

03.

Doctrina

Estudio de una sentencia en materia de vivienda, a la luz de los
Paradigmas de control judicial de Grosman

Revista de la Escuela Judicial: ISSN 2796-874X

Año: 02/Nº 3 - Noviembre 2022

Recibido: 10/10/2022

Aprobado: 22/11/2022

Estudio de una sentencia en materia de vivienda, a la luz de los *Paradigmas de control judicial* de Grosman

*Study of a judgment on housing,
in light of Grosman's Paradigms of Judicial Control*

Por Pablo Octavio Cabral¹

Universidad Nacional de La Plata

Resumen: El resente trabajo, cuya finalidad es centralmente pedagógica, tiene como objetivo poner ante un caso real –resuelto en el Fuero Contencioso Administrativo bonaerense– la teoría de los tres paradigmas de control judicial (abuso, inclusión y escasez) de Lucas Grosman. Dicha tesis fue propuesta por su autor para clasificar los distintos tipos de decisiones del Poder Judicial a la hora de revisar una actuación del Estado en la que se pone en juego la efectivización de un derecho social. El contexto de este análisis es la aplicación del principio de igualdad estructural incorporado en la reforma constitucional de 1994, para lo que expondré brevemente la mirada de Roberto Saba y del propio Grosman al respecto.

Palabras clave: Igualdad estructural – Derechos sociales – Judicialización – Vivienda.

¹ Abogado (Universidad Nacional de La Plata). Especialista en Derecho Administrativo y Administración Pública (UNLP). Investigador integrante del CIDERCRIT. Subdirector nacional de la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado de la Procuración del Tesoro de la Nación. Egresado y docente de la Escuela del Consejo de la Magistratura de la provincia de Buenos Aires. Correo electrónico: pablooctaviocabral@yahoo.com.ar. Identificador ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5768-4958>.

Abstract: *The present work, whose purpose is centrally pedagogical, aims to put before a real case –resolved in the Buenos Aires Contentious Administrative Jurisdiction– the theory of the three paradigms of judicial control (abuse, inclusion and scarcity) of Lucas Grosman, proposed by his author to classify the different types of decisions of the Judiciary when reviewing a State action in which the realization of a social right is at stake. The context of this analysis is the application of the principle of structural equality incorporated in the constitutional reform of 1994, for which I will briefly present the perspective of Roberto Saba and Grosman himself in this regard.*

Keywords: *Structural equality – Social rights – Judicialization – Housing.*

El objetivo del presente análisis jurisprudencial es vincular la teoría sobre los paradigmas del control judicial, construida a partir del principio de igualdad real de oportunidades (estructural), con una decisión judicial del Fuero Contencioso Administrativo de la provincia de Buenos Aires respecto de la efectividad de un derecho social fundamental (garantía constitucional a una vivienda adecuada).

En este trabajo realizaré un análisis crítico de una sentencia de la Cámara platense en un caso de derecho a la vivienda, utilizando para ello el marco teórico de la tipología de casos judiciales de Lucas Grosman expuesta en su obra *Escasez e Igualdad. Los derechos sociales en la Constitución* (2008). En mi opinión, en el fallo en estudio se pueden ver –en cada uno de sus votos individuales– la presencia de los tres paradigmas de control judicial propuestos por dicho autor, aun cuando los jueces coinciden en rechazar la acción de amparo interpuesta para garantizar el derecho social en cuestión.

La propuesta tiene fines exclusivamente pedagógicos e intenta poner a prueba una clasificación teórica sobre las diferentes argumentaciones respecto de las funciones del Poder Judicial en causas de derechos sociales fundamentales. Por ello seleccioné para el análisis una antigua sentencia que sirve a los objetivos de la presente investigación, sin que el desarrollo de este documento implique un estudio del estado del arte respecto a la judicialización de los derechos económicos sociales y culturales.

El caso en estudio

La causa elegida es “Reina, Ricardo C/ Pcia. De Bs. As. y otro S/ Amparo”, tramitada en primera instancia ante el Juzgado en lo Civil y Comercial N° 4 del Departamento Judicial de Quilmes (expte. N° 18.406), y sentenciada en segunda instancia por la Cámara en lo Contencioso Administrativo de La Plata, el 16 de marzo de 2006, integrada por los jueces Gustavo Juan De Santis, Gustavo Daniel Spacarotel y Claudia A. M. Milanta.

El caso fue iniciado por Ricardo Reina, quien promovió acción de amparo contra la Provincia de Buenos Aires y la Municipalidad de Quilmes, con arreglo a las normas de la Ley N° 7.166, procurando obtener pronunciamiento judicial favorable que obligue a la primera de las demandadas o, en su caso, a la comuna codemandada a proveerle los medios necesarios para satisfacer su derecho a una vivienda digna. Fundó su derecho en la Constitución nacional (arts. 18, 31, 33, 43, 75 y 116), tratados internacionales de derechos humanos y el artículo 36 inciso 7 de la Constitución provincial.

Las condiciones sociales del accionante y su familia evidenciaban una precaria situación económica, agravada por el estado de salud de su hija menor de edad y un inminente desalojo de la vivienda que ocupaban. El actor no inició actuaciones administrativas, reclamo o planteo alguno ante los Estados demandados –en forma previa a la demanda– para satisfacer en dicha sede el derecho en cuestión.

La decisión del juez de primera instancia fue rechazar la acción de amparo interpuesta, y la sentencia de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo de La Plata procedió a confirmar

tal resolutorio, esgrimiendo para ello los tres magistrados votantes argumentos concurrentes para desestimar el planteo judicial del actor, aunque con fundamentos –como veremos– parcial y sustancialmente diferentes.

Antes de analizar en detalle las concretas razones de los jueces de Cámara, quiero desarrollar el principio constitucional de igualdad para luego sintetizar una clasificación teórica que, entiendo, puede ser útil para pensar la respuesta que el Poder Judicial debe dar a las demandas de exigibilidad del derecho a la vivienda.

Dos versiones nacionales sobre la igualdad estructural

Roberto Saba (2016) y Lucas Grosman (2008) desarrollaron la idea de igualdad estructural –y real de oportunidades–, expresamente incorporada en la Constitución nacional en 1994, coincidiendo en la trascendencia para la conformación actual de nuestro sistema jurídico institucional, pero planteando, el primero, que esta nueva versión de tal principio es complementaria y compatible con la versión clásica del artículo 16, y rechazando tal posibilidad el segundo. La discusión también avanza sobre la imperiosa determinación de los criterios distributivos dispuestos constitucionalmente por el nuevo principio de igualdad estructural, y que lo llenan de contenido dentro de la esfera del derecho público, para resolver la disputa entre poner el eje en las necesidades o en los méritos para alcanzar la justicia social.

El modelo de la *igualdad estructural* en la obra de Roberto Saba

La propuesta de distinguir en nuestro derecho entre un tipo de principio de igualdad ante la ley de tipo liberal (art. 16 de la Constitución) y de igualdad estructural fue expuesta con claridad conceptual por Roberto Saba, de quien tomamos para este punto las ideas centrales de sus trabajos académicos y de su libro *Más allá de la igualdad formal ante la ley* (2016).

Para Saba (2016), la tradición constitucional igualitaria que se inició en 1810 fue reflejada en la Constitución de 1853 y perfeccionada en la reforma de 1994. Para sostener ello, inicia su trabajo realizando una lectura de un texto de Mariano Moreno que enlaza con la Constitución de 1853, hasta proponer una confirmación de la visión estructural de la igualdad en las reformas a la carta magna del año 1994.

Su argumentación intenta demostrar que luego de la reforma de 1994 (arts. 37 y 75 incisos 2, 19 y 23) la visión estructural de la igualdad ha sido expresamente incorporada a nuestro ordenamiento jurídico positivo. Esta postura es aceptada en general por una importante parte de la doctrina y de la jurisprudencia, aún de nuestro máximo tribunal de justicia federal.²

El concepto de igualdad ante la ley que receiptó la Constitución argentina de 1853/1860 en su artículo 16 es parte de una visión individualista cuya matriz ideológica liberal resulta central para el

2. Véanse los casos "Castillo", "CEPIS", "García vs. AFIP", entre otros, de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

constitucionalismo clásico, sobre cuyos pilares se construyó nuestra primera carta magna. El objetivo político que se pretendió resolver con el artificio jurídico de la igualdad ante la ley fue limitar, reducir o eliminar las decisiones arbitrarias de quienes tienen el poder, reaccionando a su concentración y a las prácticas abusivas que en el antiguo régimen producía la monarquía.

Desde una óptica superadora se propone una mirada estructural de las relaciones entre los diferentes grupos –aventajados e incluidos y desaventajados y excluidos– que integran una sociedad en un determinado lugar y momento histórico. Esta versión ya no tiene el objetivo de limitar jurídicamente las decisiones arbitrarias del poder, sino de generar condiciones de menor desigualdad dentro del tejido social, a partir del sometimiento o la aplicación de criterios de justicia distributiva, cuya implementación corresponde al Estado.

Veamos algunos conceptos y clasificaciones para entender los dos modelos de igualdad en estudio.

Uno, más cercano del pensamiento liberal clásico, de cariz individualista y que fue constitucionalizado en 1853, y se encuentra relacionado con el *trato igual* y el *principio de no discriminación*. Esta versión del principio de igualdad formal requiere una supuesta *intención* de discriminación reconocida a partir de la irrazonabilidad del criterio de selección elegido por la norma o regulación.

El otro, con un claro componente estructural o social, en el que se considera fundamental incorporar datos históricos y sociales acerca del fenómeno de sometimiento y exclusión sistemática al que están sometidos amplios sectores de las sociedades. Esta visión social o

estructural de la igualdad se apoya en la idea de que el derecho no puede ser completamente ciego a las relaciones existentes en determinado momento histórico entre diferentes grupos de personas de una comunidad. Se vincula con el *principio de no sometimiento* y, a diferencia del anterior modelo, no presupone una intención discriminatoria en quien realiza la distinción.

Esta propuesta parte de reconocer que, en nuestras sociedades latinoamericanas, más allá del reconocimiento formal del derecho a la igualdad ante la ley y la vigencia del principio de no discriminación, existen situaciones graves de exclusiones históricas de grupos sojuzgados socialmente.

Sin embargo, existen en nuestras sociedades colectivos de personas que, a cauda de esa misma pertenencia a determinados grupos, carecen de acceso a ciertos empleos, funciones, actividades, espacios físicos o a la práctica del autogobierno, dada la situación de sometimiento que padecen. Mi supuesto inicial será que esas personas no se autoexcluyen en forma voluntaria y autónoma. En la Argentina casi no hay normas que excluyan a las mujeres, las personas con discapacidad, a los indígenas o a otros grupos –a veces llamados vulnerables– del ejercicio de los derechos a ser elegidos para cargos públicos, trabajar en la administración pública, acceder a la educación, a la salud o a la alimentación. Sin embargo, de hecho, alcanzar esas metas es para ellos *solo palabras* y esto se debe a una situación sistemática de exclusión social o de sometimiento de esos grupos por otros o por el resto de la comunidad surgida de complejas prácticas sociales, prejuicio y sistemas de creencias que los desplazan de ámbitos que, desde luego, ellos no controlan. (Saba, 2016, p. 31)

El principio de *igualdad de trato* y *no discriminación* construido a partir del artículo 16 de la Constitución nacional desde una posición liberal e individualista dispone que el Estado puede tratar de modo diferente a las personas siempre y cuando lo haga en forma homogénea, uniforme y no arbitraria. Este estándar es reformulado y exige un doble juicio: primero, establecer la finalidad de la norma que crea la distinción o aplica una categoría; segundo, encontrar una relación de funcionalidad o instrumentalidad entre el criterio escogido y el fin buscado.

En palabras del propio Saba (2016):

Esta visión de la igualdad ante la ley, que algunos han dado en calificar de individualista –porque analiza la situación del individuo independientemente de la situación del grupo que este integra– genera la posibilidad de hacer distinciones basadas sobre criterios razonables, es decir, aquellos que logran establecer una relación de funcionalidad con el fin buscado por la regulación. Esta concepción de la igualdad tiene por objeto impedir que el Estado tome decisiones sobre la base de prejuicios e ideas estigmatizantes de las personas y dé lugar a tratos arbitrarios. Desde esta perspectiva, un artículo como el 16 de la Constitución argentina tendría como finalidad que se trate a las personas de modo que lo único relevante sea su capacidad para cumplir con el objeto que busca la regulación en cuestión, siempre que dicho objeto sea constitucional. El Estado debe ser ciego a las características de nacimiento, físicas o de otro tipo que resulten irrelevantes para los fines de la actividad que la persona aspira a realizar; por ejemplo, desempeñarse en un empleo. (p. 50)

El problema surge cuando esta interpretación de la igualdad ante la ley –en tanto igualdad de trato y principio de no discriminación– no resuelve satisfactoriamente los efectos no igualitarios de sociedades como puede ser la argentina, con desigualdades estructurales y discriminaciones sistémicas de hecho. Saba intenta señalar que en una gran cantidad de casos el principio de no discriminación, sostenido por una visión individualista del principio de igualdad ante la ley, no provee suficientes herramientas para evitar los efectos no igualitarios de los tratos supuestamente neutrales. Se refiere a aquellas

situaciones en las que se realizan diferencias de *hecho* en el trato que reciben las personas y que derivan en exclusión o sometimiento sistemático, a pesar de la intención formal de la autoridad estatal de no guiarse por prejuicios e impulsos arbitrarios. (p. 52)

En respuesta a esta falta de solución al problema de la discriminación estructural de grupos sociales excluidos, surgieron posturas de autores como Owen Fiss, Robert Post, Reva Siegel o Catharine MacKinnon, que, seguidos por profesores nacionales como Saba, proponen una versión de la igualdad ante la ley que no se asocia al principio de no discriminación sino al de no sometimiento, exclusión o sojuzgamiento.

Esta lectura de la desigualdad y su consiguiente visión estructural de la igualdad ante la ley, según estos autores, no se vincula con la irrazonabilidad disfuncional o la no instrumentalidad del criterio escogido para realizar la distinción, sino que entiende que el objetivo social que persigue este principio constitucional es el de evitar la

conformación de grupos excluidos, sojuzgados o sometidos en una comunidad nacional. En fin, evitar que se genere un grupo excluido, sometido o sojuzgado y se perpetúe esa condición sería entonces el fundamento del principio de igualdad ante la ley desde una mirada estructural.

En esta versión de la igualdad, complementaria a la clásica liberal, es central la construcción de concepto de grupo, definido a partir de su condición de sometido o sojuzgado. Explica Saba (2016) que en la teoría de Fiss el grupo reviste las siguientes características: tiene una

identidad propia diferente de las identidades de los miembros específicos que lo componen; la identidad y el bienestar del grupo y la identidad y el bienestar de sus miembros son interdependientes; los miembros del grupo se identifican por su pertenencia a este y su estatus se ve determinado por el estatus del grupo; en su mayoría son grupos pauperizados y esa condición se ha prologando durante varias generaciones, produciendo una deuda social. Agrega el autor una característica más: su falta de responsabilidad respecto de su propia situación de exclusión o sometimiento, precisamente por estar más allá de su voluntad. (p. 61)

En síntesis, la igualdad estructural –como no sometimiento– impacta sobre la forma en que concebimos y entendemos otros derechos reconocidos en los textos constitucionales y en los tratados internacionales de derechos humanos, así como sobre las obligaciones estatales surgidas a partir del compromiso constitucional del Estado de proteger a las personas contra la desigualdad excluyente.

El modelo de *igualdad estructural de oportunidades* de Lucas Grosman

Ahora sí, quiero dar cuenta de otra opinión teórica que reinterpreta la posición expuesta por Roberto Saba sobre el principio de igualdad estructural en nuestro ordenamiento jurídico actual. Lucas Grosman, también influenciado por la obra de Owen Fiss, propone como idea superadora la de *igualdad estructural de oportunidades* que, entiende, surge de los ideales constitucionales que dan contenido al derecho de igualdad.

Distingue Grosman (2008) dos aspectos centrales del principio de igualdad, en tanto resulta un derecho y a la vez un ideal social:

La igualdad es el derecho a ser tratado de cierta manera. Este, como dije, es solo un aspecto de lo que la igualdad significa. La igualdad posee una dimensión que no es reducible al modo en que se trata a las personas, sino que se refiere más bien a lo que la sociedad debe ser [...] La igualdad, en estos casos, se vincula con los grandes números, las estadísticas, las dinámicas sociales a largo plazo. Cuando nos referimos a la igualdad de esta manera, la estamos concibiendo como un ideal social. (p. 65)

Son entonces los ideales sociales que se encuentran consagrados en la carta magna los que van a dar contenido al derecho de igualdad, y es la Constitución la que indica no solo lo que el Estado no debe hacer, sino lo que debe hacer para lograr ese ideal constitucional. Las autoridades estatales deben realizar las distinciones necesarias para alcanzar dicha finalidad. Para Grosman (2008), si concebimos a nuestro texto constitucional como “la consagración de

los ideales más preciados de la sociedad, y los derechos como los mecanismos creados para alcanzar esos ideales, no queda espacio para una preferencia residual por la inactividad o neutralidad estatal” (p. 65).

En su desarrollo conceptual coincide con Saba en que existen dos modelos respecto de la idea de igualdad, uno caracterizado por el *principio de antidiscriminación* (versión liberal individualista de la igualdad para resolver los casos paradigmáticos de arbitrariedad) y el otro conocido como el *principio de antisubordinación* (antisubyugación de grupo o anticasta, que propone una visión estructural de la igualdad).

Llegado a estas instancias, el autor agrega una distinción al afirmar que el principio de antisubordinación solo tiene aplicación cuando se piensa en la igualdad como ideal social. Dice: “La mejor forma de concebir el principio antisubordinación es como un ideal constitucional que, como tal, influye en la determinación del contenido del derecho a la igualdad, pero no lo agota” (Grosman, 2008, p. 65).

De dicha afirmación surge que deberá analizarse en cada caso si es de aplicación uno u otro principio vinculado al derecho de igualdad, ya que el principio de antisubordinación

es un ideal que, por su importancia, desplazará a otros ideales en muchos contextos –sin dudas resultará preeminente cuando el trato preferencial de un grupo desaventajado esté en juego–, pero esto no quita que otros ideales gobiernen la determinación del contenido del derecho de igualdad en casos en los que el principio antisubordinación no está involucrado. (Grosman, 2008, p. 65)

Se pregunta entonces Grosman si el principio de antisuordinación es un ideal que da contenido al principio de igualdad en nuestra Constitución, como fue afirmado por Saba. En síntesis, realiza dos posturas propias sobre la posición de Saba: la primera, vinculada con su afirmación de la adopción del principio de antidiscriminación en la Argentina y, la segunda, sobre el papel que para aquel juega el principio de antisuordinación en nuestra Constitución nacional.

Respecto de la primera cuestión sostiene su postura renuente a conceder que el artículo 16 haya sido tradicionalmente interpretado como el principio antidiscriminación, no considerando que la jurisprudencia argentina en materia de igualdad refleje el mismo compromiso con el principio de antidiscriminación que ha prevalecido en Estados Unidos.

La segunda objeción resulta más interesante para este análisis:

Pasando a la segunda cuestión, creo que es problemático entender la relación entre el principio antidiscriminación y el principio antisuordinación en términos de complementariedad. No cabe entender que dos enfoques son complementarios si hay un área central en la que se contradicen. Esto es lo que ocurre con el principio antidiscriminación y el principio antisuordinación en lo que respecta al trato preferencial de un grupo desaventajado. Podría decirse que ambos principios son complementarios si uno tendiera a abarcar supuestos que otro no contempla, o incluso si existiera alguna contradicción en un tema marginal. Sin embargo, que una persona sea tratada en forma preferencial en atención a su raza o género en aspectos tan centrales de su vida como el acceso a la universidad o a un empleo se encuentra en el núcleo de

lo que uno y otro principio pretenden regular, y lo hacen en forma opuesta. (Grosman, 2008, p. 65)

En definitiva, comparte con Saba que luego de la reforma constitucional en 1994 se produjo una modificación del principio de igualdad, impactando en este ideal el principio de antisubordinación, pero desde una visión más amplia.

Para Grosman, el nuevo ideal constitucional de igualdad después de la última reforma es el que él denomina principio de igualdad estructural de oportunidades, fundado también en los artículos 37 y 75 incisos 2, 19 y 23 de la carta magna, aclarando que es un modelo que supera la versión delgada de la igualdad de oportunidades. En consecuencia, si en nuestra Constitución nacional la igualdad de oportunidades

es un ideal cuya realización depende de las acciones positivas, de la educación gratuita y equitativa, y del modo de distribuir la recaudación impositiva, resulta claro que no puede tratarse de la concepción delgada que subyace al principio antidiscriminación. (p. 79)

La síntesis de la propuesta de Grosman respecto del nuevo ideal constitucional puede expresarse de la siguiente forma: el actual principio de igualdad constitucional es una *igualdad estructural de oportunidades*, en cuanto que “atiende a la estructura social y que aspira a modificarla mediante la provisión de beneficios sociales financiados con fondos públicos” (p. 80).

Un marco teórico para el análisis: los tres paradigmas de control judicial de Lucas Grosman

Desarrolladas las posturas sobre el principio de igualdad estructural, estamos en condiciones de ingresar a un análisis más concreto de la respuesta que deben dar los jueces en casos de afectación de derechos sociales, para lo que ingresaremos al estudio de los paradigmas propuestos por el autor en cuestión. Veamos.

Lucas Grosman (2008) efectúa un análisis de exigibilidad de los derechos sociales, proponiendo –desde una mirada constitucional– un esquema teórico con tres paradigmas del control judicial en materia de estos derechos fundamentales, como una forma de superar la clásica distinción dualista entre derechos positivos y derechos negativos.

Precondiciones del Estado, funciones estatales y estructuras protectorias de derechos

Grosman parte por realizar una clasificación de los casos posibles en una tipología determinada por: las *precondiciones del Estado*, las *funciones estatales* que cuentan con una *estructura protectora* con recursos y capacidad suficiente y las *funciones estatales sin estructuras protectoras* ni recursos suficientes para garantizar el derecho social en cuestión.

Analizando la relación entre los derechos y los recursos que necesita el Estado para garantizarlos, el autor distingue entre las *funciones* y

las *precondiciones* del Estado, destacando que ambas se vinculan con la justificación última de la necesidad social de contar con una organización estatal, y permite distinguir conceptualmente entre los deberes derivados de unas y otras.

Dice de las primeras:

Existen razones que hacen que sea deseable tener un Estado, es decir que justifican su existencia. Estas razones se vinculan con la provisión de una serie de servicios que no podríamos obtener de otra manera, o al menos de forma igualmente eficiente. Estos servicios son, en definitiva, las funciones del Estado, aquello que justifica su existencia. (Grosman, 2008, p. 25)

Agrega de las segundas:

Esperamos, claro está, que el Estado no nos torture, pero no torturarnos no es parte de lo que justifica al Estado, ya que la desaparición del Estado bastaría para evitar tal agravio. La ausencia de tortura estatal es, por esa razón, lo que llamaré una precondición de la existencia de un Estado, es decir, un riesgo para el individuo que desaparecería si el Estado desapareciese. Una precondición, en el sentido en que estoy usando el término, no es necesariamente un requisito conceptual: un Estado que tortura no deja de ser un Estado [...] el Estado no puede justificar sus torturas alegando que, aunque tortura, de todas maneras, es mejor en términos generales tener un Estado que no tenerlo. Este tipo de justificación no podría ser invocada por el mismo Estado. (Grosman, 2008, p. 25)

La utilidad de estas categorías que permiten distinguir conceptualmente entre *precondiciones* y *funciones* del Estado resulta relevante a la hora de analizar el papel que juega la escasez de recursos como defensa ante el incumplimiento de deberes. Es decir, si se denuncia al Estado porque los servicios de inteligencia espionaron sin orden judicial a alguien para armar una causa penal, la falta de recursos públicos suficientes para controlar y supervisar en forma efectiva a todos los agentes de la AFI no podría constituir una defensa válida para exculpar o eximir de responsabilidad al Estado. El hecho de que la mera ausencia del Estado sea suficiente para evitar el perjuicio implica que las restricciones presupuestarias no funcionan como defensa en estos casos. La escasez de recursos puede ser invocada para justificar el incumplimiento de una función del Estado, pero no de una de sus precondiciones (Grosman, 2008).

La conocida objeción presupuestaria para la efectivización de los derechos sociales es central en el análisis de Grosman, quien pone el centro en el rol que en dicha observación cumple la carencia de dineros públicos para satisfacer aquellas necesidades. Así, la escasez de recursos puede justificar que no se cumpla una función, como proveer protección o alimento, pero no que se viole una precondición, como abstenerse de torturar o censurar.

Veamos ahora otra categoría conceptual central del autor: las *estructuras protectoras* como marco de los derechos y herramientas o mecanismos del Estado para cumplir con sus obligaciones que den la debida atención a las necesidades sociales de las personas. Lo que define el alcance de los derechos es la presencia de estructuras o aparatos estatales que fueron diseñados y dotados de

fondos para hacer efectivo frente a las conductas que se requieren para la satisfacción de las necesidades de las personas a proteger.

Así, las estructuras protectorias de derechos y su función en relación con su exigibilidad son definidas por el autor de la siguiente forma:

El Estado incluye numerosas agencias diseñadas y financiadas para proteger a las personas. Cada una de estas agencias trae aparejada una serie de derechos individuales cuyo alcance depende de la capacidad de la agencia en cuestión. Así, dado que existe una agencia pública que fue diseñada y dotada de recursos públicos para apagar incendios, si se está incendiando una casa y es fácticamente posible para esta agencia apagar el incendio, no hacerlo implicaría una violación de una obligación estatal. (Grosman, 2008, p. 30)

Cuando las funciones estatales se definen con referencia a sus estructuras protectoras preexistentes –casos del tipo dos–, la disponibilidad de recursos no está verdaderamente en discusión. Resulta entonces que el Poder Judicial puede ordenarle al Estado que cumpla con una obligación cuando está dentro de sus capacidades efectivas, o sancionarlo por no haberlo hecho, sin involucrar asignación de recurso alguna.

Ahora, por último, corresponde referirnos al tercer tipo de casos, aquellos en que se hallan en juego *funciones estatales sin estructura protectora* ni recursos suficientes para garantizar el derecho social en cuestión. En estas situaciones en que no existe una agencia y un presupuesto asignado, proveer un beneficio social por parte del Estado requiere una decisión que involucra la distribución de

recursos escasos. La cuestión crucial, en tal contexto, es qué criterio distributivo debe imperar: la necesidad o el mérito.

Sintetizando: el *primer tipo* de casos involucra precondiciones del Estado, como la obligación de no torturar; el *segundo tipo* refiere a funciones estatales que se cumplen mediante una estructura cuyos recursos y capacidad son suficientes; y el *tercer tipo* incluye los casos en los cuales los recursos existentes no bastan para proveer el beneficio social que se exige y se deben adoptar decisiones distributivas. Tal tipología es determinante –según Grosman– para evaluar y clasificar las diferentes tareas que debe desempeñar el Poder Judicial, según sea el caso. Así, cada tipo de caso implica un paradigma distinto de control judicial. Veamos, ahora sí, los tres paradigmas.

Paradigma del abuso

Este primer modelo de respuesta judicial se corresponde con la primera tipología de casos (*precondiciones del Estado*), resultando el más clásico de los tres. Tiene como objetivo que los tribunales impidan que el Estado interfiera con los derechos individuales mediante sus propias acciones, como, por ejemplo: la tortura estatal, los apremios policiales, la persecución política, la censura, la expropiación sin compensación y los impuestos confiscatorios, entre otras. En este paradigma la escasez no es una defensa disponible para el Estado.

Dentro de este paradigma, el remedio judicial adecuado es ordenar al Estado el cese de la conducta abusiva.

Paradigma de la inclusión

El segundo modelo paradigmático se corresponde con la segunda categoría de casos (*funciones estatales con estructura protectora de derechos*), y la respuesta de los tribunales consiste en medidas para garantizar que el Estado no omita incluir a un individuo o grupo bajo el paraguas de la estructura que ya ha sido creada y dotada de fondos para proteger o realizar derechos.

Aunque la cantidad de recursos disponibles determina el alcance de estas estructuras, la escasez, como en el caso del paradigma del abuso, no puede ser invocada como defensa ante los tribunales: el rasgo definitorio de estos casos es que la agencia demandada es capaz de proteger los derechos afectados; una vez que tal capacidad ha sido determinada los tribunales pueden –y deben– olvidarse de los recursos [...] Este paradigma presupone que la existencia de estructuras públicas diseñadas y dotadas de fondos para cumplir una determinada función es en sí misma una fuente de derechos, y que estos derechos se ven infringidos cada vez que esa función no se cumple respecto de algún individuo o grupo. Nada más hace falta para que esto resulte contrario a la Constitución. (Grosman, 2008, p. 39)

El tipo de decisión que se espera en este paradigma de control judicial es que remedie situaciones en las que una persona o grupo de personas fueron excluidas de una estructura estatal protectora, ordenando su inclusión entre los beneficiarios o titulares de los derechos en cuestión.

Paradigma de la escasez

Este último paradigma se corresponde con el tercer tipo de casos (*funciones estatales sin estructura protectora de derechos*), y en la mayoría de los casos se trata de la exigibilidad de determinados derechos sociales en los que los bienes necesarios son insuficientes o escasos.

Esto quiere decir que el mero hecho de que una persona no reciba tales bienes no puede resultar en sí mismo violatorio de la Constitución. Debe exigirse algo más: que la falta de provisión de dicho bien a algún individuo sea reflejo de una decisión distributiva contraria a la Constitución. Por esta razón, este paradigma no es autosuficiente, sino que solo tiene sentido en relación con valores constitucionales. (Grosman, 2008, p. 40)

La solución judicial esperada en este paradigma debe consistir en ordenar la distribución del recurso escaso de forma compatible con lo dispuesto constitucionalmente, que, en mi opinión,³ es el principio de igualdad estructural que obliga al Estado a tomar medidas de acción positiva en defensa de derechos humanos fundamentales y en protección diferenciada de las personas que integran grupos vulnerables (arts. 37, 75 inc. 22 y 75 inc. 24 de la Constitución).

3. Grosman propone como criterio constitucional para decidir los casos del paradigma de la escasez el principio de igualdad estructural de oportunidades. En mi opinión, una correcta lectura del texto constitucional nos conduce a utilizar el concepto de igualdad estructural, soslayando la idea de igualdad de oportunidades, propia de modelos más liberales. Para ello, tomo la argumentación desarrollada por Saba (2016).

Los fundamentos de la sentencia de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo de La Plata

La sentencia de cámara en estudio presentó una decisión uniforme de rechazo de la acción judicial, aunque cada uno de los magistrados realizó un desarrollo argumental propio que, como veremos, responde a cada uno de los paradigmas de revisión judicial analizados en el punto anterior. No tomaré en cuenta las razones vinculadas con las cuestiones propias del carril procesal utilizado por el actor (acción de amparo), sino que me centraré en las discusiones sobre las funciones del Estado en materia de derechos sociales, la exigibilidad del derecho a la vivienda, la función del Poder Judicial en estos casos, la existencia de una estructura protectora de derechos y en la pauta constitucional para resolver los casos de escasez.

El voto del juez Gustavo De Santis (paradigma del abuso)

En este voto podemos observar la postura más conservadora respecto de la exigibilidad judicial de los derechos sociales, las funciones del Poder Judicial y la solución al conflicto en juego en este proceso. Para rechazar la acción de amparo, básicamente argumenta que: el actor no esgrime un derecho subjetivo, sino un interés simple; el derecho a la vivienda no es exigible judicialmente; los derechos sociales no son operativos, sino programáticos; el Poder Judicial tiene vedado ingresar en cuestiones propias de los poderes políticos. Veamos algunos párrafos específicos para ilustrar lo sintetizado.

Sobre la falta de legitimación del actor:

En efecto, el escenario que luce de las circunstancias invocadas por el accionante no lo encuentra en una situación de exigibilidad frente al estado, en un ambiente suyo de exclusividad. No media una relación jurídica de la que emerja el deber jurídico de proveer, en forma exclusiva, el recurso material que solicita, dado que él no es resultado de un vínculo obligacional capaz de generar un derecho subjetivo, en cuya determinación, ese entorno de exclusividad, resulta definitorio. La presencia de un comportamiento debido de la administración no revela un interés personal y directo del amparista en situación exclusiva.

Ello así en cuanto, ese propósito se enerva ante la evidencia de un contorno que lo ubica en el derecho de "petición" (art.14 CN). Este, en el espacio de la legitimación activa, reduce la acción al *interés simple*, desplazando la respuesta hacia una función estatal que no es, precisamente, la jurisdiccional.

El actor tiene un derecho, pero no es judicial:

En él, la conclusión no puede ser otra que la del desacierto del amparista, no porque carezca del derecho a una vivienda digna y al acceso a todos los recursos materiales que posibiliten su desarrollo personal y familiar, con amplitud y en condiciones de igualdad con todos los habitantes de la Nación (art. 16 CN y art. 11 CPBA), sino porque la configuración de su situación, inscripta en el derecho a petionar, *no puede ser canalizada por la vía judicial* (art.14 CN).

Las normas que reconocen el derecho a la vivienda no son operativas:

Elo, claro está, mientras *no exista un marco que haga operativas las mandas constitucionales tuitivas*, o se presente un supuesto de irrazonable omisión y, en tanto, estas situaciones se particularicen en algunas de las descritas para abastecer los márgenes de legitimación señalados.

El derecho a la vivienda no es exigible en la Justicia, lo tiene que garantizar la política:

El proceso, a contrario, *no exhibe esos caracteres de exigibilidad*. Transita por un interés compartido por la colectividad que se halla en idéntica condición y que transfiere su espacio decisorio al ámbito del mérito u oportunidad política, siendo que, el caso judicial, como presupuesto de acceso a la jurisdicción, exige siempre una controversia de contornos jurídicos.

Una interpretación contraria llevaría a admitir que la pobreza y la marginalidad, fuente última que deja ver el reclamo tramitado y realidad social que comparten un número indefinido de personas en idéntica situación a la del actor, puedan edificar, a la vez que una pretensión individual, una hipótesis de resolución en manos de la función judicial.

Ni el reclamo social que subyace por debajo, y se hace oír, puede canalizarse por esa actividad estatal, ni le compete a ella el equilibrio distributivo que es *inherente a la gestión política*.

El Poder Judicial no tiene por función juzgar omisiones de deberes que no constituyen obligaciones jurídicas:

El límite impuesto por el principio de división de poderes le impide a esta, a todas luces, sustituir a la función administrativa o a la legislativa, acotando los alcances de sus cometidos constitucionales a la consumación del derecho, cuando su quiebre genere un caso a ventilar. Ello así, los jueces ni legislan ni gobiernan, a cambio, su función de control de legalidad los coloca en el juzgamiento de los actos de gobierno (administración) o de legislación, sin poder sustituirlos.

En síntesis, para este magistrado, la única respuesta que debe dar el Poder Judicial en este tipo de casos –y, en realidad, en todos– es la explicitada para el paradigma del abuso, es decir, solo interviene ante una intervención del Estado que, por su accionar, interfiera en los derechos individuales de las personas.

Veamos algunos párrafos relevantes para fundar lo dicho:

No hay una infracción jurídica del estado que, en quiebre de una regla de esa naturaleza impacte en la zona de dominio único y distintivo de aquel. Tampoco puede predicarse de su especial condición hipótesis de exigibilidad de una conducta activa en un espacio de afectación concurrente, frente a un interés también actual y directo. No refleja la causa un presupuesto de hecho que permita visualizar una *ruptura de la juridicidad*, con impacto personal actual y directo en la esfera de atribución del actor, en situación de concurrencia con otras personas en la misma condición de incidencia.

Desde su perspectiva, la omisión denunciada por el actor no comporta una infracción jurídica, una ruptura de la juridicidad. Pero, en

su mirada, ¿cuándo se podría romper con la juridicidad, generando una infracción que habilitara la intervención del Poder Judicial?

En nombre de esa misma justicia distributiva corresponderá medir las cargas y los beneficios, más, en términos de distribución de los bienes sociales, la impronta política de la función administrativa será la que defina la escala respectiva. Esta, mientras no exhiba un *trato discriminatorio, violento, impregnado de un humor circunstancial o de cualquier manera lesivo del trato igualitario*, escapa, en principio, a la función judicial. Tal, el camino recorrido para demostrar que, mientras el caso no revele un supuesto de *quiebre de juridicidad*, con el cartabón que he descrito, aparece ajeno a la justiciabilidad que se ensaya.

La revisión de la función administrativa es justiciable cuando quiebra la juridicidad por intervenir en forma contraria al derecho, materializado en una conducta lesiva por parte del Estado, como un trato discriminatorio, violento o arbitrario. Se trata de los casos propios de la categoría conceptual de *precondiciones del Estado*, a la cual corresponde, según Grosman, el *paradigma del abuso*.

El voto de la jueza Claudia Milanta (paradigma de la inclusión)

En este voto se hace hincapié en la existencia de una estructura administrativa prevista para garantizar el derecho a la vivienda del actor y su familia, lo que nos permite ubicar la postura en el paradigma de la inclusión. La sentenciante destaca que la situación de

Ricardo Reina y su grupo familiar sería idónea para obtener alguno o algunos de los beneficios previstos y disponibles en los programas provinciales destinados a conjurar las necesidades habitacionales o bien a proveer prestaciones del ámbito de la seguridad social.

Veamos los párrafos centrales:

En el indicado sentido, a fs. 80/80 vta. el Instituto de Previsión Social informa que el amparista se podría encontrar incluido en alguno de los beneficios contemplados en el régimen de prestaciones no contributivas del ámbito de la seguridad social, y que para acceder al mismo deberían constatarse varios recaudos (cfr. normas de la ley 10.205).

El Área Legal Subsecretaría de Políticas Socioeconómicas agregó que, realizada una encuesta social a fin de constatar la situación de vida del grupo familiar, se había observado que carecen de recursos económicos suficientes para sostener el costo de mantenimiento familiar, concluyendo que podrá acceder a una ayuda de carácter económico destinada a manutención familiar, previo suscribir el formulario de solicitud del subsidio y declaración jurada previsto en el anexo del decreto 642/03 (fs. 136). En razón de ello la Fiscalía de Estado informó al juzgado acerca de tal ayuda de carácter económico pidiendo que se pusiera en conocimiento del peticionante (cfr. fs. 137/137 vta.); ello, acorde con lo sugerido en la aludida encuesta del Área Asistencial Social del Ministerio de Desarrollo Humano y Trabajo que propuso que se vea la posibilidad de conceder una ayuda a efectos de solicitar el problema habitacional (cfr. fs. 135/135 vta.).

La jueza encuentra que el Estado tiene una estructura para garantizar una ayuda económica al actor y su familia, y que, a pesar de ello, tal asistencia no se efectivizó en el caso. No obstante, la respuesta que da no consiste en medidas para garantizar que el Estado no omita incluir a un individuo o grupo bajo el paraguas de la estructura que ya ha sido creada y dotada de fondos para proteger o realizar derechos. Argumenta, para no proponer en su voto que se condene al Estado a incluir al accionante entre los beneficiarios de dicha estructura, que este no petitionó formalmente en las oficinas correspondientes tales asistencias sociales. Es decir, evalúa la existencia de estructuras protectorias de los derechos de las personas reclamantes y confirma su existencia, lo que sin dudas ubica el caso en el paradigma de la inclusión, pero al decidir no emite la respuesta que se espera para este tipo de casos judiciales. Es decir, no ordena que se incluya al actor en los planes que describe con detalle.

El voto del juez Gustavo Spacarotel (paradigma de la escasez)

Los argumentos de este magistrado, desde mi visión, ubican el caso en el de la ausencia de una estructura protectoria de derechos, por lo que ingresa en el paradigma de la escasez, aunque, puesto a valorar los principios constitucionales para resolver el caso, adopta un criterio que considero que no se corresponde con la igualdad estructural.

Comienza por oponerse a las argumentaciones del magistrado De Santis, afirmando que en el caso se trata de derechos operativos,

jjustificables, y que corresponde al Poder Judicial intervenir en la revisión de la omisión estatal. Veamos.

Sobre la operatividad de los derechos sociales:

En lo sustancial, coincido con el temperamento impuesto por el magistrado que me precede en orden, empero, deseo dejar expresamente aclarado, dos aspectos tendientes a determinar, en primer lugar, *la existencia de derechos operativos en el campo de los derechos sociales*, y en segundo término, el alcance del control judicial en el ejercicio de la función administrativa.

No es del caso desconocer, como alega la recurrente, la existencia de los derechos reconocidos constitucionalmente y a nivel supranacional, ni soslayar que, en la República Argentina, la Convención sobre los Derechos del Niño se encuentra aprobada por ley 23849; y además tiene jerarquía constitucional, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 75, inc. 22, CN. Dichas pautas normativas, (y en este aspecto finco una disidencia parcial con el voto que me precede) *son plenamente operativas*.

Sobre la violación de los derechos en juego:

No luce controvertible la patentización de necesidades básicas insatisfechas representadas a través de dificultades materiales, económicas, alimentarias, laborales, sanitarias, educacionales y de vivienda, en la que se encuentra la actora –junto a su familia– en un real estado de indigencia, sin recursos elementales para subsistir. Ni que tal situación vulnera derechos elementales del grupo familiar afectado.

Sobre las funciones del Poder Judicial:

Al poder jurisdiccional le compete la misión de examinar el ejercicio de las distintas funciones del estado, y en tal caso, –como en el presente–, ponderar si la omisión en la que hubieren incurrido los poderes públicos, reluce con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta. Compete, sin dudas, y el control judicial es factible desde la óptica de un efectivo examen de razonabilidad de tales políticas en cada caso concreto, verificando el cumplimiento de las obligaciones positivas y negativas del Estado en garantizar las prestaciones establecidas en los programas sociales de vivienda, alimentación, educación, salud, etc.

Sobre el criterio de la Constitución nacional para resolver el caso según el *paradigma de la escasez*, en primer lugar, respecto del derecho a la vivienda, recordemos las reflexiones de Grosman (2008):

Si proveer vivienda digna a cada individuo excede la capacidad de la agencia relevante, como ocurre con frecuencia, hacer efectivo el derecho a la vivienda enfrentará a los tribunales a situaciones en las que se deberán tomar decisiones distributivas críticas, ya que proveer vivienda a una persona necesariamente implicará que otras personas no recibirán ese u otro beneficio social. (p. 33)

Volviendo al voto en estudio, el magistrado hace referencia a la obligación del Estado de adoptar medidas de acción afirmativa –citando el artículo 75 inciso 23 de la Constitución–, desarrolla la protección especial que nuestro ordenamiento jurídico provee a niños, niñas y adolescentes, y repasa resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en las que se obliga a los Estados a

adoptar políticas públicas para garantizar los derechos fundamentales de las personas y grupos vulnerables.

Sobre la revisión judicial de las medidas de acción positiva, dijo:

De este modo, enarboló mi convicción en dirección a consagrar que el control judicial de la función materialmente administrativa que debe ejecutar las medidas de acción positiva para la satisfacción de los derechos sociales (educación, vivienda, salud, alimentación, etc.) no se encuentra vedado por disposición alguna de la Constitución Nacional ni Provincial.

¿Qué valor constitucional de distribución de recursos (vivienda) aplica el juez en este caso? Si hubiese aplicado el criterio de la necesidad o de la igualdad estructural, el resultado no podría ser otro que hacer lugar a la demanda, ya que no desconoce que existen necesidades que impiden el goce del derecho constitucional en juego, que se trata de personas con una especial tutela por integrar un grupo vulnerable (niño enfermo) y que el derecho a la vivienda es un derecho social fundamental, operativo y exigible judicialmente.

Dice el voto:

Lo que ocurre en la presente controversia, transita, sin dudas por un déficit postulatorio endilgado al actor que no ha demostrado el ejercicio activo de los derechos que luego alega como conculcados. No acredita fehacientemente, o bien siquiera de modo enunciativo, haber *promovido gestiones o reclamos ante las autoridades administrativas* de las distintas esferas de poder

(provincial o municipal), ni que las autoridades públicas le hayan negado el acceso a tales derechos.

El valor constitucional independiente, cuya aplicación distingue los casos resueltos por el paradigma de la escasez, parece ser otorgarle trascendencia a la elección que el actor adoptó al no reclamar en sede administrativa por su derecho a la vivienda, es decir, hace referencia a su autonomía individual.

Conclusiones

Como se puede afirmar de la lectura del análisis jurisprudencial, los paradigmas de revisión judicial en materia de derechos sociales propuestos por Grosman (2008) resultan útiles para estructurar argumentalmente los fundamentos de los magistrados respecto de su concepción sobre este tipo de derechos fundamentales en juego y su exigibilidad, sobre las obligaciones o rol institucional que debe cumplir y jugar el Poder Ejecutivo, sobre las competencias de revisión judicial de la conducta estatal, y, finalmente, sobre la concepción que tienen acerca del principio de igualdad en cuanto nuevo ideal constitucionalizado en 1994.

Dejando el objetivo pedagógico de este desarrollo teórico práctico, quisiera brindar mi opinión acerca de la decisión que tomó la Cámara, aportando una mirada crítica a los argumentos utilizados en la sentencia.

Es clara la postura del juez De Santis, en cuanto sostiene la inexigibilidad judicial de los derechos sociales como un principio rector en su análisis de nuestro ordenamiento jurídico. Dicha lectura hoy resulta minoritaria entre la doctrina y la jurisprudencia nacionales.

Me resultan más interesantes los argumentos de los jueces Milanta y Spacarotel, ya que ambos, desde lo que podemos definir como paradigmas de la inclusión y la escasez –respectivamente–, rechazan la pretensión del actor por no haber realizado los planteos y reclamos en forma previa ante la Administración pública provincial o municipal. Someten a la persona que alega la vulneración de un derecho fundamental básico a una exigencia que, en mi opinión, es propia de la esfera de lo privado, por lo tanto, impropia para la esfera de lo público.

Hay autores dentro del derecho constitucional y la filosofía del derecho que sostienen que existen dentro de nuestras sociedades occidentales y capitalistas dos esferas jurídicas, una de derecho privado y otra de derecho público, que funcionan como paradigmas opuestos y contradictorios.

En la teoría garantista del derecho que desarrolla Luigi Ferrajoli en su obra *Principia Iuris* (2011) dedica uno de sus capítulos centrales a la distinción entre *derechos fundamentales* y *derechos patrimoniales*, entre *bienes fundamentales* y *bienes patrimoniales*, como también entre *esfera pública* y *esfera privada*, para construir a partir de dichas definiciones formales una conceptualización de la *igualdad jurídica*, la *desigualdad jurídica*, el distanciamiento entre ellas y las *diferencias* de hecho, y el rol que juegan en este sistema las *discriminaciones*. Así, define la *esfera pública* como “el conjunto de las situaciones en las

que todos somos titulares, o que están establecidas en garantía de los intereses de todos y/o que no son producidas por el ejercicio de los derechos civiles de autonomía" (p. 759). La *esfera privada*, por su parte,

es el conjunto de las situaciones de las que no todos son titulares, o que no están conferidas en garantía de intereses de todos y que son, tanto unas como otras, producidas por el ejercicio de los derechos civiles de autonomía. (p. 759)

En ese marco podemos distinguir *derechos patrimoniales* (esfera privada) de *derechos fundamentales* (esfera pública) y afirmar que unos y otros implican lo contrario, se oponen, se hallan en relación de contrariedad. Los derechos fundamentales no son jamás patrimoniales y viceversa.

En efecto, explica el maestro italiano:

La diferencia entre estas dos clases de derechos es ciertamente todavía más radical (que la existente entre derechos de libertad y derecho real de oportunidad), residiendo en el hecho de que los *derechos patrimoniales*, al tener por objeto bienes o prestaciones concretamente determinados, son por un lado *singulares* en lugar de universales, y por otro lado *disponibles* en lugar de indisponibles. Y mucho más grave, y no menos preñada de implicaciones prácticas, es su confusión. En efecto, como se ha indicado, mientras que los derechos fundamentales y sus frágiles garantías están en la base de la igualdad jurídica, los derechos patrimoniales –para los que además el derecho positivo, aunque solo sea por su milenaria tradición, ha elaborado

técnicas de garantía bastante más eficaces– están en la base de la desigualdad jurídica. (Ferrajoli, 2011, p. 781)

Los *derechos patrimoniales* son todos los derechos *singulares* –“pertenecientes a sus titulares con exclusión de los demás sobre la base de normas hipotéticas que los prevén como efectos de actos a su vez singulares” (p. 718)– y *disponibles* –“es todo derecho subjetivo singular no inmediatamente dispuesto por una norma tética, sino predispuesto por una norma hipotética como efecto del acto por ella hipotizado” (p. 718)– que se pueden subdividir o clasificar en *derechos negativos* consistentes en expectativas de no lesión –derechos reales– y *derechos positivos*, consistentes en expectativas de prestación –derechos personales o de crédito–.

A partir de estas bases conceptuales, Ferrajoli (2011) realiza una enumeración de cuatro diferencias formales –no sobre sus contenidos– de estructura entre *derechos fundamentales* y *derechos patrimoniales*, que, sintetizadas, son las siguientes:

- a) Los *derechos fundamentales* son *universales* y los *derechos patrimoniales* son *singulares*.
- b) Los *derechos fundamentales* son *indisponibles* y los *derechos patrimoniales* son *disponibles*.
- c) Los *derechos fundamentales* consisten en *reglas heterónomas* y en *normas tético-deónticas* y los *derechos patrimoniales* son *normas hipotético-deónticas* y se encuentran *subordinados a vicisitudes contingentes*, como efectos de actos singulares.
- d) Los *derechos fundamentales* se insertan en *secuencias verticales* y los *derechos patrimoniales* en *secuencias horizontales*.

Volviendo al caso jurisprudencial en análisis, no quedan dudas de que el derecho afectado por la omisión estatal (vivienda digna) es un derecho fundamental que se enmarca en la esfera del derecho público y es por lo tanto universal e indisponible. A pesar de esta circunstancia, la decisión a la que arribó la Cámara platense se funda en principios regulatorios de la esfera privada, regidos por la autonomía de la voluntad y la asunción de las consecuencias que de dicha libertad se derivan.

En el ámbito de la *esfera privada*, si una persona solicita algo erróneamente, es decir, se equivoca en su conducta individual y libre, debe hacerse cargo de las consecuencias derivadas de su desempeño negligente. Ello es así porque no hay un interés público en juego, sino uno individual –singular y disponible–, y es el individuo interesado el que debe actuar para protegerlo, resultando su problema defenderlo correctamente.

Los magistrados resuelven con la máxima “el derecho no protege a las personas de su propia torpeza”, dándole al caso un tratamiento propio de la esfera del derecho privado, sin considerar que la situación expone la violación de un derecho fundamental que pone en crisis el interés público y no el particular o individual del accionante. Tratan como singular y disponible un derecho que no lo es por tratarse de un derecho social fundamental.

Bibliografía

- ALEGRE, M. & R. GARGARELLA (2007).** El derecho a la igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario. Buenos Aires: Lexis Nexis.
- ATKINSON, A. B. (2016).** Desigualdad. ¿Qué podemos hacer? México: Fondo de Cultura Económica.
- DAHL, R. A. (2008).** La igualdad política. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- DUBET, F. (2015).** Solidaridad. ¿Por qué preferimos la desigualdad? (aunque digamos lo contrario). Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores.
- (2011). Repensar la justicia social. Contra el mito de la igualdad de oportunidades. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores.
- FERRAJOLI, L. (2011).** Principia Iuris. Teoría del derecho y de la democracia. Madrid: Trotta.
- FERRAJOLI, L. et al. (2008).** El principio de igualdad en la teoría del derecho y la dogmática jurídica. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- FITOUSSI, J. P. & P. ROSANVALLON (2010).** La nueva era de las desigualdades. Buenos Aires: Manantial.
- GELLI, M. A. (2006).** Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada. Buenos Aires: La Ley.
- GROSMAN, L. S. (2008).** Escasez e igualdad. Los derechos sociales en la Constitución. Buenos Aires: Librería.
- KAUFMAN, G. A. (2010).** Dignus Inter Pares. Un análisis comparado del derecho antidiscriminatorio. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

- KESSLER, G. (2014).** Controversias sobre la desigualdad. Argentina, 2003-2013. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- PÉREZ SÁINZ, J. P. (2021).** Cuando la igualdad parecía posible. Una historia de los intentos por reducir las asimetrías en América Latina, del siglo XIX a los gobiernos progresistas del siglo XXI. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores.
- QUERALT LANGE, J. (2015).** Igualdad, suerte y justicia. Buenos Aires: Marcial Pons.
- RODRÍGUEZ, M. (2008).** "Igualdad, democracia y acciones positivas". En: GARGARELLA, R., Teoría y crítica del derecho constitucional, T. II. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- SABA, R. (2016).** Más allá de la igualdad formal ante la ley ¿Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados? Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores.
- (2008). "Igualdad, clases y clasificaciones: ¿qué es lo sospechoso de las categorías sospechosas?". En: GARGARELLA, R., Teoría y crítica del derecho constitucional, T. II. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- THERBORN, G. (2015).** Los capos de exterminio de la desigualdad. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.