



## EL DERECHO A LA VIVIENDA DIGNA Y ADECUADA

Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires a la luz de los principios de la ética del cuidado

**Romina Faerman**

**Abstract:** *¿Hasta dónde está obligado a hacer el Estado a partir del reconocimiento constitucional del “derecho a una vivienda digna”? ¿Qué justifica el deber de contribuir con las cargas públicas de los más acomodados, para satisfacer las urgencias de quienes viven en la marginación? Los alcances del derecho a una vivienda digna y su fundamento jurídico, constituyen el tema abordado en este trabajo. La autora parte del análisis de la jurisprudencia del Tribunal Superior de la Ciudad de Buenos Aires y busca, a la postre, una justificación moral de ese derecho, compatible con la que llama la “noción fuerte de derechos subjetivos”, que sirva para sustentar jurídicamente no sólo el derecho a la vivienda, sino también los derechos económicos y sociales en general.*

**Abstract:** *Cosa è tenuto a fare lo Stato a causa del riconoscimento costituzionale del “diritto a una casa degna”? Cosa giustifica il dovere dei più abbienti di contribuire con le tasse a soddisfare le necessità degli emarginati? Per rispondere a queste domande, l'autrice prende spunto dall'analisi della giurisprudenza del Tribunale Superiore della Città di Buenos Aires, e va poi alla ricerca di una giustificazione morale di tale diritto che risulti compatibile con quella che chiama “nozione forte di diritti soggettivi”, in modo da offrire sostegno giuridico non solo al diritto alla casa, ma anche, più in generale, ai diritti economici e sociali.*



## 1. INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo se realizará un análisis de la doctrina establecida por el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires en materia de emergencia habitacional en la Ciudad y, particularmente, el alcance que otorga al derecho a la vivienda digna y adecuada.

Se centrará, principalmente, en el análisis de dos casos en los que este Tribunal delimita el alcance del derecho a la vivienda digna y adecuada, y, a la luz de ello, analiza uno de los programas más importantes que forman parte de la política pública del Gobierno de la Ciudad para hacer frente a la emergencia habitacional.<sup>1</sup>

Sustancialmente, el presente trabajo se enfoca en el estudio de algunas de las razones que sirven de fundamentos de la solución arribada. En particular, llama poderosamente la atención y por tanto motiva la realización de este estudio, el hecho de que se incluya en uno de los votos centrales de los casos en análisis una argumentación sobre la concepción social de la propiedad privada y el deber de solidaridad que debería tener como correlato el dictado de una sentencia condenatoria con un alcance mucho más amplio del derecho que se encuentra vulnerado. Además de señalar dicha contradicción, es de destacar que parte de la argumentación que se utiliza está basada en principios de índole religiosa, lo que a su vez requiere hacer algunas consideraciones particulares.

Por ello, se intentará a través de este estudio formular una justificación moral –y fundamentalmente no religiosa– del deber de solidaridad compatible con la noción fuerte de derechos individuales, que sirva a los fines de sustentar los derechos económicos y sociales en general, y particularmente el derecho a la vivienda. Ello, con miras a

<sup>1</sup> Sentencias dictadas por el Tribunal Superior de Justicia en los expedientes N° 6153/08, caso “Ministerio Público – Asesoría General Tutelar de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires c/ GCBA s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, y expediente N° 6754/09 “Alba Quintana, Pablo c/ GCBA y otros s/ amparo (art. 14 CCABA) s/ recurso de inconstitucionalidad concedido”. Ambas resoluciones fueron emitidas el día 12 de mayo de 2010. Como integrante de la Asesoría General Tutelar de la Ciudad de Buenos Aires, Oficina de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, tuve oportunidad de tomar contacto con estos casos, y participar del seguimiento de la acción declarativa mencionada, así como también en las causas vinculadas con la aplicación del antecedente dictado en el caso “Alba Quintana” a otros expedientes vinculados a los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Este trabajo, en algún sentido, refleja mi experiencia de participación en ambos casos.



que una fundamentación robusta de los derechos tenga como correlato una interpretación amplia sobre su alcance.

## **2. DERECHO A LA VIVIENDA DIGNA Y ADECUADA EN LA CIUDAD DE BUENOS AIRES.**

El derecho a la vivienda digna se encuentra consagrado en el artículo 14 bis de la Constitución Nacional. Por su parte, el artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional otorga jerarquía constitucional a diversos tratados de derechos humanos que garantizan el derecho a la vivienda adecuada. En efecto, consagran este derecho la Declaración Universal de los Derechos Humanos (artículo 25, inciso 1)<sup>2</sup>; el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (artículo 11.1)<sup>3</sup>; la Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 27. 1)<sup>4</sup>; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (artículo 5 inciso. e.); la Convención por la Eliminación de la Discriminación contra las Mujeres (artículo 14, inciso 2); entre otros tratados internacionales de derechos humanos.

Al respecto, en 1992 el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales emitió la Observación General 4<sup>o</sup> sobre derecho a una vivienda adecuada, la que resulta esencial para definir los alcances

---

2 La Declaración Universal de los Derechos Humanos establece en el artículo 25, inciso 1 que “1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.”

3 El artículo 11 de Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales establece al respecto: “1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento...”

4 El artículo 27 dispone “1. Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social...3. Los Estados Partes, de acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios, adoptarán medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a este derecho y, en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda.”



de este derecho. Concretamente, en su párrafo 7º establece que: “[e]n opinión del Comité, el derecho a la vivienda no se debe interpretar en un sentido estricto o restrictivo que lo equipare, por ejemplo, con el cobijo que resulta del mero hecho de tener un tejado por encima de la cabeza o lo considere exclusivamente como una comodidad. Debe considerarse más bien como el derecho a vivir en seguridad, paz y dignidad en alguna parte...”.

En esta Observación se establecen los parámetros que constituyen una "vivienda adecuada" a los efectos del Pacto. En este sentido, se identifican siete estándares vinculados con el contenido del derecho: a) seguridad jurídica en la tenencia; b) disponibilidad de servicios, materiales, infraestructura; c) accesibilidad económica; d) habitabilidad; e) accesibilidad física; f) lugar adecuado y, g) adecuación cultural.

La legislación local de la Ciudad de Buenos Aires, a su vez, contiene una protección específica del derecho a la vivienda de sus habitantes, y especialmente de aquellos que se encuentran en situación de mayor vulnerabilidad social. Así, el artículo 31 garantiza el derecho a la vivienda. Establece: “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. 2. Auspicia la incorporación de los inmuebles ociosos, promueve los planes autogestionados, la integración urbanística y social de los pobladores marginados, la recuperación de las viviendas precarias y la regularización dominial y catastral, con criterios de radicación definitiva. 3. Regula los establecimientos que brindan alojamiento temporario, cuidando excluir los que encubran locaciones.”

En este marco normativo y frente a la emergencia habitacional de la Ciudad de Buenos Aires, el Gobierno local creó el Programa de Atención para Familias en Situación de Calle a través del Decreto 690/06, que prevé la entrega de un subsidio a las personas solas o familias que se encuentran en situación de calle disponiendo además una obligación adicional al Gobierno consistente en la orienta-



ción de las personas en la búsqueda de distintas estrategias de solución a su problemática habitacional.<sup>5</sup>

Si bien se trata de la principal política pública destinada a hacer frente a la emergencia habitacional, existen muchos obstáculos en la práctica para su implementación, lo que a su vez se ve agravado por la necesidad de recurrir a la Justicia en los casos concretos por la insuficiencia de los montos del subsidio y el límite temporal que no permiten solucionar, ni siquiera de manera transitoria, la problemática habitacional que motiva el pedido de inclusión al programa.

En las numerosas acciones judiciales que tramitan ante el fuero Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires, los/as jueces/zas de las primeras instancias han dictado reiteradas resoluciones condenando al Gobierno a abonar montos de subsidios más acordes a la problemática habitacional de cada familia en particular y a continuar la permanencia en el programa de los peticionantes que así lo requirieron más allá de los límites temporales, mientras subsistan las condiciones de vulnerabilidad que motivaron la presentación de la acción judicial.

Por su parte, el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Buenos Aires se expidió sobre la continuidad del subsidio más allá del límite temporal en los casos donde subsiste la problemática habitacional de los/as peticionantes (Fallos “Barrera”<sup>6</sup> y “Moravito”<sup>7</sup>). Según la doctrina que surge de estos antecedentes, la continuidad del subsidio depende del cumplimiento de los objetivos del programa, entre ellos, la obligación de orientación para la solución a su problemática habitacional, así como también de la observancia de un sistema de prioridades en función el cual la Administración debe probar que el egreso de una familia del programa de emergencia habitacional no se produce por la incorporación de una persona o familia que se encuentra en mejor situación.

Con posterioridad a esta doctrina, en el año 2008 se aprobó el Decreto N° 960/08 que introdujo diversas modificaciones al Decreto N° 690/06, entre ellas, algunas que implican una regresión en la protección del derecho a la vivienda digna y adecuada garantizada constitucionalmente. Estas reformas han sido

5 Artículo 3, segunda parte del Decreto 690/06, modificado por el Decreto 960/08.

6 Expediente N° 4757/06 “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.

7 Expediente N° 5033/06: “Moravito, Pilar Rosa c/ GCBA s/ amparo (art. 14 CCABA) s/ recurso de inconstitucionalidad concedido”, sentencia de 11 de diciembre de 2007.



objetadas ante la Justicia local en los casos individuales que tramitan ante la primera instancia del fuero Contencioso Administrativo y Tributario, así como también a través de una acción declarativa de inconstitucionalidad ante el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires.

En efecto, la Asesoría General Tutelar de la Ciudad de Buenos Aires inició una acción declarativa de inconstitucionalidad para que se declare la invalidez de diversos artículos del Decreto 960/08, que reformó el Decreto 690/06. Esta acción se limitó a cuestionar las normas del Decreto 960/08 que implican una clara regresión en la protección del derecho a la vivienda digna y adecuada, sin efectuar valoraciones sobre el programa en sí mismo ni sobre sus problemas de implementación.

Este programa preveía originalmente la entrega de subsidios habitacionales, además de la obligación del Gobierno de orientar a las familias para la solución habitacional. Como ya se mencionó, según la jurisprudencia el Superior Tribunal –anterior a la reforma del Decreto- ambas cuestiones se encontraban ligadas. En efecto, la continuidad del subsidio –aún excedidos los plazos previstos por el Decreto 690/06- dependía de, entre otras cuestiones, el cumplimiento de la obligación de orientación en la búsqueda de distintas estrategias de solución habitacional.

Con posterioridad al inicio de la acción se dictó la Resolución 1554/GCBA/MDSGC/08 del Ministerio de Desarrollo Social que, en relación con este punto, creó un Equipo de Seguimiento y Evaluación de sus Beneficiarios que tiene como funciones asesorar y orientar a pedido expreso del peticionante sobre las alternativas habitacionales existentes a fin de superar la emergencia, evaluando además aspectos de trascendencia para el ingreso y permanencia en el programa. En función de ello, el Superior Tribunal, por voto mayoritario, rechazó el planteo de inconstitucionalidad por considerar que es posible una interpretación de la normativa actual que permita concluir que la obligación de brindar asesoramiento para una solución habitacional definitiva sigue vigente.

También a través de la reforma se excluyó como población destinataria a las personas solas o familias que se encontraban en inminente situación de desamparo habitacional, o se hallen transitoriamente sin vivienda o refugio por causa de desalojo u otras causas, exigiendo para el acceso al programa la situación de calle efectiva y com-



probable. Ello, sin que el Gobierno haya puesto en funcionamiento otro tipo de asistencia para quienes quedarían excluidos del subsidio, dejándolos librados al azar, lo que fortalece aún más el criterio regresivo de esta norma.

La norma incorporada al Anexo de la Resolución 1554 prohibía, consistentemente con el Decreto 960, percibir un subsidio a las familias o personas que se encuentren en riesgo de ser desalojadas, o ante la inminencia de encontrarse en situación de calle.

El Tribunal Superior de Justicia, por mayoría, declaró la inconstitucionalidad de la reforma cuestionada e invalidó la resolución reglamentaria sobre este punto. La reinstalación de la normativa original implicaba que las personas que se encontraban en riesgo de quedar en situación de calle deban ser incorporadas de manera inmediata al programa habitacional en análisis, actuando el Estado de una manera preventiva para evitar el daño. Sin embargo, el Gobierno dictó el Decreto 167/11 que, a pesar de la sentencia del Tribunal Superior, restringe nuevamente la protección del derecho a la vivienda de las personas que se encuentran en inminente situación de calle.

También el Decreto 690/06 –versión original- disponía que el subsidio podía ser destinado a cubrir toda índole de gastos emergentes como el pago de un crédito hipotecario del Instituto de Vivienda de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, o de cualquier otra solución habitacional definitiva. A través de la reforma, sólo se podía utilizar para gastos de alojamiento, y, excepcionalmente, para la obtención de una solución definitiva para la problemática habitacional de la familia, previo dictamen favorable del área técnica y sólo disponiendo la posibilidad de pago único. Al respecto, el Tribunal, por mayoría, declaró la inconstitucionalidad de la reforma referida al destino del subsidio habitacional. También invalidó la disposición reglamentaria correspondiente prevista en la Resolución 1554.

Finalmente, también se cuestionó en la acción judicial un aumento del requisito de residencia de un año a dos, lo que deja automáticamente excluidos de la asistencia a todos aquellos que, detentando la calidad de residentes por un año (y por lo tanto alcanzados por el anterior decreto), no puedan acreditar un período de dos. El Tribunal rechazó –en un fallo también dividido en este aspecto- el planteo de inconstitucionalidad vinculado a la ampliación del plazo de residencia como requisito de acceso al programa.



### 3. MARCO TEÓRICO QUE SUSTENTA LA SENTENCIA.

Más allá de la resolución concreta de los puntos sometidos a resolución judicial, donde se invalidan algunas de las normas cuestionadas por inconstitucionales como la que requería la situación de calle efectiva o la que limitaba el destino de los fondos, y se aclara la vigencia de la obligación de brindar orientación para la solución habitacional, lo cierto es que en la sentencia se incluyen de diversos modos marcos teóricos conceptuales sumamente cuestionables.

Al respecto, es de destacar que en los votos mayoritarios se remite principalmente a la argumentación sostenida por el mismo Tribunal en el caso “Alba Quintana”, en el que se delimita el alcance del derecho a la vivienda digna y adecuada según la visión de cada uno de los/as magistrados/as sentenciantes.

En el caso “Alba Quintana”, sentencia que el Tribunal dictó en el mismo día en que resolvió la acción declarativa, se dispone sustancialmente –por mayoría- que no resulta inconstitucional el carácter temporal del subsidio ni la existencia de topes en los importes, por entender que el otorgamiento del subsidio excede la obligación del Estado de garantizar el piso mínimo de protección del derecho a la vivienda, para cuyo cumplimiento resulta suficiente que el Gobierno brinde abrigo a través de programas como, por ejemplo, paradores y hogares de tránsito.

Así, se afirmó que: 1. El derecho a la vivienda no brinda derecho inmediato e irrestricto a obtener una vivienda. 2. Los subsidios son medios paliativos que pueden ostentar carácter parcial y temporario sin que corresponda a los jueces asignarlos aunque a ellos toca asegurar que esa asignación respete las prioridades previstas en el art. 31 de la CCBA, pudiendo presumirse que la vigencia del beneficio debe mantenerse cuando el accionante cumple con la carga de probar su situación prioritaria en relación con otros posibles destinatarios del régimen. 3. Quienes no estén en esa hipótesis pero pertenezcan al universo de individuos que toca al GCBA asistir quedan alcanzados por la obligación de brindar “abrigo” como expresión mínima del derecho a la vivienda contemplado en el bloque normativo aplicable (CCBA, CN y PIDESC).<sup>8</sup>

---

<sup>8</sup> Caso “Alba Quintana”, voto de los jueces Conde y Lozano, punto 15.





Esta resolución motivó la presentación de un recurso extraordinario federal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación por parte de la Defensoría General Ciudad de Buenos Aires. Dado que esta doctrina se aplicó en casos posteriores, tanto la Asesoría General Tutelar en defensa de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, como los letrados patrocinantes en cada caso –mayoritariamente la Defensoría General- presentaron también los recursos extraordinarios federales correspondientes. En todos estos casos, se plantea la vulneración a la normativa constitucional, a los tratados internacionales de derechos humanos y la doctrina internacional sobre el alcance de estos, por la particular afectación del derecho a la vivienda digna y adecuada, y la protección integral de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.<sup>9</sup>

Muchos aspectos del marco teórico que –en su mayoría- utiliza el Tribunal Superior para justificar la decisión tomada en el caso “Alba Quintana”, y que a su vez se incluyen en la sentencia dictada en la acción declarativa de inconstitucionalidad mencionada, son cuestionables.<sup>10</sup> Además resultaba innecesaria la remisión a dicho antecedente dado que en la acción declarativa de inconstitucionalidad sólo se requería la revisión judicial de la política pública en materia de vivienda a la luz del principio de progresividad y no regresividad.

Es de destacar que si bien el Tribunal reconoce la obligación del Estado de garantizar el piso mínimo de protección del derecho a la vivienda, lo cierto es que establece un límite difícil de justificar, en tanto entiende que éste se garantiza a través de programas del Gobierno que sólo brindan abrigo o simplemente un techo, por ejemplo, paradores y hogares de tránsito.

Parece difícil entender cómo el Tribunal llega a la conclusión de que se garantiza el derecho a la vivienda a través de programas que nada tienen que ver con el otorgamiento de una vivienda a los interesados. Ofrecer un techo no es otorgar una vivienda, mucho menos con los límites que tienen los programas a los que se refiere.

---

9 El Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires declaró inadmisibles por razones formales los recursos presentados, frente a lo cual se interpusieron los correspondientes recursos de hecho que actualmente tramitan ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

10 Sobre este punto, me remito a los artículos incluidos en *El derecho a la vivienda en la ciudad de Buenos Aires. Reflexiones sobre el rol del Poder Judicial y las políticas públicas*, Asesoría General Tutelar, Colección: “De incapaces a sujetos de Derechos”, Eudeba, Buenos Aires, 2010.



En efecto, los paradores nocturnos y hogares de tránsito –ejemplos señalados en la sentencia- ofrecen sólo un lugar donde dormir.<sup>11</sup> No pueden ser considerados como un medio a través del cual la Ciudad de Buenos Aires cumple con su obligación de garantizar un piso mínimo del derecho a la vivienda adecuada y digna. Dichos programas no incorporan en ningún grado las características constitutivas del derecho a la vivienda adecuada y digna establecidas por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.<sup>12</sup> Como ya se mencionó, el derecho que se encuentra garantizado constitucionalmente es el derecho a la vivienda digna y adecuada, que según la doctrina internacional, requiere entre tantas otras cosas una seguridad en la tenencia.

Además de ello, los paradores y hogares de tránsito, en su mayoría, no respetan el derecho de los niños, niñas y adolescentes a la convivencia familiar dado que dividen a los integrantes de una misma familia en función de su género y edad y cierran sus puertas durante largas horas, lo que implica una vulneración al derecho a la convivencia familiar enunciado en el Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño; y desarrollado ampliamente en la Ley N° 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes. Es de destacar que el único parador que admite a las familias de manera integral se encuentra cuestionado judicialmente, en virtud de un amparo presentado ante la Justicia contenciosa de la Ciudad de Buenos, donde se impugnan las condiciones indignas que padecen las personas que habitan estos espacios.<sup>13</sup>

Es en consecuencia inadmisibles que el Tribunal Superior de Justicia entienda que se garantiza el piso mínimo del derecho a la vivienda a través de estos programas. Sin embargo, parece más cuestionable aún que para llegar a esta conclusión se parta de una justificación que podría llevar a la solución exactamente contraria a la arribada

---

11 Para un análisis más detallado de los programas de paradores y hogares de tránsito remito al documento elaborado por Albertina Maranzana, “El rol del Poder Ejecutivo en el diseño e implementación de políticas públicas relacionadas con los derechos fundamentales de niños, niñas y adolescentes. Análisis de los dispositivos de emergencia habitacional local como caso de estudio”: [http://asesoria.jusbaires.gob.ar/sites/default/files/AGT\\_DT7\\_0.pdf](http://asesoria.jusbaires.gob.ar/sites/default/files/AGT_DT7_0.pdf)”.

12 Observación General 4 sobre derecho a una vivienda adecuada del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

13 EXP 41205/0 “Asesoría Tutelar N° 1 fuero CAYT y Otros c/ GCBA sobre Amparo (ART. 14 CCABA)” en trámite ante la Justicia en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires.



en el caso Alba Quintana. Particular relevancia tiene el voto emitido por el Dr. José Osvaldo Casás en la acción declarativa -al que adhiere el Dr. Luis Francisco Lozano- en tanto no sólo realiza un análisis interesante sobre el derecho a la propiedad y sus límites, sino que además justifica su posición a través de la existencia de un “deber de solidaridad” que considera relevante como fundamento de los derechos sociales. Sin embargo, la concepción social de la propiedad privada y el deber de solidaridad que menciona expresamente en la argumentación que funda su voto no se condicen con la conclusión a la que llega en el caso Alba Quintana, donde debería, según sus fundamentos, sostener un alcance más amplio del derecho a la vivienda y las obligaciones que como mínimo competen a los Estados.

Por ello, a pesar de no coincidir con la solución arribada en el caso “Alba Quintana”, en este documento se hará un análisis sobre este punto de la resolución, dado que resulta interesante la inclusión de fundamentos de derechos sociales a través de principios como la solidaridad.

#### **4. DEBER DE SOLIDARIDAD COMO FUNDAMENTO DE DERECHOS SOCIALES.**

Como se mencionó en el apartado anterior, el Dr. José Osvaldo Casás, junto con el Dr. Lozano, realiza consideraciones interesantes sobre los fundamentos de los derechos.

En este sentido, comienza el apartado correspondiente –entre otras- con las siguientes preguntas “¿Hasta dónde está obligado a hacer el Estado a partir del reconocimiento constitucional del “derecho a una vivienda digna”? ¿Hasta dónde llega el deber de contribuir con las cargas públicas de los más acomodados para, en términos de solidaridad, satisfacer las afligentes urgencias de quienes viven en la marginación?...”.

Luego afirma que si bien el derecho a la vivienda no se puede identificar de manera lineal con el derecho de propiedad, igual debe partirse de una visión acerca de su reconocimiento constitucional (artículo 31 de la Constitución local) que desde su punto de vista remite a algo más que a la necesidad de vivir bajo un techo. Como explica-



ción de ello, hace propias las palabras de S.S. Juan Pablo II en tanto afirmó: “Porque en una realidad donde emergen nuevas formas de pobreza, aquellos que no tienen casa constituyen una categoría de pobres todavía más pobres, que nosotros debemos ayudar, convencidos como lo estamos, de que una casa es mucho más que un simple techo, y que allí donde el hombre realiza y vive su propia vida, construye también, de alguna manera, su identidad más profunda y sus relaciones con los otros”.<sup>14</sup>

Por ello concluye que el derecho a la vivienda en el contexto normativo que también propone el Estado Social de Derecho se vincula de manera estrecha con el goce de otros derechos fundamentales, cuyo ejercicio define si una persona se encuentra en condiciones de optar libremente por un propio plan de vida a partir del respeto del principio de autonomía personal.

Luego de estas apreciaciones, analiza el derecho a la propiedad privada y, siguiendo a Carlos Nino, afirma que éste se encuentra moralmente justificado bajo ciertas condiciones. Cita a Nino en cuanto sostiene “...la relación intrínseca que hay entre el desarrollo de la autonomía de las personas y la necesidad de controlar individualmente ciertos recursos económicos, principalmente los bienes de uso personal, ya que sin tal control sería imposible la elección y materialización de planes de vida en términos de libre albedrío, por cuanto la capacidad de elegir no depende solamente de condiciones psicológicas y físicas sino, también, de la disponibilidad de recursos materiales que permitan ejercitar las preferencias de los individuos en el mundo exterior”. Por ello, concluye el autor que: “Una democracia de propietarios —como suele llamarse a un sistema de propiedad equitativamente distribuida— requiere generalizar las condiciones de acceso a esa propiedad y la mejor forma de proveer tales condiciones de modo que sea compatible con la libertad individual es a través de un sistema de impuestos progresivos”. Luego de ello, desarrolla el magistrado su postura sobre la función social de la propiedad privada, y cita las normas constitucionales que justifican su posición.

---

14 Según cita el magistrado, se trata de palabras contenidas en la carta que, con fecha 8 de diciembre de 1987, remitiera al Presidente de la Pontificia Comisión *Iustitia et Pax*, con ocasión del *Año Internacional de la Vivienda para las Personas sin Hogar*, establecido por las Naciones Unidas en el año 1987.



Posteriormente, considera que esta línea de pensamiento se encuentra abastecida por los principios de la Doctrina Social de la Iglesia sobre la necesidad de difundir la propiedad privada y de realizar una política económica y social que facilite y amplíe lo más posible el acceso a la propiedad privada de bienes como la vivienda.<sup>15</sup> Agrega una explicación también religiosa sobre la propiedad privada y el destino universal de los bienes, por la que se afirma que el hombre, usando estos bienes, no debe considerar las cosas exteriores que legítimamente posee como exclusivamente suyas, sino también como comunes, en el sentido de que no le aprovechen a él solamente, sino también a los demás, destacando que la propiedad privada tiene también una índole social, cuyo fundamento reside en el destino común de los bienes.<sup>16</sup> Realiza además referencias explícitas al mandato divino sobre la tierra y sus frutos, para justificar su carácter común, y la no exclusión de nadie ni el privilegio de ninguno.

Afirma finalmente el magistrado que, dado que corresponde a los poderes políticos la elección de las fuentes que generen el máximo de los recursos disponibles para atender el derecho a una vivienda digna, quizás desde esos ámbitos podrán explorarse diversas vías para lograr un adecuado financiamiento de los derechos —que menciona como de prestación— a cargo del Estado, lo que a su criterio abarca también la atención de otros muchos derechos, como los relativos a la alimentación, la salud o la educación, sobre la base del deber de solidaridad, de quienes más tenemos a favor de aquellos que integran los sectores más vulnerables de la sociedad.

En consecuencia, parece sugerir que los derechos que menciona como “de prestación” se encuentran sustentados en el deber de solidaridad y en una concepción social de la propiedad privada. Todo ello justificado a partir de, entre otras, consideraciones de índole religiosa.

Sin embargo, esta justificación no puede ser utilizada sin más por un magistrado judicial en el marco de un Estado respetuoso de la igualdad y la diversidad religiosa. Ello, en razón de que se trata de una resolución judicial que incluye en sus fundamentos razones religiosas que, tal como han sido expresadas, sólo podrían ser alegadas

---

15 Remite a la encíclica *Mater et Magistra*, emitida por S.S. Juan XXIII en Roma, el 15 de mayo de 1961.

16 Cita a S.S. Juan Pablo II, en la Encíclica *Centesimus Annus*, dada en Roma el 1º de mayo de 1991, capítulo IV: “La propiedad privada y el destino universal de los bienes”, pto. 30.



para las personas que profesan esa religión. Además, la inclusión de una religión particular implica una vulneración al respeto que merecen las diversas religiones que se profesan en nuestro país. Es decir, este tipo de argumentación, tal como fue planteada, resulta cuestionable no sólo por no respetar la diversidad religiosa sino también por la utilización de razones que no pueden oponerse a las personas que no profesan la religión particularmente elegida, así como tampoco a los ateos o quienes eligen no tener religión alguna.

Es de destacar que el magistrado no hace un esfuerzo por secularizar las afirmaciones que realiza, lo que a su vez resulta difícil de comprender cuando además estamos frente a un tipo de argumentos sobre los que incluso existe coincidencia con el sustento que suponen muchas de las disposiciones incluidas en los tratados internacionales de derechos humanos, y es posible afirmar que existiría también una adhesión a estas razones por parte de otras religiones diferentes a la citada. Por ello, en este caso incluso hubiera sido deseable que, al menos, se realizara una traducción de este lenguaje para constituir este tipo de argumentación en razones públicas.<sup>17</sup>

Sin perjuicio de ello, es destacable la importancia de la argumentación a favor de la existencia de un deber de solidaridad que sirve de fundamento de los derechos sociales, lo que contribuye a una justificación robusta de los reclamos vinculados a estos derechos no como meras cuestiones de caridad o concesiones no obligatorias sino como exigencias de justicia.

En este trabajo se explorará una teoría moral en particular, denominada ética del cuidado, con el objeto de realizar una justificación moral no religiosa de este deber de solidaridad, que a su vez resulte compatible con el respeto a los derechos individuales.

---

17 Sobre la necesidad de traducir las razones religiosas a razones públicas, me remito a lo sostenido por Jeremy Waldron, en el texto “Two-Way Translation: The Ethics of Engaging with Religious Contributions in Public Deliberation”, New York University School of Law, Public Law & Legal Theory Research Paper Series, Working Paper No 10-84, diciembre de 2010: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1708113](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1708113).



## 5. ÉTICA DEL CUIDADO Y DERECHOS ECONÓMICOS Y SOCIALES.

La ética del cuidado es una teoría moral diferente a la ética de la justicia. Fue desarrollada por Carol Gilligan, principal exponente del denominado feminismo de la diferencia, rama que ha sido fuertemente cuestionada, incluso desde otras teorías feministas.

Se desarrollarán en este apartado las afirmaciones básicas de esta teoría, así como también se repasarán algunas de las críticas intentando dar respuestas a los problemas que presentan. Sin perjuicio de ello, cabe aclarar que a partir de las observaciones de Carol Gilligan, es posible cuestionar todo el sistema de valores que se denomina como ética de la justicia, y, particularmente, criticar fuertemente al derecho y, por consiguiente, a las instituciones que contiene. Como se verá a continuación, no es éste el camino que se pretende seguir. La idea es intentar compatibilizar los valores relacionados con la ética del cuidado y el lenguaje de los derechos.

En esta tarea es probable que corra el riesgo de apartarme de lo que tradicionalmente se entiende por “ética del cuidado”. Por ello es necesario aclarar que no se pretende hacer una defensa de la ética del cuidado sino más bien explorar esta propuesta a los fines de evaluar si es posible extraer valores que, como complementarios de los de la ética de la justicia, sirvan a los fines de justificar derechos, y en particular, los derechos económicos y sociales como el derecho a la vivienda digna y adecuada.

### a) Gilligan y la ética del cuidado.

A partir de diversos estudios, Carol Gilligan desarrolló la teoría moral denominada ética del cuidado.<sup>18</sup> Esta autora tomó como punto de partida una teoría influyente en materia de pensamiento moral elaborada por Lawrence Kohlberg en los años ochenta. Este autor diseñó un modelo que diferencia seis etapas del desarrollo moral al que le corresponde tres niveles distintos de razonamiento moral. A pesar de que efectuó su análisis únicamente con varones como objeto de estudio, concluye el autor que las mujeres sólo avanzan en el

---

18 C. Gilligan, *In a Different Voice. Psychological Theory and Women's Development*, Harvard University Press, Cambridge, 1982; trad. esp: *La moral y la teoría. Psicología del desarrollo femenino*, Fondo de Cultura Económica, México, 1985.



desarrollo moral hasta las etapas intermedias sin poder entonces alcanzar el desarrollo moral completo.

Gilligan cuestiona la teoría de Kohlberg por tomar la voz masculina como norma, y considerar que el modo de razonar de las mujeres es inferior y responde a una deficiencia en su desarrollo femenino, y dado que no se incluyeron mujeres en la investigación anterior, efectúa un estudio sobre el razonamiento moral de las mujeres tomando sus voces junto a las de los varones. En este análisis muestra que las voces de las mujeres son diferentes, y desarrolla la ética del cuidado, como una teoría alternativa de la ética de la justicia.

Aclara Gilligan que la voz distinta no se caracteriza por el sexo sino por el tema. Sostiene que su “asociación con las mujeres es una observación empírica, y seguiré su desarrollo básicamente en las voces de las mujeres. Pero esta asociación no es absoluta; y los contrastes entre las voces masculinas y femeninas se presentan aquí para poner de relieve una distinción entre dos modos de pensamiento y para enfocar un problema de interpretación, más que para representar una generalización acerca de uno u otro sexo”.<sup>19</sup>

En este estudio, Gilligan cita las observaciones efectuadas por Nancy Chodorow sobre el desarrollo de las mujeres en tanto considera que la reproducción humana genera diferencias que caracterizan la personalidad y los papeles masculinos y femeninos, y atribuye estas diferencias no a cuestiones de anatomía sino al hecho de que las mujeres, universalmente, son responsables en gran parte del cuidado de los recién nacidos.

Como resultado de ello, afirma que, en cualquier sociedad, la personalidad femenina llega a definirse en relación y conexión con otras personas más de lo que suele hacerlo la personalidad masculina. Ello porque para ambos sexos los cuidados durante los primeros años de la vida típicamente corren por cuenta de la mujer, por lo que la dinámica interpersonal de formación de identidad de los sexos es distinta para niños y niñas. Sostiene Gilligan que la formación de las niñas ocurre en el marco de una relación ya que las madres tienden a experimentar a sus hijas como más semejantes a ellas, como una continuación de sí mismas. De esta manera, las niñas se perciben como similares a sus madres, fundiendo así la

---

19 C. Gilligan, *ob.cit.*, p. 14.





experiencia del apego con el proceso de formación de la identidad. Las madres experimentan con sus hijos como opuestos masculinos, y los niños, al definirse como varones, separan a sus madres de sí mismos, cortando así su amor primario y su sentido de nexo empático.

Concluye Gilligan que para los niños y hombres, la separación y la individualización están críticamente ligadas a la identidad sexual, ya que la separación de la madre es esencial para el desarrollo de la virilidad. Para las niñas y mujeres, las cuestiones de la femineidad o de la identidad femenina no dependen de lograr la separación de la madre ni el progreso de la individualización. Dado que la virilidad es definida por medio de la separación, mientras que la femineidad es definida por el apego, la identidad sexual varonil se ve amenazada por la intimidad, mientras que la identidad del sexo femenino por la separación.

A partir de diversas entrevistas realizadas a mujeres y varones vinculadas a la resolución de problemas morales, afirma que el razonamiento moral de las mujeres es diferente. Para ellas, el problema moral surge de responsabilidades en conflicto y no de derechos competitivos. Para la resolución de los problemas morales, las mujeres utilizan un modo de pensar contextual y narrativo, en lugar de formal y abstracto.

Según Gilligan, esta concepción moral preocupada por la actividad de cuidado, centra el desarrollo moral en torno al entendimiento de la responsabilidad y las relaciones, así como la concepción de moralidad como imparcialidad une el desarrollo moral al entendimiento de las reglas.

Ambas morales son disímiles. La moral de derechos, a diferencia de la moral de la responsabilidad, hace hincapié en la separación y no en la conexión, en su consideración del individuo y no en la relación como fundamental. Sobre un caso en particular, manifiesta que “Mientras que los sujetos de Kohlberg se preocupan por las personas que invaden los derechos de los demás, esta mujer se preocupa por la posibilidad de omisión, de no ayudar a otros cuando podríamos ayudarlos”.<sup>20</sup>

Como ya se mencionó, la autora entiende que la forma de razonar de las mujeres es contextual, lo que permite el entendimiento de la

---

20 C. Gilligan, *ob.cit.*, pp. 46-47.



causa y las consecuencias que despierta compasión y tolerancia. Además, este modo de razonamiento, al dar sustancia a las vidas de las personas hipotéticas, hace posible considerar la injusticia social que sus problemas morales puedan reflejar e imaginar el sufrimiento individual que su aparición puede significar, o su resolución engendrar.

Como resultado de sus observaciones, Gilligan afirma que “El imperativo moral que surge repetidas veces en las entrevistas con mujeres es un mandamiento de atención y cuidado, una responsabilidad de discernir y aliviar las dificultades auténticas y reconciliables de este mundo. Para los hombres, el imperativo moral parece, antes bien, un mandamiento de respetar los derechos de los demás y, así, de proteger de toda intrusión los derechos a la vida y la autorrealización.”<sup>21</sup>

#### **b) Análisis de algunas de las críticas.**

Esta teoría de Gilligan ha sido criticada, especialmente desde otras ramas del feminismo. Entre las objeciones más fuertes, podemos encontrar la que le imputa volver a un esencialismo del que muchas de las teorías feministas pretenden salir, en razón de que hace hincapié en el pensamiento moral de “las mujeres”. También se sostiene que estos valores no son homogéneos ni uniformes. Por otra parte, se cuestiona que no tiene en cuenta que los valores expresados por las mujeres son generados en sociedades patriarcales, es decir, son fruto de la opresión.

Si bien estas críticas parecen contradictorias, dado que si los valores son construidos socialmente por el rol al que son relegadas las mujeres, entonces no hay un esencialismo de género, lo cierto es que ambas cuestiones son atendibles.

Empezando por la segunda crítica, es necesario advertir que esta posición implica que si se hubiera relegado a otro grupo social a las mismas condiciones, terminarían adhiriendo a los mismos valores. Esto ocurriría respecto de cualquier otro grupo desaventajado.

De hecho, parece que esta probabilidad se refleja en la realidad de muchos grupos excluidos. Al respecto, Joan C. Tronto, en un texto crítico a la ética del cuidado, advierte que las perspectivas sobre la moralidad de miembros de los grupos minoritarios en los Estados

---

21 C. Gilligan, *ob.cit.*, p. 166.



Unidos suelen ser caracterizadas por una ética del cuidado y no una ética de la justicia.<sup>22</sup>

El hecho de que se trate de valores construidos por grupos desaventajados socialmente o víctimas de la opresión no necesariamente implica que sean valores que deban ser rechazados. Tampoco deberían serlo por tratarse de valores propios de las mujeres. Independientemente de su origen, podrían ser importantes aportes a las teorías morales y, en particular, a los fundamentos de los derechos.

Es por esta razón que no se dará relevancia a la posible crítica basada en el esencialismo de género. No se pretende sostener que el modo de razonar de las mujeres es distinto, superior o inferior al de los varones, este punto no es relevante en este estudio.

El análisis que se pretende efectuar prescinde de consideraciones respecto del origen de los valores que surgen de la ética del cuidado porque lo relevante es si estos valores pueden sustentar teorías morales diversas –y quizás complementarias– de las tradicionales, y cuál puede ser su función en la justificación de los derechos.

Para esta tarea, es necesario analizar otro tipo de críticas que se formulan a la ética del cuidado, más relacionados con preguntas tales como si esta teoría puede establecer principios y, en su caso, cuál es el alcance de estos. Para este análisis, tomaré como base las objeciones enunciadas por George Sher.<sup>23</sup>

Este autor destaca que Gilligan elabora su teoría con las siguientes bases: la moral de las mujeres es concreta y contextual; no está basada en principios; no es impersonal; se funda en pensamientos de cuidado más que en conciencia del deber; y está estructurada sobre la base de la responsabilidad más que sobre los derechos. Esta ca-

---

22 Afirma Tronto que “Por ejemplo, las discusiones que Robert Coles condujo con niños chicanos, esquimales e indios mostraron frecuentemente críticas a los anglos por su falta de atención a los asuntos morales verdaderamente importantes y al cuidado de los demás y de la tierra. De modo parecido, en su representación de lo esencial de la cultura negra, John Langston Gwaltney muestra que los negros frecuentemente explicitan el mismo tipo de problemas morales. Lo esencial de la cultura negra, según Qwaltney, es que enfatiza el respeto fundamental por los otros, un compromiso con la honestidad, la generosidad motivada por el conocimiento de que se puede necesitar la ayuda de los otros en el futuro, y el respeto por las decisiones de los demás.” Cfr. J. C. Tronto, “Más allá de la diferencia de género. Hacia una teoría del cuidado”, en *Journal of Women in Culture and Society*, 12 (1987); trad. esp. del Programa de Democratización de las Relaciones Sociales, Escuela de Posgrado, Universidad Nacional de General San Martín, p. 6.

23 G. Sher, “Other Voices, Other Rooms? Women's Psychology and Moral Theory”, en J.R. Di Leo, *Morality Matters: Race, Class, and Gender in Applied Ethics*, McGraw Hill, Boston, 2002, pp. 593 y ss.



racterización de la teoría de Gilligan es fundamental para entender las objeciones que este autor desarrolla.

Uno de los fundamentos de los que parte Sher para criticar, en general, la teoría de Gilligan, es que divide el modo de razonar de las mujeres y de los varones. En este sentido, en muchos de sus comentarios se pueden advertir referencias a la falta de datos o información relevante para determinar que, por ejemplo, los varones no pueden razonar de manera contextual como lo hacen las mujeres, o que no está probado que todas las mujeres razonan de este modo.

No me detendré a analizar estas objeciones porque, como ya se mencionó, no se pretende comparar el modo de razonar de las mujeres y de los varones, ni evaluar si los descubrimientos de Gilligan responden a la totalidad del grupo “mujeres”. Por el contrario, ambas cuestiones son explícitamente descartadas del presente estudio, que consiste en evaluar los valores sustentados por la ética del cuidado, aún en el caso en que no sea posible probar el origen común de estos valores.

Respecto de la oposición entre la abstracción y la aplicación al contexto, el problema principal que señala Sher es que esta teoría no dice qué cuestiones son relevantes. Advierte que muchas teorías morales atienden al contexto por lo que esta característica de la ética del cuidado no es cuestionable por sí misma. En realidad, el problema consiste en identificar qué aspectos del contexto son pertinentes para una decisión moral.

La cuestión, entonces, consiste en determinar si las decisiones morales se deben tomar atendiendo únicamente al contexto o si deben estar basadas en un contexto más general, esto es, fundadas en principios morales. En este sentido, las decisiones morales basadas en principios muestran que las razones que existen para que una persona X haga Z, dan similares deberes por iguales razones para otra persona Y, o la misma persona X en otro momento determinado.

Según Sher, los estudios de Gilligan pueden reflejar que las decisiones de las mujeres no están a menudo respaldadas por principios universales. Siendo así, estos resultados pueden parecer un punto de partida hacia una nueva mirada sobre la constitución de las razones morales.<sup>24</sup>

---

24 Nuevamente el autor destaca que no es posible dar por probado que las mujeres generalmente no actúan sobre la base de principios. Esta observación no será analizada por las razones expresadas anteriormente. G. Sher, *ob. cit.*, p. 598.



Afirma el autor que las mujeres, además, representan los dilemas morales como problemas de balance de las necesidades de los individuos específicos (quienes en algún momento, pero no siempre, se incluyen a sí mismas).

Estas características que el autor atribuye a la ética del cuidado son centrales en las críticas que formula a la teoría de Gilligan. Según esta visión, al carecer de principios, esta teoría no puede establecer pautas morales, y mucho menos aplicables a las personas con las que no tenemos directamente relaciones personales.

Según Sher, una teoría moral como ésta podría significar una alternativa interesante, pero así descripta, es susceptible de numerosas críticas.

En primer lugar, sostiene Sher que dado el carácter único e irrepetible de la naturaleza de las relaciones personales, los deberes que imponen deben ser aplicados sólo a estas personas. Aún quienes se encuentren en situaciones similares pueden no estar sujetas a iguales deberes porque las características de las relaciones personales pueden ser diversas.

Este autor advierte que el problema se presenta porque en muchos casos los deberes de las relaciones personales son incompatibles con los deberes que surgen a partir de ciertos principios impersonales. Ante esta situación, si existe una hegemonía de la moral de los principios, entonces la teoría de Gilligan no proporciona una alternativa.

La cuestión central, para Sher, es de justificación. Sostiene que tanto las teorías deontológicas como las consecuencialistas pretenden justificar sus principios a partir de perspectivas abstractas y generales.

Se pregunta al respecto si la impersonalidad de los enfoques de justificación tradicionales excluye la justificación de principios que cuenten con exigencias basadas en relaciones personales. Para contestar esta cuestión, toma como ejemplo el contrato hipotético de Rawls, sosteniendo que las personas podrían acordar principios que prescriban el cumplimiento de los deberes que surjan de las relaciones personales. Esta parcialidad, según el autor, debe ser tomada de manera imparcial, es decir, lo relevante sería si los principios que permiten u obligan esta parcialidad o atención a las relaciones personales, lo hacen de manera imparcial, es decir, respecto de todas las personas a las que se aplican. Afirma al respecto que no hay nin-



guna razón obvia para que tales principios no puedan ser elegidos por los contratantes incluso ignorando las particularidades de sus vidas.<sup>25</sup>

Sher se pregunta si se pueden elegir principios que ajusten deberes y obligaciones a las demandas basadas en las relaciones personales. Entiende que esto último sólo es plausible si las demandas de las relaciones personales son de por sí suficientemente convincentes como para justificar la descripción de las exigencias morales. La cuestión es entonces qué deberían elegir los contratantes si asumen que las demandas de las relaciones personales son así de concluyentes.

En estos términos, sostiene el autor que los contratantes pueden tener buenas razones para elegir principios que confluyan lo menos posible con las demandas de las relaciones personales, teniendo en cuenta que estas demandas pueden ser vistas como exigencias morales. Para ello, como mínimo estas demandas tendrían que ser tan urgentes que las personas no puedan violarlas sin al mismo tiempo violar sus integridades.

Estas demandas entendidas como exigencias morales dictarían respuestas que no serían simplemente opcionales. Se trataría de respuestas adecuadas cuyo incumplimiento tendría que ser motivo de queja.

Cómo las relaciones personales podrían generar tales demandas es, según Sher, lo difícil de explicar. Pero si las relaciones personales pueden hacerlo, entonces la satisfacción de esas demandas, cuando surgen, deben ellas mismas ser calificadas como adecuadas independientemente de las meras preferencias personales.

Las críticas de Sher hasta aquí mencionadas respecto de la ética del cuidado permiten delinear algunos puntos sobre los cuales pretende basarse este estudio.

Dos cuestiones, hasta aquí, son importantes. La primera se refiere a la posibilidad de afirmar que la ética del cuidado puede establecer

---

25 G. Sher, *ob. cit.*, pp. 601-602. Sin perjuicio de lo mencionado, la teoría de Rawls fue criticada desde diversos aspectos por las distintas teorías feministas. En este sentido, Marta Nussbaum describe este debate. Si bien estas discusiones exceden el marco de este trabajo, sólo una cuestión debería al menos ser advertida respecto de la posición originaria descrita por Rawls. Al respecto, tal como sostiene Nussbaum, las personas en la posición original son auto-interesadas, mutuamente desinteresadas, y desconocen fuertemente los vínculos con los otros. Cabe preguntarse si el hecho de que se trate de personas egoístas y preocupadas por sus intereses personales no implica una concepción moral de las personas que podría condicionar los principios que surgen a partir de esta posición.



principios, y la segunda se relaciona con el ámbito al cual estos principios se deben aplicar.

La crítica de Sher parte de la base de que la ética del cuidado es una teoría moral que carece de principios. Sin embargo, ésta es la descripción que él mismo hace de la teoría de Gilligan, aunque reconoce que se trata de una posible lectura de su obra, la que también puede ser entendida como una teoría basada en principios, aunque no redactados en términos tales como la equidad y la justicia.<sup>26</sup>

A diferencia de lo sostenido por Sher, parece interesante entender los estudios de Gilligan como sustentos de una teoría moral basada en principios diferentes a los tradicionales. Si esto es posible, las críticas –aunque razonables– no son aplicables a la teoría descrita entendida de este modo.

Es posible afirmar que la ética del cuidado puede establecer pautas impersonales en el sentido de que cualquier persona que se encuentre en una situación determinada tiene el deber de actuar de un modo particular. Por ejemplo, la forma en que debe actuar X respecto de Y, siendo que X es familiar directo de Y, es igual al modo de actuar de cualquier persona que esté en la misma relación.

Este modo de entender el problema permite afirmar que aún cuando las pautas se refieran a relaciones personales, pueden hacerlo de manera impersonal, o en algún sentido, universal respecto de todas las personas que se encuentren en iguales circunstancias.

Sin embargo, la teoría de Gilligan puede ser leída de manera tal que establezca el modo de actuar de las personas no sólo en las relaciones personales sino en aquellas situaciones en las que las relaciones no tienen este carácter.

Visto de este modo, el problema no está dado por la posible contradicción entre los deberes que surgen a partir de ciertos principios impersonales y los referidos a las relaciones personales. El conflicto de valores, si es que existe, se encuentra dentro del ámbito de la moral que actúa respecto de cualquier persona en cualquier situación. En cuanto a la justificación, los principios de la ética del cuidado requerirán una de tipo imparcial como cualquier otra moral.

En esta lectura, lo importante es saber si la ética del cuidado puede establecer principios morales que se apliquen a todo tipo de relaciones.

---

<sup>26</sup> G. Sher, *ob. cit.*, nota 6, p. 597.



La posibilidad de esta interpretación no parece extraña a la teoría de Gilligan. El propio Sher aclara, a pie de página, que si Gilligan sostiene que las relaciones personales son importantes porque proporcionan una suerte de conocimiento que puede guiar y uniformar nuestras relaciones con los extraños, algunas de sus objeciones no le son aplicables.<sup>27</sup>

Esto permite sostener que aunque ciertos valores pueden ser advertidos en relaciones personales de manera más evidente, ello no niega la posibilidad de tomar este modelo para fundar una teoría moral que se sustente en la responsabilidad y atención de los otros, entendiendo a los “otros” de una manera impersonal. De este modo, los deberes que tenemos en las relaciones personales servirían como modelo de los que competen a las personas en los espacios impersonales, es decir, las obligaciones que tenemos respecto de los “otros”, entendido de manera amplia.

Esta forma impersonal de tomar a los otros se refiere, como surge con claridad de lo hasta aquí expuesto, al ámbito o alcance de las relaciones. Sin perjuicio de ello, la aclaración es necesaria porque, siguiendo la distinción realiza por Seyla Benhabib, el modo más adecuado de tomar a los otros, es como otro “concreto” y no como otro “generalizado”.<sup>28</sup>

La ética del cuidado, a su vez, da razones para tomar en cuenta al otro “concreto” en lugar del “otro generalizado”, por su particular

---

27 G. Sher, *ob. cit.*, nota 8, p. 599.

28 Sostiene Benhabib que “El punto del otro generalizado nos exige ver a todos y cada uno de los individuos como seres racionales a los que les corresponden los mismos derechos y deberes que quisiéramos atribuirnos a nosotros. Al asumir este punto de vista, nos abstraemos de la individualidad y la identidad concreta del otro. Damos por supuesto que el otro, igual que nosotros mismos, es un ser que tiene necesidades, deseos y afectos concretos, pero lo que constituye su dignidad moral no es lo que nos diferencia al uno del otro, sino más bien lo que, como agentes hablantes y actuantes racionales, tenemos en común...Las categorías morales que acompañan tales interacciones son las de la justicia, la obligación y el derecho y los sentimientos morales correspondientes son los de respeto, deber, valor y dignidad.” Por su parte, afirma la autora que “El punto de vista del otro concreto, nos hace ver a cada ser racional como un individuo con una historia, identidad y constitución afectivo-emocional concreta. Al asumir este punto de vista nos abstraemos de lo que constituye lo común entre nosotros y nos centramos en la individualidad. Tratamos de entender las necesidades del otro, sus motivaciones, lo que busca y lo que desea...Las categorías morales que acompañan tales interacciones son la responsabilidad, vínculo y deseo de compartir. Los sentimientos morales correspondientes son el amor, cuidado y simpatía y solidaridad.” Sobre esta distinción, la autora critica diversas teorías que se suponen universales como la de Rawls. Cfr. S. Benhabib, *Situating the Self: Gender, Community, and Postmodernism in Contemporary Ethics*, New York, 1992; trad. esp: *El Ser y el Otro en la ética contemporánea. Feminismo, comunitarismo y posmodernismo*, Gédisa, Barcelona, 2006, p. 183.





atención al contexto y a las relaciones. Este modo de entender al otro respecto del cual debemos atención y cuidado respeta su situación en el contexto determinado en que se encuentra, y, a su vez, no contradice la idea de sostener que la ética del cuidado está basada en principios. En este sentido, el principio general que podría aplicarse es el del respeto, atención y cuidado del otro entendido como una persona que se encuentra en un contexto y en un ámbito de relaciones determinado. La atención al contexto, entonces, funciona como un principio general y abstracto.<sup>29</sup>

Por lo hasta aquí expuesto es posible afirmar que la ética del cuidado puede ser leída como una teoría moral que establece principios morales para todas las relaciones humanas.

Beatriz Kohén delimita las particularidades de la ética del cuidado que sirven de base para establecer cuáles podrían ser estos principios. Estas características son: subjetividad, cuidado, responsabilidad, comunidad, atención, respuesta activa al otro, interdependencia, evitación del daño, y satisfacción de las necesidades de todos. La fuerza motriz es la cooperación, y las aptitudes son la empatía y la capacidad para entablar y sostener relaciones humanas para el cuidado. Los fines morales son la evitación del daño y el mantenimiento de las relaciones. El modo de razonamiento moral es el pensamiento concreto y contextual y la capacidad para pensar en términos de relaciones. El mundo social es visto como una red comunitaria en la que los sujetos son interdependientes, encarnados y situados.<sup>30</sup>

Esta misma autora advierte que la ética de la justicia se caracteriza por valores como la objetividad, autonomía, independencia, no interferencia, justicia, razón, individualidad, libertad e igualdad. La fuerza motriz es la competencia y las aptitudes son la razón, conciencia y aplicación de derechos y normas. Los fines morales son la justicia y el mantenimiento de las reglas, y el modo de razonamiento moral el pensamiento abstracto, formal y objetivo y

---

29 La propia Benhabib analiza los descubrimientos de Gilligan concluyendo que el desafío permanente que estos presentan sobre las filosofías morales universalistas es cómo reconocer la importancia de la justicia al mismo tiempo que el cuidado en las vidas humanas y cómo expandir el dominio de la moral de forma que incluya consideraciones acerca del cuidado sin abandonar las restricciones justificativas impuestas por el universalismo sobre la articulación de la moral. Cfr. S. Benhabib, *ob. cit.*, p. 216.

30 B. Kohén, "Ciudadanía y ética del cuidado", en E. Carrió y D. Mafia (comps.), *Búsquedas de sentido para una nueva política*, Paidós, Buenos Aires, 2005.



la capacidad de pensar en términos de jerarquía de derechos. En este caso, el mundo social es considerado desde la perspectiva de los individuos separados, autónomos, desencarnados, no situados.<sup>31</sup> Delineadas las características de la ética del cuidado, y sobre la base de éstas, es posible advertir principios diferentes a los sustentados por la ética de justicia. Esto requiere, tal como advierte Kohen, partir de una visión del mundo como una red comunitaria y entender a los sujetos como interdependientes, encarnados y situados. La ética del cuidado se basa en el entendimiento de la responsabilidad y las relaciones, la atención, cuidado y respuesta a las necesidades del otro. La atención al contexto es esencial para esta teoría.

Tomar a la ética del cuidado como una teoría moral en estos términos no implica excluir los principios que surgen de la ética de la justicia. Por el contrario, la ética del cuidado puede complementar a la de la justicia, dado que se trata de teorías morales no incompatibles. Claro está que en muchos casos concretos los principios pueden entrar en conflicto, pero esto no surge únicamente del hecho de unir ambas concepciones morales, dado que ocurre en el ámbito propio de cualquiera de estas –u otras- teorías morales.

En este sentido, es importante señalar que la propia Gilligan sostiene que la ética de la justicia y la ética del cuidado son complementarias. Es más, afirma que ambas están conectadas. En este sentido asevera que “Mientras que una ética de la justicia procede de la premisa de igualdad –que todos deben ser tratados igualmente- una ética del cuidado se apoya en la premisa de la no violencia, que no se debe dañar a nadie. En la representación de la madurez, ambas perspectivas convergen en la constatación de que así como la desigualdad afecta adversamente a ambas partes en una relación desigual, así también la violencia es destructiva para todos los participantes. Este diálogo entre imparcialidad y cuidado no sólo nos ofrece un mejor entendimiento de las relaciones entre los sexos, sino que también hace surgir un retrato más complejo de las relaciones adultas, laborales y familiares.”<sup>32</sup>

En igual sentido, Seyla Benhabib sostiene que alcanzamos un sentido coherente de la propia identidad cuando integramos con

---

31 B. Kohen, *ob. cit.*, pp. 187-188.

32 C. Gilligan, *ob. cit.*, p. 281.



éxito autonomía y solidaridad, cuando mezclamos adecuadamente justicia y cuidado.<sup>33</sup>

Por ello, aceptar la posibilidad de que la ética del cuidado pueda ser concebida como una teoría moral en estos términos no implica de ningún modo desplazar los principios de la ética de la justicia.

La ética del cuidado, entonces, puede ser entendida como una teoría moral que propone principios morales de aplicación a todas las relaciones –tanto personales como impersonales– y que genera derechos de solidaridad, atención y ayuda a los otros. Esto, claro está, no da precisiones respecto de qué tipo de ayuda se debe brindar, ni sobre quienes son los otros para cada una de las personas, es decir, no establece un correlato entre quienes requieren la ayuda y los que están obligados a prestarla. Una relación entre esta teoría y una concepción fuerte de derechos podría arrojar luz sobre estas cuestiones, por lo que a continuación se analizará la relación entre el derecho y la ética del cuidado.

### **c) Compatibilidad entre ética del cuidado y el derecho.**

Analizadas algunas de las críticas a esta teoría, corresponde ahora mencionar cuál es el alcance que pretende dársele en este trabajo. En este sentido, es necesario evaluar la posibilidad de entender a la ética del cuidado como una teoría moral que genere derechos individuales exigibles al Estado.

De este modo, teniendo en cuenta esta teoría moral, el Estado debería diseñar sus políticas públicas con especial atención al contexto en que se encuentran las personas a las cuales se le aplicarían, así como también contemplar como relevante para la implementación el impacto que pueden tener sobre la red de relaciones en las que están incorporadas.

Los reclamos en término de derechos no se agotarían entonces en pretensiones individuales sino que deberían resguardarse, a su vez, cuestiones relevantes para las relaciones interpersonales. De este modo, el derecho a la vivienda es un buen ejemplo para entender la dinámica que podría incluir una teoría moral como la ética del cuidado, en tanto no se agota con el hecho de que se le garantice un “techo” a la persona, sino que debemos tener presente, por ejem-

---

33 S. Benhabib. *El otro generalizado y el otro concreto: la controversia Kohlberg-Gilligan y la teoría feminista*, citado en J. González Amuchastegui, *Mujer y Derechos Humanos: Concepto y fundamento*, p. 15 (<http://www.unifr.ch/derechopenal/articulos/pdf/Gonzales1.pdf>).



plo, el derecho de los niños, niñas y adolescentes a la convivencia familiar, que supone entender las relaciones personales que son relevantes a la hora de efectivizar derechos individuales.

Ahora bien, traducir la ética del cuidado en términos de principios como los mencionados puede ser problemático en sí mismo. Tal como advierte Sher, esta conclusión responde a las premisas de que la moralidad fundamentalmente es una cuestión de lo que debemos a otras personas. Esto presupone que principios morales genuinos deben especificar derechos de la gente. Sin embargo, advierte que, según Gilligan, esta preocupación por los derechos más que por las responsabilidades es una típica construcción masculina. Por lo tanto, puede parecer ilegítimo sostener que sólo las demandas que especifican respuestas debidas pueden ser calificadas como morales.<sup>34</sup>

En esta instancia, resulta fundamental estudiar la posición de Gilligan respecto de la concepción de los derechos, dado que la misma autora sostiene la incompatibilidad entre la ética del cuidado y los derechos.

Gilligan afirma que la separación queda justificada por una ética de derechos, mientras que el apego es apoyado por una ética del cuidado y la atención. Entiende que la moralidad de los derechos se basa en la igualdad y se centra en la comprensión de la imparcialidad, mientras que la ética de la responsabilidad se basa en el concepto de igualdad y el reconocimiento de las diferencias de necesidad.

Afirma que mientras la moral de derechos disuelve los vínculos naturales para apoyar las pretensiones individuales, la moral de responsabilidad ata tales reclamos en una urdimbre de relaciones, borrando la distinción ente el Yo y el otro mediante la representación de su interdependencia. Según esta autora, el problema de la independencia que amenaza con interrumpir la cadena de relaciones es compensado y superado por consideraciones de responsabilidad.

Siguiendo estas consideraciones, Gilligan observa que la equiparación de la moral con el respeto a los derechos pone restricciones a la responsabilidad al limitar el deber de la reciprocidad a no intervención, mientras que la responsabilidad incluye el Yo y los otros, considerados como distintos pero

---

34 G. Sher, *ob. cit.*, p. 603.



conectados, y no separados y opuestos. Esta cognición de reciprocidad, en el caso particular que analiza, implica que “todos tenemos responsabilidades, hasta cierto grado, de cuidar a los otros.”<sup>35</sup> Así “...el concepto de cuidado y atención se extiende: de la paralizadora orden de no dañar a los demás, a un mandamiento de actuar responsablemente hacia el Yo y hacia los otros, y así, sostener la conexión.”<sup>36</sup>

Ante estas objeciones es posible preguntarse qué concepción de los derechos está implícita en las afirmaciones de Gilligan, toda vez que supone que los derechos, en general, sólo imponen deberes de no intervención, y no responsabilidades.

Esta crítica sólo alcanza a aquellas concepciones de los derechos basadas únicamente en una visión negativa, como la que sostienen los liberales conservadores. Tal como expresa Roberto Gargarella: “Afirmar que los derechos son sólo negativos implica creer exclusivamente en los derechos de no interferencia –derechos a que otros no me dañen, en un sentido amplio del término- y a la vez rechazar la existencia de derechos positivos, esto es, derechos a que los otros me asistan en algunas necesidades básicas- derecho a que me provean de lo que necesito para vivir-. Los únicos derechos positivos concebibles [para los liberales conservadores como Nozick] son aquellos que resultan de las transacciones voluntarias entre las personas (como los que aparecen cuando contrato cierto servicio asistencial).”<sup>37</sup>

Los liberales igualitarios, en cambio, aceptan una visión positiva de los derechos, lo que a su vez implica una concepción más amplia de los deberes de los Estados, los que no sólo no deben interferir en el ejercicio sino que, además, deben garantizarlos, en consecuencia, deben contribuir al bienestar de los otros a través de las políticas públicas correspondientes.

Esta advertencia respecto de que las críticas a los derechos efectuada por Gilligan sólo alcanza a las concepciones liberales

---

35 C. Gilligan, *ob. cit.*, p. 239.

36 C. Gilligan, *ob. cit.*, p. 243.

37 R. Gargarella, *Las teorías de la Justicia después de Rawls*, Paidós, Buenos Aires, 2000, p. 47. Sostiene Nozick que “El hecho de que usted sea forzado a contribuir al bienestar del otro, viola sus derechos, mientras que el hecho de que otro no le provea a usted de cosas que son esenciales para la protección de sus derechos, no constituye en sí mismo una violación de sus derechos”. R. Nozick, *Anarquía, Estado y Utopía*, citado en R. Gargarella, *ob. cit.*, p. 48.



conservadoras, fue destacada por autores como Will Kymlicka<sup>38</sup> y Susan Moller Okin.<sup>39</sup>

Es por ello que la noción de derechos en sí misma no es un obstáculo para la ética del cuidado, porque concepciones más igualitarias permiten entender a las personas de manera bastante similar al modo en que lo hace esta teoría moral.

En este sentido, siguiendo la línea de la compatibilidad entre la ética del cuidado y la noción de derechos, Sher sugiere que es posible que las mujeres se consideren a sí mismas como responsables de proporcionar solidaridad, atención y ayuda a los otros precisamente porque se consideran debiendo esas cosas. Afirma entonces que poniendo el punto en términos de derechos, e ignorando las complejidades y diferentes interpretaciones de esta noción, podemos decir que nada descarta las posibilidades de que las mujeres consideren que los otros tienen derechos a su solidaridad, atención y ayuda.<sup>40</sup>

La ética del cuidado –según esta visión– se configura como una teoría moral que propone principios morales de aplicación a todas las relaciones –tanto personales como impersonales– y que genera derechos de solidaridad, atención y ayuda a los otros.

La idea de sostener la compatibilidad de la ética del cuidado con la noción de derecho permite pensar un derecho más complejo que el que la propia Gilligan critica. Un derecho que tenga en cuenta el contexto en el que se aplica y la interrelación entre los individuos cuyos conflictos se pretendan resolver.

---

38 Al respecto, Kymlicka afirma que “Todas las demás teorías que he examinado reconocen efectivos deberes en relación con el bienestar de los demás. Entonces, mientras que el sistema de la justicia pone el acento en los derechos de las personas, es bastante apropiado decir que estos derechos imponen responsabilidades sobre los demás. Y, por cierto, éste es el modo en que muchos de los responden a las críticas Gilligan describen su teoría de la ética del cuidado.” Cfr. W. Kymlicka, *Filosofía Política Contemporánea: Una introducción*, Ariel, Barcelona, 1995, p. 302.

39 Moller Okin destaca que “Gilligan seems predisposed to interpret talk of “rights” as referring to what are sometimes called “negative rights”, that is to say, rights that require only restraint, and no positive responsibility, on the part of the corresponding obligation holder(s). She tends therefore to conflate talk about rights with individualism and even selfishness. But as a number of moral philosophers have recently argued, many rights entail positive obligations and substantive responsibilities on the part of other, and at least some of Gilligan’s male respondents are ambiguous on this issue. In this light, the distinction between a “morality of rights” and “morality of responsibilities” seems artificial and even obfuscating, unless it is meant simply to indicate where the greater emphasis is placed”. Cfr. S. Moller Okin, “Thinking like a Woman”, en D. Rhode (ed.), *Theoretical Perspectives on Sexual Difference*, Yale University Press, New Haven, 1990, p. 157.

40 G. Sher, *ob. cit.*, pp. 603-604.



La elección de este camino está relacionada con el carácter que deben tener los reclamos basados en derechos fundamentales, en particular, los derechos económicos y sociales. En este sentido, la respuesta a la demanda por una vivienda digna no es una cuestión que dependa de caridad, sino que se trata de bienes que el Estado se encuentra obligado a ofrecer en función de los derechos de las personas que necesitan estos bienes, y las obligaciones de quienes deben contribuir para que estos se hagan efectivos. En este sentido, el lenguaje de los derechos sirve como garantía de los grupos más débiles de la sociedad.

En consecuencia, es posible advertir que la ética del cuidado no es incompatible con ciertas concepciones del derecho, y que, por el contrario, estas nociones de derecho podrían ser enriquecidas desde esta visión.

#### **d) Relación entre la ética del cuidado y los derechos económicos y sociales.**

Como se vio en el apartado anterior, advirtiendo que las críticas de Gilligan a la noción de derecho puede implicar que ningún derecho puede ser compatible con la ética del cuidado, se optó por una versión diversa pretendiendo compatibilizar la noción de derechos con la ética del cuidado. El paso siguiente es determinar si la ética del cuidado puede, a su vez, sustentar derechos.

Retomando las bases de esta teoría, Kohen afirma que “Esta ética, lejos de concebir a los ciudadanos como separados y autónomos, los considera en sus interconexiones, reconoce la vulnerabilidad humana y las relaciones de interdependencia entre las personas. La preservación de la vida, el cuidado y la respuesta al otro, y el imperativo de evitar el daño constituyen sus aspectos esenciales...la ética del cuidado enfatiza la satisfacción de diversas necesidades humanas, valora el contexto y las diferencias concretas en la sociedad”.<sup>41</sup>

Como es sabido, los derechos económicos y sociales responden a un modelo de Estado Social o de Bienestar.<sup>42</sup> Sin perjuicio de este

41 B. Kohen, *ob. cit.*, p. 183.

42 Courtis sostiene al respecto: “Históricamente, el primero abstrae los rasgos más notorios de la codificación civil continental europea, y del establecimiento de la doctrina contractual clásica del derecho anglosajón, en los siglos XVIII y XIX. El segundo pretende captar los aspectos definitorios de un ciclo iniciado en Europa con la modificación de las reglas que regían los accidentes de trabajo y la contratación laboral, a fines del siglo XIX, y



origen y pertenencia histórica e ideológica, es posible advertir en la lógica de estos derechos valores similares a los que sustenta la ética del cuidado.

La descripción de los valores protegidos por la ética del cuidado son los que subyacen en los derechos económicos y sociales. Estos derechos implican considerar a los individuos a partir de interconexiones y reconocer la vulnerabilidad humana y las relaciones de interdependencia entre las personas. El cuidado por el otro es un papel esencial de estos derechos. La satisfacción de las necesidades humanas básicas es el fin fundamental que persiguen. Sobre estos valores, y traducidos en términos de derechos, es posible considerar la existencia de derechos a la solidaridad, atención y ayuda que están implícitos en los derechos económicos y sociales.

Esta asimilación no parece irrazonable si tenemos en cuenta que muchas de las críticas a los derechos económicos y sociales están íntimamente relacionadas con las cuestiones hasta aquí plateadas. A modo de ejemplo, Fernando Atria en un trabajo crítico sobre los derechos sociales, objeta la posibilidad de traducir las demandas basadas en la solidaridad como demandas de derechos.<sup>43</sup> La cuestión es la misma, la pregunta es si la solidaridad -basada en la ética del cuidado o con cualquier otro fundamento- y los derechos económicos y sociales generan obligaciones exigibles.

Como ya hemos visto, la ética del cuidado puede ser tomada como una teoría moral que prescribe deberes relacionados con la satisfacción de las necesidades de los otros. Si la solidaridad es exigible, los derechos económicos y sociales también pueden serlo sin implicar una contradicción en sus propios términos.

Si es posible sostener que este reclamo está justificado en principios morales que obligan a atender la situación de quienes los formulan, es decir, si cuestiones como la solidaridad son exigencias morales y no meros asuntos de compasión, ciertas demandas en términos de derechos podrían estar justificadas también.

---

completado progresivamente con la tecnificación de la intervención estatal en campos tales como la educación, la salud y la seguridad social, durante el siglo XX". Cfr. Ch. Courtis. "Los derechos sociales como derechos", Sela 2001, Buenos Aires, 2001, p. 219.

43 F. Atria, *¿Existen Derechos Sociales?*, Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2005: <http://descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01826630549036114110035/015570.pdf?incr=1>.





En este sentido, esta visión de la ética del cuidado sigue la posición sostenida por Marcelo Alegre<sup>44</sup> en tanto afirma que los reclamos de satisfacción de las necesidades básicas deben entenderse dentro de la perspectiva de justicia y no como una cuestión de compasión. Según este autor, este deber de humanidad debe ser entendido como un elemento central de la justicia, es decir, como parte de un conjunto de consideraciones que deben guiar a las instituciones sociales.

**e) Derechos económicos y sociales, ética del cuidado y autonomía personal.**

La relación de los derechos económicos y sociales y la autonomía ha sido discutida desde distintos aspectos. Al respecto, Emilio Santoro sostiene que existe una tensión implícita en el concepto de autonomía a través de una concepción positiva que se refiere a la idea del control de las decisiones inmediatas y de los impulsos, y una concepción negativa como derecho, es decir, la garantía de la posibilidad de elegir el modo en que se prefiere vivir sin ser condicionado por los otros.<sup>45</sup>

Se viola la autonomía en su concepción negativa cuando se interfiere en la habilidad de los sujetos de evaluar críticamente las decisiones y elecciones, cuando se los trata como si no tuvieran capacidad de juicio, cuando se les impide cumplir con las elecciones significativas para sus vidas.<sup>46</sup> En este sentido, según Santoro, la noción kantiana de autonomía se contrapone a la idea de minoridad.<sup>47</sup>

Santoro sostiene que los derechos sociales siguen un modelo antropológico diferente al de los derechos civiles y políticos. Citando a Foucault, afirma que, por un lado, existe un modelo antropológico del individuo capaz de perseguir sus propios intereses racionalmente, programando autónomamente la propia vida, y por otro, el modelo antropológico del individuo incapaz de hacer frente solo a los problemas tales como la salud, la higiene, la

---

44 M. Alegre, "Pobreza, Igualdad y Derechos Humanos", en *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, 2005, p. 186.

45 E. Santoro, *Autonomia individuale, libertà e diritti: una critica dell'antropologia liberale*, ETS, Pisa, 1999.

46 E. Santoro, *ob. cit.*, p. 35.

47 Kant señala que "*minorita è l'incapacità di valersi del proprio intelletto senza la guida di un altro*". Citado en E. Santoro, *ob. cit.*, p. 38.



sexualidad, la educación, el sufrimiento y la muerte. Considera que la seguridad del primer modelo se afianza con la atribución de derechos subjetivos, mientras que la del segundo es garantizada a través de lo que Foucault ha definido como “biopolítica”, esto es, la racionalización por parte de una agencia administrativa de los principales problemas de la población de un Estado.<sup>48</sup>

En consecuencia, según este autor, los derechos sociales no son, como los derechos civiles, una reivindicación de la esfera de libertad contra el Estado, por el contrario, es un aumento del poder de soberanía.

La protección de los derechos económicos y sociales podría significar tratar a los individuos como incapaces. A su vez, esto estaría reforzado por la idea de justificar estos derechos a partir de principios sustentados en la ética del cuidado. Unidas ambas cuestiones, los derechos sociales podrían estar suponiendo individuos incapaces para elegir sus planes de vida, donde el Estado, violando su autonomía, decide por ellos, de la misma manera que madres y padres deciden por sus hijos/as.

Sin perjuicio de destacar que la autonomía personal también limita ciertas decisiones de los padres respecto de sus hijos/as, en virtud del principio de autonomía progresiva de niños, niñas y adolescentes, lo cierto es que, en cualquier caso, la consagración de los derechos sociales tiende a garantizar que las personas que no tiene posibilidades de acceder a ciertos bienes básicos, por ejemplo, la alimentación, puedan hacerlo a través del apoyo del Estado. Esto no implica violar las decisiones de las personas.

No se pretende sostener que el Estado deba prohibir a las personas reclamar por sus derechos a través de, por ejemplo, una huelga de hambre. Si el Estado permite o no llevar a cabo huelgas de hambre se trata de un debate sobre si las instituciones públicas deben o no intervenir en las decisiones tomadas por las personas, y cuáles son las razones que podrían justificar alguna intervención en estos casos. En cambio, el acceso a la alimentación no se relaciona con las decisiones de los individuos en el mismo sentido, toda vez que garantizarlo no implica de ningún modo imponer a las personas obligación alguna, ni comer tal o cual cosa, ni siquiera la de comer.

---

48 E. Santoro, “Le antinomie della cittadinanza: libertà negativa, diritti sociali e autonomia individuale”, en D. Zolo (comp.), *La cittadinanza. Appartenenza, identità, diritti*, Laterza, Roma-Bari, 1994, p. 110.



De lo mencionado hasta aquí surge que la idea no es interferir en las decisiones de las personas, sino garantizar que estas decisiones se tomen en el contexto de condiciones lo más adecuadas posibles, lo que implica que las personas cuenten con las opciones necesarias para llevarlas a cabo.

En este sentido, no es posible sostener que quien está viviendo en la calle por carecer totalmente de recursos haya tenido opciones suficientes para elegir esta forma de vida.

Los derechos económicos y sociales, en realidad, son prerequisites para la autonomía personal. Al respecto, Nino sostiene que la autonomía de la persona prescribe “que siendo valiosa la libre elección individual de planes de vida y la adopción de ideales de excelencia humana, el Estado (y los demás individuos) no debe interferir en esa elección, limitándose a diseñar instituciones que faciliten la persecución de esos planes de vida y la satisfacción de los ideales de virtud que cada uno sustente e impidiendo la interferencia mutua en el curso de tal persecución.”<sup>49</sup>

Tal como sostiene Gustavo Maurino<sup>50</sup>, el principio de autonomía contiene dos aspectos: la prohibición de interferencia estatal en la elección y adopción de los ideales personales; y el deber del Estado de facilitar institucionalmente la persecución y satisfacción de los ideales personales de vida.

Los derechos económicos y sociales se fundan en la necesidad de que el Estado dé una respuesta al problema de que muchas personas no pueden, por sí mismas, satisfacer sus necesidades básicas. Esta respuesta, claro está, no es satisfactoria si consiste en la mera no intervención, porque no garantiza a las personas el acceso a los bienes indispensables para sus subsistencias.

Por ello es ineludible una autonomía más ambiciosa que disponga el deber del Estado de hacer algo frente a los problemas sociales como la desigualdad económica.

Los principios morales como los que surgen de la ética del cuidado, que suponen pensar en el bienestar de los demás, podrían propiciar medidas tendientes a revertir la situación de condicionamiento so-

---

49 C. Nino, *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, 2º reimp., Astrea, Buenos Aires, 2007.

50 G. Maurino, “Pobreza, Constitución y Democracia: aportes desde la autonomía personal”, en R. Gargarella (coord.), *Teoría y crítica del Derecho Constitucional*, t. II, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008.



cial y económico que padecen numerosas personas que viven en situación de pobreza.

Es entonces por esta razón que los derechos económicos y sociales, y su identificación con los principios de la ética del cuidado, implican una visión de la autonomía mucho más robusta que la que sostiene la mera no intervención del Estado en los planes de vida de las personas. Esta visión, lejos de contradecir los derechos económicos y sociales y sus fundamentos basados en la ética el cuidado, parece confirmarlos.

Esta noción es la que Maurino denomina autonomía como emancipación<sup>51</sup>, que implica la existencia de un conjunto de bienes básicos instrumentales para elegir y materializar planes de vida a los que todas las personas tienen acceso, entre los cuales, Nino menciona la libertad de realizar cualquier conducta que no perjudique a terceros, la vida consiente, la integridad corporal y psíquica, la educación liberal, el control de recursos materiales, entre otros.<sup>52</sup>

Nino considera que la autonomía se satisface más que nada a través de la provisión de recursos para que los individuos los empleen libremente en la satisfacción de sus preferencias. Esta posición implica que el acceso a ciertos bienes no sólo debe estar expedito de obstáculos sino también facilitarse positivamente.<sup>53</sup>

La autonomía, según Nino, tiene dos caras: la creación de los planes de vida, y su ejercicio. Estas facetas están interrelacionadas, ya que según el autor, no tiene sentido elegir planes de vida que no se pueden materializar y no tiene valor, en el contexto de una concepción liberal de la sociedad, materializar planes de vida que

---

51 G. Maurino, *ob. cit.*

52 Afirma Nino que “Verse libre de dolores y de depresiones y perturbaciones psíquicas, contar con el funcionamiento normal de los órganos y miembros del cuerpo, no estar afectado por desfiguraciones, o sea, en suma, gozar de salud física y mental, constituye una condición que amplifica considerablemente la capacidad de elección y materialización de proyectos de vida.” Cfr. C. Nino, *ob. cit.*, p. 225.

53 Es por ello que Nino entiende que “casi todos los derechos tengan un componente negativo y otro positivo. El derecho a la vida y a la integridad corporal, por ejemplo, no sólo comprende el verse libre de actos que pueden involucrar la muerte o lesiones sino también el contar con los beneficios de una medicina preventiva y curativa adecuada, con albergue, abrigo, y posibilidades de descanso satisfactorio, etcétera. Del mismo modo, el derecho a la libre expresión de ideas, no se satisface sólo removiendo los obstáculos a esa expresión sino también ofreciendo los instrumentos que la hagan posible (como el acceso a los medios de comunicación masiva, etcétera).” Cfr. C. Nino, *ob. cit.*, p. 349.



uno no ha elegido libremente.<sup>54</sup> Afirma que para la autonomía son tan valiosas la capacidad de optar como la de satisfacer planes de vida o preferencias formadas. Entre otras cuestiones, poseer medios económicos decorosos permite un más amplio menú de planes de vida.<sup>55</sup>

Garantizar a las personas la satisfacción de los recursos básicos para la subsistencia fortalece ambas cuestiones. Por un lado, amplía el menú de opciones para elegir los planes de vida y, por otro, permite que ciertos planes de vida puedan ser materializados.

Es por ello que dentro de esta visión más robusta de la autonomía, los derechos económicos y sociales adquieren un papel sumamente relevante. En este sentido, numerosos autores han sostenido una intrínseca relación entre la satisfacción de necesidades básicas y el ejercicio de los derechos, entendiendo que la satisfacción de los derechos económicos y sociales puede constituir un prerrequisito para garantizar la autonomía personal y el ejercicio de los derechos fundamentales.

## 6. CONCLUSIONES.

La ética del cuidado puede ser leída como una teoría moral que establece principios morales respecto de las personas, incluso en los conflictos impersonales. Estos principios atienden especialmente el contexto en el que se aplican, dando relevancia a las causas y las consecuencias de las decisiones que se toman. Además de ello, se basan en el cuidado, la responsabilidad y la atención y la respuesta activa al otro. En este sentido, las personas son entendidas como sujetos interdependientes, encarnados y situados.

Los principios de la ética del cuidado pueden ser compatibles con la noción de derechos. Para ello, es necesario pensar un derecho más complejo, que tenga en cuenta, entre otras cuestiones, el contexto

---

54 C. Nino, *Derecho, Moral y Política II. Los escritos de Carlos Santiago Nino*, G. Mourino (ed.), Gedisa, Buenos Aires, 2007, p. 102.

55 Señala Nino que estas cuestiones son compatibles cuando se refieren al mismo individuo. Afirma también que en el caso de distintos individuos tales capacidades sí pueden ser incompatibles, puesto que los recursos que necesita un individuo para satisfacer una preferencia cara pueden reducir el 'menú' de preferencias posibles de otros individuos, aun cuando sus preferencias presentes no requieran esos recursos. C. Nino, *ob. cit. ult.*, p. 222.



en el que se aplica y la interrelación entre los individuos cuyos conflictos se pretendan resolver.

La idea de compatibilizar los principios de la ética del cuidado y los derechos, en particular, los económicos y sociales, implica que la respuesta a la demanda por una vivienda digna no es una cuestión que dependa de la caridad de las personas. En este sentido, el lenguaje de los derechos sirve como protección de los grupos más débiles de la sociedad.

Los derechos económicos y sociales, incluso basados en la ética del cuidado, no suponen necesariamente tomar a los individuos como incapaces para tomar decisiones de manera autónoma, sino más bien se ocupan de que la ausencia de recursos materiales no implique un obstáculo en el proceso de desarrollo de la voluntad. En este sentido, no se viola la autonomía mientras no se impongan planes de vida a las personas, sino que se garantice un menú de opciones y posibilidades reales de satisfacción de estos planes o preferencias.

Por el contrario, negar los derechos económicos y sociales más básicos implica vulnerar la autonomía de las personas, toda vez que ambos tipos de derechos están interrelacionados. No es posible ejercer la autonomía si no contamos con nuestras necesidades básicas satisfechas.

Es por ello que la autonomía se encuentra robustecida con la consagración de los derechos económicos y sociales, aún cuando consideremos como parte de sus fundamentos a los principios de la ética del cuidado. En este sentido, sostiene Kohen que “Al enfocar la mirada sobre las necesidades humanas, la ética del cuidado contribuye a la percepción de que satisfacción es un elemento crucial para la ampliación de derechos, ya que sólo individuos con sus necesidades básicas satisfechas están en condiciones de asumir las responsabilidades democráticas, evaluar críticamente las diferentes opciones que se les presentan y tomar decisiones informadas de manera autónoma.”<sup>56</sup>

Si asumimos que los obstáculos económicos vulneran la libertad elección, tenemos más razones para justificar los derechos económicos y sociales que para criticarlos. Si las circunstancias sociales y económicas son condicionantes de las decisiones personales, enton-

---

56 B. Kohen, *ob. cit.*, p. 186.



ces el Estado debería revertir estas situaciones para fomentar la autonomía.

En consecuencia, la justificación moral del deber de solidaridad basada en la ética del cuidado motivaría una visión robusta del derecho a la vivienda digna y adecuada, lo que implicaría una decisión diferente sobre el alcance de este derecho a la tomada por el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad en el caso “Alba Quintana” aquí analizado. Incluso, esta argumentación moral es susceptible de ser efectuada por un magistrado judicial respetuoso la igualdad y de la diversidad religiosa.

En este sentido, el derecho a la vivienda digna y adecuada, incluso en la versión más restringida referida al piso mínimo que debe garantizarse desde del Estado, nunca podría quedar satisfecho a través de programas como paradores u hogares de tránsito, dado que, como se mencionó, sólo brindan un techo donde pasar la noche. Mucho menos si tenemos en cuenta el contexto en que se encuentran las personas a quienes se les aplica. Es decir, si se analiza la particular situación de cada uno de los peticionantes del subsidio –y su extensión en el tiempo- es muy probable que se llegue a la conclusión de que necesitan mucho más que un techo de noche, dado que ello implica que durante el día sigan en situación de calle. Parecería que garantizar un lugar donde dormir supone que las personas cuentan con recursos suficientes para tener una vivienda de día o se trata de casos donde los adultos trabajan en esa jornada, por lo que sólo necesitan un lugar donde habitar en esa franja horaria. Sin embargo, las personas concretas que acceden a estos programas no parecen responder a ese modelo, dado que el programa está dirigido a quienes poseen ingresos menores a la línea de pobreza.

La fundamentación basada en la ética del cuidado, a su vez, permite considerar las relaciones sociales relevantes en cada caso concreto. De este modo, la solución arribada en el antecedente “Alba Quintana” no parece adecuarse a estándares de este tipo en razón de que los programas citados, tal como ya se mencionó, en su mayoría de casos disgregan a las familias generando un debilitamiento de los vínculos y vulnerando especialmente el derecho a la convivencia familiar de los niños, niñas y adolescentes.