

DERECHO A LA VIVIENDA Y LITIGIO ESTRUCTURAL¹

Mauro Benente* (UNPAZ/CONICET/UBA)
Contacto: maurobenente@yahoo.com

I- Introducción

La irrupción de los Derechos Económicos Sociales y Culturales (DESC) dentro del constitucionalismo occidental se inscribe en dos procesos enmarcados en lógicas que no eran liberales: la Revolución mexicana, que culminó en 1917 y que sancionó la Constitución de Querétaro, y la revolución socialdemócrata de 1918 en Alemania, que en 1919 sancionó la Constitución de la República de Weimar. Ambos procesos estuvieron marcados por subjetividades olvidadas por el liberalismo clásico –campesinos y campesinas, obreros y obreras– y por propuestas políticas distintas al liberalismo político y económico, pero los nuevos derechos se incluyeron con la vieja estructura individualista propia del liberalismo.

En Argentina, la inclusión de los DESC y, en particular, del derecho a la vivienda, se produjo con la Constitución peronista de 1949 (art. 35.6) que fue derogada en 1956, pero la reforma de 1957 volvió a incluir algunos de esos derechos (art. 14 bis). Desde entonces y hasta fines del siglo XX, los DESC fueron conceptualizados como no exigibles judicialmente y meramente programáticos (Badeni, 1997: 497; Bidegain, 1994: 145; Sagüés, 1999: 110; Vanossi, 1987: 372-

¹ Esta ponencia se enmarca dentro del proyecto de investigación titulado “Derecho a la vivienda y litigio estructural”, bajo la dirección de Federico Thea y la codirección de Mauro Benente.

* Doctor en Derecho (UBA). Becario posdoctoral del CONICET. Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales A. L. Gioja. Docente de Teoría del Estado (UBA). Profesor Titular de Filosofía del Derecho (UNPAZ) y co-director del Proyecto de investigación orientado al desarrollo local “Derecho a la vivienda y litigio estructural” (UNPAZ) dirigido por Federico Thea.

374). Sin embargo, en las últimas décadas, una serie de publicaciones y pronunciamientos judiciales han avanzado en dotar de exigibilidad a los DESC. Una buena parte de los autores que enfatizaron la exigibilidad de los DESC mostraron que no existían diferencias sustanciales entre ellos y los denominados civiles y políticos (Abramovich y Courtis, 2002; Eide, 1995; Van Hoof, 1984), aunque también se alzaron voces proponiendo su operatividad, incluso marcando las diferencias con los derechos civiles y políticos (Atria, 2004a, 2004b).

Si bien implica un avance argumentar en vistas a tornar exigibles los DESC, una posible consecuencia de asimilar su estructura a la de los derechos liberales es brindar una respuesta judicial individual a problemas estructurales, como es el caso del derecho a la vivienda. Un peligro es caer en un fetichismo jurisprudencial que consagre accesos individuales e individualistas a la vivienda digna, olvidando que se trata de un problema estructural y colectivo. Esto no implica negar que los derechos civiles y políticos tengan una dimensión estructural, sino más bien enfatizar el carácter estructural de la violación a los DESC. Si bien en la Argentina existen varios trabajos académicos que han enfatizado en la necesidad de avanzar en remedios estructurales (Basch, 2010; Bergallo, 2006; Courtis, 2006; Grosman, 2008; Thea, 2012, 2010; Treacy, 2011), aquí nos interesa analizar la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) y de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires (SCBA), e indagar qué mirada existe respecto de la exigibilidad de los DESC y sobre su remedio estructural.

II- Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

Estudiar la extensa y numerosa jurisprudencia de la CSJN en materia de DESC merecería un trabajo separado, es por ello que me limitaré a dar cuenta de los pronunciamientos recientes sobre derecho a la vivienda. De todas maneras, el análisis de esta temática nos lleva 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”, 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 –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. Sobre la exigibilidad de los DESC, la Corte sostuvo que “esos derechos y deberes es que no son meras declaraciones, sino normas jurídicas operativas con vocación de efectividad”.² Ahora bien, restituyendo con otro lenguaje la distinción entre derechos programáticos y operativos, el tribunal propuso una diferenciación entre operatividad directa y derivada, subrayando que 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”.³

2 CSJN. “Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo”, Cons. 10.

3 CSJN. “Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo”, Cons. 11.

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”.⁴

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 veintinueve casos sobre derecho a la vivienda, distribuidos en otras tres sentencias. Junto con el caso caratulado “A. R., E. M.”,⁵ y sentenciado el 11 de diciembre de 2012, se resolvieron otras seis causas,⁶ con el caso “Accietto, Beatriz Rosa”, del 11 de diciembre de 2013,⁷ se resolvieron otras doce causas,⁸ y la última causa resuelta, del 16 de abril de 2013, fue “Silva Bailon, Melissa P”.⁹ La conformación de este listado tiene una pretensión de dar cuenta de un registro de causas en las cuales la CSJN se expidió sobre el derecho a la vivienda, pero también me interesa exponer una gran debilidad. En todos los casos existió una remisión a “Q. C., S. Y.” porque se consideró que se trataba de situaciones análogas, y se agruparon varias causas dentro de una misma sentencia, pero incluso advirtiendo estas similitudes en ningún momento se avanzó en una solución estructural de la problemática. A la Corte llegó 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 brindarle una misma solución, pero en lugar de avanzar en una solución estructural 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 y juezas avanzaron en decisiones individuales e individualistas.¹⁰

4 CSJN. “Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo”, Cons. 12.

5 A.294.XLVII.

6 “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.; “Nicoli, Juan C.”, N.69.XLVII.

7 A.216.XLVII.

8 “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.; “Robledo, Antonio Víctor”, R.354.XLVII.; “Robles, Carlos A.”, R.225.XLVII.; “Sánchez, Stella M.”, S.247.XLVII.

9 S. 682. XLVIII.

10 Por otra parte, es interesante notar que los casos no nos sitúan frente a simples problemáticas de acceso a la vivienda digna, sino que estos déficits se cruzaron con al menos una de estas complejidades, que hacían más gravosa la situación: a) discapacidad; b) problemas de salud graves, c) vejez, d) menores a cargo. Podría conjeturarse que los jueces de la Corte han elegido 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, transformaba los casos en especialmente 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 (“F., A. L. s/ Medida autosatisfactiva”, F. 259. XLVI) y cuando declaró la inconstitucionalidad de la penalización de la tenencia de estupefacientes para consumo personal el caso escogido fue uno en el que mediaba tenencia de marihuana –el estupefaciente más blando– y el portador la tenía en sus bolsillos –oculta del público– (“Arriola, Sebastián y otros s/ causa N° 9080”, A. 891. XLIV).

III- Jurisprudencia de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires

Hasta aquí he omitido una precisión, que aunque no abordaré necesito explicitar: en ningún momento detallé cuál es el catálogo de DESC, y es algo que en principio no me interesa realizar. Esto es así porque creo 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 he seguido el criterio clásico que supone que hay derechos que son en sí mismos económicos, sociales y culturales. En este plano decidí no analizar los casos sobre derechos laborales o asuntos vinculados a jubilaciones y pensiones, y esto se explica porque sobre ellos hay mayores discusiones respecto de su exigibilidad.

Realizada la mencionada exclusión, 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. De estas sentencias, aunque con algunas referencias conceptuales a los DESC en una de ellas, se discutía un asunto de estricta competencia jurisdiccional,¹¹ y de las restantes diecisiete solamente en dos no se resolvió en favor de los DESC, pero se trataba de dos casos con ciertas particularidades. En “F., S. E. c/ IOMA”, 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, IOMA contemplaba otro tipo de tratamiento, y a los ojos de la SCBA, la actora no había probado su inidoneidad,¹² por lo que el rechazo de la demanda se basó en razones probatorias. Por su lado, en “Fernández de Fernández, María Mercedes y otros contra Segovia, Robustiano y otros. Reivindicación” también se resolvió en contra del DESC invocado, pero se trataba de un caso en el cual el derecho a la vivienda digna fue vulnerado para hacer lugar a una acción de reivindicación.¹³

De las diecisiete sentencias analizadas –aquí no cuento la motivada en el conflicto de competencias–, 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,¹⁴ anterior a “Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo”, y

11 SCBA. “F. S. C. c/ Ministerio de Seguridad y ot. s/ materia a categorizar. –confl de competencia art. 7° inc. 1° ley 12.008–”, sentencia del 21 de agosto de 2013.

12 SCBA. “F. S. E. contra I.O.M.A. Medida autosatisfactiva -Recursos extraordinarios de inaplicabilidad de ley–”, sentencia del 13 de julio de 2011.

13 SCBA. “Fernández de Fernández, María Mercedes y otros c/ Segovia, Robustiano y otros. Reivindicación”, sentencia del 3 de abril de 2014. Los desalojados eran una pareja de avanzada edad y por ello 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.

14 SCBA, “P., C. I. y otro c/ Provincia de Buenos Aires. Amparo. Recurso de inaplicabilidad de ley”, sentencia del 14 de junio de 2010.

las otras tres fueron dictadas con posterioridad al pronunciamiento de la CSJN. De estas tres sentencias, una corresponde a la acción de reivindicación y en las restantes dos sentencias, los jueces de la SCBA restituyeron el carácter derivado de la operatividad de los DESC,¹⁵ pero lo interesante es que en el pronunciamiento anterior, el carácter exigible de los DESC se desarrolla con mayor potencia. El caso “P, C. I. otros c/ provincia de Buenos Aires” fue resuelto el 14 de junio de 2010, un mes después de que el Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de la Ciudad de Buenos Aires aplicara en “Alba Quintana” un criterio muy restrictivo sobre el derecho a la vivienda.¹⁶ La jurisprudencia de la SCBA era notablemente más progresista que la del TSJ, y de lo que sería la posterior doctrina de la CSJN.

En “P, C. I. otros c/ provincia de Buenos Aires”, el Juzgado en lo Criminal N° 2 de La Plata 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–, ordenando 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 confirmó la sentencia pero extendió la condena, ordenando al Ministerio de Infraestructura, Vivienda y Servicios Públicos implementar un programa de acceso a una vivienda a favor de los amparistas y a que se les provea una cobertura asistencial (acompañante terapéutico). Los aspectos sustanciales fueron resueltos por el juez De Lázzari, quien no dudó en dotar de exigibilidad a los DESC, y además entendió que la sentencia de la Cámara no había identificado de modo preciso la conducta que debía desarrollar el poder administrador.¹⁷ 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 y hasta tanto se dé cumplimiento se dispuso que cubran el alojamiento de un hotel o complejo habitacional. Finalmente, se ordenó incluir a la señora P. y su familia en un régimen de subsidios mensual que garantice un equivalente al monto móvil del salario mínimo y vital.

En términos generales, la jurisprudencia de la SCBA marca un sendero de interesante exigibilidad y justiciabilidad de los DESC. En términos particulares del derecho a la vivienda, hasta el pronunciamiento de la CSJN, la doctrina de la SCBA era incluso más progresista. De todas maneras, incluso dentro de este marco muy respetuoso de los DESC, en ninguno de los casos analizados –sea de vivienda o de DESC en general– el tribunal avanzó en remedios estructurales.

15 SCBA, “B., A. F. c/ Provincia de Buenos Aires. Amparo. R.I.L.”, sentencia del 3 de julio de 2013, “A., G.C.. Amparo. R.E.N.-R.I.L.”, sentencia del 30 de octubre de 2013.

16 TSJ, “Alba Quintana, Pablo c/ GCBA y otros s/ amparo (art. 14 CCABA) s/ recurso de inconstitucionalidad concedido”, sentencia del 12 de mayo de 2010.

17 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 descrita, concretar la consecución de la igualdad y que se cumpla con el mandato constitucional de asegurar la protección integral de los derechos”. Voto de De Lázzari, punto VII.

IV- Bibliografía

- Atria, F. (2004a). ¿Existen derechos sociales? *Discusiones*, 4, 15-59.
- (2004b). Réplica: derecho y política a propósito de los derechos sociales. *Discusiones*, 4, 145-176.
- Abramovich, V. y Courtis, C. (2002). *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta.
- Badeni, G. (1997). *Instituciones de derecho constitucional*. Buenos Aires: Ad Hoc.
- Basch, F. (2010). *Breve introducción al litigio de Reforma Estructural*. (Documento base). Seminario “Remedios Judiciales y Monitoreo de Ejecución de Sentencias en el Litigio de Reforma Estructural”. Buenos Aires. Recuperado de <http://www2.nycbar.org/vancecenter/images/stories/pdfs/BreveIntroduccionALLitigioDeReformaEstructural.pdf>
- Bergallo, P. (2006). Apuntes sobre justicia y experimentalismo en los remedios frente al Litigio de Derecho Público. *Suplemento Jurisprudencia Argentina*, 21/6/2006-JA 2006-II-1165.
- Bidegain, C. M. (1994). *Curso de derecho constitucional*. Buenos Aires: Abeledo- Perrot.
- Courtis, C. (2006). Tutela judicial efectiva y afectaciones colectivas de derechos humanos. *Suplemento Jurisprudencia Argentina*, II, 1215.
- Eide, A. (1995). Economic, Social and Cultural Rights as Human Rights. En C. Krause y A. Rosas, *Economic, Social and Cultural Rights* (pp. 21-49). Boston: Kluwer.
- Grosman, L. S. (2008). *Escasez e Igualdad. Los derechos sociales en la Constitución*. Buenos Aires: Librería.
- Sagüés, N. P. (1999). *Elementos de derecho constitucional*. Buenos Aires: Astrea.
- Thea, F. G. (2010). Hacia nuevas formas de justicia administrativa: apuntes sobre el litigio estructural en la Ciudad de Buenos Aires. Comentario a “Acuña, María Soledad c/GCBA s/Amparo” (CamCAyT Sala I del 23/12/2008). *La Ley* (Suplemento Administrativo), 17.
- (2012). La reforma estructural en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Revista RAP*, XXXIV (400).
- Treacy, G. F. (2011). El litigio de Derecho Público en los Tribunales: Poder Judicial y Políticas Públicas. (Disertación). *I Jornadas de Derecho Constitucional del GCBA*, Centro Federal de Estudios de Derecho Público e Instituto Superior de la Carrera del GCBA, Ciudad Autónoma de Buenos Aires.
- Van Hoof, V. (1984). The Legal Nature of Economic, Social and Cultural Rights: A Rebuttal of Some Traditional Views. En P. Alston y K. Tomasevski, *The Right to Food* (pp. 97-110). Utrecht: Martinus Nijhoff.
- Vanossi, J. R. (1987). *El Estado de Derecho en el constitucionalismo social*. Buenos Aires: Eudeba.