen la actual política de desarrollo urbano y social del Estado.

La justicia política de la decisión de Petracchi en relación a las políticas de vivienda es tan innegable como la lógica desde la que la mayoría de la Corte critica conspicuamente el funcionamiento de las otras políticas sociales. No obstante, solo en el voto de Petracchi hay una regla que invalida una política.

Aunque ambos votos dan a las partes más o menos la misma respuesta vinculante, no se puede ignorar que ambos juicios tienen como fuentes litis diferentes e instauran diferentes pretensiones regulativas que alternativamente validan (mayoría) o invalidan (Petracchi) la juridicidad de políticas sociales del Estado porteño.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- Centro de Estudios Legales y Sociales (2012). Fallo de la Corte Suprema sobre el derecho a la vivienda en la ciudad de Buenos Aires. Recuperado de <http://www.cels.org.ar/comunicacion/?info=detalleDoc&ids=4&lang=es&ss=&idc=1497>
- Corte Suprema de Justicia de la Nación (1985). “Cerámica San Lorenzo S. A”.
- (2009) “Halabi, Ernesto c/ P.E.N. – Ley N° 25873 – dto. 1563/04 s/amparo ley 16986”.
- (2012) “Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo”.
- Fuller, L. L. (1978). The forms and limits of adjudication. *Harvard Law Review* 92(2), 353.
- Gargarella, R., Domingo, P. y Roux T. (eds.) (2006). *Courts and Social Transformation in New Democracies. An Institutional Voice for the Poor?* Aldershot: Ashgate.

- Grosman, L. S. (2008). *Escasez e igualdad. Los derechos sociales en la Constitución*. Buenos Aires: Librería.
- Horwitz, M. J. (1982, 1990). The doctrine of objective causation. En D. Kairys (ed.) *The Politics of Law. A progressive critique*. Nueva York: Pantheon Books.
- Kennedy, D. (1986-1999). *Libertad y restricción en la decisión judicial*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores.
- Nino, C. S. (1995, 1973). *Introducción al Análisis del Derecho*. Buenos Aires: Astraea.
- Puga, M. (2015). El litigio Estructural. *Revista de Teoría del Derecho de la Universidad de Palermo*, 1(2), 41-82.
- (2013). *Litigio Estructural*. (Tesis doctoral). Universidad de Buenos Aires. Buenos Aires, Argentina. Recuperada de https://www.researchgate.net/publication/251231477_LITIGIO_ESTRUCTURAL_-_Tesis_Doctoral_Mariela_Puga
- (2012) *Litigio y cambio social en Argentina y Colombia*. Buenos Aires: CLACSO. Recuperado de <http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/be-cas/20120308124032/Puga.pdf>
- Rivera, J. C. (h) (2008). Los efectos de las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y el stare decisis vertical. *Síntesis Forense. Revista del Colegio de Abogados de San Isidro*, (125).
- Rosatti, H. (2013). *Derechos humanos en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (2003-2013)*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.
- Schauer, F. (2004). *Las reglas en juego. Un examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas en el derecho y en la vida cotidiana*. Barcelona: Marcial Pons.

*Del derecho a la
vivienda al
derecho al hábitat.*

*Estándares y
estrategias de
reclamo y
participación en la
provincia de
Buenos Aires*



LAURA TARBUCH

La vivienda es algo más que la vivienda. Es el lugar de convivir, de reproducir la fuerza de trabajo y de construcción de lazos afectivos. La vivienda es también una de las condiciones para acceder de facto a la ciudadanía. La vivienda urbana es algo más, o algo menos, que una vivienda. Algo más pues la vivienda urbana formal, integrada en el tejido ciudadano, que vive en un entorno con otras viviendas similares, con servicios básicos propios de la ciudad, con comercios y espacios de usos colectivos, con transportes, escuelas, servicios de salud, etc. [...] Para muchos habitantes la vivienda es algo menos que una vivienda. La marginalidad territorial que es a su vez social genera una dinámica excluyente [...]. El habitante en estos casos no puede ejercer de ciudadano, su *status* formal (si lo tiene) no puede ejercerlo (Borja, 2015).

I. INTRODUCCIÓN

A diferencia de lo que ocurría hace unos años, hoy en día no es tan frecuente escuchar —especialmente en Latinoamérica— que se niegue

que las personas tengan derecho a una vivienda adecuada. A su vez, y más allá de las condiciones subjetivas, históricas o culturales que hagan para cada individuo que una vivienda sea más o menos adecuada para sí y su grupo familiar, existe ya un marcado consenso en determinar aquellas condiciones sin las cuales ese derecho a la vivienda adecuada no se encuentra satisfecho (Comité de Naciones Unidas sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1991).¹

Sin embargo, para muchos (millones) de quienes habitan la Argentina, sigue resultando una fórmula que oscila entre la absoluta carencia de contenido y una pobre y deficiente realidad, convirtiéndose, en la práctica, más en un privilegio que en un derecho (Borja, 2015).² Esto tiene un efecto especialmente contradictorio en nuestro país, donde existe un robusto reconocimiento e incorporación de tratados de derechos humanos, de la mano de una fuerte escisión entre esos derechos reconocidos y los efectivamente garantizados.

La Argentina no solo es signataria de los principales instrumentos internacionales de protección de derechos, sino que luego de la reforma constitucional de 1994, se les otorgó a una gran cantidad de ellos jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22). Y el derecho a la vivienda se encuentra allí posicionado: como parte de estos derechos que, te-

1. El Comité DESC determinó que aquellos factores que se tienen que considerar para determinar que una vivienda es adecuada se encuentran: a) la seguridad en la tenencia; b) la disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura; c) gastos soportables; d) habitabilidad; e) asequibilidad; f) ubicación accesible; g) adecuación cultural.

2. Jordi Borja sostiene que la vivienda “en realidad es un privilegio, no un derecho” y que “este teórico derecho queda anulado por la legislación y la judicatura que protegen ante todo el derecho de la propiedad”.

niendo en cuenta cómo se los interpreta internacionalmente (Corte Suprema de Justicia de la Nación, 1995), resultan los más importantes del sistema. Sin embargo, como se manifestó, tal reconocimiento no tiene una correlación directa con la situación habitacional de diversos sectores de la población que, por el contrario, es deficiente, inadecuada, inaccesible, inasequible, carente de infraestructura y servicios, y hasta con inseguridad en la posesión.

Entre las diversas estrategias que, principalmente desde las organizaciones de la sociedad civil, se han intentado desarrollar para achicar esa brecha del *derecho al hecho*, se encuentra el litigio estructural, que no deja de constituirse como una práctica novedosa y en construcción permanente que intenta demandar la efectivización de esos derechos y presta especial atención a grupos en situación de vulnerabilidad. La “lucha” por el derecho a la vivienda no ha sido ajena a estas estrategias de reclamo e incidencia colectiva: en los últimos años ha venido acompañada de una gran cantidad de “casos exitosos” ante tribunales locales o nacionales y un nuevo desafío planteado por el déficit en materia de ejecución y cumplimiento de esas sentencias.

La carencia en la implementación de políticas públicas que garanticen el acceso a la vivienda adecuada ha trasladado la discusión a los tribunales (especialmente en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires), pero en términos que han venido siendo principalmente individuales y cuyos resultados han variado dependiendo de la *especial condición de vulnerabilidad* de quien reclame.³

3. En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, de acuerdo con la regulación prevista en el Decreto N° 690/2006, una persona tiene el derecho a un subsidio habitacional por un plazo determinado (entendiendo esto como la política pública que la autoridad

Hasta el día de la fecha, la práctica de ese litigio en materia de vivienda ha demostrado que poco puede modificar una situación de déficit que es cada vez más estructural, global y masiva —como también ha demostrado ser insuficiente la política de los subsidios habitacionales—. Un primer paso consiste en comprender que el derecho a la vivienda es mucho más que una vivienda y, en consecuencia, el abordaje tanto de la política pública como, llegado el caso, del litigio debe estar acompañado de una concepción de lucha por el hábitat en general, y la implementación de mecanismos que intenten resolver el problema desde una mirada menos parcial (y menos ingenua). En este sentido, no puede ya imaginarse que este derecho puede ser garantizado si no se tienen en cuenta las complejidades del acceso al suelo, si no se intenta intervenir sobre la especulación inmobiliaria, si no se llama a la reflexión sobre la privatización de los servicios básicos, se promueve la desmercantilización de la vivienda, se redefine el derecho de propiedad, se cuestiona la concentración de la tierra y la propiedad, se analiza seriamente la contradicción entre el crecimiento de los barrios cerrados y el aumento exponencial de los asentamientos informales, etc.

La falta de vivienda adecuada viene de la mano de una estigmatizante y consolidada segregación espacial o desigualdad territorial que termina constituyéndose como determinante de la condición social y de su reproducción. Intervenir sobre esa *discriminación espacial*

administrativa decide implementar en materia de acceso a la vivienda). Agotado el plazo, puede recurrir a la justicia para hacerle saber que pasados esos escasos meses de pago parcial, aún no ha podido resolver su situación habitacional, y es allí donde dependerá de la existencia de alguna situación específica de vulnerabilidad (por ejemplo, si se trata de una persona con discapacidad, un adulto mayor, etc.), que podrá tener una extensión del subsidio, alguna solución alternativa, como un alojamiento, o se considerará a los paradores como la mejor opción.

también se presenta entre los principales desafíos a afrontar a través de nuevos litigios que logren un eventual reproche judicial.

Así como cuando hablamos de vivienda ya no hablamos de paredes y techos, cuando pensamos en que ese derecho pueda ser exigible mediante mecanismos jurisdiccionales entendemos que solamente pueden desarrollarse a través de planteos estructurales, que impliquen abordajes integrales.

La intención de los próximos párrafos es analizar al litigio estructural en materia de “vivienda digna” como algo comprensivo de un hábitat adecuado, que comporte una satisfacción necesariamente colectiva en cuanto a lo urbano e implique repensar los estándares de ese derecho y las posibilidades de exigirlo. En esa tarea, la Ley de Acceso Justo al Hábitat de la Provincia de Buenos Aires cumple un rol fundamental, otorgando a su vez especial atención a la cuestión de la participación popular. En la labor de exigir ciudades justas e inclusivas en las que el derecho a la vivienda adecuada sea garantizado para todos los sectores de la población sin discriminación, los niveles de participación ciudadana, popular, comunitaria, son primordiales. Y estos no solo deben incorporarse a las leyes, sino que las propias herramientas de exigibilidad —entre las que se encuentra el litigio estructural— deben marcar y garantizar estándares adecuados de representación, que democraticen no solo la discusión de la política pública, sino su adecuada implementación cuando se ha recurrido al Poder Judicial.

El caso de Villa Inflamable, que brevemente intentaré abordar, constituye un ejemplo de reclamo estructural por el derecho a la vivienda adecuada desde la perspectiva de la participación ciudadana. Allí se aplicaron los estándares marcados por la entonces recientemente

aprobada Ley de Acceso Justo al Hábitat, y su resolución judicial constituye un gran avance en la materia. Pero se trata también de un caso que, como todos aquellos que incluyen modificaciones en concepciones e implementaciones de políticas urbanas, implicó retos en su desarrollo, representación y procedimiento. El desafío para el futuro consiste en intentar que esos mismos estándares que deberán aplicarse a los procesos de relocalización forzada puedan considerarse una parte necesaria de los procesos estructurales en los cuales las voces de miles de personas se encuentran representadas y cuyas resoluciones les afectan directamente.

II. EL PROBLEMA EN CONTEXTO

En la Provincia de Buenos Aires habitan cerca de 16 millones de personas, muchas de las cuales viven en situación de marginalidad, privación y exclusión. Los números del último censo poblacional señalan que existe un déficit habitacional del 25,9% (1.240.753 de hogares), concentrando además el 37% del déficit de toda la Argentina (Secretaría Social de Tierras, Urbanismo y Vivienda, Provincia de Buenos Aires, 2015).⁴ Se trata de un problema estructural que ha forzado a los sectores populares a desplegar diversas estrategias para lograr el reconocimiento de su lugar en la ciudad (Scatolini, 2013).

4. La Ley de Acceso Justo al Hábitat define al déficit urbano habitacional como “la escasez, calidad insuficiente o inaccesibilidad a condiciones materiales, servicios y espacios aptos para satisfacer las necesidades y promover una mejor calidad de vida de la población en el marco de un hábitat ambientalmente sostenible” (art .4).

Situaciones tan sistemáticas y complejas no se resuelven con el refuerzo individual del derecho de acceder a una vivienda adecuada, ya que esto ha demostrado ser insuficiente. Se trata de una problemática que requiere cambios sustanciales en la comprensión del hábitat, una concepción desmercantilizada de la vivienda y el freno de los procesos especulativos sobre las tierras y los inmuebles. La forma en la que se están urbanizando las ciudades genera desigualdad y privación, restringiendo el acceso a los sectores populares que se concentran en villas o asentamientos informales, reproduciendo así los círculos de informalidad y generando mayores obstáculos para su inclusión social.

Estas necesidades (acompañadas por supuesto de una fuerte voluntad política y una activa militancia social) llevaron a que en diciembre de 2012 se sancionara la Ley de Acceso Justo al Hábitat (Ley provincial N° 14449),⁵ que entre sus diversos fundamentos destaca el de poder reducir la brecha entre la ciudad formal y ciudad informal, intentando dar respuesta desde una mirada integral a los distintos aspectos vinculados a la problemática de la tierra y la vivienda, y reconociendo que los problemas de vivienda y hábitat informales y de segregación espacial son problemas que demandan una activa participación comunitaria para su solución y que “es a partir de esta participación que se cuenta con políticas legítimas por ser producto de debates amplios y democráticos” (Fundamentos de la Ley de Acceso Justo al Hábitat).

5. No sin haber generado temores por la gran dilación que sufrió su publicación y reglamentación (que no tuvo lugar hasta noviembre y diciembre de 2013 respectivamente a través del Decreto Reglamentario N° 1062/13.

En su cuerpo, la ley establece algunos principios fundamentales (art. 10), dos de los cuales considero de especial relevancia: el derecho a la ciudad (y a la vivienda) y la gestión democrática de la ciudad.⁶ Con relación al primero, lo entiende como el derecho de tener

un lugar adecuado para vivir en condiciones que favorezcan la integración plena a la vida urbana, donde pueda accederse a los equipamientos sociales, a las infraestructuras y a los servicios, con la posibilidad de desenvolver apropiadamente las actividades sociales y económicas usufructuando de un hábitat culturalmente rico y diversificado (art. 11).

El derecho a la ciudad ha sido objeto de exhaustivos desarrollos y debates a nivel internacional y principalmente latinoamericano. Sin embargo, no es frecuente su recepción legal ni tampoco, entonces, las posibilidades de exigirlo –tal vez precisamente por la complejidad que presenta su definición–. En cuanto a la gestión democrática, la ley se refiere a ella como

un proceso de toma de decisiones que asegure la participación activa, protagónica, deliberante y autogestionada de la comunidad en general y de los ciudadanos en particular, y, en especial, de las organizaciones o asociaciones civiles que fomenten el acceso al hábitat y a la vivienda (art. 13).

6. La ley establece como principios rectores que deben regir las políticas de vivienda y hábitat que se implementen los siguientes: a) el derecho a la ciudad y a la vivienda; b) la función social de la propiedad; c) la gestión democrática de la ciudad; d) el reparto equitativo de cargas y beneficios.

Este principio –integrante y complementario del “derecho a la ciudad”– resulta esencial en las (de)construcciones de las ciudades actuales, en las que la práctica de concentración en la toma de decisiones genera mayor exclusión y segregación sobre aquellos sectores de la población cuyas voces no son escuchadas. Lo sucedido en Villa Inflamable, como seguidamente expondré, es un ejemplo de la aplicación y el desarrollo de este modelo de gestión democrática.

III. PERO, ¿POR QUÉ EL LITIGIO?

El litigio es necesario porque existe un abismo entre las normas que reconocen derechos y la realidad que viven muchos habitantes. Y porque no se puede hablar de derechos si no se establecen garantías y mecanismos que hagan efectivo –o al menos exigible– su cumplimiento.

En términos generales, tanto local como internacionalmente, abundan las discusiones sobre qué nuevos derechos e instrumentos deben reconocerse –quizás la más actual gire alrededor del reconocimiento del derecho a la ciudad–, pero esas mismas discusiones no se reflejan en cuanto a la necesidad de contar con nuevos mecanismos de exigibilidad. El acceso a la justicia permanece en muchos casos como una declaración de valores sin convertirse en una herramienta concreta que permita restablecer el ejercicio de aquellos derechos que hubieran sido vulnerados o desconocidos.

El litigio estructural se presenta como esa posible herramienta de exigibilidad y de incidencia que intenta, entre otras cosas, facilitar la desafiante tarea de involucrar a diferentes entidades y organismos estatales que son demandados por la falta de adecuada implementa-

ción de determinadas políticas públicas. Implica a su vez supervisar sentencias y órdenes judiciales que son complejas en su implementación y que requieren una acción articulada entre las entidades involucradas, continua y prolongada; y a ello, por supuesto, se le suman los mismos desafíos que a las causas colectivas tradicionales: la gran cantidad de personas afectadas cuyos derechos se encuentran presumiblemente violados, su representación a través de determinados actores –tradicionalmente organizaciones de la sociedad civil– y una causa única que genera la afectación (Puga, 2014; Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco, 2010).

IV. EL CASO DE VILLA INFLAMABLE Y LA PARTICIPACIÓN POPULAR

El caso de Villa Inflamable presenta un excelente ejemplo de la lucha estructural por el acceso justo al hábitat, que forma parte de los diversos incidentes que se tramitan en el marco de la famosa causa conocida como el “Caso Mendoza”⁷ –la mayor causa estructural de la Argentina–.

7. El caso fue iniciado en el año 2004 –con competencia originaria ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN)– a raíz de la demanda presentada en reclamo de daños y perjuicios por vecinos de los barrios de La Boca (CABA) y Villa Inflamable (Municipio de Avellaneda) contra los Estados nacional, provincial, de la ciudad, municipales y un conjunto de empresas. En su primer fallo del 20 de junio de 2006, la CSJN ordenó al Estado Nacional, a la Provincia de Buenos Aires, a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y al Consejo Federal de Medio Ambiente que presenten un plan integrado que contemple un ordenamiento ambiental del territorio, un programa de educación ambiental y un programa de información ambiental, entre otros. Así fue como con fecha 5 de septiembre de 2006, la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable, en una audiencia pública ante la CSJN, expuso todo lo concerniente al Plan Integral de Saneamiento Ambiental de la Cuenca Matanza-Riachuelo (PISA) que se había desarrollado a tal efecto y quedó así conformado el primer plan de ordenamiento ambiental para la Cuenca Matanza-Riachuelo, al mismo tiempo que se le daba creación a la autoridad que se encontraría facultada para llevarlo adelante. Unos años después, en 2008, la Corte Suprema dictó sentencia con respecto a las

Villa Inflamable es un asentamiento emplazado dentro de los límites del puerto Dock Sud en el que viven cerca de 1.500 familias.⁸ Ya desde el año 2006 la Secretaría de Ambiente y Desarrollo Sustentable de la Nación presentó a la Corte Suprema el llamado Plan Integral de Saneamiento Ambiental de la Cuenca Matanza-Riachuelo (PISA), que contempla y anuncia la relocalización de la población de este barrio,⁹ al que la Autoridad de la Cuenca Matanza Riachuelo (ACUMAR) señaló como uno de los que se halla en situación de mayor criticidad.¹⁰

En el año 2010, los organismos en conjunto –Estado nacional, Provincia de Buenos Aires, Municipio de Avellaneda y ACUMAR– firmaron un acuerdo para el cumplimiento del Plan de Urbanización de Villas y Asentamientos Precarios en Riesgo Ambiental de la Cuenca Matanza Riachuelo, en el cual uno de los puntos era la generación de articulación, participación y consenso por parte de las poblaciones afectadas (Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia, 2012).¹¹ En

pretensiones que tenían por objeto la recomposición y prevención, y estableció, entre otras medidas, que la Autoridad de la Cuenca quedaba obligada a cumplir un programa que debía perseguir tres objetivos simultáneamente, uno de los cuales consistía en “la mejora de la calidad de vida de los habitantes de la cuenca”.

Informe de avance ACUMAR sobre Polo Petroquímico, 16/05/11

8. Los datos poblacionales no se encuentran oficialmente actualizados. En el año 2009 se llevó a cabo el último censo poblacional que daba un resultado de cerca de mil quinientas familias. Si bien no existen procedimientos censales formales posteriores, tanto el Municipio de Avellaneda como los vecinos y vecinas del asentamiento sostienen informalmente que el número actual asciende a tres mil familias.

9. El PISA refiere en su apartado 4.6.4. que se llevará adelante la relocalización de la población de Villa Inflamable, indicando que dicho desalojo se encuentra previsto en el Plan de Urbanización de Villas y Asentamientos Precarios (PUVA).

10. El organismo destacó su proximidad al Polo Petroquímico y al centro de disposición final de residuos sólidos urbanos del CEAMSE y a las condiciones naturales de donde se encuentra emplazada.

11. En ese marco, el 20 de septiembre de 2010 se firmó el acuerdo general entre el Estado nacional, la Provincia de Buenos Aires, el Municipio de Avellaneda y la

el caso de Villa Inflamable, como habían establecido que la urbanización en el lugar no era posible, tenían que relocalizar a la población.

El proceso de relocalización forzada constituye un desplazamiento poblacional por razones asociadas al desarrollo y las condiciones ambientales, y debe realizarse de conformidad con los principios y normas internacionales y nacionales que regulan la materia.¹² Sin embargo, la gestión del proceso de relocalización violaba gravemente los derechos de la comunidad de Villa Inflamable. Frente a ello, la Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (ACIJ), junto con vecinos y vecinas afectadas por este proceso, presentó una acción de amparo en marzo de 2012 para que se garantizaran los derechos a la información y participación de la población durante el proceso. En la acción se sostuvo que la relocalización, tal como se la estaba intentando llevar a cabo, vulneraba no solo el derecho a la vivienda de los afectados, sino que además se encontraba afectado el derecho a la autonomía personal, a la información pública y por supuesto, a la participación.¹³

ACUMAR para el cumplimiento del Plan de Urbanización de Villas y Asentamientos Precarios en Riesgo Ambiental de la Cuenca Matanza Riachuelo, mediante el cual se establecieron las etapas de gestión a desarrollar para la relocalización de familias, y las obligaciones y facultades de cada una de las partes signatarias. Entre ellas, la búsqueda de terrenos idóneos, la formulación de un proyecto integral, el estudio de factibilidad social y ambiental y la participación de los afectados. En particular, sobre este último punto se establecía expresamente la obligación del Municipio de Avellaneda de “crear por acto administrativo comisiones vecinales coordinadas por personal idóneo que articulen con los vecinos acciones de consenso en el proceso de urbanización”. Esto es desarrollado en más detalle en: Asociación Civil por la Igualdad y Junta Vecinal de Villa Inflamable, 2012.

12. En particular, las Observaciones Generales del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas sobre el derecho a la vivienda y los desalojos; los “principios básicos y directores sobre los desalojos y el desplazamiento generado por el desarrollo” desarrollado por las Naciones Unidas, la Constitución Nacional y la Ley General del Ambiente, entre otros.

13. Todos ellos, derechos reconocidos expresamente por los arts. 1, 14 bis, 19 y 41

A su vez, se solicitó que se ordenara a la Municipalidad de Avellaneda y a la ACUMAR la implementación de un sistema que de manera inmediata, continua, veraz, suficiente y adecuada, informara a los vecinos de Villa Inflamable todas aquellas acciones, disposiciones y/o resoluciones tendientes a relocalizar y/o urbanizar el barrio, y que adoptaran, con la adecuada coordinación entre ambas entidades, todas las medidas que resultaran necesarias a fin de establecer instancias efectivas, suficientes y directas de participación y consulta con los habitantes de Villa Inflamable, con carácter previo a todas aquellas decisiones y acciones que se llevaran adelante vinculadas a la relocalización y/o urbanización del barrio, bajo los principios establecidos por el derecho internacional de los derechos humanos.

A casi un año de presentada la demanda, y sin ningún avance, la Corte Suprema reforzó el pedido de los vecinos y vecinas y sostuvo en una de sus resoluciones del “Caso Mendoza” que “deberá supervisarse el traslado de los vecinos de Villa Inflamable, resguardando su derecho a participar en las decisiones que las autoridades encargadas adopten en el curso del proceso de reubicación” (CSJN, 2012, considerando 6°). Si bien ello motivó el inicio de intercambios entre los afectados y afectadas y las autoridades, rápidamente se convirtie-

de la Constitución Nacional, el art. 36, inc. 7 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, la Ley General de Ambiente de la Nación y numerosos tratados internacionales de derechos humanos que gozan de jerarquía constitucional, de conformidad con el art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional. En particular, los derechos reconocidos en el art. 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), arts. 19 y 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, art. XI de la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre y arts. 13 y 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

ron en espacios de catarsis colectiva y sin ningún grado de incidencia por parte de los participantes en la toma de decisiones.

Mientras tramitaba la causa y se aguardaba el dictado de la sentencia, avanzó en la Provincia de Buenos Aires la sanción de la Ley de Acceso Justo al Hábitat, que, como se adelantó, aportó nuevas herramientas a la discusión sobre la participación de la población en estos procesos, y dichos estándares fueron introducidos en la causa judicial a través de un *amicus curiae* presentado por el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS). Allí se sostuvo que a partir de la sanción y promulgación de la ley, el derecho a la participación y acceso a la información de los habitantes de la provincia, en cualquier política referida al hábitat y a la vivienda, ha adquirido expreso estatus legal y se ha visto robustecido. Entre los principales argumentos que la ley vino a sumar, se destacan:

- La estrecha relación entre el derecho a la vivienda digna y el derecho de las personas a participar en las políticas públicas que reconoce la normativa.

- El reconocimiento del principio de gestión democrática de la ciudad (art.13).

- La disposición de que los planes, estrategias, programas, operativas, proyectos y normas que conforman las políticas de vivienda y hábitat se rijan, entre otras directrices generales, por la obligación de dar fomento a la participación permanente de la población y de las asociaciones representativas de los diferentes sectores de la comunidad, tanto en las etapas de formulación y de ejecución como en las de evaluación y seguimiento (art. 16, inc. d).

-La necesidad de que los procesos de integración socio-urbana de villas y asentamientos aseguren la plena participación de los habitantes, tanto en forma individual como colectiva (art. 35).

-Finalmente se consagra expresamente el derecho a participar en los siguientes términos:

En las diferentes instancias de planificación y gestión del hábitat, los organismos provinciales y municipales deben asegurar la participación de los ciudadanos y de las entidades por estos constituidas, para la defensa de sus intereses y valores, así como velar por sus derechos de información e iniciativa. Los ciudadanos tienen el derecho a participar en los diferentes procedimientos y también a exigir el cumplimiento de la legalidad, mediante el ejercicio de acciones y derechos ante los órganos administrativos y judiciales correspondientes (art. 57).

Si bien la normativa y los principios locales e internacionales existentes eran claros con relación a la necesidad de hacer partícipes a los afectados y afectadas en estos procesos, la Ley de Acceso Justo al Hábitat reforzó fuertemente este derecho, que siendo plenamente exigible constituía (y constituye) un desafío en su implementación.¹⁴ La intervención de la gran cantidad de organismos implicados que

14. En el año 2013, y luego de que el juez en lo Contencioso Administrativo de La Plata, Luis Arias, ordene a la provincia y a los municipios de Berisso y de la capital provincial relocalizar a familias que viven a la vera de arroyos y fueron afectadas por la inundación del 2 de abril de 2013 en La Plata y alrededores, se dictó la Resolución N° 22 del Ministerio de Infraestructura, en la que se elabora un Protocolo de Intervención en materia de Relocalización en coordinación con el Consejo Provincial de Vivienda y Hábitat, reglamentando el funcionamiento del art. 29 de la Ley de Acceso Justo al Hábitat.

deben ponerse de acuerdo para desarrollar acciones coordinadas y efectivas, y el reto de la organización de la sociedad civil interviniente de poder representar adecuadamente al grupo de familias involucradas, con diferentes intereses, ideas de soluciones alternativas y proyectos de vida, son algunas de las principales cuestiones que convierten a este proceso de relocalización participativo en un desafiante ensayo de gestión democrática.

Es necesario recordar que la gran atención que presta esta ley —así como los diferentes instrumentos internacionales y declaraciones en materia de urbanismo de los últimos años— a la cuestión del involucramiento y participación ciudadana tiene que ver con el hecho de que esta resulta imprescindible para el adecuado respeto del derecho a la vivienda y el hábitat de los sectores populares, los cuales son generalmente apartados de las decisiones sobre la planificación de los espacios urbanos, y hasta sobre su propio destino.

En la mayoría de los casos y frente a la ausencia de soluciones por parte del Estado, fueron estos sectores los que produjeron socialmente su propio hábitat, y en el caso de Villa Inflamable llegaron a poblar la zona aún antes de que las empresas se instalaran.

Reclamar procesos estructurales participativos no se reduce a la notificación de las decisiones ya tomadas unilateralmente por las autoridades, sino que implica un espacio de interacción, de intervención real y de incidencia por parte de los afectados y afectadas, en el que los diversos organismos del Estado deberán dar respuestas fundadas y consistentes a cada uno de los planteos que se formulen. Así lo determinó el juez federal de Morón en la sentencia (citado en CSJN, 2013) en la que resolvió declarar los incumplimientos de los code-

mandados y ordenar que se garanticen los derechos de los habitantes de Villa Inflamable a través de tres obligaciones diferenciadas que deberían cumplir tanto el municipio como la ACUMAR: a) brindar y producir información; b) proveer un marco de participación activa; c) incidir en la toma de decisiones (Juzgado Federal de Primera Instancia de Morón, 2013).

Con relación a la información, el juez ordenó que el Municipio de Avellaneda debía diseñar un sistema que permitiera una permanente distribución de la totalidad de la información existente por vías alternativas que favorezcan el acceso por parte de cualquier interesado, utilizando lenguaje simple y comprensible y distribuyendo el material por medios impresos, digitales y a través de reuniones a desarrollar con una periodicidad de al menos quince días, en distintos días y horas, incluso fuera de los horarios administrativos, para que los vecinos y vecinas puedan asistir. La sentencia también establece estándares de convocatoria, los cuales deben contar con “suficiente” antelación, ser idóneos y con un listado claro de los temas a tratar; a su vez, refuerza la necesidad de que las reuniones a desarrollarse cuenten con la necesaria asistencia de los funcionarios responsables (es decir, aquellos que son capaces de tomar decisiones).

Tal vez uno de los principales aportes de la sentencia consiste en sostener que —superando la mayoría de las leyes de acceso a la información pública, que se limitan a la entrega de datos existentes— los demandados deberán tomar un rol activo como generadores de información relevante para los vecinos y vecinas que la soliciten. Toda esa adecuada producción y circulación de información constituye únicamente una precondition para el efectivo ejercicio de la participación.

Establece así que

frente a la ejecución del Plan Integral de Saneamiento de la cuenca, probablemente la obra colectiva ambiental más ambiciosa que como sociedad nos hayamos planteado, las exigencias de participación democrática son mayores, y no pueden ser obviadas con meras alegaciones formales (Juzgado Federal de Primera Instancia de Morón, 2013).

El municipio entonces deberá “implementar un sistema que le permita recibir ideas, propuestas o inquietudes de los vecinos, aun de manera informal, para analizarlas con la suficiente seriedad y dar respuesta fundada acerca de su procedencia” (Juzgado Federal de Primera Instancia de Morón, 2013).

Finalmente, en cuanto a la toma de decisiones fundamentales relativas a la relocalización, el juez sostuvo que las autoridades deben exhibir sus propuestas a los interesados, someterlas a críticas, correcciones e incluso contrapropuestas, que permitan la toma de una mejor y más fundada determinación.

V. CONCLUSIÓN

El caso de Villa Inflamable es un maravilloso ejemplo de cómo se aprovechó el litigio estructural para intentar destrabar el estancamiento del sistema democrático que estaba afectando los derechos constitucionales de los habitantes de un asentamiento del Conurbano, cómo el poder judicial avanzó en ese desbloqueo, instando a la implementación de determinadas políticas públicas que atendieran

los problemas sociales que se presentaban (Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco, 2010).

La Ley de Acceso Justo al Hábitat aportó excelentes elementos (principios, guías, instrumentos concretos) para el tratamiento estructural de la problemática habitacional y la necesidad de generar una mayor democratización de las decisiones y el uso los espacios urbanos. Sin embargo, las trabas en su implementación siguen requiriendo de garantías a las cuales los habitantes de las ciudades puedan acudir para reclamar el cumplimiento de sus derechos. Los procesos judiciales estructurales se vuelven fundamentales en este camino, pero para que sean realmente representativos y cumplan con las pautas de un debido proceso, es necesario que empiecen a (re)definirse. Considerar el litigio estructural como una herramienta de cambio social y un habilitador de espacios de discusión para la implementación de políticas públicas y programas de acción requiere garantizar determinados estándares en su tramitación y forma de resolución.

Al tratarse de procesos en los que el colectivo de afectados no participa directamente sino que suele ser representado por organizaciones de la sociedad civil o defensores estatales, es imprescindible generar reglas o estándares que efectivamente involucren a estas personas durante los procesos y en las soluciones a las que se lleguen, más aún cuando estas resulten del producto de la negociación de las partes.

En el caso específico del reclamo de acceso a la vivienda, por involucrar sujetos en especial condición de vulnerabilidad, dichas garantías deben ser aún más estrictas, adoptando aquellas medidas necesarias que se adapten a las situaciones de vulnerabilidad específicas.

Las “Reglas de Brasilia Sobre Acceso a la Justicia a las Personas en Condición de Vulnerabilidad” (2008)¹⁵ constituyen un excelente marco para pensar determinados lineamientos que deberían incorporar las normas procesales que regulen este tipo de acciones, y las vuelvan realmente representativas y efectivas. En este sentido, se debe garantizar la asistencia técnico-jurídica de calidad, especializada y de manera gratuita a quienes se encuentran en la imposibilidad de afrontar los gastos, y el trabajo en la facilitación de la adecuada comprensión de las actuaciones. Principalmente, estas Reglas invitan a que se revisen los procedimientos, adoptando las medidas de organización y de gestión judicial que resulten necesarias para facilitar el acceso y la participación real de las personas en condición de vulnerabilidad. Entre otras acciones se recomienda:

- Simplificar los requisitos procesales.
- Mejorar la agilidad y rapidez de las resoluciones judiciales promoviendo mayor oralidad en los procedimientos y definiendo aquellos casos que requieran de mayor prioridad en la atención y resolución.
- Lograr una mayor coordinación (intra e interinstitucional) para la gestión de actuaciones entre distintas dependencias del sistema de justicia.
- Garantizar operadores judiciales especializados y capacitados para la atención a personas en situación de vulnerabilidad.
- Generar la conformación de equipos multidisciplinarios conformados por profesionales de las distintas áreas, para mejorar la respuesta del sistema judicial ante la demanda de justicia de una persona en condición de vulnerabilidad.

15. La Corte Suprema de Justicia de la Nación adhirió a las mismas mediante Acordada N° 5/2009.

-Promover una mayor proximidad geográfica, fomentando el acercamiento de los servicios del sistema de justicia a aquellos grupos de población que, debido a las circunstancias propias de su situación de vulnerabilidad, se encuentran en lugares geográficamente lejanos o con especiales dificultades de comunicación.

En este tipo de litigios resulta especialmente importante contar con un adecuado, fluido y permanente acceso a la información del proceso, habilitando la posibilidad de consulta constante a través de mecanismos masivos y accesibles, con la debida adecuación tecnológica, y con procedimientos que garanticen la transparencia y habiliten diferentes dispositivos de monitoreo. Las frecuentes convocatorias a audiencias públicas de participación real (y no como simples espacios de expresión colectiva) y la activa participación de *amicus curiae*, presentados por organizaciones de la sociedad civil e instituciones, también son importantes para aportar mayores argumentos y ampliar el debate durante el proceso.

La institucionalización en términos políticos, la formalización de las instancias y el aumento cuantitativo de espacios no implican necesariamente la posibilidad efectiva y real de intervención o incidencia, y ese es quizás uno de los mayores desafíos que las organizaciones que lideren este tipo de procesos deberán afrontar.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia y Junta Vecinal de Villa Inflamable (2012). *Donde comenzó el caso “Mendoza”, los derechos siguen esperando*. Recuperado de <http://acij.org.ar/wp-content/uploads/2012/12/Villa-Inflamable-Informe-Final-optimizado.pdf>
- Borja, J. (2015). *La vivienda popular, de la marginación a la ciudadanía*. Recuperado de <http://jordiborja.cat/la-vivienda-popular-de-la-marginacion-a-la-ciudadania/>
- Comité de Naciones Unidas sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1991). Observación General N° 4.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación (1995). “Giroldi, Horacio David y otro s/ recurso de casación-causa N° 32/93”.
- (2012). “Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños perjuicios daños derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza Riachuelo”.
- Cumbre Judicial Iberoamericana (2008). “Reglas de Brasilia Sobre Acceso a la Justicias a las Personas en Condición de Vulnerabilidad”.
- Puga, M. (2014). El litigio estructural. *Revista de Teoría del Derecho de la Universidad de Palermo* 2, 46.
- Rodríguez Garavito, C. y Rodríguez Franco, D. (2010). *Cortes y cambio social: cómo la Corte Constitucional transforma el desplazamiento forzado en Colombia*. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, p. 16.

Argentina, Ministerio de Infraestructura y Servicios Públicos de la Provincia de Buenos Aires, Secretaría Social de Tierras, Urbanismo y Vivienda (2015). *Ley 14449: Informe de Gestión*.

Scatolini, J. L. (2013). *Hábitat. Hacia un nuevo paradigma urbano*. Buenos Aires: Cámara de Diputados de la Nación.

*Proceso
estructural y
vivienda social.*

*Estándares para
el proceso colectivo
de política pública*



JOSÉ MARÍA SALGADO
GERMÁN A. DEGANO
FERNANDO GARCÍA
DANIELA FRANCO

I. VIVIENDA, POLÍTICA PÚBLICA Y ACCESO A LA JUSTICIA

El derecho a una vivienda digna, previsto en el art. 14 bis de la Constitución Nacional (CN), en el art. 25.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en el art. 11 del Pacto Internacional de Derecho Económicos, Sociales y Culturales, como toda prerrogativa, puede ser realizado de múltiples formas. El Estado es quien debe instrumentar los mecanismos para hacerlo posible y, cuando no lo hace o estos son deficitarios, se plantea el problema de cómo reclamar o exigir su cumplimiento.

Se trata de una cuestión vinculada a la política pública, ámbito dentro del cual se engloban muchos otros conflictos que podrían ser asimilados en tanto se trata de discusiones multipolares donde la solución debe ser construida en virtud de su complejidad. Desde la tutela medioambiental, el goce de cualquier derecho social, político y cultural, el ejercicio del control de constitucionalidad, el modo de organización de las instituciones, los conflictos entre poderes,

la posición dominante en el mercado, los límites al ejercicio de los derechos individuales, los protocolos generales para el ejercicio no punible del aborto, el acceso a la jurisdicción, el reconocimiento de un derecho a una jubilación móvil, hasta muchas otras cuestiones en las que pone su atención el interés público. La puesta en crisis de la política pública se vincula a lo hecho, a lo omitido, a lo deficitario y a las desviaciones entre lo estipulado y lo realizado; es decir, a todas las necesidades colectivas de los integrantes de una comunidad.

Los conflictos vinculados a la gestión de los temas públicos son llevados cada día con mayor asiduidad al seno del Poder Judicial para su gestión.¹ Los propios actores políticos, considerando por tales a los integrantes de los poderes del Estado en todos sus estamentos –nacional, provincial y municipal–, los particulares y las organizaciones no gubernamentales deciden trasladar la arena política a los tribunales para solventar todo tipo de conflictos.²

Si bien existen ribetes disímiles entre cada una de las relaciones jurídicas en que se involucra el interés público, la temática no admite distracciones en su abordaje dado que, de una manera u otra, se avanzará hacia algún resultado –incluso al silencio absoluto

1. La nómina es solo ejemplificativa de algunos casos de la última década: Corte Suprema de Justicia de la Nación (2005a, 2005b, 2006a, 2007a, 2008, 2009a, 2010, 2012a, 2012b, 2013a, 2014a, 2015).

2. Berizonce ha enunciado algunos de los motivos que influyen en un mayor activismo de parte de los jueces, motivados en la mayor judicialización de conflictos: i) la presión por el acceso efectivo a la jurisdicción; ii) creciente “inflación” legislativa; iii) las novedosas y cambiantes funciones atribuidas al juez; iv) la “explosión” de nuevas conflictividades; v) el impacto de la “globalización” y los sistemas de protección transnacionales. A los que agrega la “desconstitucionalización”, como un fenómeno de incumplimiento de los partidos políticos de la Ley Fundamental. (Berizonce, 2010: 169). (Ver también Verbic, 2007: 266).

que no deja de ser una respuesta posible—, por lo que la tarea de la ciencia procesal es teorizar cuáles son aquellos instrumentos apropiados para lograr soluciones plausibles que, sustancialmente, respeten la representatividad de los sectores involucrados dando cuenta de la variedad de intereses en juego, sean el resultado de una participación plural, de un desarrollo transparente del litigio, y tengan un cumplimiento auditado de la decisión.

Tanto en cuestiones de vivienda, como en otras de gran diversidad sustancial vinculadas a la política pública, existen algunas condiciones que se reiteran entre cada uno de los debates. Se trata de cuestiones comunitarias de trascendencia macrosocial con implicancias en lo económico, político, asistencial, institucional, sanitario, educacional, etc. Involucran conflictos cuyos cauces se van descubriendo a medida que se profundiza en su estudio y que no suelen responder a la clásica idea bipolar que conocemos largamente en el litigio civil, sino que involucran una multiplicidad de intereses que se estructuran de modo multipolar.

Estos procesos han sido denominados litigios complejos, estratégicos, de reforma estructural o desestabilizadores (Sabel y Simon, 2004; Bergallo, 2006; Courtis, 2006; Verbic, 2014a), pues, entre otras cosas, se enfocan en la necesidad de diseñar un remedio para situaciones deficitarias, que requieren planificación, cooperación e implementación de largo alcance. En lugar de establecer una serie de reglas rígidas dictadas de modo verticalista, es necesario un alto grado de participación, publicidad, transparencia, diálogo y control social de la decisión a la que se llegará por la negociación progresiva de las partes mediante reglas de funcionamiento que son revisadas

en forma constante. No estamos ya frente a un proceso dirimente, sino en una versión experimentalista del litigio.

En el ámbito de la provincia de Buenos Aires se han llevado adelante algunos reclamos referidos al derecho a la vivienda que, sin dudas, abren el cauce de esta discusión puntual sobre la política pública.

II. CASO “ASOCIACIÓN CIVIL MIGUEL BRU C/ MINISTERIO DE DESARROLLO SOC. PCIA. BS. AS. S/ AMPARO”

En el caso (Juzgado de Primera Instancia, 2010) se promovió un amparo colectivo a fin de que la Provincia de Buenos Aires y la Municipalidad de La Plata articulen las políticas necesarias para efectivizar la implementación de la Ley N° 13298 y adoptar medidas para proteger los derechos de los niños, niñas y adolescentes en situación de calle en la ciudad de La Plata.

Los actores (personas físicas, asociaciones, organismos que se particularizan posteriormente)³ fundaron su reclamo en trabajos de campo realizados en la ciudad de La Plata; en particular, sobre aquellos niños que vivían al momento de la interposición de la demanda en

3. Ilda Abes, madre del niño Cristian O. González; Liliana Verónica Gibert, madre del niño Cristian Oscar Gibert Jiménez; Rosa Schoenfeld Bru, presidenta de la Asociación Civil Miguel Bru; Marina Cappello, docente titular de la cátedra de Trabajo Social V de la Facultad de Trabajo Social de la Universidad Nacional de La Plata (UNLP); Anatilde Esther Senatore, directora del Centro de Orientación para Familiares de Detenidos, Facultad de Trabajo Social (UNLP), y los directivos de la Asociación Proyecto Productivo y Ecológico; con el patrocinio letrado de Carola Bianco, Ariel Hernán Bergerot y Marcelo Darío Franchino, invocando su legitimación colectiva en los términos del art. 43 de la CN y 20, inc. 2 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires. A ellos se suma en el proceso la asesora del Tribunal de Menores N°4 de la ciudad de la Plata, Dra. Griselda Margarita Gutiérrez.

la Plaza San Martín, sita en calle 7, entre 51 y 53. Especialmente persiguieron la urgente y efectiva puesta en marcha de los Consejos Locales que prevé la citada ley, así como una red de contención y abordaje de la problemática de los niños en situación de calle, que incluya una amplia convocatoria a las entidades y organizaciones no gubernamentales que se ocupan de la temática de la niñez.

El Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo N° 1 de La Plata hizo lugar a la pretensión, reconociendo la legitimación de las pretensoras para actuar en defensa de los derechos individuales homogéneos de los niños, niñas y adolescentes en situación de calle antes citados. El magistrado actuante centró su atención en la obligación estatal de garantizar los derechos del grupo afectado y su vital importancia para que pueda desarrollarse normalmente en todos sus aspectos. En particular, determinó que tal obligación no solo se circunscribe a la puesta en vigencia de los diversos programas estatales supuestamente ya existentes (cuestión introducida por las demandadas), sino también al desarrollo efectivo de ellos, dotándolos de recursos suficientes para su efectivo cumplimiento.

Sostuvo que aquellos deben necesariamente tener como objetivo un abordaje integral de la problemática que aqueja a los niños, partiendo de la idea de la existencia de paradores (hogares) donde se les preste tanto atención médico sanitaria, como educativa y terapéutica, a fin de garantizar el derecho a la salud, a la educación, a la alimentación, el acceso a una vivienda digna en condiciones de seguridad y el crecer en familia, el derecho del niño a no ser discriminado, al descanso y esparcimiento, al juego y al desarrollo de actividades educativas y culturales.

Teniendo en cuenta lo anterior, hizo lugar a la acción de amparo y condenó a la Provincia de Buenos Aires y a la Municipalidad de La Plata a que, dentro del plazo de seis meses, procedan a realizar todas las acciones necesarias para la implementación efectiva del Sistema de Promoción y Protección Integral de los Derechos del Niño en la ciudad de La Plata, bajo apercibimiento de lo dispuesto por el art. 163 de la Constitución Provincial. En particular, dispuso que deberán crear, en un ámbito céntrico de la ciudad, uno o más paradores, de acuerdo a la demanda del sector, con suficiente infraestructura y personal idóneo para cubrir las necesidades básicas de alimento, higiene, descanso, recreación y contención de los niños, niñas y adolescentes que requieran esta asistencia, sea en forma espontánea o a requerimiento de quienes pueden peticionar por ellos, disponible durante las veinticuatro horas del día. Dichas instituciones deben tener a disposición un equipo interdisciplinario integrado, como mínimo, por trabajadores sociales, psicólogos, abogados y médicos especialistas en clínica, pediatría, toxicología y psiquiatría.

a) Legitimación

El juez fundó la legitimación de los actores en el caso “Halabi” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) agregando que no debía acudir a la perspectiva de la titularidad de los intereses sino a los efectos de las sentencias, ya que lo que define a estos nuevos derechos es su protección judicial que es otorgada, explícita e implícitamente, en el artículo 43 de la CN. De tal modo, la materia en debate en el proceso determina el efecto generalizado del pronunciamiento perseguido, por la sencilla razón de que el agravio es generalizado (y por tanto no

diferenciable), y que potencialmente incidirá sobre todas las personas que se encuentren en la misma categoría. Es lo que alguna doctrina denominaba “intercomunicación de resultados”, tanto en los efectos dañosos de la conducta cuestionada como en los efectos positivos de la reparación lograda. Es por ello que el constituyente se refiere a derechos “de incidencia” colectiva, y esto se debe sencillamente al efecto “expansivo” del perjuicio y no a la cantidad de titulares del derecho, lo cual no es en absoluto relevante toda vez que la satisfacción de uno de los interesados no es posible sin la del resto (Juzgado de Primera Instancia, 2010, considerando 3º).

b) Medidas cautelares

En el marco del proceso colectivo se dictó una medida cautelar (Juzgado de Primera Instancia, 2010, considerando 2º), ordenándose a la administración provincial y, subsidiariamente, a la municipal la atención de las siguientes prioridades en el ámbito de sus respectivas competencias:

- i) La puesta en funcionamiento de un parador, con suficiente infraestructura y personal idóneo para cubrir las necesidades básicas de alimento, higiene, descanso, recreación y contención de los niños, niñas y adolescentes que requieran esta asistencia, sea en forma espontánea o a requerimiento de quienes puedan petitionar por ellos, con atención durante las veinticuatro horas. Dicho centro debía contar con asistencia terapéutica, talleristas, asistentes sociales, asistencia médica y operadores con experiencia en tratamiento de adicciones.

- ii) La creación de un Servicio Hospitalario Especial para niños en riesgo, que garantice la atención de los mismos durante las veinticuatro horas, con profesionales psicólogos y médicos especialistas en clínica, pediatría, toxicología y psiquiatría, especializados en salud mental infantojuvenil, para la evaluación de los menores derivados por el servicio local o zonal. Disponer, al menos, con dos plazas para internación en crisis.
- iii) El inmediato traslado a un Centro de Tratamiento Terapéutico –público o privado– de los niños, niñas o adolescentes que, como consecuencia de la evaluación profesional que se ordena en el apartado anterior, presenten riesgos para la vida o la salud propia o de terceros; con conocimiento inmediato del Ministerio Pupilar y de los jueces competentes.
- iv) La disposición inmediata de dos automotores para el traslado de los niños a los centros asistenciales, por parte del servicio local o zonal. La ampliación del Servicio de Atención Telefónica, destinado a la recepción de denuncias vinculadas a la vulneración de los derechos de niños, niñas y adolescentes durante las veinticuatro horas.
- v) La ampliación del plantel de Operadores de Calle en cantidad suficiente para que, de acuerdo a la división territorial de la ciudad de La Plata, se garantice la presencia de al menos un operador por cada barrio y dos suplentes, para identificar a los niños, niñas y adolescentes en situación de vulnerabilidad para su atención y/o tratamiento adecuados como también para tomar conocimiento de sus familiares o vínculos primarios.
- vi) La implementación y ejecución efectiva y urgente de los distintos

programas diseñados y presentados por parte del Ministerio de Desarrollo Social, en especial el Programa de Atención Integral a Niños y Adolescentes en Situación de Calle –aprobado por Resolución N° 565/97 del ex Consejo Provincial del Menor– y el Programa de Integración Comunitaria (PIC).

vii) La formación de un expediente administrativo por cada niño abordado en el servicio local, donde se habrá de dejar constancia de todos sus datos personales y familiares y su evaluación psicofísica, dando intervención al Ministerio Pupilar o los jueces competentes en caso de ser necesario, cumpliendo con los recaudos formales previstos por el Decreto Ley N° 7647/70 y la Ordenanza General N° 267/80 para su confección.

viii) La difusión amplia de los principios, derechos y garantías de la niñez y la adolescencia, consagrados en el ordenamiento jurídico (art. 17 de la Convención de los Derechos del Niño; Ley N° 26061 –Título II–, art. 36, inc. 2 de la Constitución Provincial), en los medios de comunicación masiva de mayor circulación de la ciudad de La Plata.

ix) La instrumentación de las acciones conducentes para individualizar, prevenir, detectar y denunciar la distribución, comercialización y/o facilitación del consumo de estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otros productos químicos nocivos para los menores de edad (art. 33 de la Convención de los Derechos del Niño) en cada uno de los barrios de la ciudad de La Plata.

Cabe destacar que se declaró parcialmente incumplida la medida cautelar referida a las obligaciones impuestas a la administración

provincial y a la Municipalidad de La Plata para disponer el funcionamiento de un parador para chicos en situación de calle, el funcionamiento regular y continuo del servicio de atención telefónica, la implementación y ejecución de programas, la difusión de los derechos del niño y la presentación de informes periódicos. Como consecuencia de dicho incumplimiento se adoptaron sanciones conminatorias a los funcionarios responsables, las cuales resultaron revocadas por la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo de La Plata, por considerar que no se hallaba demostrado el incumplimiento del mandato cautelar (Juzgado de Primera Instancia, 2010, considerando 2°).

c) Fundamentos de la decisión

Para decidir la condena se evaluó que solo se dispusieron de manera aislada y reactiva algunas becas para los padres de los niños, aun cuando, atento a la particular problemática de estos, les resultaba imposible vivir con sus familias. Estos niños y niñas se encontraban en idéntica situación de vulneración de sus derechos, por lo que —a criterio del magistrado— era evidente que los Estados municipal y provincial incumplían con sus obligaciones asumidas a nivel nacional e internacional, puesto que no existían los programas de promoción y protección de derechos a los que se habían comprometido legalmente, pero ni siquiera ofrecieron soluciones viables a mediano plazo para este pequeño grupo de chicos en situación de calle que vivían o tenían como lugar de referencia la Plaza San Martín (Juzgado de Primera Instancia, 2010, considerando 1°.1).

Se afirmó que se afectaban los derechos a la salud, a la educación, a la alimentación, al acceso a una vivienda digna en condiciones de seguridad, a crecer en familia, a no ser discriminados, el derecho del niño al descanso y esparcimiento, al juego y al desarrollo de actividades educativas y culturales. Se observó que los niños, niñas y adolescentes involucrados provenían de familias en situación de pobreza extrema y estructural donde, a la falta de ingresos suficientes para garantizar la subsistencia, se suma fuertes procesos de exclusión social y cultural, sufren problemas de alimentación, acceso a agua potable, vivienda digna, salud, espacios culturales-recreativos y de educación (Juzgado de Primera Instancia, 2010, considerando 6°.1).

Para tomar la decisión se señaló:

En síntesis, la presente causa refleja una tendencia a la construcción de políticas y programas centrada en la esfera retórica, que se renueva con el cambio de cada gestión, y que luego no tienen un impacto directo ni son capaces de transformar la vida de los niños que habitan la calle en la ciudad de La Plata. Todo lo dicho evidencia una imposibilidad absoluta de elaborar políticas con criterios de integralidad, universalidad, e interdependencia entre los diversos organismos, por lo que juzgo sobradamente acreditado que en el ámbito de la ciudad de La Plata no existen políticas eficaces de protección y promoción de derechos para la niñez y la adolescencia. (Juzgado de Primera Instancia, 2010, considerando 6°.3.1.4.).

III. CASO "ASESORÍA DE INCAPACES N° 1 - LA PLATA C/ FISCO DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES S/ AMPARO"

Se trató de un amparo colectivo a fin de que la Provincia de Buenos Aires y las municipalidades de La Plata y Berisso adopten medidas para resguardar los derechos de los niños, niñas y adolescentes, de las personas afectadas en su salud mental y de los demás habitantes de algunos barrios de esas localidades,⁴ cuya situación de vulnerabilidad inicial –personas que vivían en casillas de chapa, madera y pisos de tierra– se vio agravada por las inundaciones ocurridas por el temporal del 2 de abril de 2013.

La pretensora fundó su reclamo en los trabajos de campo que realizó en esos barrios tras la tormenta, donde corroboró cómo sus precarias condiciones de vida se habían agravado notoriamente después del evento climático. Sin embargo, frente a esa situación de extrema urgencia y a la insatisfacción de las necesidades más elementales, las autoridades públicas se mantuvieron inactivas, por lo que la actora solicitó una medida cautelar a efectos de que, entre otras cosas, se proceda a su relocalización y se lleven a cabo tareas de atención sanitaria, recolección de residuos y fumigación de las zonas afectadas.

El Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo N° 1 de La Plata intervino en el caso e hizo lugar a la cautelar peticionada. Más tarde, el 28 de abril de 2016, al dictar sentencia

4. La pretensión apuntaba a los habitantes de los barrios Altos de San Lorenzo, Villa Montoro (Villa Elvira), Puente de Fierro, El Mercadito, La Bajada, Ciudad Oculta, San Carlos, El Triunfo, La Granja, un asentamiento en Los Hornos, todos pertenecientes a la localidad de La Plata, y a los habitantes de la localidad de El Dique, el barrio José Luis Cabezas y el barrio El Carmen, de la Localidad de Berisso.

definitiva, el juez reconoció la existencia de un conflicto en el que existían derechos individuales homogéneos involucrados y, en función de la Ley N° 14442, otorgó legitimación a la Asesora de Incapaces respecto de los niños y de las personas con capacidad restringida. No obstante, también sostuvo que “la protección de la infancia no puede concebirse sin la protección del grupo familiar” (Juzgado de Primera Instancia, 2016, considerando 3°.1), argumento que también utilizó para extender su legitimación a todas sus familias,⁵ así como también a las familias de las personas con alteraciones graves en su físico o en su salud.

Tras ello, el juez desestimó las críticas respecto de la vía del amparo para estos casos —en función de los intereses colectivos afectados y de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, que deben ser resguardados con absoluta prioridad— y con cita de las convenciones internacionales que protegen el derecho a la vivienda y resguardan un nivel adecuado de vida para el desarrollo físico, mental, espiritual y social de niños, niñas y adolescentes —cuya responsabilidad recae en primer lugar sobre los padres, pero que el Estado debe ayudar a efectivizar—, estimó que

se encuentran en juego una serie de derechos que en el marco de esta contienda confluyen y encuentran una adecuada respuesta en el derecho a una vivienda adecuada que, como se habrá de desarrollar, no solamente hace referencia al derecho de toda persona de disponer de cuatro paredes y un techo donde encontrar refugio, sino que también

5. Aquí se aclara que el magistrado tomó el término “familia” en sentido amplio, sin limitarse al parentesco e incluyendo otros tipos de vínculos afectivos.

implica acceder a un hogar y a una comunidad seguros en los que vivir en paz, con dignidad y salud física y mental. [...] Es también una unidad económica, un espacio de ocio, o también de producción, puesto que puede ser utilizada como lugar de trabajo. Garantizar este derecho, por tanto, deviene esencial para proteger el derecho a la familia, a la no injerencia en la vida privada, a la seguridad personal, a la salud y, en definitiva, para asegurar el derecho a una vida digna (Juzgado de Primera Instancia, 2016, considerando 4º).

En base a este y otros profusos argumentos—sustentados en numerosos instrumentos y precedentes internacionales—, concluyó que las autoridades no habían garantizado mínimamente esos derechos ni tampoco cumplieron con lo dispuesto en el marco cautelar, lo cual lo condujo a hacer lugar a la demanda disponiendo la relocalización, consolidación de los terrenos en que viven algunas de las personas afectadas y tareas de asistencia social acorde a sus necesidades.

a) Legitimación

Se justificó la capacidad para hacer el reclamo afirmando que “la representación promiscua que ejerce la Asesora de Incapaces respecto de los niños y las personas con discapacidad o capacidad restringida se halla especialmente conferida por la ley (cf. art. 38, incisos 1, 4 y 5 de la Ley N° 14442), actuación que puede ser principal o complementaria a la de sus representantes (cf. art. 103 del Código Civil y Comercial), debiendo ser principal cuando —como ocurre en autos— los derechos de los representados están comprometidos, y existe inacción de los representantes” (art. 103, inc. b, ap. i del Código Civil y Comercial). (Juzgado de Primera Instancia, 2016,

considerando 3°.2). Sin perjuicio de haber centrado la atención del conflicto en toda la familia, como unidad destinataria de las políticas públicas y las acciones que se deban implementar.

b) Medida cautelar

En la causa se hizo lugar a una medida cautelar, ordenando a las demandadas que, de manera inmediata y por intermedio de los organismos competentes, llevaran a cabo acciones destinadas a cubrir las necesidades colectivas más urgentes y básicas de los menores y personas con discapacidad –así como las del grupo familiar– que habitaban en los barrios relevados, principalmente, las relacionadas con la atención sanitaria integral. Se intentaba prevenir mayores problemas sanitarios, debiendo efectuar fumigaciones, distribuir repelentes, recolectar la basura y material descartado, así como toda otra acción tendiente a efectuar una limpieza general de las zonas afectadas. (Juzgado de Primera Instancia, 2016, considerando 5°.1).

La medida cautelar se extendió a los casos particulares individualizados, ordenando el inmediato otorgamiento de una vivienda de carácter transitorio que cuente con las condiciones sanitarias y de habitabilidad suficientes y el equipamiento adecuado, según las particularidades de cada caso, hasta tanto se elucide el futuro de la localización definitiva de las familias. También se ordenó el acompañamiento y asistencia social, sanitaria y de salud que requerían los niños afectados, según las particularidades de cada caso (Juzgado de Primera Instancia, 2016, considerando 5°.1).

IV. ESTADO ACTUAL DE LOS INSTRUMENTOS DEL LITIGIO PÚBLICO COLECTIVO

Dentro de este campo se deben incluir los avances habidos en el seno de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que en la última década, y tomando como bandera el saneamiento de la cuenca hídrica Matanza-Riachuelo, ha tenido un marcado activismo en la generación de nuevos instrumentos que coadyuvan al trámite de los litigios colectivos.

Mediante las acordadas 28/2004, 14/2006 y 7/2013, la Corte incorporó la figura de los *amicus curiae*, definidos como actores sociales convocados a los litigios para pluralizar y enriquecer el debate constitucional y así fortalecer la legitimación de las decisiones jurisdiccionales dictadas por el tribunal en cuestiones de trascendencia institucional (2013b). El art. 2° de la Acordada 7/13 indica que

el Amigo del Tribunal deberá ser una persona física o jurídica con reconocida competencia sobre la cuestión debatida en el pleito. En el primer capítulo de su presentación fundamentará su interés para participar en la causa y deberá expresar a qué parte o partes apoya en la defensa de sus derechos, si ha recibido de ellas financiamiento o ayuda económica de cualquier especie, o asesoramiento en cuanto a los fundamentos de la presentación, y si el resultado del proceso le representará –directa o mediatamente– beneficios patrimoniales.

La Corte decidirá en qué casos la actuación de los *amicus* resulta necesaria. Esta tendrá

por objeto enriquecer la deliberación en cuestiones institucionalmente relevantes, con argumentos fundados de carácter jurídico, técnico o científico, relativos a las cuestiones debatidas. No podrá introducir hechos ajenos a los tomados en cuenta al momento de trabarse la litis, o que oportunamente hayan sido admitidos como hechos nuevos, ni versar sobre pruebas o elementos no propuestos por las partes en las etapas procesales correspondientes (art. 4, Acordada. 7/2013).

Las audiencias públicas ante el máximo tribunal fueron reglamentadas mediante la Acordada 30/2007, también con la finalidad de

elevar la calidad institucional en el ámbito del Poder Judicial y profundizar el estado constitucional de derecho vigente en la República [...] permitirá poner a prueba directamente ante los ojos del país, la eficacia y objetividad de la administración de justicia que realiza este Tribunal (2007b).

Se prevén tres tipos de audiencias: informativa, conciliatoria y ordenatoria, que podrán ser convocadas con el voto de tres de sus integrantes. En la asistencia a las audiencias se dará prioridad para participar a las partes y a quienes ellas designen, también al público en general en la medida de la capacidad de la sala. Los jueces podrán interrogar libremente a los abogados, sin que ello implique prejuzgamiento. Las audiencias serán filmadas y grabadas, sus actas serán públicas y accesibles.

Por su parte, la Acordada 36/2009 creó la Unidad de Análisis Económico, cuya función principal es brindar opiniones fundadas sobre los posibles impactos macroeconómicos que pudieran derivarse

de las decisiones que adopte el alto tribunal en el ejercicio de su función jurisdiccional.

También se creó una Oficina de Justicia Ambiental, bajo la Superintendencia de la CSJN, que tiene entre sus funciones impulsar, coordinar y fortalecer la difusión de las decisiones e iniciativas vinculadas con la justicia ambiental a nivel nacional e internacional (2014b).

El Registro Público de Procesos Colectivos radicados ante tribunales del Poder Judicial de la Nación, que funciona con carácter público, gratuito y de acceso libre, en el ámbito de su Secretaría General y de Gestión, fue una de las últimas novedades. La Corte invitó a los tribunales superiores provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a suscribir convenios para compartir la información almacenada y facilitar el acceso recíproco e ilimitado a los registros respectivos (2014c). Además, como anexo de la Acordada 32/2014 se acompaña el Reglamento de Registro Público de Procesos Colectivos (RRPPC) (Salgado, 2014). Posteriormente dictó el Reglamento de Actuación en Procesos Colectivos, un instrumento que el tribunal posiciona como la “norma” que debe regir la cuestión. Lo hizo mediante la Acordada 12/2016. Dictar esa regulación no es una potestad que la Corte posea, sin embargo la legitimidad de su actuar se ve robustecida por el constante desinterés del Poder Legislativo (Salgado, 2016).

En línea con estas innovaciones, la Corte ha emitido fallos de carácter exhortativo decidiendo, por ejemplo, que los haberes por jubilaciones y pensiones debían contar con un índice de movilidad (2006a), que debía adecuarse el Régimen Penal de Minoridad a los instrumentos internacionales de derechos humanos incorporados a la Constitución

Nacional (2008), dispuso la declaración de inconstitucionalidad del Régimen de Subrogaciones establecido por el Consejo de la Magistratura (2007a), ordenó al gobierno de un Estado provincial la reposición en su cargo de un funcionario (2009b), reprochó la política habitacional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y la distribución de los recursos y esfuerzos destinados para solventar los derechos de personas de necesidades extremas (2012b), entre otros.

Ciertamente, el *leading case* que ha servido como faro de las innovaciones en el máximo tribunal ha sido el proceso destinado al saneamiento de la cuenca hídrica más contaminada de esta parte del planeta (CSJN, 2006b), donde ha recurrido a diversas propuestas para avanzar en la composición de una vergonzosa realidad. La Corte se mostró extremadamente diligente en el desarrollo de un proceso ágil y dinámico, que fue llevado adelante en tiempos sumamente acotados, no solamente en comparación con este tipo de causas sino también en relación con los procesos tradicionales. El objetivo fue trazar un plan de saneamiento, garantizar la transparencia y la participación de terceros interesados y convocar a audiencias públicas –que fueron cuatro– para la discusión del plan gubernamental para trabajar sobre la cuenca. El proceso se llevó adelante con un manejo alejado de las formalidades, en el que los plazos y los estándares de prueba se ajustaron a las necesidades de la discusión (Bergallo, 2014).

El Tribunal se constituyó a sí mismo como un agente supervisor del cumplimiento del plan remedial. Delegó la ejecución en otro magistrado a efectos de dinamizar la gestión, con mayor intermediación respecto de los afectados; creó una agencia –Autoridad de Cuenca Matanza Riachuelo (Acumar)– para el mejoramiento y

la coordinación de la implementación del plan y el monitoreo e inspección de las empresas asentadas en la cuenca; dispuso que el control externo de la sentencia, en lo relativo al flujo de fondos, fuera efectuado por organismos públicos –Auditoría General de la Nación– y organizaciones no gubernamentales; creó un Cuerpo Colegiado, coordinado por el Defensor del Pueblo de la Nación e integrado por diversas ONG presentadas como terceros en la causa, con el objeto de brindar un nuevo ámbito de participación a la sociedad civil, recoger sugerencias de la ciudadanía, recibir información actualizada y formular planteos concretos ante la Acumar para el mejor logro del propósito buscado (Verbic, 2014a). Se ha destacado que esta combinación de mecanismos de seguimiento para la transparencia, la participación y la rendición de cuentas ha generado una serie de estímulos recíprocos entre la actuación del juez sobre el que se delegara el cumplimiento y el máximo tribunal (Bergallo, 2014: 264).

En la Provincia de Buenos Aires, la Suprema Corte también ha adoptado ciertas acciones: creó el Registro Público de Procesos Colectivos, mediante la Acordada 3660/2013, y también dictó un *leading case*, análogo a “Halabi” (CSJN, 2009c), el caso “López” (2014).

V. ESTÁNDARES PARA EL PROCESO DE POLÍTICA PÚBLICA

Las líneas de trabajo descriptas son importantes, aunque carecen de la sistematización que podría proveer una ley. Ello, lógicamente, elevará el nivel de respuesta de los órganos judiciales. Lo hecho hasta aquí, como es el resultado del esfuerzo particular en casos determinados, deja una enorme cantidad de interrogantes hacia

el futuro. Preguntas simples, tales como: ¿participaron todos los sectores involucrados en la discusión sobre la provisión de viviendas?

La propuesta debería ser legislativa y tener como centro las variables y necesidades del conflicto. También debería ser consistente y razonada, de modo de poder trasladar los instrumentos necesarios para resguardar los principios y garantías involucrados en este subsistema en particular. La seguridad jurídica está en juego en esa tarea. Su aspecto más débil, actualmente, es la carencia de reglas claras, conocidas de modo previo antes de que el litigio de política pública empiece a avanzar. Reseñaremos una serie de aspectos que deben considerarse a la hora de pensar un litigio colectivo para los conflictos de vivienda social, en particular, y de política pública, en general:

- i) Un reclamo crónico es la sanción de una ley de procesos colectivos (Salgado, 2013: 211-252; Verbic, 2014b: 145-174) que permita delinear de modo uniforme los institutos más relevantes de la tutela representativa.
- ii) Las voces de todos los sectores involucrados que hagan llegar de modo transparente y sin distorsiones los intereses comprometidos se logrará mediante el control de la representación adecuada, eje mediante el cual se estructura el debate en el marco de los procesos colectivos y que parece ser el mejor catalizador de los reclamos grupales, comunitarios, sectoriales e, incluso, gremiales que confluyen en cuestiones de política pública. Es un modo, también, de diluir la objeción contramayoritaria (Salgado, 2011: 136-137). Dicha representatividad comprende, también, la evaluación de la idoneidad de los abogados de cada sector,

ya que en muchas ocasiones son quienes impulsan este tipo de procesos y toman las decisiones determinantes respecto a su direccionamiento.

- iii) La publicidad sobre la existencia del proceso, la notificación a las entidades más representativas involucradas en la cuestión a debatir, la convocatoria o admisión de terceros y la estructuración de un debate plural y público conforman también una garantía que permite la oponibilidad general –como habitualmente sucede en estos casos– de la decisión. Al tratarse de una cuestión de interés público no habrá posibilidad de que personas determinadas se excluyan de la eficacia de la sentencia (opt out) y hagan un juicio individual. El objeto es indivisible, aunque la vivienda lo sea, porque la política es única; aquello que no se incorpore en las instancias introductorias o de debate quedará fuera de las incumbencias del litigio y si ello ocurre y se trata de un aspecto sustancial que modificaría la decisión, tendremos un serio problema de legitimidad del pronunciamiento jurisdiccional, echando por tierra los fundamentos teóricos que lo justificaban.
- iv) Existen infinidad de mecanismos comunicacionales para lograr un debate plural, control social y transparencia, y no siempre será necesaria la presencia de la personas en la sala de audiencias. La transmisión del contenido se logra, de modo más eficiente y en tiempo real, por los portales oficiales de Internet, como ya se ha hecho en algún caso.
- v) El enriquecimiento de la discusión mediante la admisión del *amicus curiae* o con dictámenes de oficinas especializadas en aspectos o derivaciones relevantes del proceso constituyen

elementos legitimantes del pronunciamiento. Lógicamente su incorporación no debe ser una regla, sino una herramienta a utilizar en los casos en que el conflicto lo amerite.

- vi) Todas las manifestaciones de los sectores involucrados, así como los dictámenes u opiniones de aquellos que participen del litigio deben formar parte de los fundamentos de la decisión, sea para tomarlos o para desecharlos. No pueden ser solapados, ignorados o pasados por alto. El sentido aperturista del proceso no es una puesta en escena sino una necesidad para lograr una solución aceptable.
- vii) Debe preverse la posibilidad de reencauzar ciertos procesos individuales o litisconsorciales a la estructura colectiva, ya que muchas veces la decisión de un conflicto que en apariencia puede ser resuelto en forma aislada, por la importancia del tema que se decide, por su trascendencia, define los intereses públicos colectivos de terceros que no han tenido noticia alguna de ese pleito.
- viii) El rol del juez difiere del tradicionalmente adoptado en los procesos bilaterales, sean individuales o litisconsorciales. Desde el comienzo, al tratarse de un conflicto multipolar debe involucrarse en la gestión del proceso. Considerar que no se ha excluido a un sector involucrado en el conflicto; que existe una adecuada representación de cada uno de los grupos, una fidelidad entre lo postulado y los reales intereses en juego; debe estar atento a los avatares de la causa de modo de buscar la mejor gestión posible; establecer los procedimientos a seguir, la medidas preventivas que impidan la repetición o complicación de las pruebas o argumentos;

ordenar cuáles serán las comunicaciones que deben cursarse; imponer condiciones a los representantes de los grupos, requerir que sus reclamos o alegaciones sean modificadas o eliminadas para cubrir posibles cuestionamientos sobre su representatividad, entre otras muchas cosas. Negar esta realidad es exponer una estructura compleja y costosa a un fracaso estrepitoso. El juez pasa a ser un conductor del proceso, pues deben gestionarse los elementos necesarios para poder llegar a una decisión motivada, que pueda ser aceptada aun cuando se esté en desacuerdo con su resultado. Debe garantizar la eficacia del método para resolver la controversia (Taruffo, 2008: 166).

- ix) Las reglas vigentes, que imponen un estricto sistema preclusivo, deben ser modificadas. La dinámica del conflicto puede hacer necesario revisar el contenido de las pretensiones, incorporar nuevas pruebas, integrar la relación procesal con sujetos omitidos, redefinir la clase —a veces dividirla o recalificarla—, reformular el grado de representatividad, etc. La propia esencia del debate plural, que legitima este mecanismo, impone alejarlo de esquemas que limiten sus posibilidades. Su valor como herramienta del juego democrático se basa en esa condición. Ello no implica, claro está, que se viole ningún principio constitucional, sino que se adapte el sistema respetando las garantías del debido proceso.
- x) El cumplimiento y ejecución de las decisiones, en muchos casos, no se ajusta a un sistema de condena y control, sino a la implementación progresiva de ciertos objetivos que, incluso, pueden ser modificados en su desarrollo. El esquema escalonado, cuando se exhorta a otro poder, ya fue descripto. A ello podemos

sumar, cuando se trata de la ejecución de un plan de acción, la incorporación de mecanismos que se ajusten a los objetivos trazados en aquel, como la creación o delegación en órganos de coordinación, implementación e información; generación de ámbitos propios de participación; imposición de mecanismos que aseguren la transparencia mediante auditorías y controles. Todo dentro de un marco de estricta publicidad que asegure el control comunitario.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- Bergallo, P. (2006). Apuntes sobre justicia y experimentalismo en los remedios frente al litigio de derecho público. *Jurisprudencia Argentina*, II-1165.
- (2014). La causa “Mendoza”: una experiencia de judicialización cooperativa sobre el derecho a la salud. En R. Gargarella (comp.), *Por una justicia dialógica. El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*. Buenos Aires: Siglo XXI.
- Berizonce, R. O. (2010). *Activismo judicial y participación en la construcción de las políticas públicas. El derecho procesal en vísperas del bicentenario. Revista de Derecho Procesal*, número extraordinario.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación (2005a). “Itzcovich, Mabel c/ ANSeS s/ Reajustes varios”.
- (2005 b). “Simón, Julio Héctor y otros”.
- (2006a). “Badaro, Adolfo Valentín c/ ANSeS”.
- (2006b). “Mendoza, Beatriz y otros c/ Estado Nacional y otros”.

- (2007a). “Rosza, Carlos A. y otro s/ Rec. de casación”.
 - (2007b). Acordada 30/2007.
 - (2008). “García Méndez, Emilio y Musa, Laura Cristina”.
 - (2009a). “Arriola, Sebastián y otros s/ Causa N° 9080”.
 - (2009b). “Sosa, Eduardo Emilio c/ Provincia de Santa Cruz”.
 - (2009c). “Halabi Ernesto c/ P.E.N. –ley N° 25873 dto. 1563/04 s/ amparo ley N° 16986”.
 - (2010). “AFIP c/ Intercorp SRL”.
 - (2012a). “F.A.L. s/ medida autosatisfactiva”.
 - (2012b). “Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo”.
 - (2013a). “Rizzo, Jorge Gabriel (apoderado Lista 3 Gente de Derecho) s/ acción de amparo c/ Poder Ejecutivo Nacional”.
 - (2013b). Acordada 7/2013.
 - (2014a). “Pedraza, Héctor Hugo c/ A.N.S.E.S. s/ acción de amparo”.
 - (2014b). Acordada 1/2014.
 - (2014c). Acordada 32/14.
 - (2015). “Colegio de Abogados de Tucumán c/ Honorable Convención Constituyente de Tucumán y otro”.
 - (2016). Acordada 12/16.
- Courtis, C. (2006). Tutela judicial efectiva y afectaciones colectivas de derechos humanos. *Jurisprudencia Argentina*, II-1215.

- Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo N° 1 de La Plata. (2010). “Asociación Civil Miguel Bru c/ Ministerio de Desarrollo Soc. Pcia. Bs. As. s/ amparo”.
- (2016). “Asesoría de Incapaces N° 1 - La Plata c/ Fisco de la Provincia de Buenos Aires s/ Amparo”.
- Sabel, C. y Simon, W. H. (2004). Destabilizing rights: how public law litigation succeeds. *Harvard Law Review*, (117), 1015.
- Salgado, J. M. (2011). *Tutela individual homogénea*. Buenos Aires: Astrea.
- (2013). Legislar los procesos colectivos. *Revista de Derecho Procesal*, 1, Proyecto de Código Civil y Comercial. Aspectos procesales.
- (2014). Clase, certificación y registro de procesos colectivos. *La Ley*, E, 510.
- (2016). La Corte legisla sobre los procesos colectivos. *La Ley*, C, 626.
- Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires (2014). “López, Rodolfo Osvaldo c/ Cooperativa Eléctrica de Pehuajó”.
- Taruffo, M. (2008). *El proceso adversarial en la experiencia americana. El modelo americano del proceso de connotación dispositiva*. Bogotá: Temis.
- Verbic, F. (2007). *Procesos colectivos*. Buenos Aires: Astrea.
- (2014a). Un nuevo proceso para conflictos de interés público. *La Ley*, F, 805.
- (2014b). Apuntes sobre los proyectos en trámite ante el Congreso de la Nación para regular la tutela colectiva en la República Argentina. En J. M. Salgado (dir.), *Procesos colectivos y acciones de clase*. Buenos Aires: Cathedra Jurídica.

Sobre los autores y las autoras



MATÍAS GUILLERMO AGUIRRE

Estudiante avanzado de la carrera de Abogacía de la Universidad Nacional de José C. Paz.

MAURO BENENTE

Doctor en Derecho por la Universidad de Buenos Aires. Profesor titular de Filosofía del Derecho en la Universidad Nacional de José C. Paz y docente de Teoría del Estado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Becario posdoctoral del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas. Codirector del Proyecto “Derecho a la vivienda y litigio estructural” en la Universidad Nacional de José C. Paz, Director del Proyecto “Gubernamentalidad, constitucionalismo y derechos humanos” (DCT 1605) en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y Coordinador del Grupo de Trabajo “Pensamiento Jurídico Crítico” en el Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales. Codirector de *Bordes. Revista de política, derecho y sociedad*.

GERMÁN A. DEGANO

Abogado y Especialista en Administración de Justicia por la Universidad de Buenos Aires. Maestrando en Derecho Civil Constitucionalizado por la Universidad de Palermo. Docente de Derecho Procesal en la Universidad Nacional de José C. Paz, la Universidad de Buenos Aires y la Universidad de Palermo.

HORACIO JAVIER ETCHICHURY

Doctor en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad Nacional de Córdoba. *Master of Laws* por la Yale Law School. Abogado y Licenciado en Comunicación Social por la Universidad Nacional de Córdoba y Profesor adjunto en la misma Universidad. Investigador Adjunto del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas. Director de GIDES (Grupo de Investigación en Derechos Sociales) de la Universidad Nacional de Córdoba (GidesCordoba.blogspot.com).

DANIELA FRANCO

Estudiante avanzada de la carrera de Abogacía de la Universidad Nacional de José C. Paz.

FERNANDO GARCÍA

Abogado por la Universidad de Buenos Aires. Posgrado en Derecho Judicial en la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales. Docente de Derecho Procesal Civil y Comercial en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y en la Universidad Nacional de José C. Paz.

MARIELA PUGA

Doctora en Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Magíster en Derecho por la Columbia School of Law y por la Universidad de Palermo. Profesora titular de Derecho Constitucional en la Universidad Nacional de Entre Ríos y Profesora y Adjunta en la Universidad Nacional de Córdoba. Coordinadora Regional de la Dirección Nacional de Acceso a la Justicia. Directora de la Clínica Jurídica de Interés Público de Córdoba.

SEBASTIÁN ALEJANDRO REY

Profesor adjunto de Derechos Humanos en la Universidad Nacional de José C. Paz, Universidad Nacional de Avellaneda y Universidad de Buenos Aires. Profesor titular de la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado de la Procuración del Tesoro de la Nación. Magíster en Derechos Humanos por la Universidad Nacional de La Plata y Doctorando en Derecho por la Universidad de Buenos Aires. Investigador adscripto del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “A. L. Gioja” y Director de Proyectos de Investigación en Derecho DECyT (2012-2018).

LILIANA RONCONI

Doctora en Derecho por la Universidad de Buenos Aires. Profesora adjunta regular de Derechos Humanos en la Universidad Nacional de José C. Paz. Investigadora asociada de la Comisión de Investigaciones Científicas de la Provincia de Buenos Aires.

JOSÉ MARÍA SALGADO

Abogado por la Universidad de Buenos Aires. Profesor de Derecho Procesal en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y en la Universidad Nacional de José C. Paz. Ganador del Premio Mauro Cappelletti 2015 de la International Association of Procedural Law.

LAURA TARBUCH

Abogada y doctoranda en Derecho por la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Docente de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Coordinadora del Programa de Hábitat, Derecho a la Ciudad y Abordaje Territorial N° 3 del Ministerio Público de la Defensa de la Ciudad de Buenos Aires.

SEBASTIÁN TEDESCHI

Abogado por la Universidad de Buenos Aires y Magíster en Teorías Críticas del Derecho y la Democracia en la Universidad Internacional de Andalucía. Es Profesor adjunto de Filosofía del Derecho en la Universidad de Buenos Aires, y Profesor en la Maestría de Estudios Urbanos de la Universidad Nacional de General Sarmiento, de la Maestría en Políticas Sociales Urbanas de la Universidad Nacional de Tres de Febrero, y de la carrera de especialización de la Escuela del Servicio de Justicia. Actualmente es Secretario Letrado y Defensor Coadyuvante de la Defensoría General de la Nación de Argentina y coordina los programas de “Derechos Económicos Sociales y Culturales” y “Diversidad Cultural” de la Defensoría General de la Nación.

FEDERICO THEA

Abogado y Doctorando en Derecho por la Universidad de Buenos Aires. Máster en Derecho Público y Derechos Humanos por la University College London. Profesor titular de Derecho Público en la Universidad Nacional de José C. Paz y Profesor adjunto de Derechos Humanos y Garantías en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Director del Proyecto “Derecho a la vivienda y litigio estructural” en la Universidad Nacional de José C. Paz. Fue Secretario Legal y Administrativo del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas de la Nación entre 2013 y 2015 y actualmente es Rector de la Universidad Nacional de José C. Paz.



Derecho a la vivienda y litigio estructural representa un compromiso académico pero también un compromiso político y social con la exigibilidad de los derechos económicos sociales y culturales. El camino de la efectiva vigencia de los derechos sociales es extenso y está plagado de obstáculos, pero creemos que será más sencillo de recorrer si contamos con la compañía de los lectores y las lectoras de este libro.

[Extracto del Prólogo escrito
por los compiladores del libro,
Mauro Benente y Federico Thea]

I+D+i

Instituto Interdisciplinario
de Estudios Constitucionales