
Pobres merecedores y no merecedores de ayuda estatal. La jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad en materia habitacional analizada desde la Teoría de la Justicia de Rawls

Demián Zayat*

“...The poor were put into different categories

- those who would work but could not: these were the able-bodied or deserving poor. They were to be given help either through outdoor relief or by being given work in return for a wage.*
- those who could work but would not: these were the idle poor. They were to be whipped through the streets, publicly, until they learned the error of their ways.*
- those who were too old/ill/young to work: these were the impotent or deserving poor. They were to be looked after in almshouses, hospitals, orphanages or poor houses. Orphans and children of the poor were to be given a trade apprenticeship so that they would have a trade to pursue when they grew up.”*

The 1601 Elizabethan Poor Law¹

Resumen

El Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad estableció una jurisprudencia en El Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad estableció una jurisprudencia en materia de subsidio habitacional que divide a la población beneficiaria en tres grupos con distinta prioridad: personas mayores o con discapacidad, familias con niños menores de edad, y el resto de los beneficiarios. En base a ello, otorga mayor protección constitucional, o ninguna, según entienda que la persona “merece” o “no merece” el

Fecha de recepción: 31 de enero de 2017 | **Fecha de aprobación:** 2 de marzo de 2017

* Universidad de Palermo, demian.zayat@gmail.com.

¹ Extraído del sitio <http://www.victorianweb.org/history/poorlaw/elizpl.html>, último acceso 30 de septiembre de 2015.

subsidio estatal. Por su parte, autores reconocidos de filosofía política han discutido cuáles deberían ser los parámetros para las transferencias de ingresos estatales.

En un intento de aplicar las discusiones filosóficas relevantes a los conflictos resueltos por los Tribunales, este trabajo analiza la compatibilidad de esta jurisprudencia desde la Teoría de la Justicia de Rawls, y desde la teorías igualitarista de la suerte de Ronald Dworkin. Así puede observarse que las categorías sostenidas por el Tribunal Superior no podrían ser sostenidas desde ninguna Teoría de la Justicia.

Palabras clave: Teoría de la Justicia – John Rawls – Ronald Dworkin – Subsidio habitacional – Vivienda digna – Jurisprudencia – Ciudad de Buenos Aires.

Abstract

The City of Buenos Aires' Supreme Court of Justice established a precedent on housing subsidies that divides the beneficiary population into three groups with different priorities: elderly or disabled people, families with minor children, and the rest of the beneficiaries. Based on this classification, it grants greater constitutional protection, or none, as it understands that the person "deserves" or "does not deserve" the state subsidy. For their part, well-known authors of political philosophy have discussed what the parameters for state revenue transfers should be.

32

In an attempt to apply relevant philosophical discussions to the specific conflicts analyzed by the Judiciary, this paper analyzes the compatibility of this jurisprudence, from Rawls' theory of Justice, and Dworkin's luck egalitarianism theory. Thus it can be seen that the categories held by the City's Supreme Court could not be sustained by any theory of Justice.

Key words: law and literature – legitimacy – authority – practice – discursive strategies – judicial cases

I. Introducción

Gran parte de la política social del gobierno de la Ciudad de Buenos Aires se lleva adelante a través de subsidios a determinada población. Estos subsidios, la mayoría de las veces, son temporales y dirigidos a aquellas personas o grupos familiares que satisfagan los requisitos establecidos. Así, los subsidios para las familias en situación de emergencia habitacional se otorgan por un plazo máximo de seis meses, renovables por otros cuatro, a aquellas personas en situación de calle o en riesgo inminente de situación de calle. Una vez cumplido el lapso establecido, los grupos familiares beneficiarios se quedan sin el subsidio, aún si no hubieran podido superar la situación de emergencia. En esos casos, muchos de ellos recurren a los tribunales, a través de una acción de amparo, para evitar volver a la situación de calle, lo que implicaría una grave violación a sus derechos constitucionales. De este modo, los amparos habitacionales constituyen unos de los litigios en materia de derechos sociales más frecuentes en el fuero Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad.

Desde su inicio, los tribunales del fuero local se han mostrado receptivos a las demandas y han condenado al gobierno a reingresar a los grupos familiares a los programas habitacionales adoptados sucesivamente por el Gobierno (decretos 607/97, 895/02, y 690/06 –con las modificaciones del decreto 960/08, 167/11 y 239/13). En precedentes como “Silva Mora”², “Ramallo”³, “Baez”⁴ o “Mansilla”⁵, la Cámara de Apelaciones ha dado una respuesta favorable a las familias, y se le ordenó al gobierno a brindar cobertura de la emergencia habitacional hasta tanto los actores se hallasen en condiciones de superar el estado de crisis que padecían.

Por su parte, el Tribunal Superior de Justicia (en adelante, TSJ), que inicialmente no había resuelto el fondo de la discusión, fijó un criterio propio en el fallo “Alba Quintana”, del año 2010. Aquí consideró que existen pobres merecedores de la ayuda estatal y otros pobres que no la merecen. De este modo, si una persona puede trabajar y no lo hace, y en consecuencia, vive en la calle, será responsable de su situación. Y en este caso, el Estado nada le debe. Esta tesis de la existencia de pobres merecedores y no merecedores de la ayuda estatal responde a cierta teoría de la justicia que hace responsables a las personas por su situación. El liberalismo igualitario, por ejemplo, diferencia los hechos que son responsabilidad de las personas de los sucesos que son consecuencia de la mejor o peor suerte que han tenido, para de este modo, neutralizar

² Sala I, “Silva Mora, Griselda y otros c/GCBA s/amparo (art. 14 CCABA)”, sentencia de diciembre de 2001, expte. n° 2809.

³ Sala II, “Ramallo Beatriz y otros c/GCBA s/amparo (art. 14 CCABA)”, sentencia del 12/03/2002, expte. n° 3260/0.

⁴ Sala I, “Baez Elsa Esther c/GCBA s/amparo (art 14 CCABA)”, sentencia del 16/08/2002, expte. n° 2805/0.

⁵ Sala I, “Mansilla, María Mercedes c/GCBA s/amparo”, sentencia del 13/10/2006, expte. n° 13818.

los efectos de la suerte y responsabilizar a las personas por los actos que fueron elegidos autónomamente por ellas, en ejercicio de su propio plan de vida.

El precedente “Alba Quintana” y su aplicación posterior fue recurrido ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que --en abril de 2012-- dictó sentencia en la causa “Quisberth Castro” revocando lo decidido por el Tribunal Superior. Aquí, el máximo tribunal federal consideró que la protección del derecho a la vivienda no debía estar limitado en el tiempo, y debería tender a la superación definitiva de la situación de emergencia. En este fallo, la propia Corte Suprema citó el segundo principio de la teoría de la justicia elaborada por John Rawls en 1971, haciéndose eco de su filosofía.

Esto nos introduce en el análisis las teorías distributivas del liberalismo igualitario. Estas teorías dan respuesta sobre qué razones habría para distribuir los recursos económicos, y a quiénes. Las teorías libertarias, por su parte, entienden que el Estado debe tener la menor intervención posible, y por ello, niegan la posibilidad de cualquier transferencia de ingresos. Por esto, no serían buenas guías para analizar los alcances de los subsidios estatales. Por otro lado, las teorías del reconocimiento ponen su foco en la dominación que contrae la diferencia entre los grupos sociales. Así, la diferencia no será únicamente socioeconómica, y da lugar a reclamos redistributivos y de reconocimiento. Es por ello que la cita de Rawls, dentro del liberalismo igualitario, es adecuada en tanto la Corte estaba analizando una política social de transferencia de ingresos.

34

Sin embargo, la Corte Suprema nada dijo expresamente sobre la clasificación de las personas en “pobres que merecen” y “pobres que no merecen” que había realizado el TSJ. De esto, y del rechazo de una serie de casos por la aplicación del artículo 280 del código procesal civil y comercial de la Nación, el TSJ entendió que la Corte estaba avalando --en los hechos-- esta clasificación, que consideró aún con vigencia. En un nuevo precedente, “K.M.P.” del año 2014, el TSJ profundizó esta clasificación y estableció con mayor detalle qué grupos sí merecen la ayuda estatal y cuáles no.

Sin embargo, esta clasificación no está de acuerdo con lo que plantea Rawls en su teoría, que la Corte ha adoptado como parámetro de razonabilidad. Es por ello que, más allá de la discusión sobre la universalidad de los derechos, vale la pena analizar esta teoría y ver cómo debería aplicarse (en caso de ser posible) al supuesto de los subsidios estatales. Asimismo, habrá que tener en cuenta las críticas a esta teoría para ver qué pueden aportar a la discusión.

Pero antes de esto, será necesario hacer un repaso un poco más detallado de cómo la jurisprudencia fue moldeando esta categorización de las personas en merecedoras o no merecedoras del derecho a la vivienda. A eso dedicaré el próximo apartado de este trabajo, para luego, en el tercero, analizar la teoría de Rawls. En el cuarto discutiré las teorías del igualitarismo de la suerte, centrado en la igualdad de recursos de Ronald Dworkin, que han criticado a Rawls y analizaré cómo podrían moldear a la discusión de los subsidios en caso de ser adoptadas. Cerraré finalmente con unas breves conclusiones.

II. La jurisprudencia del TSJ. De la universalidad a la clasificación de las personas vulnerables

La política de emergencia habitacional de la Ciudad de Buenos Aires, en sus inicios, estuvo regulada por el decreto 607/97, que estableció un “Programa Integrador para Personas o Grupos Familiares en Situación de Emergencia Habitacional” que contemplaba la derivación a paradores o el pago de hoteles para las familias en situación de calle. Esto se sumaba al subsidio que podían recibir las familias por el programa “Nuestras Familias” de la Ordenanza 43.821/89.

Sin embargo, a mediados del año 2001, todos los beneficiarios de este programa fueron citados por el área de Desarrollo Social para que eligieran entre un único pago de salida, o aceptar cobrar los últimos tres pagos por un monto inferior que el cobraban los hoteles. Estas opciones se brindaron con el objeto de poner fin al programa del decreto 607/97.

Fue entonces, que desde la defensoría oficial se interpusieron 103 amparos (uno por cada hotel) reclamando por el derecho a la vivienda de estas 830 familias que iban a ser desalojadas⁶. En diciembre de 2001, la Sala I en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad, resolvió en el fallo “Silva Mora”⁷ ordenar al Gobierno que debía garantizar “*en términos efectivos el derecho a una vivienda adecuada, a través de los planes existentes... hasta tanto se cumpla con los objetivos generales y específicos del programa*”. Algo similar hizo la Sala II en el fallo “Ramallo”⁸ de marzo de 2002. En esta última causa, se dejó constancia que los actores de este amparo, alojados en el Hotel Lujan, “*carecían de trabajo estable, no obstante sus permanentes intentos de hallarlo*”. Esto es, no eran personas impedidas de trabajar, sino que eran desempleados. Habrá que recordar que en el año 2001, el desempleo en nuestro país era el más alto de la historia, superando el 20% de la población económicamente activa.

Estos casos no llegaron a ser analizados por el TSJ, ya que el Gobierno de la Ciudad reemplazó el programa por uno nuevo, similar, de acuerdo al decreto 895/02, que estableció un subsidio de un monto máximo por un plazo de seis meses. En virtud del dictado de este nuevo programa, el TSJ en la causa “Jasmin”,⁹ entendió que las críticas de los amparos devinieron abstractas.

Sin embargo, los cuestionamientos al programa del decreto 895/02 no tardaron en llegar, ya que establecía una ayuda temporal y una vez finalizado, la familia

⁶ Véase Christe, Graciela, “Derecho a la vivienda digna y defensa pública”, en *Revista Institucional de la Defensoría General de la Ciudad de Buenos Aires*, Diciembre de 2011, N° 2, p. 17 y ss.

⁷ *Supra* nota 2.

⁸ *Supra* nota 3.

⁹ TSJ, “Jasmin, José Alberto y otros c/GCBA s/amparo (art. 14 CCABA) s/ recurso de inconstitucionalidad concedido”, sentencia del 1 de octubre de 2003, expte. n° 2282/03.

debía volver a la calle si no hubiera logrado superar la emergencia. La Cámara de Apelaciones mantuvo su criterio por el cuál la asistencia habitacional debía extenderse mientras subsistiera la situación de emergencia, ya sea continuando el programa o incorporándolo a cualquier otro plan vigente.

El TSJ se basó en la vaguedad de estas condenas, para revocar las sentencias. En “Panza”¹⁰ el máximo tribunal local entendió que la sentencia de cámara adolecía de defectos que debían ser subsanados, ya que la sentencia carecía de precisión en su resolutorio. Por otro lado, dejó entrever que los fundamentos que había otorgado la cámara para establecer el mínimo exigible, o la operatividad de los derechos sociales, no eran suficientes. Por ello, el TSJ revocó la sentencia y ordenó dictar una nueva. Es decir, sin fijar una postura clara sobre el fondo, el Tribunal Superior, comenzó a esbozar que no le resultaba tan claro que existiera un incumplimiento constitucional por parte del Gobierno al haber fijado subsidios temporales y con montos fijos.

Luego de dictado el decreto 690/06 (que reemplazó al del 895/02) el problema volvió a surgir. Este decreto estableció un subsidio habitacional para cualquier persona que se encontrara en situación de calle, por el lapso de diez meses, con un monto limitado. Este monto fue ampliado por los decretos 960/08, 167/11 y 239/13. Los planteos judiciales fueron similares, sobre la situación de desprotección en la que quedaba la familia luego de vencerse las diez cuotas y mantenerse la situación de emergencia.

El 12 de mayo de 2010, el TSJ decidió expedirse sobre el fondo de la discusión, en el fallo “Alba Quintana”.¹¹ Allí realizó una interpretación del artículo 31 de la Constitución de la Ciudad, que dispone que: “*La Ciudad reconoce el derecho a una vivienda digna y a un hábitat adecuado. Para ello: (1) Resuelve progresivamente el déficit habitacional, de infraestructura y servicios, dando prioridad a las personas de los sectores de pobreza crítica y con necesidades especiales de escasos recursos...*”. Entendió que es el Poder Legislativo quién debe reglamentar este derecho, y que el Poder Ejecutivo puede establecer los subsidios que considere adecuados. Sin embargo, entendió que no era inconstitucional un programa de subsidios temporarios, o que no alcanzase para costear una vivienda adecuada. Entendió que el piso mínimo de la obligación estaba constituido por los paradores que el Gobierno de la Ciudad administra, y que la progresividad en el goce de los derechos debía ser analizada de modo global, y no en cada caso puntual.

¹⁰ TSJ, “Panza, Angel R c/GCBA s/amparo”, sentencia del 23 de mayo de 2006, expte. n° 4270/05.

¹¹ TSJ, “Alba Quintana, Pablo c/ GCBA y otros s/ amparo (art. 14 CCABA) s/ recurso de inconstitucionalidad concedido”, sentencia del 12 de mayo de 2010, expte. n° 6754/09. Mayoría formada por los jueces Lozano, Conde y Casas. En disidencia votó la Dra. Ruíz.

Más allá de las críticas que se le pueden hacer a este fallo,¹² me gustaría centrarme en la clasificación que estableció. En base a la *prioridad* que el Tribunal Superior de Justicia entiende que fija el artículo 31 de la Constitución, y a la asunción de que los recursos son por definición limitados y que por lo tanto deben repartirse según algún criterio, el Tribunal –a falta de ley reglamentaria– decidió controlar la asignación de los subsidios de acuerdo a las prioridades. Así, entendió que puede presumirse que no se respetaron las prioridades “*cuando el beneficio le es denegado a una persona que se halla dentro del universo de personas con prioridad*”.¹³

Como contracara de esta presunción, el Tribunal Superior estableció el principio por el cual “*no se puede subsidiar al grupo menos necesitado sin subsidiar al que lo está más*”. Así, sin mayor fundamentación que esta falacia lógica,¹⁴ se introdujo la competencia entre grupos “más necesitados” y “menos necesitados” para ver quién se hará acreedor de la ayuda estatal. En ese caso, el Tribunal entendió que el actor, un hombre solo de 42 años, desempleado, que vivía en la calle, no pertenecía al grupo prioritario.

El 23 de abril de 2012, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, dictó el fallo “*Quisberth Castro*” que revocó esta doctrina. Allí recurrió a la teoría de la justicia de Rawls para analizar qué política estatal será razonable. La Corte dijo en el considerando 12 que

Lo razonable en estos casos está relacionado con el principio que ‘manda desarrollar las libertades y derechos individuales hasta el nivel más alto compatible con su igual distribución entre todos los sujetos que conviven en una sociedad dada, así como introducir desigualdades excepcionales con la

37

¹² Entre otras, véase Faerman, Romina, “El derecho a la vivienda digna y adecuada en la Ciudad de Buenos Aires”, y Gargarella, Roberto y Maurino, Gustavo, “Vivir en la Calle”, ambos publicados en: Asesoría Tutelar General, *El derecho a la vivienda en la Ciudad de Buenos Aires*, Ed. Eudeba, Buenos Aires, 2010.

¹³ El juez Lozano ya había insinuado algo de esto en el caso del TSJ, “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en B., M. y otros c/ GCBA s/amparo (art. 14 CCABA)”. Sentencia del 25 de abril de 2007, expte. n° 4757/06. Allí había manifestado que “*Es deber de la autoridad de aplicación mostrar que la discontinuidad del beneficio recibido por la familia B. M. no queda decidida a favor del ingreso de, por ejemplo, un adulto soltero sin necesidades especiales o, en general, de alguien en mejor posición que los accionantes. En tal contexto, entonces, era deber de la Administración aplicar a los actores la prioridad de acceso al beneficio de un modo que conjugue las previsiones del decreto 690/06 (vgr. arts. 3, 5, 7 y cc.), las directivas del art. 31 de la CCBA y las disposiciones de tratados internacionales como las ya citadas.*” (consid. 4).

¹⁴ De la premisas de que (1) “hay que subsidiar prioritariamente al grupo más necesitado” y (2) “los recursos son limitados”, no se sigue lógicamente que (3) “no se puede subsidiar al grupo menos necesitado al mismo tiempo”. Esto no siempre puede ser cierto. Por ejemplo, si mis recursos están limitados en \$100 pesos, y el grupo más necesitado insume \$60, no es cierto que no pueda subsidiar al grupo menos necesitado al mismo tiempo, aún con mis recursos limitados. Que los recursos sean finitos no implica que sean siempre escasos. Asumir eso es falaz.

finalidad de maximizar la porción que corresponde al grupo de los menos favorecidos (Rawls, John, "A Theory of Justice", 1971, Harvard College). Estos principios de igualdad democrática y de diferencia con finalidad tuitiva de los sectores excluidos deben ser respetados por quienes deciden políticas públicas.

Sin embargo, el Tribunal Superior de la Ciudad entendió que en aquél caso, estaba involucrada una persona con prioridad, por lo que en realidad la Corte estaba confirmando su teoría. Llegó a esta conclusión al analizar otros casos que la Corte Suprema resolvió no analizar, y a los que declaró inadmisibles con cita del artículo 280 del CPCCN. Así, el Tribunal Superior continuó aplicando la teoría de la clasificación según prioridades que estableció en "Alba Quintana".

Esta teoría quedó expuesta de un modo más acabado en el precedente "K.M.P."¹⁵ del año 2014. Allí, el TSJ se apoyó en la reglamentación de los derechos sociales que realizó la ley 4036 de la Legislatura. La ley establece que es un requisito para acceder a cualquier prestación, encontrarse en estado de "vulnerabilidad social", definida como "la condición social de riesgo o dificultad que inhabilita, afecta o invalida la satisfacción de las necesidades básicas de los ciudadanos". Según el Tribunal, la ley estableció dos categorías de beneficiarios. En una primera categoría, las personas mayores de sesenta años o discapacitados, a quienes el legislador obligó a garantizarles un "alojamiento". En la segunda, el resto de las personas vulnerables, que tendrán un acceso prioritario a las políticas sociales. Dentro de este grupo, el Tribunal también entendió que la ley 4042 establece un acceso prioritario a los grupos familiares con niñas, niños o adolescentes.

Así, el TSJ estableció tres grupos diferenciados para el goce de derechos sociales (1) discapacitados y mayores de sesenta años, (2) grupos vulnerables con niños, niñas o adolescentes, y (3) el resto de las personas vulnerables. Y aquí nuevamente, extrae la conclusión de que no podrá subsidiarse a un grupo menos necesitado sin antes haber acreditado que se ha subsidiado a los miembros del grupo más necesitado. En esos casos:

el juez está en condiciones de ordenar que se le mantenga el beneficio a las personas que la leyes 4.036 y 4.042 ponen en situación de prioridad frente a las restantes. Ello así, porque con esa decisión lo único que vendría a hacer es a reponer las prioridades fijadas por el Legislador, que, como dijimos, se pueden presumir no respetadas.

En el caso KMP, el actor era una persona con discapacidad, y por lo tanto se le

¹⁵ TSJ, "GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: K.M.P c/ GCBA y otros s/ amparo (art. 14 CCABA)", sentencia del 21 de marzo de 2014, expte. n° 9205/12.

ordenó al Gobierno proveerle un alojamiento¹⁶. En otros precedentes, se reafirmó esta clasificación. Lo mismo sucedió en el caso “Valdez”¹⁷, de un hombre de 60 años de edad con graves problemas de salud que le impedían superar la situación de vulnerabilidad, y en situación de calle, donde también establecieron la obligación de proveer un alojamiento.

Luego, en el precedente “Abdala”¹⁸ se trataba de una mujer sola, madre de un niño y embarazada, en una condición económica muy precaria que había sido intimidada a desalojar el inmueble que alquilaba. Allí, el Tribunal entendió que estaría dentro del grupo general con prioridad, y allí, en una situación prioritaria por estar el grupo familiar integrado por niños, niñas o adolescentes de la ley 4042. Aquí el Tribunal ordenó mantener a la actora dentro del régimen de subsidios habitacionales del decreto 690/06 hasta que los niños lleguen a la mayoría de edad, de acuerdo a los montos vigentes por la normativa.

En tercer lugar encontramos al grupo restante. En esos casos, según el TSJ, no existe un agravio constitucional, y sólo queda subsistente la obligación propia de la Administración, establecida en el programa del decreto 690/06. De este modo, una vez vencido los plazos del subsidio no es exigible nada más. Por lo tanto, el amparo será rechazado. Esto se observó en la línea de precedentes comenzados con “Almendras”¹⁹ y “Duré”²⁰. En estos casos, se trataba de personas solas, sin graves problemas de salud, mayores de edad “*que no han demostrado incapacidad para trabajar*”. Según esta interpretación, no entrarían dentro de la definición de vulnerabilidad, y por lo tanto no tienen ninguna prioridad para el goce del derecho a la vivienda. De este modo, una vez vencidos sus diez meses de la ayuda estatal establecida en el decreto, termina su derecho a la protección social, más allá de permanecer en situación de calle.

39

¹⁶ El concepto de alojamiento no es claro. El propio fallo dice que “*el derecho a un alojamiento que acuerda la ley no consiste en el derecho a obtener la posesión de un inmueble. El derecho es a ser alojado (cf. los arts. 18 y 25 de la ley). La Real Académica Española define al verbo “alojar”, en su primera acepción, como: “hospedar o aposentar”. “[H]ospedar” significa “[r]ecibir huéspedes, darles alojamiento”; y “aposentar”: “[d]ar habitación y hospedaje”. Como se puede observar el derecho no es uno de propiedad, sino el de ser cobijado en las condiciones que manda la ley*”. Lo que sí se puede desprender de la idea de alojamiento es que implica una solución permanente y no temporal o transitoria, y en caso de ser un subsidio, el monto debe ser suficiente.

¹⁷ TSJ, “Valdez, Mario Enrique c/ GCBA y otros s/ amparo (art. 14 CCABA) s/ recurso de inconstitucionalidad concedido”, sentencia del 4 de junio de 2014, expte. n° 9903/13.

¹⁸ TSJ, “GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: Abdala, Analía Verónica c/ GCBA s/ amparo (art. 14 CCABA)”, sentencia del 14 de agosto del 2014, expte. n° 9963/13.

¹⁹ TSJ, “Almendras, Víctor Hugo s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: Almendras, Víctor Hugo c/ GCBA y otros s/ amparo (art. 14 CCBA)”, sentencia del 10 de julio de 2014, expte. n° 10241/13.

²⁰ TSJ, “Dure, Jorge Manuel s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Dure, Jorge Manuel c/GCBA y otros s/ amparo (art. 14 CCABA)’”, sentencia del 11 de julio de 2014, expte. n° 9969/13.

De modo concordante, la Sala I y la Sala II de la Cámara de Apelaciones entendieron que si la persona no acredita problemas graves de salud que le impidiesen trabajar, no se tendrá por acreditada la situación de vulnerabilidad de la ley 4036, y por ende, corresponderá rechazar el amparo. Así, por ejemplo, la Sala II dijo que:

*no existen elementos mínimos de convicción que permitan considerar impedimento alguno para desarrollar tareas laborativas con su respectiva contraprestación, siendo que se trata de una persona mayor de edad y que no se ha acreditado que padezca enfermedades incapacitantes.*²¹

Lo mismo concluyó la Sala I, cuando el amparista no tuviera serios problemas de salud o pudiera trabajar:

*al respecto, la prueba aportada no logra acreditar que tales afecciones configuren un supuesto de vulnerabilidad conforme a la legislación vigente... [Por ello] teniendo en cuenta la falta de acreditación de la pertenencia del actor a un grupo que pueda ser calificado como prioritario, no resulta posible hacer lugar a la petición efectuada.*²²

40

En todos estos casos, los actores estaban en situación de calle y sin trabajo.

Y así es que llegamos a la misma clasificación que hacían las leyes de pobres de Inglaterra del 1600 citadas en el epígrafe. Si el pobre era muy viejo o estaba muy enfermo para trabajar, se le daría ayuda a través de un asilo, o un hogar de pobres; si el pobre quería trabajar pero no podía, se lo ayudaría a conseguir un trabajo; y si podía trabajar pero no lo hacía, se lo expondría al escarmiento y la vergüenza pública, hasta que aprendiera de su error.

Sin embargo, creo que en estos últimos cuatrocientos años la filosofía política avanzó lo suficiente como para tener que recurrir a soluciones insatisfactorias desde el punto de moral. Dejar en la calle a una persona que, además, no tiene trabajo genera una situación de desigualdad social que nos interpela como sociedad democrática.

En el próximo apartado analizaré lo que podrá aportar la teoría de la justicia elaborada por John Rawls a esta situación, que fue la adoptada por la Corte Suprema para analizar si la solución brindada por el Estado local era razonable.

²¹ Véase, entre muchos otros, Sala II, sentencia del 11 de noviembre de 2014, expte. n° A56593/0.

²² Véase, entre muchos otros, Sala I, sentencia del 23 de marzo de 2015, expte. n° 45060/0.

III. La teoría de la justicia de Rawls y la métrica de los bienes primarios

El filósofo político John Rawls elaboró dos principios que entiende que deben gobernar una sociedad bien ordenada. Rawls considera que el criterio óptimo para lograr el buen orden es la concepción a la que se refiere como *igualdad democrática*, cuyo contenido es el siguiente:²³

Primer principio: Cada persona tiene un derecho igual al esquema más extenso de libertades básicas iguales, compatible con el mismo esquema para todos los demás (*principio de la igual libertad*).

Segundo principio: Las desigualdades sociales y económicas deben satisfacer dos condiciones: primero, deben estar asociadas a posiciones y cargos abiertos a todos en condiciones de igualdad de oportunidades (*principio de la justa igualdad de oportunidades*); y segundo, deben redundar en el mayor beneficio posible para los individuos peor situados en la sociedad (*principio de la diferencia*).²⁴

Estos dos principios se aplican teniendo en cuenta estas dos reglas:

Primera regla de prioridad: Los principios de la justicia están ordenados lexicográficamente y por lo tanto, las libertades básicas únicamente pueden ser restringidas en aras de la libertad.²⁵

Segunda regla de prioridad: La justa igualdad de oportunidades tiene prioridad sobre el principio de la diferencia y ambos son prioritarios respecto a los objetivos de eficiencia y la maximización del bienestar.

Las *libertades básicas* que protege el primer principio son de cuatro tipos: “políticas” (libertad de expresión y pensamiento, derecho a voto y a ocupar cargos

²³ Más allá de las citas de la obra de Rawls, sigo en este apartado la descripción de la teoría que hace Queralto Lange, Jahel, *Igualdad, suerte y justicia*, Madrid, Marcial Pons, 2014, capítulos 2 y 3.

²⁴ Rawls, *Teoría de la Justicia*, México, Fondo de Cultura Económica, 1995, p. 67.

²⁵ De todos modos, el primer principio únicamente empieza a operar, de modo prioritario lexicográficamente sobre el segundo, cuando todos los ciudadanos tienen un mínimo decente. Esta precondition hace que la primera regla de prioridad sea más plausible. Ante la situación de tener que elegir entre una estructura básica que garantiza las libertades básicas de todos los individuos, pero que no asegura techo y comida a alguno de ellos, y otra distinta que no protege adecuadamente las libertades básicas de todos pero que les garantiza unas condiciones materiales dignas, se ha afirmado, erróneamente, que el criterio rawlsiano nos llevaría a preferir la primera. Sin embargo, la opción preferida por Rawls es la segunda. Dado que en ese contexto las circunstancias no son ideales, es prioritario mejorar las condiciones materiales del grupo de los más desfavorecidos para que puedan disfrutar de un mínimo de bienestar aunque para ello tengamos que restringir ciertas libertades básicas. Dar prioridad al primer principio una vez que, y sólo cuando, todo el mundo dispone de ese mínimo es razonable ya que la función de las libertades básicas es proteger legalmente ciertos cursos de acción que los individuos pueden desear emprender utilizando sus recursos. Véase *supra* nota 23, p. 79.

públicos, etc.), “de conciencia y asociación” (libertad religiosa por ejemplo), “libertad individual y derecho a la integridad física” (libertad de movimiento, derecho a la propiedad personal, etc.), y “garantías del estado de derecho” (protección frente a las detenciones arbitrarias, hábeas corpus, juicio previo, etc.). Que las libertades sean *básicas* significa que son condición indispensable para desarrollar las facultades morales necesarias para participar plenamente en la cooperación social: el sentido de justicia y la capacidad de desarrollar y perseguir una concepción del bien.

El segundo principio se aplica a la distribución del ingreso y de la riqueza. Mientras que no necesitan ser distribuidas de modo igual, esta distribución debe ser ventajosa para todos, y al mismo tiempo, los puestos de autoridad y mando tienen que ser accesibles para todos.²⁶ La *justa igualdad de oportunidades* implica que aquellos que tienen el mismo nivel de talento y habilidad, y tienen la misma voluntad de usarlos, deben tener las mismas perspectivas de éxito, a pesar de su nivel inicial en el sistema social, esto es, con independencia de la clase económica de origen.²⁷ Esto no implica que las expectativas de todos los miembros de la sociedad deban ser las mismas, sino que éstas han de depender únicamente del “talento” y la “motivación” de cada uno. La justa igualdad de oportunidades distribuye el acceso a las distintas posiciones sociales midiendo las oportunidades educativas y laborales de los individuos, y así son un reflejo de sus talentos y esfuerzo.

42

Este principio pretende neutralizar las circunstancias sociales, de modo que haber nacido en una familia rica o pobre, o haber tenido más o menos opciones en la infancia, no deberían afectar la posibilidad de acceder a los cargos o posiciones de autoridad o mando. En virtud de ello, un niño pobre talentoso debe tener la misma posibilidad de acceder a un cargo que un niño rico igual de talentoso.

Tanto el niño pobre talentoso como el niño rico talentoso deben poder acceder a posiciones o cargos que les brinden las mismas posibilidades de éxito. Empero, para que esto no produzca resultados injusto basados en diferencias naturales (arbitrarias desde el punto de vista moral) con las personas menos talentosas, las mayores perspectivas de éxito podrán ser perseguidas sí y solo sí benefician, al mismo tiempo, a las personas menos favorecidas.

Y esto en virtud de que Rawls considera que la distribución natural de talentos no es justa ni injusta, como tampoco es injusto que las personas nazcan en una determinada posición social. Éstos son hechos meramente naturales. Lo que puede ser justo o injusto es el modo en que las instituciones actúan respecto a

²⁶ Rawls, *supra* nota 24, p. 68.

²⁷ No es meramente una idea formal de igualdad de oportunidades, en donde el Estado únicamente debe eliminar las barreras legales discriminatorias para evitar que las expectativas individuales se vean determinadas por contingencias como el sexo o la raza. La igualdad de oportunidades formal permite que las expectativas estén determinadas por la clase social, mientras que la justa igualdad de oportunidades, no. Véase Queralt Lange, *supra* nota 23, p. 80.

estos hechos²⁸. El principio de la diferencia representa, en efecto, el acuerdo de considerar la distribución de talentos naturales, en ciertos aspectos, como un acervo común de la sociedad, lo que nos permite participar en los beneficios de esta distribución, cualquiera que sean. Aquellos que han sido favorecidos por la naturaleza, quienesquiera que sean, pueden obtener provecho de su buena suerte sólo en la medida en que mejoren la situación de los no favorecidos. Los favorecidos por la naturaleza no podrán obtener ganancias por el mero hecho de estar más dotados, sino que deben utilizar sus dones de manera que también ayuden a los menos afortunados. Nadie merece una mayor capacidad natural ni tampoco un lugar inicial más favorable en la sociedad. Sin embargo esto no es razón para eliminar estas diferencias, sino que será posible configurar la estructura básica de modo tal que estas contingencias funcionen también en favor de los menos afortunados.²⁹

De este modo, el *principio de la diferencia* establece que las desigualdades naturales deben operar en beneficio de los menos favorecidos. Las personas más talentosas podrán generar mayor riqueza, siempre y cuando esta mayor riqueza redunde en beneficio de los peor situados. Este principio regula los beneficios de la cooperación social entre sus participantes. Lo que se distribuye son los bienes sociales fruto de esa cooperación —que se simplifica en *dinero y riqueza*—, y que las categorías de *mejor* y *peor* situado se definen a partir de estos bienes primarios.

De este modo el segundo principio admite diferencias de ingresos o riqueza entre las personas. No considera que la distribución de los bienes primarios de una sociedad deba ser igual, sino que permite —siempre que los empleos y los cargos estén abiertos a todos de manera justa— que diferentes personas obtengan diferentes ingresos, únicamente en función a sus distintos talentos y esfuerzos.

Los talentos y la capacidad de esforzarse son diferencias naturales entre las personas: son parte de la lotería natural, y como tales, moralmente arbitrarias. Algunas personas nacen talentosas y otras no, algunas nacen con capacidad de esforzarse y otras no. Sin embargo, no habría que neutralizar estas diferencias, sino utilizarlas en beneficio de la sociedad. Así, por ejemplo, en vez de desincentivar a los talentosos pagándole lo mismo a todas las personas, las dejamos que ganen más dinero haciendo lo que saben hacer, y utilizamos parte de ese dinero en beneficio de los más desaventajados. De este modo, no estaría mal que, por ejemplo, Lionel Messi gane mucho dinero jugando al fútbol, si no que habría que permitirlo y, de este modo, podemos destinar —a través de impuestos— parte de ese dinero en transferencias hacia los menos favorecidos. Según Rawls, esta solución es pareto superior a la que existe cuando el dinero y la riqueza están distribuidas de manera igual. Para que pueda lograrse el beneficio a los peor situados, tiene que aumentar

²⁸ Rawls, *supra* nota 24, p 104.

²⁹ *Íbid.*

el producto social, lo cual es probable que suceda si ofrecemos a los individuos incentivos económicos, esto es, la expectativa de una ganancia adicional que se ofrece a un individuo condicionada a que tome una decisión determinada: trabajar más horas para aumentar la productividad o realizar una determinada tarea.³⁰

La métrica que utiliza el principio de la diferencia para evaluar si una persona está en el grupo de los peor situados o de los mejor situados, son los bienes primarios. Los bienes primarios son las cosas que se supone que una persona racional quiere tener, además de todas las que pudiera querer. Cualquiera que sean los planes de una persona, se supone que existen varias cosas de las que preferiría tener más que menos. Teniendo más de estas cosas, se les puede asegurar a las personas en general que tendrán mayor éxito en la realización de sus intenciones y en la promoción de sus fines, cualquiera sean. Los bienes sociales primarios, en amplias categorías, son derechos, libertades, oportunidades y poderes, así como ingresos y riquezas³¹. Muchos de estos bienes primarios son iguales en su distribución (libertades básicas, del primer principio). Los bienes sociales primarios que varían en su distribución son los poderes y la autoridad, el ingreso y la riqueza³². Así, si las posiciones de poder y autoridad están abiertas a los talentos de modo justo, y generan mayores ingresos y riqueza, habrá que redistribuir éstos hacia los menos favorecidos.

44

El grupo de las personas más desfavorecido incluirá a las personas de origen familiar y social mas desventajoso que el de otros, a quienes sus dotes naturales les permiten vivir menos bien, y aquellos en el curso de su vida la suerte y la fortuna les resultaron adversas³³. Rawls aún propone un modo de definir a este grupo como “todas las personas con menos de la mitad de la media de ingresos o riqueza”.³⁴ De este modo es fácilmente comprobable si determinada medida mejorará la situación de los mejor situados, y simultáneamente, la de los peor situados. Y sólo se podrá adoptar si mejora esta última situación, aún cuando esto produzca una afectación del objetivo de eficiencia o maximización de recursos, que está subordinado al segundo principio de justicia, según la segunda regla de prioridad.

Estos principios, entonces, son compatibles con desigualdades en los ingresos, consecuencia de la justa igualdad de oportunidades y la arbitraria distribución natural de los talentos. Permitir que los talentosos puedan explotar sus talentos, para de este modo, redistribuir y mejorar la situación de los peor situados, justifica que las desigualdades naturales generen desigualdades económicas.

Empero, el mismo tratamiento que tienen los talentos se le otorga a las enfermedades y discapacidades. Ambas categorías son dotaciones naturales de

³⁰ *Ibíd.*, p. 91.

³¹ *Ibíd.*, p. 95.

³² *Ibíd.*, p. 96.

³³ *Ibíd.*, p. 100.

³⁴ *Ibíd.*, p. 101.

los individuos: características físicas que pueden ser ventajas o desventajas. Las instituciones son las que tienen el deber de aprovechar o mitigar las consecuencias de las dotaciones. Rawls entiende que la influencia de los talentos está justificada para beneficiar a aquellos en una peor situación. Por su parte, las discapacidades y las enfermedades graves son un problema al que debemos dar solución, pero esto no implicará tratar de mitigar sus efectos por todos los medios disponibles, ni utilizando todos los recursos que sean necesarios. Rawls adopta un criterio suficientarista, consistente en identificar un conjunto objetivo de funcionamientos y limitar el deber de las instituciones a asegurar que los individuos puedan alcanzarlos para que vuelvan a ser miembros plenamente cooperantes de la sociedad.³⁵

Este criterio de suficiencia, para que todas las personas puedan ser miembros plenamente cooperantes de la sociedad, requerirá que las instituciones restauren las capacidades de las personas con discapacidades o enfermedades graves³⁶. Sin embargo, este criterio no nos dice nada respecto a las enfermedades permanentes, o que no pueden ser restauradas completamente. Rawls reconoce la existencia de un deber hacia todos los seres humanos pero duda respecto a cuál es su peso y naturaleza. Al mismo tiempo, cuanto más elevemos el mínimo social para cooperar plenamente, más serán las desventajas que queden de modo permanente bajo este mínimo. A través de la idea de miembro plenamente cooperante, Rawls intenta trazar un límite superior y uno inferior. Las personas que estén permanentemente abajo del mínimo, y que no puedan ser restauradas, no nos exigen realizar transferencias que supongan un sacrificio desproporcionado.³⁷

45

En conclusión, la igualdad democrática considera que la estructura básica de la sociedad debe organizarse de tal modo que las ganancias de los más favorecidos contribuyan a mejorar la situación de los menos favorecidos. Sólo en tal caso serán ganancias justas, y por ende, permitidas por la sociedad. Esto se realizará a través de transferencias de dinero, por medio de impuestos. El gobierno deberá garantizar un mínimo social, ya sea por asignaciones familiares o subsidios especiales o por impuestos negativos a la renta (a través de la rama de transferencia).³⁸ A su vez, también habrá que establecer otros impuestos, a la herencia o a las donaciones para asegurar la justicia intergeneracional, y establecer un sistema impositivo proporcional sobre el gasto o la renta para asegurar el segundo principio de justicia

³⁵ Esto lo desarrolla Rawls en *Justice as Fairness. A restatement*, 1993. Véase Queralt Lange, *supra* nota 23, p. 114.

³⁶ *Ibid.*, p. 254.

³⁷ *Ibid.*, p. 259.

³⁸ El impuesto negativo a la renta deduce un porcentaje fijo de la renta de todas las personas y les otorga un monto fijo. Esto beneficia a las personas de ingresos más bajos, asegurando un monto mínimo universal. Véase Rawls, *supra* nota 24, p. 258.

(a través de la rama de la distribución).³⁹

El criterio para asignar estos recursos es universal. No habrá que tener en cuenta si la persona es responsable por su situación particular, o si siendo talentosa no hizo nada para explotar dicho talento. Tampoco habrá que analizar si está en esta situación en virtud de alguna circunstancia fuera de su responsabilidad, ya que eso no es relevante. Lo único relevante será analizar si está en el grupo de los mejor o o de los peor situados, y para ello, habrá que analizar cuántos bienes primarios tiene, o mas sencillamente, cuánto dinero gana o cuanta riqueza tiene la persona.

Si compartimos esta teoría como parámetro de razonabilidad, los criterios que fijó el Tribunal Superior de Justicia para clasificar a las personas entre merecedoras y no merecedoras de la ayuda o del subsidio estatal, son irrazonables. Según Rawls, ese tipo de consideración no tiene mayor relevancia. Lo único relevante es un análisis objetivo de cuánta riqueza o dinero tiene la persona, y esto deberá ser utilizado por el estado para saber si dicha persona debe recibir una transferencia, o si por el contrario, debe contribuir para la mejora de los que están en una peor situación. Sólo de este modo se logrará una organización justa de la estructura básica de la sociedad.

IV. El igualitarismo de la suerte y el merecimiento moral

46

Algunas de las críticas que recibió Rawls por su teoría se refieren a que no tiene seriamente en cuenta la responsabilidad de los sujetos al analizar el éxito o el fracaso individual, y redistribuir bienes consecuentemente. Así, por ejemplo, se ha dicho que una persona talentosa que prefiera el tiempo libre que la realización de su talento, tendrá pocos ingresos pero una buena vida, y, de todos modos, la teoría de Rawls lo agrupará con los menos favorecidos que buscan trabajo desesperadamente. Rawls logra superar estas críticas a través de dos estrategias: entender al tiempo libre como un bien primario, valuable económicamente; y asimismo, realizar las comparaciones no individualmente, sino a través de miembros representativos de la situación social.⁴⁰ Sin embargo, la posición del igualitarismo de la suerte puede resultarnos atractiva a fin de analizar la teoría de la justicia adoptada por el Tribunal Superior de Justicia.

El igualitarismo de la suerte es una familia de teorías que comparten el objetivo de neutralizar el impacto distributivo de la suerte en la vida de las personas, y lograr que la situación de cada individuo sea sensible a sus decisiones e insensible a las circunstancias fuera de la responsabilidad de las personas. La preocupación mayor de estas teorías es que la situación de la persona sea consecuencia de las decisiones adoptadas por los individuos.

Roland Dworkin elabora los principios de una ética liberal, donde el gobierno

³⁹ *Ibíd.*, p. 261.

⁴⁰ Véase Queralt Lange, *supra* nota 23, p. 124.

tiene el deber de tratar a todos los ciudadanos con igual consideración y respeto. Al mismo tiempo, la responsabilidad de los individuos sobre su propia vida exige que el gobierno los trate como sujetos capaces de formar y actuar según sus concepciones del bien y no limitar la libertades individuales de acuerdo a la superioridad de alguna concepción del bien.⁴¹

Con estos principios, elabora una teoría “sensible a la ambición” e “insensible a las cualidades”.⁴² Para ello nos pide que imaginemos que somos inmigrantes en una isla desierta, en donde todas las personas -con las mismas aptitudes naturales- comenzamos la vida en sociedad con el mismo poder de compra (100 almejas). En la isla, decidimos poner todos los recursos naturales disponibles para ser adquiridos en un remate. Se lleva adelante la subasta de todos los bienes, y cada uno decidirá en qué bienes destina su dinero. Si todo sale bien, cada uno tiene el lote de bienes que prefiere. Esto satisface el “test de la envidia”: tengo el lote de bienes que quiero y no envidia a otros por su lote de bienes.⁴³

De este modo, si una persona quiere un terreno para jugar al tenis, podrá adquirirlo, y si otra prefiere un terreno para cultivar, también podrá adquirirlo. Todas las personas tienen la misma cantidad de almejas iniciales. Tiempo después, el tenista y el horticultor tendrán ingresos diferentes, pero ambos fueron tratados con igual consideración y respeto, por lo que no deben ser compensados.

Sin embargo, no todos tenemos las mismas dotaciones naturales. Por ello, no podría superarse el test de la envidia. Así, por ejemplo, hay personas con discapacidades que requieren una suma extra para poder llegar al mismo esquema de bienestar que las personas sin discapacidad. Alguien que pretenda neutralizar estas circunstancias, recomendaría compensar las discapacidades con una suma extra. Pero lo cierto es que aún con esa suma extra, nunca puede compensarse de modo completo este tipo de circunstancias. Entonces, lo que nos pide Dworkin es que imaginemos una posición original, y pensemos cuánto dinero gastaríamos en contratar un seguro que nos cubra determinada suma extra para el supuesto de que suframos alguna discapacidad. Claro que cuanto más queramos estar cubiertos, más gastaremos en la prima del seguro para ello.

De este modo, podemos transformar las circunstancias naturales en situaciones de responsabilidad individual. Si yo opté por contratar un seguro caro, y perdí en la asignación de dotaciones, voy a estar cubierto adecuadamente. Si en cambio, no perdí en la asignación de dotaciones, tendré una suma menor de recursos, en tanto decidí pagar una prima cara por un seguro que no utilizo. Si fuera menos conservador y más arriesgado, contrataría un seguro con una prima más baja, o ningún seguro.

⁴¹ *Ibid.*, p. 163.

⁴² Seguiré en la descripción de Dworkin también a Will Kymlicka, *Filosofía política contemporánea. Una introducción*, capítulo 3, Barcelona, Editorial Ariel, 1995.

⁴³ Dworkin, Ronald, *Virtud Soberana*, Buenos Aires, Ed. Paidós, 2003, p. 77.

Por supuesto que en caso de resultar perdedor, perdería mucho más. Será cuestión de analizar cuánto valoro estar cubierto frente a este tipo de infortunios.

Dworkin diferencia la suerte opcional —la mejor o peor fortuna en las decisiones de un individuo— de la suerte bruta, aquella que se da en las circunstancias en las que se encuentra con independencia de sus decisiones. De este modo, a través del seguro hipotético, la mala suerte bruta puede convertirse en mala suerte opcional, ya que yo decidí estar cubierto en mayor o menor medida frente a estas circunstancias. Aquellas personas que resultaron afortunadas en la lotería natural, deberán trabajar arduamente para pagar las primas que contrataron por si no resultaban afortunadas.

Los seguros hipotéticos aún tienen costos administrativos y otorgan una razonable ganancia a la aseguradora. Por eso, el importe de las primas será mayor que el de la probable compensación (la probabilidad del daño por el monto del daño). Esto nos hará pensar que el individuo medio no se asegurará frente a cualquier resultado no deseado sino sólo frente a aquellos que son desastrosos. No se asegurará frente a la mala suerte bruta de no tener un talento excepcional, sino que se asegurará frente a la posibilidad de no tener casi ningún talento. Esta situación sería rara, pero sus resultados son peores que el de no tener un talento extraordinario. Por ello, el individuo medio se asegurará frente a las desventajas más graves: objetivamente desventajosas y relativamente infrecuentes, como la sordera, o la ceguera, o caer bajo el umbral mínimo de pobreza. Esto es, contrataría un seguro que le garantizase “comida, una vivienda decente y un mínimo de asistencia sanitaria”.⁴⁴

48

En el mundo real deberemos reemplazar los seguros hipotéticos por seguros obligatorios que se financien a través de impuestos, y redistribuciones en caso de que alguien resulte desafortunado en la lotería natural. Tomaremos una prima promedio a lo que en general adoptaría una persona media. Así, todos pagamos impuestos para compensar a aquellos que han tenido mala suerte en la lotería natural. Esto no logra compensar de modo acabado la mala suerte bruta, pero es una opción del segundo mejor.

Con este esquema no compensaríamos a aquellos que han tomado malas decisiones, por ejemplo, el tenista de nuestra isla, sino sólo a quienes han sido desfavorecidos en la lotería natural o por circunstancias sociales. El tenista que prefirió gastarse su dinero en comprar un terreno improductivo, no tendrá cómo generar ingresos, pero no merecerá ser cubierto.

Por otro lado, ¿qué hacemos si el horticultor sufre una plaga que destruye todas sus plantaciones? En ese caso, si podría haber tomado un seguro para desastres naturales, y no lo hizo, será responsable por no haberse cubierto adecuadamente.

La vida en la isla estará marcada por dos tipos de desigualdades, la producida por la suerte opcional y la causada por la suerte bruta. La cuestión es cómo mitigar la segunda,

⁴⁴ Queralt Lange, *supra* nota 23, p. 176.

respetando la primera.⁴⁵ El punto clave será detectar qué desventaja es producto de la mala fortuna y qué desventaja es producto de malas decisiones. Los igualitaristas de la suerte pretenden que el destino de las personas esté determinado por las elecciones que autónomamente éstas hacen, desde un punto de partida justo y equitativo. Pero la idea de un punto de partida justo no solo incluye una impracticable compensación por dotaciones desiguales, sino también un impracticable conocimiento de los hechos futuros, para conocer los costos de nuestras elecciones y hacernos responsables por ellas.⁴⁶

Para los igualitaristas de la suerte, afirmar que determinadas decisiones de un sujeto justifican que se haga cargo de una desventaja que le afecta, implica conceder a estas decisiones la capacidad de eximir al resto de la sociedad de tener que mitigar dicha desventaja. Las decisiones individuales pueden tener este poder si han sido libres en el sentido incompatible de que el individuo podría haber actuado de otro modo y evitar así la desventaja. El igualitarismo de la suerte podría responder al sujeto desaventajado que reclama recursos adicionales que “dado que, como el resto, has tenido una oportunidad adecuada de evitar estas desventajas y has decidido no hacerlo, la negativa de los demás de transferirte recursos adicionales está justificada.”⁴⁷ Sin embargo, muchas de estas decisiones están influidas por factores completamente azarosos. Por ejemplo, muchas veces las decisiones de las personas son consecuencia de la educación que han recibido (o la falta de ella).

Esto nos lleva al punto central que en esta teoría juega la diferenciación entre que la situación de una persona sea consecuencia de las elecciones o de las circunstancias. Y esto puede ser muy difícil de distinguir. Johnathan Wolff, asimismo, ha argumentado que ello puede resultar extremadamente lesivo para el autorrespeto. Afirma que: *“un ciudadano que se encuentra desempleado debe probar, para beneficiarse de la ayuda del Estado, que su situación no es consecuencia de una decisión suya sino que no encuentra trabajo porque es ‘incapaz’ o ‘incompetente’.* *Tener que proporcionar esta información, es humillante”*.⁴⁸

Otra desventaja de esta teoría es que abandona a las víctimas negligentes, por más severas que sean las consecuencias. Por ejemplo el motociclista que decide no ponerse el casco porque le gusta sentir el viento en la cara, y que tiene un accidente. Aquí el igualitarismo de la suerte recomendará no transferirle recursos adicionales para corregir su desventaja.⁴⁹ Por otro lado, también habría que tener en cuenta que la capacidad para tomar buenas decisiones -la inteligencia- es también en gran parte, una circunstancia azarosa cuyo impacto sobre la vida de las personas también debe ser mitigado. Esta teoría no solo no lo mitiga sino que una mala decisión puede ser

⁴⁵ Queralt Lange, *supra* nota 23, p. 173.

⁴⁶ Kymlicka, Will, *supra* nota 42.

⁴⁷ Queralt Lange, *supra* nota 23, p. 142.

⁴⁸ Queralt Lange, *supra* nota 23, p. 147.

⁴⁹ *Ibíd.*, p. 149.

la diferencia entre una vida de miseria o la recepción de una ayuda estatal.

Aún con estos problemas, si el Tribunal Superior de Justicia adoptase esta teoría, debería poner especial empeño en identificar si la pobreza del individuo es responsabilidad suya o es una circunstancia en gran parte fuera de su responsabilidad. Sin embargo, el único criterio que utiliza es si la persona tiene aptitud laboral física, es decir, si sufre alguna enfermedad severa que le impide trabajar. Aún cuando la persona no tenga una enfermedad o discapacidad, puede ser que nunca haya podido insertarse en el mercado laboral, por falta de educación, contención familiar, porque debió haber salido a trabajar a edad muy temprana, porque sufrió adicciones, porque tiene problemas en su salud mental, o por un montón de otras circunstancias a las que no pudo reponerse. Lo cierto es que el TSJ no examina si la situación que sufre la persona pobre es consecuencia de malas decisiones tomadas libremente, o si es por el contrario, consecuencia de circunstancias sociales que no pudo superar. Presupone que si no trabaja es porque no quiere, y que eso es responsabilidad propia por la que el Estado no debe responder. Este criterio resulta cuestionable aún desde la teoría del igualitarismo de la suerte. Asimismo, tampoco cree que es un requisito constitucional compensar a aquellos que caen por debajo de la línea de pobreza, donde hubiera sido racional establecer un seguro hipotético a través de los impuestos, de acuerdo a la teoría de Dworkin.

V. Conclusiones

La teoría de justicia adoptada por el Tribunal Superior de Justicia no satisface ni los principios de la teoría de Rawls —que fuera indicada por la Corte Suprema como parámetro de razonabilidad de las políticas públicas de transferencia de ingresos— ni tampoco los de la teoría de la igualdad de recursos de Dworkin.

La teoría de la justicia de Rawls requiere que solo evaluemos la situación actual de la persona para analizar si está dentro del grupo favorecido o desfavorecido: solo su riqueza e ingresos. Esto era lo que hacía inicialmente la jurisprudencia del fuero, en fallos como “Mansilla” o “Ramallo”, y ordenaban la reincorporación de los actores a los programas sociales aún si tuvieran aptitud laboral. Esto es también lo único que mira la Administración al momento de incluir o no a una persona en el programa del Decreto 690. Y es también lo que debe analizarse según la pauta brindada por la Corte Suprema.

Sin embargo, si adoptase otra teoría, más vinculada a la responsabilidad de la persona por sus propias decisiones, el TSJ debería ser meticuloso en indagar las razones por las cuáles la persona llegó a la situación de pobreza, y ver si realmente fueron sus malas elecciones o si las circunstancias sociales o naturales fueron las que produjeron este resultado. Y tampoco es esto lo que realiza el tribunal.

La clasificación en tres grupos de personas que definió, similar a las leyes de pobres de Inglaterra del año 1600 (con la diferencia no menor de que allí se ayudaba a conseguir trabajo a quienes así quisieran) es insatisfactoria tanto desde el punto de vista moral

como en términos de justicia. Es por ello que debe ser dejada de lado ya que afecta a un gran grupo de personas en situación de calle que supuestamente “no tendrían prioridad”.

Que existan personas viviendo por debajo del mínimo social que establecimos como sociedad, nos debe hacer pensar en que fallaron las soluciones institucionales que ideamos o que estamos aplicando. Esto debe ser solucionado si queremos mantener una comunidad democrática. Frente a la objeción de que los recursos son por definición insuficientes, deberíamos analizar si las transferencias que se realizan desde las personas de los grupos más favorecidos son suficientes o adecuadas para satisfacer un criterio de justicia en la organización de nuestra sociedad. Y si no, deberemos aumentarlas.

VI. Bibliografía

Christe, Graciela, “Derecho a la vivienda digna y defensa pública”, en *Revista Institucional de la Defensoría General de la Ciudad de Buenos Aires*, Diciembre de 2011, N° 2.

Dworkin, Ronald, *Virtud Soberana*, Buenos Aires, Ed. Paidos, 2003.

Faerman, Romina “El derecho a la vivienda digna y adecuada en la Ciudad de Buenos Aires”, en Asesoría Tutelar General, *El derecho a la vivienda en la Ciudad de Buenos Aires*, Buenos Aires, Ed. Paidos, 2010.

Gargarella, Roberto y Maurino, Gustavo “Vivir en la Calle”, en Asesoría Tutelar General, *El derecho a la vivienda en la Ciudad de Buenos Aires*, Buenos Aires, Ed. Paidos, 2010.

Kymlicka, Will *Filosofía política y contemporánea. Una introducción*, Barcelona, Ed Ariel, 1995.

Queralt Lange, Jahel, *Igualdad, suerte y justicia*, Madrid, Marcial Pons, 2014.

Rawls, John, *Teoría de la Justicia*, México, Fondo de Cultura Económica, 1995.

Jurisprudencia

Cámara de Apelaciones en lo CAyT

Sala I, “Silva Mora, Griselda y otros c/GCBA s/amparo (art. 14 CCABA)”, sentencia de diciembre de 2001, expte. 2809.

Sala II, “Ramallo Beatriz y otros c/GCBA s/amparo (art. 14 CCABA)”, sentencia del 12/03/2002, expte. 3260/0.

Sala I, “Baez Elsa Esther c/GCBA s/amparo (art 14 CCABA)”, sentencia del

16/08/2002, expte. 2805/0.

Sala I, “Mansilla, María Mercedes c/GCBA s/amparo”, sentencia del 13/10/2006, expte. 13818.

Sala II, sentencia del 11 de noviembre de 2014, expte. A56593/0.

Sala I, sentencia del 23 de marzo de 2015, expte. 45060/0.

Tribunal Superior de Justicia

TSJ, “Jasmin, José Alberto y otros c/GCBA s/amparo (art. 14 CCABA) s/ recurso de inconstitucionalidad concedido”, sentencia del 1 de octubre de 2003, expte. n° 2282/03.

TSJ, “Panza, Angel R c/GCBA s/amparo”, sentencia del 23 de mayo de 2006, expte. n° 4270/05.

TSJ, “Alba Quintana, Pablo c/ GCBA y otros s/ amparo (art. 14 CCABA) s/ recurso de inconstitucionalidad concedido”, sentencia del 12 de mayo de 2010, expte. n° 6754/09.

52 TSJ, “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en B., M. y otros c/ GCBA s/amparo (art. 14 CCABA)”. Sentencia del 25 de abril de 2007, expte. n° 4757/06.

TSJ, “GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: K.M.P c/ GCBA y otros s/ amparo (art. 14 CCABA)”, sentencia del 21 de marzo de 2014, expte. n° 9205/12.

TSJ, “Valdez, Mario Enrique c/ GCBA y otros s/ amparo (art. 14 CCABA) s/ recurso de inconstitucionalidad concedido”, sentencia del 4 de junio de 2014, expte. n° 9903/13.

TSJ, “GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: Abdala, Analía Verónica c/ GCBA s/ amparo (art. 14 CCABA)”, sentencia del 14 de agosto del 2014, expte. n° 9963/13.

TSJ, “Almendras, Víctor Hugo s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: Almendras, Víctor Hugo c/ GCBA y otros s/ amparo (art. 14 CCABA)”, sentencia del 10 de julio de 2014, expte. n° 10241/13.

TSJ, “Dure, Jorge Manuel s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Dure, Jorge Manuel c/GCBA y otros s/amparo (art. 14 CCABA)”, sentencia del 11 de julio de 2014, expte. n° 9969/13.