



LABORATORIO DE
Políticas Públicas

LA DEFENSA JUDICIAL DE LOS DESC

Por Virginia Martínez Bonora

Marzo de 2012

Enfoque de
Derechos /
Vivienda /
Políticas sociales
en Ciudad de
Buenos Aires#

En las últimas décadas la Argentina experimentó una transformación social, política y económica profunda inspirada en la ideología neoliberal que generó un fuerte aumento de la pobreza, el desempleo y la desigualdad social¹. Al mismo tiempo, nuestro país ha otorgado jerarquía constitucional a diversos tratados internacionales que obligan al Estado a garantizar los Derechos Económicos, Sociales y Culturales² (en adelante DESC). En el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires y dado el carácter trunco de las políticas habitacionales implementadas en los últimos años, escenario en el que el Ejecutivo incumplió sistemáticamente con lo prescrito en la Constitución (local y nacional), la defensa del derecho a la vivienda se ha hecho tomando como instrumento principal la invocación de la obligación del Estado de reparar ese derecho social vulnerado vía demanda ante el Poder Judicial. En otras palabras, se recurre a la demanda ante una autoridad independiente para que haga cumplir la obligación de garantizar el derecho a la vivienda o imponga reparaciones o sanciones por el incumplimiento de la misma. Frecuentemente, los tribunales de justicia rechazan estas acciones, bajo el argumento de que los DESC son derechos de tipo programático, “incompletos” o indefinidos de contenido, no invocables frente a los jueces, sino solo dirigidos a guiar la acción de los poderes públicos.

Si bien existen funcionarios en el Poder Judicial de la Ciudad que se guían bajo los parámetros de los DESC, es sabido que son pocos y que suelen entrar en conflicto con la misma institución al actuar bajo aquellos parámetros³. No obstante, en este apartado intentaremos mostrar una síntesis de los aspectos más relevantes del proceder de solo una parte del Poder Judicial, el Ministerio de Defensa Pública, llevado a cabo a partir de recursos de amparo por acciones de desalojo iniciadas por particulares o por el mismo Estado contra “ocupantes ilegales”, ya sea de terrenos públicos como privados.

¹ Este proceso de transformación –que comenzó a mediados de los años setenta con la dictadura militar y se consolidó y profundizó en los noventa con las reformas estructurales del Estado– puede ser definido como una “nueva cuestión social” que obliga a “repensar los derechos” e inventar nuevas formas de protección desligadas de la condición salarial (Rosanvallon, 1995).

² En 1994 Argentina ratificó once tratados de DDHH y les otorgó jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22) Los mismos son: Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas (1948); Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, (1948); Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969); Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), (1966); Convención para la Prevención y sanción del delito de genocidio, (1948); Convención sobre la eliminación de toda forma de discriminación racial, (1965); Convención sobre todas las formas de discriminación contra la Mujer, (1979); Convención contra la tortura y otros tratos, y penas crueles, inhumanos o degradantes, (1984); Convención sobre los Derechos del Niño (1989); Convención Interamericana sobre Desaparición forzada de personas (1994); Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y erradicar la violencia contra la mujer “Convención de Belem do Pará” (1994).

³ CELS 2008 y 2009.



Es necesario señalar que no debe confundirse esta muestra –que tiene como objeto indicar, en esta instancia, los resultados positivos de la exigibilidad judicial de los DESC– con el universo de la problemática habitacional y las acciones judiciales concomitantes. Algunos autores señalan que “las cortes están redefiniendo políticas públicas decididas por las autoridades representativas, y los ciudadanos están usando la ley y discursos de derechos como instrumentos políticos para abordar demandas privadas y sociales” (Smulowitz, 2008:195). La postura de este trabajo no es tan taxativa al respecto. Sobre la redefinición de las políticas públicas por el accionar judicial, en algunos casos ha logrado un alcance colectivo positivo modificando ciertos aspectos del diseño de programas sociales; pero también ha llevado al desarrollo de políticas sociales cuyos diseños han encontrado la posibilidad de restringir el alcance real de los DESC. Las sentencias con mandatos de prestaciones concretas a veces funcionan como advertencia al Ejecutivo, indicando que deben anticiparse a definir un curso de acción no previsto.

La hipótesis de este trabajo es que la judicialización de los DESC, fuera de una acción colectiva contenciosa (Tarrow, 1994) llevada a cabo por un movimiento social que trascienda los límites de la acción judicial, puede constituirse como un límite a la entidad que los DESC adquieran en tanto derechos, acercándolos a “derechos de asistencia” o “derechos prestación”, con un formato similar al de las actuales políticas asistenciales de la Ciudad. Las mismas, incluyendo los programas de transferencias de ingresos, continúan con la lógica imperante durante el nefasto periodo de la convertibilidad.

Las políticas asistenciales (sean de transferencia de bienes, servicios, ingresos monetarios, o incluso de reinserción tutelada en el mercado de trabajo) se constituyeron durante la convertibilidad como un conjunto de mecanismos de transferencia de bienes y servicios a los “pobres”: aquellos individuos y grupos que presentan dificultades y riesgos específicos para resolver su reproducción a través del mercado de trabajo o acceder a las condiciones de vida básicas garantizadas por el complejo de políticas universales (Esping Andersen, 1993) que en nuestro país históricamente han beneficiado a los trabajadores asalariados.

Las políticas de transferencia de ingresos que se implementaron en este periodo se diseñaron bajo el supuesto de que el desempleo y la pobreza son derivados de problemas de carácter individual⁴ (Barbeito et. Al. 2003). Estas políticas asistencialistas⁵ fueron el resultado del orden político institucional neoliberal y sus políticas de ajuste, el cual fundó su legitimidad mediante un discurso que

⁴ Este supuesto no es privativo de las políticas sociales del período y/o del gobierno de turno: para el PNUD, la pobreza se define como “la incapacidad de las personas de vivir una vida tolerable (...)” (en Feres y Mancero, 2001). De igual manera, en la actualidad el SIEMPRO-SISFAM define a la vulnerabilidad social como “el resultado de los impactos provocados por el patrón de desarrollo vigente [que] expresa la incapacidad de los grupos más débiles de la sociedad para enfrentarlos, neutralizarlos u obtener beneficios de ellos” (SIEMPRO SISFAM, 2005:10).

⁵ En contraposición a políticas de asistencia “inscriptas en un marco global de derechos y garantías que asumiera la naturaleza histórico estructural de la desigualdad social” (Grassi, 2003:28).



a la vez que “mostraba” la desigualdad, la concebía como resultado de un orden social “natural” resultante de las (in)capacidades de los sujetos individuales. Las políticas asistencialistas institucionalizan “la desigualdad estructural como carencia particular o del sujeto individual, en el marco de un orden naturalizado al que solamente cabe adaptarse” (Grassi, 2003:28). Otro supuesto implícito en los programas de transferencias de ingresos de este periodo es que las instituciones universales de seguridad social son “intromisiones” y que los derechos sociales asociados al trabajo son sobrecostos laborales y desestímulos al esfuerzo individual (Barbeito et. al. 2003). Se consolidó la idea de que las políticas sociales son residuales, en el sentido de que deben actuar allí donde el mercado “no llega”.

El Régimen de Bienestar en Argentina⁶ combinó una lógica de funcionamiento típico del régimen corporativo meritocrático⁷ con un discurso universalista, además de incorporar un conjunto desarticulado y menor de políticas residuales focalizadas (asistencia social) destinadas a situaciones de emergencia de personas que carecían de vínculos con el mercado de empleo formal (algo que no se diferencia mucho de la situación actual). Durante su consolidación y hasta mediados de la década del setenta, el empleo alcanzó tasas de salarización y formalización importantes. Las reformas implementadas durante la década menemista significaron una ruptura con este régimen de organización económica sostenido sobre la red de seguridad laboral (Barbeito et al) y la retracción del Estado de Bienestar.

“La consecuencia es que este tipo de régimen minimiza los efectos de desmercantilización, limita con efectividad el alcance de los derechos sociales y construye un orden de estratificación que es una mezcla de una relativa igualdad de pobreza entre los beneficiarios de la protección social, de un bienestar social para mayorías diferenciado por el mercado y un dualismo político de clase entre los dos” (Esping Andersen, 1993:47).

El sustento teórico de las reformas de los noventa fue la teoría económica neoclásica. La misma sostiene que el bien público puede alcanzarse solo si cada individuo es responsable de su propio bienestar, sin interferencias del Estado. De hecho, el lugar del Estado se limita al de proveedor de una estructura legal que garantice las condiciones para el libre funcionamiento del mercado (el cual sería

⁶ En países como Argentina, es más preciso hablar de “Régimen de Bienestar”, ya que no se alcanzó el grado de institucionalización que presentan los países centrales analizados por Esping Andersen.

⁷ Este sistema sostiene que las necesidades sociales deben ser alcanzadas en base al mérito, los rendimientos en el trabajo y la productividad. La herramienta de política asociada a este régimen es el seguro social: tiende a limitar su cobertura a la fuerza de trabajo asalariada y a algunos de sus dependientes. Se financia por aportes de los asegurados, por contribuciones de sus empleadores y complementariamente por el Estado.



el autentico regulador del mundo social). Es por esto que los argumentos neoliberales sobre las causas de la crisis del Estado de Bienestar en Argentina sostenían que los arreglos institucionales imperantes hasta ese momento no eran competitivos.

Actualmente, tanto la “focalización” en “pobres e indigentes” de acuerdo a estrictas evaluaciones y requisitos probatorios (*pobres de verdad*⁸) como la carga en el individuo de la responsabilidad sobre la situación de pobreza e indigencia padecida, persisten aún con la misma o mayor fuerza que en la etapa anterior.

Esta orientación de la política social no solo es heredera de las políticas sociales de la etapa de la convertibilidad, sino que posee prácticamente las mismas características que Esping Andersen (1993) le adjudica al tipo liberal o residual de régimen de Estado de Bienestar: predominio de la asistencia en base a la evaluación de los medios disponibles de vida (*means tests*), transferencias monetarias mínimas (por lo general muy por debajo de la línea de pobreza), requisitos de acceso restrictivos y por lo general estigmatizantes.

El enfoque de derechos en las políticas sociales

La voluntad de pensar las políticas públicas y, particularmente, las políticas sociales no como acciones de asistencia social dirigidas a paliar situaciones de carencia –esta última definida coyunturalmente en base al punto de encuentro entre la voluntad estatal, los recursos disponibles y lo que en ese momento se conciba como umbral mínimo de subsistencia– sino como “obligaciones estatales para el cumplimiento efectivo de los derechos humanos” (Abramovich y Pautassi, 2006), ha llevado a varios autores a analizar el ejercicio posible de los DESC desde lo que se denomina el “enfoque de derechos”, esto es, estudiar las potencialidades y las acciones efectivas de las políticas sociales desde la óptica de derechos que generan obligaciones desde el Estado y garantías para los sujetos.

Esta perspectiva pone el acento en una de las características del derecho: brindar la “posibilidad de dirigir un reclamo ante una autoridad independiente del obligado –habitualmente, un juez– para que haga cumplir la obligación o imponga reparaciones o sanciones por el incumplimiento” (Abramovich y Pautassi, 2006). La tesis convencional que concibe los derechos sociales como no justiciables argumenta que los derechos civiles y políticos, a diferencia de los primeros, imponen al Estado obligaciones negativas, es decir que imponen al Estado prohibiciones que no requieren de la

⁸ Aquellos que tienen ingresos menores que una línea de pobreza establecida y que muestran además un alto índice de privación (Boltvinik, 2003).

realización de “acciones” para garantizar su cumplimiento. Pero para garantizar el derecho de propiedad o de libertad el Estado debe contar con oficinas públicas, registros civiles, de propiedad, etc. que hagan posible la existencia real de dichos derechos y, por supuesto, requiere también de erogaciones presupuestarias y recursos públicos (Abramovich y Curtis, 2006; Abramovich y Pautassi, 2006; Arcidiácono y Gamallo, 2009). Este argumento reafirma la idea de que teóricamente no hay razones para pensar los derechos sociales como diferentes a los civiles y políticos; por lo tanto, y al igual que éstos, son exigibles judicialmente e imponen obligaciones positivas y negativas al Estado.

A partir de este punto, entonces, se establecen obligaciones cuyo incumplimiento activará diferentes mecanismos de responsabilidad o de garantías. El enfoque de derechos sostiene que este reconocimiento es a su vez reconocimiento de un campo de poder para los titulares de derecho, actuando así como forma de “restablecer equilibrios en el marco de situaciones sociales marcadamente desiguales” (*op. cit.* pág. 19).

Así, la justiciabilidad supone una técnica de garantía del cumplimiento de las obligaciones que se desprenden del derecho de que se trate. En la Argentina, la Corte Suprema aplica en forma directa o alude a normas de tratados que protegen DESC para complementar normas constitucionales existentes. También apela a las decisiones e informes de los órganos de protección del Sistema de Naciones Unidas y del Sistema Interamericano para interpretar textos internacionales o la propia Constitución.

Desalojos forzosos en la Ciudad de Buenos Aires

La Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires informó que las causas ingresadas a la justicia nacional en concepto de desalojos ascendieron, durante el 2006, a 4.833. Asimismo, en aquel año la justicia dictó 1.976 sentencias de desalojo.

Antes de la finalización de 2007, más de 2.300 familias fueron desalojadas. Aunque generalmente los desalojos son procesos impulsados por particulares, una parte de ellos es generada por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y por el Organismo Nacional de Administración de Bienes del Estado (ONABE).

Características de los desalojos en la CABA: los desalojos forzosos

El Comité DESC define a los desalojos forzosos como aquellos procedimientos por los cuales se obliga a “salir a las personas de los hogares que ocupan en forma permanente o provisoria, sin ofrecerles medios apropiados de protección legal o de otra índole [...]” Es decir, que no solo el

desalojo forzoso viola el derecho a la vivienda, sino que también expone a las personas a la vulneración de otros derechos. Por esto el Comité expresó que los Estados parte debían adoptar las medidas necesarias (y utilizando el máximo de los recursos disponibles) para proporcionar una solución habitacional a las personas desalojadas.

Es interesante comparar la opinión del Comité, según la cual una legislación que evite los desalojos forzosos es esencial para la protección del derecho a la vivienda, con el veto del Ejecutivo (Gestión Macri) a la ley (votada por sus legisladores) que prohibía los desalojos forzosos.

De acuerdo a información publicada por el CELS en su informe anual de 2008, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil registra para el período 2006-2008 el inicio de 12.661 expedientes de desalojo. A su vez, se observa la proliferación de causas penales por el delito de usurpación, en las cuales suele requerirse el desalojo del inmueble. Así, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal ha informado el inicio de 1.362 de estas causas en aquel período, al tiempo que la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal registra 248 expedientes en esos años.

Por su parte, la Defensoría General de la CABA publica en su Informe de Gestión 2007-2009, las siguientes acciones llevadas a cabo en defensa del derecho a la vivienda:

a. Tribunal Superior de Justicia (TSJ): Por emergencia habitacional, se radicaron ante el TSJ siete acciones de amparo. En palabras de la misma Defensoría, la misma: “asumió la intervención correspondiente y participó de las sucesivas audiencias conciliatorias convocadas por distintos jueces del Tribunal Superior de Justicia, a fin de efectuar propuestas útiles para la solución de la problemática involucrada”. En cuanto a la postura del TSJ, el mismo “dictó sentencia, haciendo lugar parcialmente al recurso de inconstitucionalidad y confirmó el pronunciamiento dictado por la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario, que ordenó al gobierno local brindar adecuada cobertura de la emergencia habitacional de los grupos familiares, y orientación en la búsqueda de una solución superadora de su situación de calle” (Informe de Gestión).

El mencionado informe señala con detalle la resolución de uno de estos siete recursos de amparo, donde “de los tres actores que iniciaron la acción de amparo, dos de ellos, con sus respectivos grupos familiares, egresaron del programa asistencial ejerciendo la opción de cobro del subsidio contemplado en el Decreto GCBA Nº 1.234/04, mientras que el restante amparista, desistió del recurso oportunamente interpuesto y se encuentra gestionando un crédito con garantía hipotecaria para la adquisición de una vivienda ante el IVC (Instituto de la Vivienda de la Ciudad de Buenos Aires)”.

Es decir que el éxito de la demanda judicial por el derecho a la vivienda vulnerado radicó, para el MPD y para el TSJ, en el ingreso de los demandantes a programas asistenciales preexistentes que ya



tenían como objeto a esta población y que, además, probaron ampliamente su fracaso. Retomaremos este punto más adelante.

b. Actuaciones en instancias inferiores:

Actuaciones en el Fuero Contencioso Administrativo y Tributario.

- La Defensoría Oficial CAyTNº 1 informó la radicación en Cámara de: veintiocho (28) acciones de amparo por emergencia habitacional.
- La Defensoría Oficial CAyTNº 2 informó la radicación en Cámara de: cincuenta y ocho (58) acciones de amparo por emergencia habitacional.

El Informe señala, también en esta instancia, como resultado positivo de la gestión del Defensor General en la causa caratulada “Cooperativa Limitada de Trabajo El Ceibo y otros c/ GCBA y otros s/ amparo (art. 14 CCABA)”, la orden del Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario Nº 10 al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires de notificar al Defensor General de la Ciudad e informar al Juzgado, con antelación de cinco días hábiles a la desocupación de cualquier asentamiento de cartoneros en el dominio público, *las medidas a adoptar para asegurar los bienes de las personas a desalojar*. A riesgo de que la observación resulte un tanto escéptica, no parece que la judicialización de los DESC resulte en un avance en la conquista de los mismos.

En ese sentido son interesantes las estadísticas de las Defensorías de primera instancia ante el fuero Contencioso Administrativo y Tributario de 2008, donde puede fácilmente observarse que, aun manteniendo en suspenso el hecho de que solo un número reducido de personas que son afectadas en la vulneración de su derecho a la vivienda acceden al reclamo legal, la distancia existente entre las consultas atendidas y las causas iniciadas amerita un análisis que la explique. En principio y como simple sospecha parecería ser que en pocos casos la Defensoría Oficial (y recordemos sus objetivos de defensa de los derechos sociales) admite estar ante un caso de vulneración del derecho a la vivienda.

Cantidad de causas atendidas e iniciadas por la Defensoría Oficial en lo CAyT Nº 1 - 2008					
Materia	Consultas atendidas	Causas iniciadas	Medidas Cautelares	Sentencia 1º instancia	Sentencias 2º instancia
Emergencia Habitacional	6438	175	71	6	5



Cantidad de causas atendidas e iniciadas por la Defensoría Oficial en lo CAyT Nº 2 - 2008					
Materia	Consultas atendidas	Causas iniciadas	Medidas Cautelares	Sentencia 1º instancia	Sentencias 2º instancia
Emergencia Habitacional	921	247	71	6	5

Al respecto, los autores anteriormente señalados, que defienden la justiciabilidad de los DESC como una manera de darles mayor entidad en cuanto derechos, señalan no obstante varias deficiencias del sistema judicial local.

En primer lugar, los mecanismos procesales fueron diseñados para la resolución de conflictos que involucran solo dos partes contendientes, donde los derechos suelen ser renunciables o transables. La problemática habitacional es entendida judicialmente como un mero conflicto entre particulares en iguales condiciones y no se consideran como la vulneración de un derecho. En los casos descriptos en el Informe Anual 2008 realizado por el CELS, los jueces nacionales no repararon en la concomitante violación de derechos sociales que implicaba la defensa del derecho a la propiedad. Se limitaron a constatar la controversia judicial que dio inicio al trámite, tomando en consideración el derecho del actor a disponer libremente de su propiedad. Por supuesto que tampoco consideraron que el derecho social vulnerado de los demandados involucra y genera obligaciones para el Estado. En casos de desalojos de familias con niños, la Asesoría Tutelar o no es invocada por los jueces que desalojan, o no se permite su presencia cuando la solicitan los demandados, o los mismos funcionarios de la Defensa Pública rechazan participar en tanto tales. El CELS menciona que muchas veces los mismos representantes del Ministerio Público entienden el problema de los desalojos como un mero conflicto individual entre particulares.

En segundo lugar, los fallos judiciales relativos a la defensa de los DESC no constituyen remedios de cumplimiento inmediato, en general no se agotan en un solo acto ni involucran a un solo obligado sino a una multiplicidad de actores; la sentencia no culmina el proceso ni dicta la solución definitiva que se adoptará (Arcidiácono y Gamallo, 2009). Al mismo tiempo –y como factor endógeno a la práctica judicial– es innegable que la experiencia subjetiva de alteridad con respecto a la población demandante se manifiesta en la práctica judicial, haciendo aún más difícil el reconocimiento de la entidad propia de los DESC. En cuanto a los defensores particulares, en general estos no interpretan el litigio en relación a derechos sociales vulnerados; por ello, no utilizan en sus presentaciones fundamentos del derecho internacional. Excepcionalmente citan la Constitución nacional o de la Ciudad.



En el breve análisis de la acción efectiva del MDP, observamos que en los casos en que los resultados fueron interpretados como exitosos esto consistió en la inclusión de los demandantes en un programa social de corte asistencialista. En la medida en que las resoluciones del Poder Judicial tiendan a reiterar este tipo de dictámenes, se verá dificultada la constitución de los DESC como derechos plenos. No obstante lo señalado, también es cierto que en otras áreas del poder judicial los dictámenes son más específicos y proactivos y en ese sentido hasta construyen políticas públicas donde el Estado las ha vaciado de contenido; pero, por un lado, son supeditadas al efectivo cumplimiento del Ejecutivo (reacio en tal sentido) y, por el otro, siguen siendo de carácter excepcional, lejos de constituirse el enfoque de los DESC como una orientación instituida en el poder judicial. De hecho, la institucionalización de los DESC por la vía de la resolución judicial tiende a repetir el mismo patrón que el de las políticas asistencialistas: en el marco de las obligaciones positivas que tiene el Estado (de garantizar el ejercicio de un derecho cuando el titular no puede hacerlo por sí mismo a través de prestaciones que cubran ciertas necesidades básicas), lejos de asegurar condiciones mínimas de subsistencia, interviene discrecionalmente otorgando un beneficio, que no alcanza siquiera para cubrir los estándares mínimos de calidad de vida.

Además, debe señalarse el riesgo que implica que la lucha por los DESC se realice solo dentro del campo del poder judicial: la dinámica de la misma queda absorbida por la cultura jurídica local, sobre todo del MPD; conservadora, entiende a los DESC como derechos programáticos; en lo que respecta al conflicto entre el derecho a la vivienda y a las acciones de desalojo, lo trata bajo la lógica de que constituye un conflicto entre particulares y actúa ante el mismo solo de manera reactiva.

El poder judicial como poder político

Anteriormente fueron señaladas las críticas al accionar del Poder Judicial, tanto desde el ámbito académico como desde el CELS, actor fundamental en litigios de este tipo en la CABA. De las observaciones realizadas por este último transcribiremos dos que se relacionan, al menos dentro de este trabajo, con el carácter de la función política del poder judicial en la Ciudad:

“del análisis de estos expedientes surge que, en general, todas las medidas judiciales están dirigidas, casi con exclusividad, a facilitar el desalojo efectivo de los ocupantes y no a buscar respuestas –ni duraderas ni transitorias– a los problemas habitacionales de los desalojados”

“Resulta alarmante que estos funcionarios no adviertan la acuciante situación habitacional que está en el trasfondo del conflicto y que permanezcan ajenos a ella, a pesar de que su intervención podría contribuir a mejorar el efectivo cumplimiento del derecho social en cuestión. Aun si se entendiera que a la Defensa Pública no le corresponde ninguna actuación directa en estos casos, su cercanía con el problema la ubica en una posición estratégica para advertir a las otras agencias públicas y promover alguna solución institucional a la afectación de estos derechos.”



Pareciera ser que la crítica elaborada sobre el Poder Judicial es que el mismo no actúa asumiendo los costos de aceptar la contradicción entre igualdad formal y justicia social. Y es poco probable que lo asuma en tanto no exista una presión suficiente que lo obligue a hacerlo.

El poder judicial es un poder político y, en tanto tal, está atravesado por disputas en torno a su accionar. Boaventura de Sousa Santos (2006) señala, para los países centrales, tres grandes periodos en el significado socio político de la función judicial: el del Estado Liberal, el del Estado de Bienestar y el del período de crisis del Estado de Bienestar. Durante el primer período, la neutralización política del poder judicial se obtenía mediante el principio de legalidad; esto es, a partir de la prohibición de que los jueces decidan “contra legem” y, en paralelo, la aplicación del derecho bajo la lógica. En este período el poder judicial es reactivo (actúa cuando es solicitado por las partes o por otros sectores del Estado) y los litigios son individualizados en dos aspectos: tienen contornos claramente definidos por estrictos criterios de relevancia jurídica y suceden entre individuos.

Las condiciones para la politización de la función judicial fueron creadas, en el período del Estado de Bienestar, por el incremento de los derechos de ciudadanía que durante él se dieron. Al respecto, debemos recordar el esquema propuesto por Claus Offe (1984) en base a tres subsistemas diferenciados (Económico, Político-Administrativo y Socio-Cultural) cuya dinámica los interrelaciona, intentando atender el conflicto central que subyace en todas las sociedades modernas: por un lado, la distribución desigual de la riqueza (subsistema Económico) y por el otro, la distribución igualitaria de los derechos (subsistemas Político-Administrativo y Socio-Cultural). Dado que en las sociedades capitalistas el subsistema dominante es el económico, prima como principio de organización el intercambio en el mercado, por lo que las posibilidades de inclusión de las personas en el mismo dependen de lo que cada una tenga para intercambiar.

De esta forma, el Estado de Bienestar aparece en el intento por moderar dicho conflicto, compensando las consecuencias políticas más intolerables de las brechas funcionales que se originan y que no pueden ser cubiertas por el libre funcionamiento del mercado, mediante la instauración de instituciones que otorgan y distribuyen entre los individuos una capacidad de intercambio diferente a la que determina el mercado, creando una suerte de “moneda social” (Lo Vuolo, 1991). El “valor de cambio” de la misma no está definido por la riqueza de su titular, sino por una norma legal legitimada por las estructuras de integración social vigentes. Las instituciones que lo componen producen y prestan bienes y servicios estratégicos en todos aquellos procesos que hacen a la reproducción social: salud, educación, alimentación, vivienda, medio ambiente, seguridad, etc. De esta manera, el Estado de Bienestar reemplaza –en forma parcial– los derechos de propiedad por los derechos de ciudadanía y el contrato privado por las intermediaciones de las instituciones políticas (Lo Vuolo, 1991:31).

A partir de entonces y en los países centrales la garantía efectiva de derechos sociales fue políticamente distribuida por los poderes ejecutivo y legislativo, por un lado, encargados de la creación de los servicios y de las partidas presupuestales y, por otro, por el poder judicial como



recurso de instancia ante las violaciones del pacto de garantía. Así, el Estado asumió la gestión –a través de sus distintos órganos y poderes– de la tensión entre justicia social e igualdad formal. El poder Judicial debió afrontar su cuota de responsabilidad política; habituado a la administración de la justicia retributiva, tuvo que incorporar los patrones de justicia distributiva adoptados por el poder ejecutivo y legislativo. De esta manera, según Sousa Santos, la justicia retributiva se transformó en una cuestión de derecho mientras la justicia distributiva pasó a ser una cuestión política:

“En el momento en que la justicia social, bajo la forma de derechos, se enfrentó en el terreno judicial con la igualdad formal, la legitimidad procesal-formal en que los jueces se habían apoyado en el primer período entró en crisis. La consagración constitucional de los derechos sociales volvió más compleja y más “política” la relación entre la Constitución y el derecho ordinario, y los jueces se fueron obligados a decidir con base en las condiciones del ejercicio efectivo de esos derechos” (2006:125)

De esta articulación entre movilización judicial e integración política resultó la legitimación del poder político en su conjunto. El surgimiento de los derechos sociales, dado que fue también resultado de la acción de actores colectivos que en tanto tales los demandaron, en cierta forma “desindividualizó” –siempre en relación a los países centrales– los litigios, ya que fue cada vez más complicado diferenciar intereses colectivos de individuales en materia de derecho social.

El actual periodo de crisis del Estado de Bienestar en Europa encuentra como patrón de intervención judicial el señalamiento de la responsabilidad política en casos de corrupción. El protagonismo judicial en esta etapa, al igual que en la anterior, implica un enfrentamiento con la clase política y con otros órganos del poder de Estado, sobre todo del Ejecutivo.

La movilización de los jueces a partir de la demanda de la ciudadanía en los campos civil, laboral, administrativo, etc., implica siempre la conciencia de derechos y la afirmación de la capacidad en la acción de reivindicación de los mismos y en este sentido es una forma de ejercicio de ciudadanía y de participación política. Es por esta razón que las asimetrías sociales, económicas y culturales, en cuanto a la capacidad que tienen para movilizar a los jueces, plantean interrogantes relativos a la justicia social y simultáneamente a las condiciones del ejercicio de la ciudadanía. La visibilidad social y política del acceso, del costo y de la morosidad de la justicia como temas de debate público deriva de la capacidad o incapacidad integradora del sistema político.

El panorama descrito por Sousa Santos no se corresponde necesariamente punto por punto al escenario local. Como este mismo autor señala, el poder judicial como poder político, como órgano de soberanía, se asume en tanto tal solo cuando interfiere con otros poderes políticos. En la Ciudad de Buenos Aires, la movilización judicial responde al accionar excepcional de algunos funcionarios, pero no es una tendencia clara. En lo que respecta en particular al MPD, como se señaló anteriormente, más allá del discurso institucional, su acción efectiva en la defensa de los DESC es muy limitada.



Aquí la diferencia con la trayectoria de la movilización judicial en los países centrales es bien marcada. Además de lo señalado por Sousa Santos, es interesante la lectura realizada por Ulrich Beck (2006) sobre el ámbito jurídico como forma de la subpolítica. El autor señala que los derechos humanos y sociales, en su pretensión de universalidad, han constituido en el mundo occidental un discurso orientado como “engarce” del desarrollo político; por un lado, en tanto objeto de discusiones parlamentarias, por otro lado, en su posibilidad de desarrollo desde los centros de la subpolítica. En nuestro caso analizado, desde una movilización judicial más amplia (y hegemónica al interior del campo judicial) podría constituirse este campo como centro de una subpolítica que habilite el desarrollo de los DESC como derechos “absolutos” y no como “discurso políticamente correcto” del asistencialismo disfrazado de progresismo.

Es en este sentido que Beck sostiene que –al menos en Alemania– los derechos humanos y sociales son el punto de partida para la descentralización de la política. Ofrecen diversas posibilidades de interpretación y permiten, en circunstancias históricas distintas, nuevas aplicaciones que deshacen las interpretaciones restrictivas y selectivas, vigentes hasta ese momento. Con el campo judicial como espacio de la subpolítica, la movilización ciudadana es beneficiada y potenciada: *se manifiesta un “efecto multiplicador” por el hecho de que los derechos fundamentales pueden practicarse sucesivamente y se refuerzan entre sí de modo que se potencia el “contrapoder” de la “base” y de las “instancias subordinadas” frente a intervenciones indeseables “desde arriba”*. Es a este escenario al que la judicialización de los DESC en la Ciudad de Buenos Aires debería conducirse para dejar de constituirse como judicialización y devenir una herramienta estratégica –y no obstaculizadora– de la movilización social. En el contexto europeo descrito por Beck, la movilización judicial (o el ámbito judicial como lugar de la subpolítica) abrió el juego jurídico al tecnificar la administración de justicia:

La cientificación ha proporcionado técnicas útiles de argumentación y ha comportado para la profesión jurídica, un pluralismo político interno hasta ese momento desconocido. Esta tendencia se ve apoyada por el hecho de que muchos temas y casos conflictivos que se presentan ante los tribunales han perdido su índole de unilateralidad social (...) esto representa la pluralización y politización de las deliberaciones jurídicas. (Beck 2006: 321)

Pero esto aun es, en el escenario analizado en este trabajo, un objetivo deseable. La caracterización realizada por Sousa Santos de la función política del poder judicial en los países periféricos y semiperiféricos, en tanto tal, nos es útil para pensar algunos rasgos de este poder soberano en la Ciudad de Buenos Aires. Así, la exclusión de los jueces de ciertas áreas de litigio “sensibles” para la reproducción del sistema político no democrático de los países periféricos y la intimidación solapada que funciona como autocensura, si bien matizada, no esta ausente del proceder del Ejecutivo ante las acciones del FCTyA.

Para los países de la semiperiferia la brecha entre el derecho ordinario y la Constitución es tal vez demasiado amplia como para que los funcionarios del sistema judicial intenten reducirla. Sousa



Santos señala una serie de factores que dificultan esta tarea y que constituyen las mismas críticas que señalamos anteriormente para el accionar del Poder Judicial local:

- el conservadurismo de los jueces incubado en facultades de derecho intelectualmente anquilosadas, dominadas por concepciones retrógradas de la relación entre derecho y sociedad;
- un desempeño rutinario centrado en la justicia retributiva, políticamente hostil a la justicia distributiva y técnicamente poco preparada para ella;
- una cultura jurídica cínica que no se toma en serio la garantía de los derechos, forjada en largos periodos de convivencia o complicidad con graves violaciones de los derechos consagrados constitucionalmente, con la tendencia a ver en ellos simples declaraciones programáticas mas o menos utópicas;
- una organización judicial deficiente con carencias enormes tanto en recursos humanos como en recursos técnicos y materiales;
- un poder judicial tutelado por un poder ejecutivo hostil a la garantía de los derechos o sin medios presupuestales para llevarla a cabo;
- un derecho procesal hostil y anticuado.

La confluencia de lo señalado precedentemente profundiza el proceso de individualización de la desigualdad social. Al respecto, Beck describe la individualización en relación al desempleo en Europa como el proceso que explica las características de la “nueva pobreza” (los *desafiliados* de Castel). En relación a este punto, las distintas formas de ingreso universal básico en Europa (cuyo mayor exponente quizás sea el RMI –Revenu Minimum d’Insertion– francés) criticadas por Rosanvallon⁹ (1995) fueron parte de la declinación del Estado de Bienestar e hicieron visibles las consecuencias a largo plazo de ligar los DESC con programas de asistencia. En aquel contexto, el Estado de Bienestar, en lugar de procurar la consolidación de la inserción social a través del trabajo,

⁹ El autor realiza una observación “económico-práctica” sobre la forma en que el ingreso universal es solventado: a costa de pesados gravámenes sobre el trabajo asalariado. Esta observación tiene ciertos paralelismos con la efectuada por Esping Andersen, quien señala que “si los programas de apoyo al ingreso, como el ingreso básico ciudadano, desplazan la financiación para servicios universales de alta calidad, entonces estamos en una subóptima (no paretiana) situación, tanto desde la óptica de activación como desde la del ingreso universal” (2006:200). Rosanvallon se pregunta, un tanto irónicamente, si en lugar de indemnizar el desempleo (que, aunque declame otros objetivos, es el resultado empírico de estos programas) no sería más conveniente “pagar a trabajadores”. Ambos autores, a través de estas críticas, ponen sobre la mesa una cuestión ineludible como es la fuente de financiación del ingreso universal.

se limitó a una función compensadora de los efectos de la desocupación masiva y la exclusión social consolidada. Este “fracaso” del Estado de Bienestar –o la afirmación a lo largo de los últimos decenios en su acción reparadora– conduce a la disociación, cada vez más marcada, entre el orden económico y el orden social:

“El estado providencia es la condición paradójica del liberalismo salvaje: un macrocontrato social legitima el funcionamiento totalmente asocial del mercado en el nivel microeconómico, porque están completamente desconectadas la búsqueda de eficacia y la preocupación por la solidaridad” (Rosanvallon, 1995:122).

En este escenario, Beck señala que la individualización, en este caso de la desigualdad originada en el desempleo, implica que las personas cargan con el desempleo masivo como con un destino personal. Ante la carencia de nexo de clase, el destino colectivo se ha convertido en un destino individual. La estructuración social del desempleo está junto a una amplia difusión del mismo; convierte el desempleo en normal, normalizado y no en una experiencia de clase. En este proceso de destradicionalización de las clases, se hace difícil que las solidaridades de grupos y trabajadores continúen bajo un modelo perimido del “trabajador proletario de producción”.

En la Argentina, como bien señala Danani (1996), las políticas neoliberales de la década del noventa consolidaron un proceso de largo plazo de de-socialización de la reproducción, que en términos políticos se asocia a la retracción del campo de los derechos sociales. En esta dinámica, las pertenencias políticas y sociales, como los status de ciudadano y de trabajador asalariado, ya no tuvieron su anterior capacidad de organización de las condiciones de vida. La autora citada señala que esto se expresó en una menor responsabilización social por el bienestar de las personas y en una reorientación del papel del Estado como expresión político institucional de la responsabilidad colectiva.

Por su parte y en relación a las políticas asistencialistas, Danani (1996) define a la individualización como forma específica de la privatización del principio de la protección social, caracterizada por supeditar las condiciones de vida de las personas a la situación y a las prácticas del sujeto en tanto individuo, al mismo tiempo que desvincula esas condiciones de vida y las consecuencias de esas prácticas de toda relación con y de toda pertenencia a grupos o agregados mayores. La individualización en este caso constituye al sujeto de la protección en tanto eso: en tanto individuo, en su forma más pobre y elemental. En paralelo a esto, la autora menciona otro proceso de privatización de la protección, el de comunitarización de las políticas sociales. En forma análoga a la individualización de la protección, la comunitarización responsabiliza a la comunidad/familia (que la autora propone como unidad, por inspirarse en el mismo principio de naturalización y primarización de la vida concebida como prepolítica) por su propio bienestar. Mientras la forma institucional más perfecta de la individualización es la mercantilización, la de la comunitarización es la “tercerización de las intervenciones sociales”, sea por delegación a la familia o a organizaciones de la sociedad civil.



Tanto la comunitarización como la individualización niegan la responsabilidad social de la protección, en la medida en que se la atribuyen a los individuos o a los grupos primarios.

En el período previo a las reformas de la década del noventa, la idea de solidaridad de clase implicaba que ciertas condiciones de vida se organizaban en relación a un mínimo de igualdad y que las condiciones individuales se insertaban en las condiciones del conjunto; “eso se constituía en una base de solidaridad objetiva, no en el sentido de un valor o una ética, sino de una condición político institucional que funcionaba como principio estructural y estructurante” (Danani, 1996). En el contexto actual, tanto los seguros sociales como los programas asistencialistas –claramente las políticas de vivienda descritas anteriormente– son aplicados en relación a la posición individual de los sujetos, fuera de cualquier tipo de pertenencia de clase. De esta manera, la reproducción social se convierte en una “aventura individual” (Beck). En la medida en que el derecho a la vivienda solo se judicializa, se individualiza; de hecho las críticas sobre el carácter reactivo, conservador, etc. que recaen sobre el Poder Judicial constituyen el fundamento de este proceso de individualización. Y no debe perderse de vista que el recorrido en la judicialización es individual. Aun las demandas colectivas lo son en el sentido del par comunidad/familia señalado anteriormente por Danani y que implica la comunitarización, pero no en base a una solidaridad o pertenencia de clase. Como bien diría Beck, no es la “clase trabajadora” que lucha por el derecho a la vivienda –como alguna vez sí lo hizo en relación a los derechos laborales– sino que se trata de individualidades (ya sean individuos, familias o agrupaciones conformadas en torno a la problemática de la vivienda) y, en cada caso, sigue siendo el Poder Judicial la voz última que define hasta dónde llegan los límites del derecho a la vivienda. Esto es claro en el ejemplo de la Villa La Dulce¹⁰, donde el reclamo de un grupo implicó la exclusión de otro que en términos de clase, al menos como alguna vez supieron existir, debieron constituirse en un grupo solidario.

En lo que respecta a la consolidación de los DESC como derechos plenos, la distancia entre el proceso descrito por Marshall (2004) en la constitución de los derechos laborales y las actuales consecuencias de la judicialización de los derechos sociales requiere un análisis más profundo. En el proceso señalado por Marshall, los sindicatos se convirtieron en grupos que podían actuar legalmente como individuos. Los gremios podían ejercer vitales derechos civiles colectivamente sin responsabilidad colectiva formal; “el gremialismo creó un sistema secundario de ciudadanía industrial

¹⁰ En el litigio de la “Villa La Dulce” se logró la homologación en sede judicial de un acuerdo extrajudicial, en el cual el Gobierno de la Ciudad se comprometía a construir 86 viviendas para brindar una solución habitacional definitiva a las familias que habían sido desalojadas de un predio privado. El Ejecutivo tardó seis años en efectivizar su compromiso. El día de la entrega de viviendas, otro grupo de familias, también en situación de vulnerabilidad sociohabitacional, no beneficiadas por no ser partes del proceso litigioso, intentaron tomar posesión de las mismas a la fuerza, desatándose una situación de violencia entre ambos grupos.

paralelo al sistema de ciudadanía política y a la vez suplementario de éste” (Marshall, 2004:49). Los derechos civiles pasaron de ser exclusivos de los individuos a representar a las comunidades.

En oposición a esto, la judicialización de los derechos sociales “ha trasladado el movimiento obrero de la calle a los despachos” (Beck, 2006:139), transformando el destino de clase en las categorías jurídicas individualizadoras del “caso particular”.

El caso de la judicialización de los DESC en la Ciudad, lejos se está de ir hacia ese fin, debido a las dificultades para el acceso a la justicia o tal vez debido a que la hipermultiplicación de programas de asistencia habitacionales (desde el parador, el hotel, hasta la construcción o compra financiada) otorgados en base a criterios individualizadores de la carencia y, en cuanto tal, teñidos de discrecionalidad, más allá de su ineficaz diseño y gestión instituyen la desigualdad. Como sostiene Marshall (2004:64), “existe un frágil equilibrio entre derechos individuales y colectivos (...) donde la ciudadanía se convierte en “arquitecto de la desigualdad social”.

En este sentido la judicialización de los DESC, en tanto proceso, construye la desigualdad al acercarse a lo que Danani define como *autoprotección*: sistemas de asistencia colectiva, de carácter pequeño y autónomo, que en tanto autoprotección depende de las condiciones del grupo que la genera y, en cuanto tal, es desigual a cualquier otro grupo fuera del proceso y solo políticamente puede ser reconstruida como igualdad. Tanto la autoprotección como la judicialización de los DESC pueden extender progresivamente el universo al que se refiere solo si están integradas en un proyecto político que así lo postule.

Bibliografía

- Abramovich V. y Pautassi L., (2006) *Dilemas actuales en la resolución de la pobreza. El aporte del enfoque de derechos*. Jornadas Justicia y Derechos Humanos, UNESCO. Buenos Aires
- Abramovich, V. y Curtis, C. (2006) *El umbral de la ciudadanía. El significado de los derechos sociales en el Estado Social constitucional*. Buenos Aires, Estudios del Puerto, 2006.
- Arcidiácono, P. y Gamallo G. (2009) *Políticas sociales y mercado: acerca de los alcances de la justiciabilidad de los derechos sociales*. Ponencia presentada en el 9 Congreso de Estudios del Trabajo. Buenos Aires.
- Barbeito, A., N. Giosa Zuazúa y C. Rodríguez Enríquez (2003) *La cuestión social en la Argentina y el Plan Jefes y Jefas de Hogar Desocupados*. Buenos Aires: OIT – Gobierno Argentino.
- Beck, U, (2006) *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, Paidós.
- Boltvinick, J. (2003) *Tipología de los métodos de medición de la pobreza. Los métodos combinados*, Comercio Exterior, Vol. 53, No. 5.
- Danani, C. (1996) “La política social como campo de estudio y la noción de población-objeto”, en Hintze, S. (org.), *Políticas Sociales. Contribuciones al debate teórico-metodológico*, Buenos Aires: EUDEBA-CEA.
- Esping Andersen, G., (1993) “Una reespecificación del Estado de Bienestar”, en *Los tres mundos del Estado de Bienestar*. Valencia.
- Feres, J. y X. Mancero (2001) *Enfoques para la medición de la pobreza. Breve revisión de la literatura*. Estudios estadísticos y prospectivos No. 4, CEPAL, Santiago de Chile.
- Grassi, E. (2003) *Políticas y Problemas sociales en la sociedad neoliberal. La otra década infame (I)*, Buenos Aires: Espacio.
- CELS, (2009) *Informe de Derechos Humanos*, Buenos Aires.
- Lo Vuolo, R. (1991) “Economía política del Estado de Bienestar: mitología neoliberal y keynesianismo populista”. En: *El Estado Benefactor. Un paradigma en crisis*. Buenos Aires: Ciopp-Miño y Dávila Editores.
- Marshall T.H. (2004) *Ciudadanía y clase social*. Buenos Aires, Losada.



- Offe, C. 1992 (1984) *La sociedad del trabajo* (Madrid: Alianza Editorial).
- Rosanvallon, P. (1995) *La Nueva Cuestión Social*, Manantial, Buenos Aires.
- Santos, B y Villegas, M. (2006) “El caleidoscopio de las justicias en Colombia” en *Análisis socio-jurídico* Colciencias- Instituto Colombiano de Antropología e Historia- Universidad de Coimbra CES- Universidad Nacional de Colombia- Siglo del Hombre Editores 2001 (1ra. ed) Bogotá.
- SIEMPRO SISFAM (2005) *Hacia la construcción de un índice de pobreza y/o vulnerabilidad social patagónico*, Chubut, Argentina.
- Smulovitz, C. (2008) “Petición y creación de derechos: la judicialización en Argentina”, en *La judicialización de la política en América Latina*, Universidad Externado de Colombia, 2008, pag. 193-222.
- Tarrow, S. (1994) *El poder en movimiento. Los movimientos sociales, la acción colectiva y la política*. Editorial Alianza, Madrid.

