



PODER JUDICIAL DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES

"2014, Año de las letras argentinas".

"M G V CONTRA GCBA SOBRE AMPARO" EXPTE: EXP A1990-2014/0

Ciudad de Buenos Aires, de junio de 2014.

Y VISTOS; CONSIDERANDO:

I. G V M, por derecho propio y en representación de sus hijos M J, D de tres años (3) y J L D de dos años de edad (2), con el patrocinio del Dr. Ramiro Dos Santos Freire, Defensor Oficial ante los Juzgados de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario, inició la presente acción de amparo contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (GCBA) a fin de que se le garantice el acceso a una vivienda adecuada.

Manifestó que al momento de iniciar la presente acción se encontraba junto con sus hijos M J D y J L D y su pareja J A D en situación de calle efectiva, por cuanto fueron desalojados a fines de 2013 por haber contraído una deuda con el dueño de la habitación en la que residían, sita en la calle E 989, de esta Ciudad.

Indicó que tanto su hija como ella padecen de hepatitis C. Afirmó que se encuentra desempleada al igual que su pareja y por lo tanto, carece de dinero suficiente para pagar un lugar donde vivir y cubrir las necesidades básicas de subsistencia del grupo familiar.

Relató aspectos de su vida, como su infancia y que a los quince años quedó embarazada de su primera hija M B G, a quien crió con la ayuda de su madre.

Señaló que contrajo matrimonio con G S, con quien tuvo dos hijas (A y L), que con el tiempo se hizo imposible la convivencia y entonces decidieron separarse.

Refirió que luego tuvo una relación sentimental con D Á, con quien tuvo dos hijos (A y M). En 2005, producto de reiteradas situaciones de violencia doméstica y ante la negativa del padre de sus hijos de abandonar el hogar, decidió irse y sus hijos quedaron a cargo del padre. Destacó que tiene un contacto permanente con sus hijos de 9, 10, 16 y 17 años.

Adujo que en el año 2007 conoció a su actual pareja J D, padre de sus hijos más pequeños. Siempre convivieron en habitaciones de hoteles bajo la modalidad de alquiler, hasta que en el año 2012 su pareja perdió el empleo y al no contar con ingresos suficientes, solicitó ayuda al GCBA y fue incorporada al programa

“Atención de Familias en Situación de Calle” con lo que pudo abonar el alquiler de una habitación de hotel. Sin embargo, una vez percibidas las diez (10) cuotas previstas en el programa mencionado, le fue imposible afrontar los gastos del alquiler y fue desalojada.

Expresó que desde fines del año 2013, se encuentra junto con sus hijos pequeños y su pareja en estado de situación de calle. Manifestó que en algunas oportunidades, sus hijos y ella, pernoctaron en la casa de su hija mayor, quien vive con su propia familia en Mataderos. Su actual pareja, alterna para dormir, entre casas de amigos y la calle.

Indicó que dirigió una nota al coordinador del programa de “Atención para familias en Situación de Calle” solicitando su renovación y como respuesta se le informó que no era viable la renovación del subsidio por haber percibido el monto total que establece la normativa.

Destacó que sus ingresos provienen de los trabajos esporádicos que realiza como empleada de limpieza en casas de familia por una suma de aproximadamente trescientos pesos mensuales (\$300), lo que percibe su pareja por changas temporarias como repartidor de verduras, por la suma de mil doscientos pesos (\$1200), la Asignación Universal por Hijo de seiscientos cincuenta pesos mensuales (\$650) y lo que recibe mensualmente del Estado Nacional, a través del ANSES, por ser madre de seis niños, niñas y adolescentes, que le otorga una suma de aproximadamente mil novecientos pesos (\$1.900), de los cuales se queda con seiscientos cincuenta pesos (\$650) correspondiente a los niños más pequeños y el resto se lo entrega al padre de sus hijos mayores.

Manifestó que el 9 de diciembre de 2013 presentó una nota al coordinador del programa de Formación e Inclusión para el Trabajo (F.I.T.) a fin de capacitarse y conseguir un empleo, sin que haya tenido una respuesta favorable.

Solicitó, como medida cautelar, que se ordene a la demandada su inclusión en algún programa de emergencia habitacional durante la tramitación de la presente causa. Ofreció prueba y efectuó la reserva del caso federal.

II. El 01 de abril de 2014 se concedió la medida cautelar requerida y se ordenó al GCBA –Ministerio de Desarrollo Social- que arbitre los medios necesarios a fin de abonarle a G V M el subsidio habitacional previsto en el decreto 690/06 (mod. por decs. 960/08, 167/11 y 239/13), otorgando una suma que cubra sus necesidades de acuerdo al actual estado del mercado, hasta tanto se dicte sentencia definitiva (v. fs. 73/74 vta.).

A fs. 79/79 vta., la Asesora Tutelar, Mabel López Oliva, tomó intervención en la presente causa en representación de M J D y J L D.

III. A fs. 92/103 vta., la Dra. Marta Susana Menéndez, apoderada del GCBA, contestó la demanda.



PODER JUDICIAL DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES

"2014, Año de las letras argentinas".

Manifestó que la circunstancia en la que se encuentra la actora y sus hijos no se subsume en la normativa y jurisprudencia vigente en materia habitacional, prevista para casos excepcionales y transitorios.

Indicó que los recursos existentes no son ilimitados y los poderes legislativo y ejecutivo cumplieron con los principios de legalidad administrativa y previsión presupuestaria.

Por tal motivo, adujo que resulta aplicable al presente caso el precedente "*Alba Quintana*" del Tribunal Superior de Justicia, en el cual se establecen claras pautas a seguir en materia habitacional.

Sostuvo que en el caso se confunde un subsidio habitacional transitorio para conjurar una situación de emergencia habitacional, como si la Ciudad de Buenos Aires fuese una "Caja de Subsidios" para todo aquel que lo reclame.

Adujo que la actora y sus hijos no califican para el otorgamiento del beneficio en cuestión y que no es factible pretender que el GCBA les otorgue *sine die* un subsidio habitacional.

Concluyó que no existe omisión por parte del GCBA, porque prevé y brinda asistencia habitacional partiendo del principio de urgencia y necesidad, compatibilizando la ayuda social con la existencia de recursos disponibles.

Citó jurisprudencia, ofreció prueba, solicitó la eximición de costas y que se rechace la demanda.

Por último, solicitó citar como tercero al Estado Nacional, lo que fue desestimado por el Tribunal (cfr. fs. 104).

A fs. 116/117 la parte demandada acompañó un informe por el cual se emplazó a la actora para que se presente ante las dependencias del programa "*Atención para Familias en Situación de Calle*", a fin de mantener una entrevista y ser reincorporada al citado programa habitacional.

IV. A fs. 44/47, se agregó el informe socio-ambiental producido por la licenciada María Eva Ortellao, del Equipo Común de intervención Extrajudicial del Ministerio Público Tutelar.

V. Finalmente, habiendo dictaminado la Sra. Asesora Tutelar (v. fs. 109/113 vta.) y la Sra. Fiscal (v. fs. 13/138 vta.), se pasaron los autos a sentencia (v. fs. 139).

Normas internacionales y nacionales aplicables

VI. La pretensión de la parte actora tiene por fin el reconocimiento y garantía de sus derechos constitucionales a la vivienda, la salud y la dignidad. En ese contexto, corresponde efectuar una síntesis del encuadramiento normativo de la cuestión a resolver, comenzando desde el vértice más eminente de nuestro sistema jurídico.

Cabe destacar que a través del artículo 14 *bis* se agregaron en el texto de la Constitución Nacional derechos de indiscutible alcance social con la intención de que la igualdad ante la ley no fuera un mero acto declarativo, sino un obrar performativo por parte del Estado sobre una facticidad que se asumió posible de ser corregida.

La Constitución de 1949 dejada sin efecto por el gobierno usurpador de 1955 también contenía derechos de neto alcance social.

Además, la reforma constitucional de 1994, en el artículo 75, inciso 22, ha otorgado jerarquía constitucional a una serie de instrumentos internacionales sobre derechos humanos, en las condiciones de su vigencia, que no derogan artículo alguno de la primera parte de la Constitución Nacional y deben entenderse como complementarios de derechos y garantías por ella reconocidos.

VII. Resulta oportuno recordar la interdependencia existente entre los distintos derechos humanos.

Los derechos sociales son de igual jerarquía e igual estructura que los demás derechos humanos y todos tienen carácter interdependiente.

La afectación de cualquiera de ellos genera necesariamente la disminución, o incluso la pérdida, de los restantes.

En situaciones de extrema vulnerabilidad social, como la que se evidencia en la causa, la afectación del derecho a la vivienda digna conduce a consolidar desigualdades y a profundizar la exclusión, y ello determina la necesidad de aplicar un estándar de ponderación correctivo para lograr la efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales.

VIII. La CN y diversos instrumentos de derechos humanos con jerarquía constitucional contemplan el derecho de acceso a la vivienda adecuada. Debemos mencionar los artículos 14 *bis* de la CN, 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, 11 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, 11 del PIDESC, 5 inciso e) iii) de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial y 27 de la Convención sobre Derechos del Niño.

En particular, cabe recordar que en virtud del artículo 11 del PIDESC, los Estados reconocen “...el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia...” comprensivo de la “vivienda adecuada”, así como el derecho a una “mejora continua de las condiciones de existencia”.

Las normas convencionales indicadas tienen rango constitucional “...en las condiciones de su vigencia” (artículo 75 inciso 22 de la CN).

Ello implica que las normas establecidas en los instrumentos internacionales de derechos humanos deban ser interpretadas a partir de las decisiones jurisprudenciales y de las opiniones y dictámenes de los órganos del sistema internacional e interamericano.

Así, lo estableció la CSJN en diversos precedentes, entre los que pueden citarse a título de ejemplo “*Giroldi*” (Fallos: 318:514), “*Aquino*” (2652. XXXVIII. Recurso de hecho Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A. s/ accidentes ley 9688—, sentencia del 21 de septiembre de 2004), “*Espósito*” (E. 224. XXXIX. Espósito, Miguel



PODER JUDICIAL DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES

"2014, Año de las letras argentinas".

Ángel s/ incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa, sentencia del 23 de diciembre de 2004), y "Carranza Latrubesse" (C. 568. XLIV. C. 594 XLIV. Recursos de Hecho. Carranza Lattubesse, Gustavo c/ Estado Nacional- Ministerio de Relaciones Exteriores, Provincia de Chubut-), entre otros.

También cabe recordar que los instrumentos internacionales previstos en el art. 75 inc. 22 CN deben ser interpretados de buena fe y para su aplicación no pueden oponerse las disposiciones del derecho interno (confr. arts. 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969).

IX. El Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales¹ expresó, en torno al derecho a la vivienda:

"En 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. Y así debe ser por lo menos por dos razones. En primer lugar, el derecho a la vivienda está vinculado por entero a otros derechos humanos y a los principios fundamentales que sirven de premisas al Pacto. Así pues, 'la dignidad inherente a la persona humana', de la que se dice que se derivan los derechos del Pacto, exige que el término 'vivienda' se interprete en un sentido que tenga en cuenta otras diversas consideraciones, y principalmente que el derecho a la vivienda se debe garantizar a todos, sean cuales fueren sus ingresos o su acceso a recursos económicos. En segundo lugar, la referencia que figura en el párrafo 1 del artículo 11 no se debe entender en sentido de vivienda a secas, sino de vivienda adecuada...".

"...Así pues, el concepto de adecuación es particularmente significativo en relación con el derecho a la vivienda, puesto que sirve para subrayar una serie de factores que hay que tener en cuenta al determinar si determinadas formas de vivienda se puede considerar que constituyen una "vivienda adecuada" a los efectos del Pacto. Aun cuando la adecuación viene determinada en parte por factores sociales, económicos, culturales, climatológicos, ecológicos y de otra índole, el Comité considera que, aun así, es posible identificar algunos aspectos de ese derecho que deben ser tenidos en cuenta a estos efectos en cualquier contexto determinado. Entre esos aspectos figuran los siguientes":

"Seguridad jurídica de la tenencia. (...) Sea cual fuere el tipo de tenencia, todas las personas deben gozar de cierto grado de seguridad de tenencia que les garantice una protección legal contra el desahucio, el hostigamiento u otras amenazas. Por consiguiente, los Estados Partes deben adoptar inmediatamente medidas destinadas a conferir seguridad legal de tenencia a las personas y los hogares que en la actualidad carezcan de esa protección consultando verdaderamente a las personas y grupos afectados".

¹ Observación General N° 4: "El derecho a una vivienda adecuada - párrafo 1 del artículo 11 del Pacto".

“Disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura. Una vivienda adecuada debe contener ciertos servicios indispensables para la salud, la seguridad, la comodidad y la nutrición. Todos los beneficiarios del derecho a una vivienda adecuada deberían tener acceso permanente a recursos naturales y comunes, a agua potable, a energía para la cocina, la calefacción y el alumbrado, a instalaciones sanitarias y de aseo, de almacenamiento de alimentos, de eliminación de desechos, de drenaje y a servicios de emergencia”.

“Gastos soportables. Los gastos personales o del hogar que entraña la vivienda deberían ser de un nivel que no impidiera ni comprometiera el logro y la satisfacción de otras necesidades básicas. Los Estados Partes deberían adoptar medidas para garantizar que el porcentaje de los gastos de vivienda sea, en general, commensurado con los niveles de ingreso. Los Estados Partes deberían crear subsidios de vivienda para los que no pueden costearse una vivienda, así como formas y niveles de financiación que correspondan adecuadamente a las necesidades de vivienda (...)”.

“Habitabilidad. Una vivienda adecuada debe ser habitable, en sentido de poder ofrecer espacio adecuado a sus ocupantes y de protegerlos del frío, la humedad, el calor, la lluvia, el viento u otras amenazas para la salud, de riesgos estructurales y de vectores de enfermedad. Debe garantizar también la seguridad física de los ocupantes. El Comité exhorta a los Estados Partes a que apliquen ampliamente los Principios de Higiene de la Vivienda preparados por la OMS, que consideran la vivienda como el factor ambiental que con más frecuencia está relacionado con las condiciones que favorecen las enfermedades en los análisis epidemiológicos; dicho de otro modo, que una vivienda y unas condiciones de vida inadecuadas y deficientes se asocian invariablemente a tasas de mortalidad y morbilidad más elevadas”.

“Asequibilidad. La vivienda adecuada debe ser asequible a los que tengan derecho. Debe concederse a los grupos en situación de desventaja un acceso pleno y sostenible a los recursos adecuados para conseguir una vivienda. Debería garantizarse cierto grado de consideración prioritaria en la esfera de la vivienda a los grupos desfavorecidos como las personas de edad, los niños, los incapacitados físicos, los enfermos terminales, los individuos VIH positivos, las personas con problemas médicos persistentes, los enfermos mentales, las víctimas de desastres naturales, las personas que viven en zonas en que suelen producirse desastres, y otros grupos de personas. Tanto las disposiciones como la política en materia de vivienda deben tener plenamente en cuenta las necesidades especiales de esos grupos (...) Los Estados deben asumir obligaciones apreciables destinadas a apoyar el derecho de todos a un lugar seguro para vivir en paz y dignidad, incluido el acceso a la tierra como derecho”.

“Lugar. La vivienda adecuada debe encontrarse en un lugar que permita el acceso a las opciones de empleo, los servicios de atención de la salud, centros de atención para niños, escuelas y otros servicios sociales. (...) De manera semejante, la vivienda no debe construirse en lugares contaminados ni en la proximidad inmediata de fuentes de contaminación que amenazan el derecho a la salud de los habitantes”.

“Adecuación cultural. La manera en que se construye la vivienda, los materiales de construcción utilizados y las políticas en que se apoyan deben permitir adecuadamente la expresión de la identidad cultural y la diversidad de la vivienda. Las actividades vinculadas al



PODER JUDICIAL DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES

"2014, Año de las letras argentinas".

desarrollo o la modernización en la esfera de la vivienda deben velar por que no se sacrifiquen las dimensiones culturales de la vivienda y por que se aseguren, entre otros, los servicios tecnológicos modernos".

Asimismo, el Comité opinó que *"...el derecho a no ser sujeto a interferencia arbitraria o ilegal en la vida privada, la familia, el hogar o la correspondencia, constituye una dimensión muy importante al definir el derecho a una vivienda adecuada"*.

El Comité también destacó que el derecho a la vivienda adecuada *"...se aplica a todos"* y que no debe estar sujeto a ninguna forma de discriminación.

La Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y el derecho a la vivienda

X. La CCABA *"...reconoce el derecho a la vivienda digna y a un hábitat adecuado"* y la Ciudad *"...resuelve progresivamente el déficit habitacional, de infraestructura y de servicios, dando prioridad [sin excluir otros supuestos] a las personas de los sectores de pobreza crítica y con necesidades especiales de escasos recursos"* (artículo 31 de la CCABA).

La norma aludida es directamente operativa (confr. art. 10 CCABA).

El artículo 17 de la CCABA, referido a las políticas públicas prescribe: *"La Ciudad desarrolla políticas sociales coordinadas para superar las condiciones de pobreza y exclusión mediante recursos presupuestarios, técnicos y humanos. Asiste a las personas con necesidades básicas insatisfechas y promueve el acceso a los servicios públicos para las que tienen menores posibilidades"*.

Por lo demás, rigen en la Ciudad todos los derechos y garantías de la Constitución Nacional y los tratados internacionales ratificados y que se ratifiquen (artículo 10 de la CCABA).

Prohibición de Regresividad

XI. Con relación a la prohibición de regresividad, cabe recordar que el artículo 2.1 del PIDESC dispone que *"[c]ada uno de los Estados Partes (...) se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que se disponga para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos"* (el subrayado me pertenece en este párrafo y en los que siguen).

El artículo 11 de dicho Pacto establece que *"[l]os Estados Partes (...) reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para si y su familia, incluso (...) vivienda adecuad[a] y a una mejora continua de las condiciones de existencia"*.

Los artículos 26 del Pacto de San José de Costa Rica y 31 de la CCBA se inscriben en la misma línea.

El Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales opinó en la Observación General N° 3, “La índole de las obligaciones de los Estados Partes”, que: “...aunque el Pacto contempla una realización paulatina y tiene en cuenta las restricciones derivadas de la limitación de los recursos con que se cuenta, también impone varias obligaciones con efecto inmediato. De éstas, dos resultan particularmente importantes para comprender la índole exacta de las obligaciones contraídas por los Estados Partes. Una de ellas (...) consiste en que los Estados se ‘comprometen a garantizar’ que los derechos pertinentes se ejercerán ‘sin discriminación...’. La otra consiste en el compromiso contraído en virtud del párrafo 1 del artículo 2 en el sentido de ‘adoptar medidas’, compromiso que en sí mismo no queda condicionado ni limitado por ninguna otra consideración (...). Así pues, si bien la plena realización de los derechos pertinentes puede lograrse de manera paulatina, las medidas tendentes a lograr este objetivo deben adoptarse dentro de un plazo razonablemente breve tras la entrada en vigor del Pacto para los Estados interesados. Tales medidas deben ser deliberadas, concretas y orientadas lo más claramente posible hacia la satisfacción de las obligaciones reconocidas en el Pacto”.

“La principal obligación en lo que atañe a resultados que se refleja en el párrafo 1 del artículo 2 es la de adoptar medidas ‘para lograr progresivamente... la plena efectividad de los derechos reconocidos [en el Pacto]’. La expresión ‘progresiva efectividad’ se usa con frecuencia para describir la intención de esta frase. El concepto de progresiva efectividad constituye un reconocimiento del hecho de que la plena efectividad de todos los derechos económicos, sociales y culturales en general no podrá lograrse en un breve período de tiempo. En este sentido, la obligación difiere de manera importante de la que figura en el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos e incorpora una obligación inmediata de respetar y garantizar todos los derechos pertinentes. Sin embargo, el hecho de que la efectividad a lo largo del tiempo, o en otras palabras progresivamente, se prevea en relación con el Pacto no se ha de interpretar equivocadamente como que priva a la obligación de todo contenido significativo. Por una parte, se requiere un dispositivo de flexibilidad necesaria que refleje las realidades del mundo real y las dificultades que implica para cada país el asegurar la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales. Por otra parte, la frase debe interpretarse a la luz del objetivo general, en realidad la razón de ser, del Pacto, que es establecer claras obligaciones para los Estados Partes con respecto a la plena efectividad de los derechos de que se trata. Este impone así una obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr ese objetivo. Además, todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga”.

La opinión del Comité deja en claro que la obligación mínima del Estado en la realización plena y progresiva de los derechos consagrados en el PIDESC consiste en observar la prohibición de regresividad.

Ella posibilita el goce y exigibilidad de los derechos sociales, cuanto menos en el nivel que se hubiera alcanzado en un momento determinado, pero siempre con vocación de mejora si lo que está en juego es la dignidad.



PODER JUDICIAL DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES

"2014, Año de las letras argentinas".

Recordemos que la Carta de las Naciones Unidas dispone en su preámbulo que uno de los objetivos de ese organismo internacional es el de *"Promover el progreso social y elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de libertad"* con ese fin el mismo texto expresa el propósito y necesidad de *"emplear un mecanismo internacional para promover el progreso económico y social de todos los pueblos"*.

El principio de no regresividad es una norma jurídica que interdicta la posibilidad de que el Estado disminuya o degrade la situación de progreso social, económico o cultural logrado por una persona o grupo determinado.

Verificar el incumplimiento de ese principio exige realizar un test de regresividad del material normativo y de la situación fáctica involucrada.

En el marco de un caso judicial, el test de regresividad debe contemplar, necesariamente, la situación particular del afectado.

Los criterios hermenéuticos establecidos internacionalmente se orientan hacia la extensión y ampliación constante de los derechos sociales. En su efectivización está comprometido, de manera relevante, el Poder Judicial.

El sistema internacional de derechos humanos fue creado en protección de las personas, lo que presupone que los derechos que se reconocen son exigibles jurisdiccionalmente y no dependen de la discrecionalidad de la administración o el legislador.

El artículo 2.1 del PIDESC establece que *"...los Estados Partes (...) se comprometen a adoptar medidas (...) para lograr progresivamente por todos los medios apropiados (...) la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos"*.

El Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales interpretó la disposición transcrita (Observación General N° 3 "La índole de las obligaciones de los Estados Partes") en el sentido de que *"...la adopción de medidas legislativas, como se prevé concretamente en el Pacto, no agota por sí misma las obligaciones de los Estados Partes. Al contrario, se debe dar a la frase "por todos los medios apropiados" su significado pleno y natural. (...) Entre las medidas que cabría considerar apropiadas, además de las legislativas, está la de ofrecer recursos judiciales en lo que respecta a derechos que, de acuerdo con el sistema jurídico nacional, puedan considerarse justiciables. El Comité observa, por ejemplo, que el disfrute de los derechos reconocidos, sin discriminación, se fomentará a menudo de manera apropiada, en parte mediante la provisión de recursos judiciales y otros recursos efectivos"*.

Así se sostuvo en el ya citado voto emitido en el precedente "Tolosa": *"[c]uando el artículo 2.1 del PIDESC, establece que los Estados Partes deben adoptar medidas especialmente económicas y técnicas para lograr el desarrollo progresivo de los derechos sociales, se refiere a las medidas legislativas como una de las formas privilegiadas para lograr ese objetivo, pero ello no descarta, ni la existencia de otras ni la exigibilidad inmediata de los derechos sociales aún sin medidas legislativas en vigor. De otra forma no podría comprenderse que todas*

las personas tengan derecho a un recurso sencillo y rápido —como por ejemplo este amparo— o a cualquier otro medio efectivo para que jurisdiccionalmente se las proteja contra actos que violan sus derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, como lo son el derecho a la vivienda digna, la protección integral a la familia y el interés superior del niño (conf. art. 25, CADH), que se discuten en este expediente”.

En definitiva, los jueces están facultados a desplegar una actividad correctiva de cualquier omisión del Estado que vulnere derechos fundamentales. Es más, están obligados constitucional y convencionalmente a hacerlo.

Actuación del GCBA en relación a la amparista y su grupo familiar

XII. Que la parte actora requirió por la vía del amparo (artículo 14 de la CCABA) la satisfacción urgente e impostergable del derecho a la vivienda digna y pretensiones accesorias y complementarias de ese derecho.

El GCBA considera que el plan asistencial está cumplido, con lo que se deja en estado de indefensión al grupo actor, por ello se justifica la intervención judicial.²

El derecho al acceso a una vivienda digna y adecuada, integra el plexo de los llamados *‘derechos sociales’*. Tales derechos no se reducen a meras promesas y programas, y pueden ser exigidos al Estado por individuos o grupos. Se trata de un mandato del poder constituyente al poder constituido para que haga y cumpla.

Con relación a la disponibilidad de recursos, es necesario tener presente que el artículo 2 del PIDESC refleja el compromiso de los Estados de *“...adoptar medidas (...) hasta el máximo de los recursos de que disponga...”*.

El Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales en la Observación General N° 3: *“Índole de las obligaciones de los Estados Partes”*, consideró que *“...[p]ara que cada Estado Parte pueda atribuir su falta de cumplimiento de las obligaciones mínimas a una falta de recursos disponibles, debe demostrar que ha realizado todo esfuerzo para utilizar los recursos que están a su disposición en un esfuerzo por satisfacer, con carácter prioritario, esas obligaciones mínimas...”*.

Al respecto, cabe resaltar que el Ministro Enrique S. Petracchi, en la sentencia de la CSJN dictada en la causa *“Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo”*, del 24/04/2012, señaló: *“la demandada debería haber acreditado, por lo menos, que los recursos con que cuenta el Gobierno local han sido utilizados y ejecutados al máximo nivel posible; y que la organización y distribución del presupuesto ha tenido en cuenta la prioridad que la Constitución asigna a la satisfacción de los derechos fundamentales. La Ciudad de Buenos Aires no ha cumplido siquiera mínimamente con esa carga probatoria. No aportó información fehaciente y concreta sobre las restricciones presupuestarias alegadas, y se limitó a realizar afirmaciones teóricas y abstractas en el sentido de que los recursos económicos son escasos por naturaleza, y que el Gobierno debe atender múltiples actividades y necesidades*

² Observación General N° 9 del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales: *“La aplicación interna del Pacto”*.



PODER JUDICIAL DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES

"2014, Año de las letras argentinas".

de la población.(...) [P]or el contrario, las medidas adoptadas por la demandada revelan que los recursos con que cuenta el Gobierno local han sido utilizados de manera irrazonable desde el punto de vista económico".

El GCBA no ha demostrado que hubiera destinado el "máximo de los recursos" que dispone. Y una remisión genérica e infundada a la cláusula de disponibilidad de recursos no satisface el requisito indicado, ya que carece de seriedad y no está sustentada en pruebas.

El GCBA debió probar que no sub-ejecutó las partidas correspondientes a los programas de vivienda, o bien que esas partidas ya habían sido asignadas a otros beneficiarios, o bien acreditar que priorizó la atención de políticas públicas destinadas a la protección de derechos tan urgentes como el que aquí se pone en juego y dar razones suficientes para habilitar un juicio de ponderación entre las distintas políticas públicas involucradas.

El escrutinio judicial del gasto público es viable y no invade la competencia de otros poderes, cuando en un proceso en el que se impugna la lesión de derechos, la consideración de ese gasto resulta dirimente. Es decir, el gasto público no es una cuestión no justiciable en tanto está incluido en el marco constitucional (conf. art. 106, CCABA).

Los recursos públicos pueden quedar comprometidos por decisiones judiciales cuando se declara la responsabilidad de un Estado de Derecho. Esta posibilidad está expresamente reconocida en la legislación local (CCAyT, Título XII, Capítulo II) y en toda la jurisprudencia de la CSJN sobre el particular, a partir de Fallos 169:111. El Estado está dentro del sistema jurídico, no fuera de él.

Leyes y decretos locales

XIII. En el marco de los ya citados artículos 31 y 17 de la CCABA, es pertinente señalar que en el ámbito local se ha dictado la ley N° 3706 de Protección y Garantía Integral de los Derechos de las Personas en Situación de Calle (publicada en el BOCBA el 08/06/2011, vetada parcialmente en su artículo 5 por decreto N° 042/011 y aceptado por la legislatura por Res. N° 066/011), cuyo objeto consiste en proteger integralmente y operativizar los derechos de las personas en situación de calle y en riesgo a la situación de calle (art. 1º). La ley establece que "se consideran personas en situación de calle a los hombres o mujeres adultos/as o grupo familiar, sin distinción de género u origen que habiten en la calle o espacios públicos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en forma transitoria o permanente y/o que utilicen o no la red de alojamiento nocturno" y que "se consideran personas en riesgo a la situación de calle a los hombres o mujeres adultos o grupo familiar, sin distinción de género u origen, que padezcan al menos una de las siguientes situaciones: 1. Que se encuentren en instituciones de las cuales egresarán en un tiempo determinado y estén en situación de vulnerabilidad habitacional. 2. Que se encuentren

debidamente notificados de resolución administrativa o sentencia judicial firme de desalojo. 3. Que habiten en estructuras temporales o asentamientos, sin acceso a servicios o en condiciones de hacinamiento” (art. 2). A su vez, “La presente ley se sustenta en el reconocimiento integral de los derechos y garantías consagrados en la Constitución Nacional, los Tratados Internacionales en los que el Estado Argentino sea parte y la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires” (art. 3).

Por otro lado, establece que es deber del Estado garantizar, entre otras cosas, la remoción de obstáculos que impiden a las personas en situación de calle o en riesgo a la situación de calle la plena garantía y protección de sus derechos, así como el acceso igualitario a las oportunidades de desarrollo personal y comunitario, y la orientación de la política pública hacia la promoción de la formación y el fortalecimiento de las personas en situación de calle y en riesgo a la situación de calle (art. 4).

Asimismo, es necesario destacar que, según dicha norma, las personas en situación de calle y en riesgo a la situación de calle tienen derecho al acceso pleno a los servicios socioasistenciales que sean brindados por el Estado y por entidades privadas convenidas con él y que la articulación de los servicios y de sus funciones tanto en la centralización, coordinación y derivación, así como en la red socioasistencial de alojamiento nocturno y de la asistencia económica, tienen como objetivo la superación de la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran (arts. 6 y 8, ley 3706).

El decreto N° 960/08 modificó el programa de “Atención para Familias en Situación de Calle”, que había sido aprobado por el decreto N° 690/06; asimismo, el reciente dictado del decreto N° 239/13, implicó una mejora en el monto del subsidio, sin perjuicio de las restantes modificaciones al decreto N° 690/06. De esta manera, se incrementa el monto del subsidio hasta \$10.800, el que puede ser otorgado en seis (6) cuotas iguales y consecutivas de hasta \$1.800 cada una. Pudiendo la autoridad de aplicación extender el subsidio y otorgar una suma adicional de hasta \$7.200, pagadera en un máximo de cuatro cuotas adicionales mensuales, de hasta \$1.800 cada una, según corresponda, todo ello en los casos particulares en que, a criterio de aquella, la persistencia de la situación de vulnerabilidad amerite la ampliación del subsidio. En este caso la autoridad de aplicación puede disponer, de modo alternativo, el pago de un monto máximo de hasta \$10.800 en una única cuota, en los casos en que el beneficiario al momento de ingreso al Programa acredite fehacientemente la posibilidad de obtener una salida habitacional definitiva. Si bien la modificación referida consiste en incrementar el subsidio y que la autoridad de aplicación pueda extenderlo, el decreto no contiene previsión específica alguna en relación al vencimiento de las cuotas. A fin de delimitar con la mayor precisión que sea posible los alcances de la sentencia, corresponde analizar diversas cuestiones que han sido debatidas por las partes, y especialmente la relación de éstas con distintas disposiciones de los decretos mencionados en los presentes.



PODER JUDICIAL DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES

"2014, Año de las letras argentinas".

XIV. El decreto N° 690/06 y sus modificatorios, en modo alguno dicen que el beneficio que instituyen puede ser acordado por una sola y única vez. En segundo término, la norma citada, conforme a su modificación dispuesta por el decreto N° 960/08, contempla diversos supuestos en donde el subsidio puede ser prorrogado si persiste la situación que en su momento motivara la entrega del beneficio. De forma más general, faculta a la autoridad de aplicación a *"extender los plazos previstos para el subsidio de modo de atender reclamos según las particulares situaciones que puedan acaecer"* (art. 3 *in fine*, decreto N° 690/06 y modificatorios). Haciéndose eco de estas dos últimas normas, y como ya se ha adelantado, el artículo 1° del decreto N° 239/13 que modifica el artículo 5 del decreto N° 690/06, prevé casos de personas con necesidades especiales, y estipula en este supuesto la posibilidad de aumentar la cuota mensual del subsidio, conforme lo que se determine por vía reglamentaria.

XV. Es deber de la CABA desarrollar políticas coordinadas para superar las condiciones de pobreza y exclusión mediante recursos presupuestarios, técnicos y humanos y como señaló el Dr. Enrique S. Petracchi en su voto en la causa *"Q. C., S. Y."*, ya citado, el estado local no cumplió con su obligación de implementar razonablemente el derecho a una vivienda digna en su jurisdicción. Ahora tampoco cumple.

En efecto, la demandada no diseñó ni implementó políticas públicas que permitan que la población que se encuentra en situación de mayor vulnerabilidad personal, económica y social —como la actora y sus hijos— tenga una verdadera oportunidad de procurarse un lugar para vivir, con las condiciones mínimas de salubridad, higiene y seguridad necesarias para preservar su integridad física, psíquica y moral.

En rigor, el decreto 690/06 no es inconstitucional, sí lo es la ausencia de todo otro contexto normativo plausible y estructural que asuma una política efectiva, eficiente y sustentable en materia de vivienda. ¿Qué hace el Estado cuándo se termina el subsidio? ¿Qué hace la gente beneficiaria del subsidio cuando este finaliza?

El Estado no se libera de las obligaciones constitucionales y convencionales de dar efectividad a los derechos garantizados por tal marco jurídico cuando finaliza el subsidio porque la situación lesiva para los sujetos tutelados, en casos como el presente no sólo permanece, sino que se profundiza. De lo contrario con la finalización del subsidio cabe preguntarse cuál es la remoción de obstáculos —en la terminología del art. 11, CCABA- que se ha logrado. De allí, que el decreto 690/06 —en la hermenéutica que propone el art. 10, CCABA- resulte insuficiente.

También debe señalarse que por sentencia del 12 de mayo de 2010, el Tribunal Superior de Justicia de la CABA, en *"Ministerio Público – Asesoría Tutelar de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/ acción declarativa de inconstitucionalidad"* declaró la inconstitucionalidad por regresividad de los arts. 2 y 4 del Decreto 960/08, con lo que

por efecto de lo dispuesto en el inc. 2º del art. 113 de la CCABA, esas disposiciones quedaron expurgadas del orden jurídico vigente y, por lo tanto, inaplicables.

XVI. La sanción de la ley N° 4042 intentó mejorar el marco normativo respecto del derecho a la vivienda digna y adecuada de los niños, niñas y adolescentes, en el marco de la protección integral de sus derechos conforme lo dispone la normativa nacional, local y constitucional, así como también, los principios del derecho internacional de los derechos humanos.

En efecto, este nuevo instrumento es un avance en el cumplimiento de los derechos económicos, sociales y culturales y una adecuación a la normativa vigente que regula la política de vivienda al establecer que los grupos familiares integrados por niños, niñas o adolescentes -de escasos recursos económicos- tengan prioridad tanto para el otorgamiento de la vivienda, subsidios, créditos como para la adjudicación de inmuebles construidos en el marco de los programas de urbanización de núcleos habitaciones transitorios y asentamientos.

Por su parte, también la ley en su artículo 3º posee una cláusula genérica que indica que en todos los programas de vivienda o hábitat que se ejecuten con la intervención del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires debe otorgarse prioridad a los grupos familiares con niñas, niños y adolescentes, sin perjuicio de los demás criterios que establezcan las normas específicas.

Sin embargo, lo declamado por estas normas locales tienen un severo divorcio con la facticidad. Prueba de ello es este amparo que demuestra la ineffectividad concreta de la legislación mencionada. La ausencia de una política seria, eficiente, sostenida y efectiva que garantice el acceso a la vivienda digna, cuya ausencia se constatará en el fallo de la CSJN, "Q. C., S. Y.", ya citado, indudablemente se mantiene en la actualidad.

El caso K.M.P. del TSJ y la ley 4036

XVII. Vivimos en un Estado de Derecho Constitucional, no en un estado de derecho jurisprudencial. En nuestro sistema jurídico la jurisprudencia no es fuente formal del derecho positivo.³

También es cierto que por razones que pueden observarse desde el campo de la sociología de las instituciones, muchos operadores mediante un simple "*copia y pega*" aplican lo que dicen las instancias revisoras y desplazan la fuerza normativa de la Constitución.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha señalado que contribuye a preservar la independencia interna de los jueces la posibilidad de disentir con el órgano revisor de sus decisiones, el cual, en definitiva sólo ejerce una función

³ Con excepción de la jurisprudencia de la CIDH por sus funciones casatorias y de precedente a nivel regional.



PODER JUDICIAL DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES

"2014, Año de las letras argentinas".

diferenciada y limitada a atender los puntos recursivos de las partes disconformes con el fallo originario.⁴

Las razones expuestas me convencen de examinar el caso K.M.P. c/GCBA⁵ fallado por el Tribunal Superior de Justicia (TSJ) el día 21 de marzo de 2014 y del cual se siguen una serie de casos dictados por ese tribunal orientados en la misma dirección.

El caso "KMP": hombre sólo, 49 años, con HIV, desempleado, con discapacidad laboral del 85%, sin lazos familiares y en situación de calle que busca amparo de su ser para seguir estando en el mundo.

La decisión del TSJ aborda el derecho humano del acceso a la vivienda digna, tópico sobre el cual ese tribunal ya ha dado noticia.⁶

Examinar esta clase de decisiones judiciales permite presentar un criterio alternativo, desde esta estructura horizontal que es la del Poder Judicial en ejercicio de la función jurisdiccional, donde no hay jerarquías, sino distribución de competencias. También es evitar ceder la palabra porque después se termina cediendo en las cosas.

Los cuestiones del fallo "KMP" que lo debilitan irremediablemente se refieren a: (i) pautas de escrutinio sobre la validez del material normativo examinado y puesto en escena, elusiones e inapropiados énfasis, (ii) en la deriva fraseológica de la decisión, que zarpa desde el derecho constitucional del acceso a la vivienda digna para terminar por naufragar en la voz "alojamiento", (iii) en la mutación del amparo, que pasa de ser una acción expedita y sencilla de tutela jurisdiccional efectiva, a una "condena" al GCBA de "presentar una propuesta para hacer frente a la obligación de brindar a la parte actora un alojamiento..." y, por fin, (iv) en la ausencia de rigor en la ponderación de los diferentes insumos que impone el debate, por ejemplo, el vinculado con las subejecuciones presupuestarias seriales del GCBA en materia de derechos sociales.

Vale la pena resaltar que nuestro sistema de fuentes jurídicas es jerárquico y su vértice más eminente se integra con material constitucional, convencional y de *ius cogens*.

El voto mayoritario deposita toda su argumentación unos escalones más abajo de esa cúspide: lo hace en el plano estrictamente legal. Esa altitud metódica repercute en la perspectiva de los escrutinios jurídicos que ofrece el fallo.

⁴ El caso "Apitz Barbera y otros ("Corte Primera de lo Contencioso Administrativo") vs. Venezuela" (sentencia del 05/08/08), considerando n° 84.

⁵ Con mayor precisión: "Expte. N° 9205 "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: K.M.P. c/GCBA y otros s/amparo (art. 14 CCABA)".

⁶ "Alba Quintana, Pablo c. GCBA y otros s/amparo (art. 14 CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. n°6754/09, sentencia del 12/05/10.

El gran ausente en esos votos es el art. 10 de la CCABA. Porque señalemos sin ambages que el voto conjunto de los jueces Conde y Lozano menciona esa norma una sola vez y en forma tangencial, detrayendo o esquivando todo el sentido expansivo de los derechos humanos que propone ese artículo. En el voto del juez Casas no se registra mención del art. 10 de la CCABA.

El art. 10 de la CCABA no figura en la partitura de escrutinio constitucional del voto de mayoría. No se lo pondera, ni se lo articula; es como si no existiera. La omisión de situarse en el punto más eminente del sistema jurídico local, en particular, de omitir poner en valor el art. 10 de la CCABA y su íntima conexión con el art. 4 de la misma norma fundamental, agota la pretendida fuerza persuasiva de “KMP” en un análisis de leyes y decretos locales.

Uno de los pilares que distingue y hace lucir a la Constitución de los porteños y porteñas es su artículo 10. Todas las disquisiciones, todos los cabildeos vinculados con derechos constitucionales deben atravesar esa norma. Bastaría aplicar el art. 10 de la CCABA para liquidar todo el análisis alrededor de la ley 4036; ley que es utilizada por el TSJ en su sentencia como eje diamantino para interpretar los derechos sociales.⁷

Intentaré aquí no abusar de una justificación del control de convencionalidad de oficio por parte de los jueces y cuyo desarrollo ofrezco más adelante.

Deseo recordar, como premisa de abordaje, lo expresado por la CIDH en el caso *Gelman vs. Uruguay* cuando señaló que “[l]a sola existencia de un régimen democrático no garantiza, per se, el permanente respeto del Derecho Internacional, incluyendo al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo cual ha sido así considerado incluso por la propia Carta Democrática Interamericana⁸. La legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana, de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales, por lo que, particularmente en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo “susceptible de ser decidido” por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe

⁷ Permítaseme que transcriba el aludido texto constitucional como homenaje a su inapreciable valor jurídico: “Rigen todos los derechos, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional, las leyes de la Nación y los tratados internacionales ratificados y que se ratifiquen. Estos y la presente Constitución se interpretan de buena fe. Los derechos y garantías no pueden ser negados ni limitados por la omisión o insuficiencia de su reglamentación y ésta no puede cercenarlos.”.

⁸ Cfr. Asamblea General de la OEA, Resolución AG/RES. 1 (XXVIII-E/01) de 11 de septiembre de 2001.



PODER JUDICIAL DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES

"2014, Año de las letras argentinas".

*primar un "control de convencionalidad" (supra párr. 193), que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial".*⁹ (El destacado me pertenece).

En cuanto a la ley 4036, se le pueden formular importantes cuestionamientos sobre su validez. La norma está por debajo de la Constitución y también en contra de ella; es inconstitucional e inconvencional.

El artículo primero de la ley 4036 prevé la protección integral de los derechos sociales de los ciudadanos. A partir de esa categoría utilizada por la ley en forma discriminatoria se define un marco nítidamente regresivo. El Estado es garante de la efectividad de los derechos sociales de todas las personas (cfr. art. 11, CCABA y art. 11, PIDESC), y no de los ciudadanos, o de los extranjeros residentes durante cierto tiempo.

Por otra parte, la introducción de distinciones basadas en la nacionalidad, debería alertar sobradamente para realizar un test de estricto escrutinio del material normativo involucrado.

La falta de examen de las categorías sospechosas involucradas, la falta de exigencia al Estado local demandado de ofrecer argumentos sobre la finalidad de esas distinciones, argumentos que sostengan el uso de esas clasificaciones y de ponderar otras alternativas, nos priva de un debate robusto sobre aspectos que el TSJ da como sobreentendidos para tener por válida la ley 4036.

Rememoro que el TSJ ha resuelto¹⁰ en materia de las denominadas clasificaciones sospechosas, que: *"El empleo por parte del legislador o del poder reglamentador de calidades referidas a estas clasificaciones no queda absolutamente vedado: simplemente se establece una presunción de ilegitimidad de la norma portadora de tales criterios de distinción. Desde el punto de vista del control judicial de constitucionalidad de las normas, esta presunción de ilegitimidad se traduce en dos técnicas procedimentales: la inversión de la carga justificatoria y el sometimiento de esa justificación a un estándar de escrutinio judicial elevado. La inversión de la carga justificatoria pone en cabeza del Estado la fundamentación de la medida, una vez acreditado por quien impugna la norma el empleo de una distinción sustentada en una clasificación sospechosa. De este modo, cabe al Estado demostrar las razones concretas que condujeron a acudir a la clasificación cuestionada para establecer una distinción legal. A falta de demostración suficiente por parte del Estado, la presunción de ilegitimidad queda confirmada y la norma no supera el examen de constitucionalidad. /// El estándar probatorio que debe cumplir el Estado para justificar la norma es, además, un estándar más*

⁹ Considerando n° 239.

¹⁰ Expte. n° 826/01 SAO "Salgado, Graciela Beatriz c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ acción declarativa de inconstitucionalidad" sentencia del 21 de noviembre de 2001, voto del juez Julio B. Maier. También, CSJN en Fallos, 331:1715.

elevado que el de mera racionalidad. El Estado debe probar que el empleo de la clasificación sospechosa es estrictamente necesario para el cumplimiento de un fin legítimo. No basta, entonces, con señalar la licitud del fin a alcanzar, sino que el Estado debe justificar por qué era necesario acudir a una distinción fundada en una clasificación sospechosa para cumplir esos fines. No se trata, sin embargo, de una carga imposible de cumplir para el Estado. Basta señalar, por ejemplo, que un motivo legítimo de uso de clasificaciones “sospechosas” para efectuar un distingo legal es, justamente, el de remover “los obstáculos de cualquier orden que, limitando de hecho la igualdad y la libertad, impidan el pleno desarrollo de la persona y la efectiva participación en la vida política, económica o social de la comunidad” (cf. art. 11, CCBA, párrafo tercero)” y, también, que “[a]demás de esta construcción, cabe subrayar que el cambio del paradigma constitucional referido a la eliminación de la discriminación implica también una modificación en la forma misma de concebir la discriminación. Mientras que en el pasado se recalca el componente subjetivo dañoso (los “fines de ilegítima persecución”), la actual doctrina antidiscriminatoria pone énfasis —más que en aquel componente subjetivo— en el efecto objetivo de excluir a cierto grupo del goce de un derecho o del acceso a un beneficio. Por supuesto, atento sus efectos, los casos de discriminación persecutoria o explícita quedan también comprendidos en este segundo enfoque, pero —dado que la expresión de motivaciones subjetivas persecutorias o discriminatorias es un fenómeno asaz extraordinario en la legislación— una aproximación objetiva, a partir de la “sospecha” de discriminación escondida detrás del uso de ciertas clasificaciones, amplía el ámbito de la protección antidiscriminatoria y obliga a los poderes políticos a ser más cuidadosos en la selección de los factores de distinción empleados en los textos normativos.”

La exigencia de la categoría “ciudadano” violenta las pautas constitucionales que vedan la discriminación por “cualquier circunstancia que implique distinción, exclusión, restricción o menoscabo” de los derechos garantizados por la CCABA (art. 11). La ley 4036 no contempla a quienes viven en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y no son ciudadanos, ni extranjeros cuya residencia sea menor a la exigida por la reglamentación. ¿Qué clase de calidad tuitiva tienen estas personas en materia de derechos sociales?

También el art. 3º resulta discriminatorio. En efecto, la ley extiende su alcance subjetivo a los extranjeros residentes en la Ciudad. Para agravar el panorama, prescribe que los únicos extranjeros comprendidos son aquellos que, además de residir durante dos años en la Ciudad, cumplan con los requisitos establecidos por la legislación nacional o local y “con las determinadas por la presente”.

La distinción colisiona con normas convencionales y constitucionales en forma manifiesta. El PIDESC¹¹ señala que “los Estados Partes en el presente Pacto se

¹¹ De acuerdo con los Principios de Limburgo, (art. 36), los motivos de discriminación mencionados en el art. 2.2. del PIDESC no son exhaustivos y los Estados debe eliminar de jure la discriminación mediante la abolición inmediata de toda legislación, regulación y práctica discriminatoria (incluyendo acciones de omisión y comisión) que afectan el disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales (art. 37). Incluso la adopción de medidas especiales



PODER JUDICIAL DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES

"2014, Año de las letras argentinas".

comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social" (art. 2.2. PIDESC, el destacado me pertenece). También interdictan esta clase de discriminaciones los arts. 1.1. de la CADH, 16 de la CN y 11 de la CCABA.

Por ello, reitero que, el uso de marcadores y clasificadores deónticos basados en la distinción entre ciudadanos y extranjeros para definir el acceso a derechos fundamentales debe ser sometido a un test de escrutinio estricto y no sólo a un simple control de razonabilidad. Ni lo uno ni lo otro ofrece el fallo del TSJ. Debe prevalecer, entonces, la presunción de ilegitimidad de la ley 4036.

Igual reproche puede formularse al art. 7 por establecer requisitos mínimos de residencia para que las personas en estado de vulnerabilidad social puedan percibir prestaciones económicas. Exigir una residencia no menor de dos años en la Ciudad (inc. c) resulta un filtro inadmisibles para la efectividad de los DESC. La norma no explica qué sucede con la gente en estado de vulnerabilidad social -aun extrema- que no cuente con ese requisito, ni cuáles son los términos y alcance del vocablo residencia para las personas que están en situación de calle.

También es reprochable el último párrafo del art. 7 de la ley bajo examen, por establecer que sea la autoridad de aplicación quien en casos de emergencia o situaciones particulares pueda exceptuar el cumplimiento de alguno de los requisitos mínimos, cuando lo considere pertinente mediante decisión fundada. La norma invierte la matriz de los DESC, es decir, su carácter universal, interdependiente, indivisible e integral. En efecto, la reglamentación analizada subordina los derechos sociales a requisitos políticos y, sólo como excepción, los expande según criterios administrativos de mérito, oportunidad y conveniencia.¹²

Con ese proceder la ley 4036 edita el texto convencional¹³ que obliga al Estado internacionalmente y ante sus habitantes a garantizar la efectividad los derechos enunciados por el PIDESC, pues una norma infraconstitucional, ahora agrega: *"salvo mejor opinión del garante"*, y según sus razones de oportunidad, mérito o conveniencia.

Tal proceder resulta inconstitucional e inconveniente porque los tratados deben interpretarse y cumplirse de buena fe (art. 31.1. Convención de Viena sobre el

(art. 39) no debe resultar en el mantenimiento de derechos separados para distintos grupos y que las mismas no sigan vigentes después de lograr los objetivos planteados. También los Principios de Limburgo indican con claridad que "como regla general, el Pacto aplica por igual a los nacionales y no nacionales de un país determinado" (art. 42).

¹² En contra del art. 3 de los Principios de Limburgo.

¹³ Art. 2 del PIDESC.

Derecho de los Tratados) y no es válido invocar disposiciones del derecho interno –la ley 4036- como justificación para incumplirlos (art. 26 Convención cit.).

El art. 9 de la ley 4036 también presenta problemas de validez. Allí se define como “hogar” al grupo de persona que vive bajo un mismo techo y el art. 8 establece que las prestaciones económicas sean definidas por la autoridad de aplicación contemplando los ingresos económicos “por hogar”. Se omite definir qué ocurre con las familias en situación de calle que viven a la intemperie; en efecto, si no hay “techo”, no hay “hogar”, luego no hay prestación. Una norma que define “hogar” a partir de lo que un grupo de personas tiene sobre sus cabezas, deja de lado la protección integral de la familia consagrada en el art. 14, *bis*, CN.

Cuando el artículo 1° de la ley 4036 enuncia que ella tiene por objeto la protección integral de los Derechos Sociales, vemos que a poco de recorrer su texto la enunciación cambia el valor de su propuesta inicial por otro muy distinto y la “protección integral” termina siendo un nicho retórico vacío.

Otro aspecto que remarca las omisiones y deficiencias de la ley 4036 lo ofrece su art. 8 al establecer: *“El acceso a las prestaciones económicas de las políticas sociales será establecido por la autoridad de aplicación contemplando los ingresos por hogar, de acuerdo a las circunstancias socioeconómicas, de emergencia y/o en función de la demanda efectiva. En ningún caso podrá ser inferior a la Canasta Básica de alimentos establecida por el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (INDEC) o el organismo que en el futuro lo reemplace.”*

El artículo citado subordina la posibilidad de acceder a las “prestaciones económicas” de la ley según los “ingresos por hogar” que, como expuse, es una categoría que por la interdependencia de definiciones de la ley, excluye a las personas en situación de calle. Además, introduce el concepto de Canasta Básica de Alimentos (CBA) establecida por el INDEC que resulta disfuncional en la materia.

El concepto CBA¹⁴ está integrado por el valor de los alimentos y bebidas que se requieren para satisfacer las necesidades básicas. Sin embargo, el problema es más delicado. Con la Canasta Básica Alimentaria se define la Línea de Indigencia y con la Canasta Básica Total se define la Línea de Pobreza.

Los conceptos de “canastas” son valores de referencia teóricos y con fines estadísticos, por lo tanto, sin propósitos normativos. De allí que no puede confundirse el concepto de canasta con el de costo de vida. También debe señalarse que las canastas, en definitiva, consideran que el bienestar material se reduce a la medición de

¹⁴ La noción “canasta básica” ingresa al universo de las estadísticas oficiales en 1988 luego del proyecto denominado Investigación sobre Pobreza en la Argentina (IPA). Como resultado de ese trabajo aparece la primera medición de pobreza en relación a la insuficiencia de ingresos por el método de línea. Para la noción de canasta básica puede verse: http://www.indec.mecon.ar/nuevaweb/cuadros/74/informe_canastas_basicas.pdf



PODER JUDICIAL DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES

"2014, Año de las letras argentinas".

la capacidad de compra en el mercado de bienes y servicios; no tienen cuenta las condiciones laborales, el tiempo para el esparcimiento, el acceso a la información, vestimenta, transporte, el hábitat, etc.

Lo interesante y grave es que el art. 8 de la ley 4036 considera que el piso mínimo de la prestación económica en ningún caso podrá ser inferior a la CBA establecida por el INDEC, con ello se produce una nueva degradación del sentido de universalidad y de integralidad de los derechos sociales. Obsérvese que primero se diferenció entre ciudadanos y ciertos extranjeros –no a todas las personas vulnerables-, para ubicarlos dentro de los alcances subjetivos de la ley; ahora, con la CBA se toma como referencia la indigencia, no la pobreza.

Un sistema que se autodefine como de protección integral de los derechos sociales, debería subir el piso mínimo de las prestaciones económicas para incluir también a los pobres.

Sin embargo, existe otra faceta que también agrava las deficiencias de la ley 4036. Asombrosamente no se ha tenido en cuenta que la CBA del INDEC es un concepto pensado para cubrir las necesidades alimentarias por un mes –de acuerdo con requerimientos kilocalóricos y proteicos imprescindibles- para un hombre adulto de entre 30 y 59 años de edad y de actividad moderada. Es obvio, que muchos de los “hogares” a los que se refiere el art. 9 de la ley 4036 no se adecuan a esos parámetros pues están integrados por varias personas, de diferentes edades, sexo y tipo de actividades.

Es notable que una ley que intenta asistir a los vulnerables no advierta que las estrategias de supervivencia de esas personas no se definen exclusivamente desde lo individual, sino en función de los integrantes del grupo y según el nivel socioeconómico al que pertenecen. Como ocurre con el grupo actor.

La CCABA establece que las políticas sociales están dirigidas a superar las condiciones de pobreza y de exclusión, no sólo las de indigencia (cfr. art. 17, CCABA).

Por eso la ley 4036 es regresiva al combinar elementos como la CBA, ciudadanos y extranjeros con una residencia en la Ciudad no menor de dos años, discrecionalidad burocrática, etc.; elementos que offician de filtros para la plena efectividad de los derechos sociales.

Examinaré a continuación aspectos sobre el problema derecho de acceso a la vivienda omitidos en el fallo “KMP” y que considero dirimentes.

Resulta imprescindible mencionar el documento producido por el Consejo Económico y Social de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CEyS): el Diagnóstico Socio-Habitacional de la Ciudad de Buenos Aires (DSH)¹⁵ cuyo texto cuenta con

¹⁵ <http://www.consejo.gob.ar/dictámenes/Informe%20Vivienda%20Final.pdf>

elementos serios, detallados y pertinentes a fin de realizar un examen contextual del presente caso judicial y de sus reales contornos.

El CEyS es un organismo previsto por el art. 45 de la CCABA cuya función, como órgano colegiado de participación ciudadana de carácter consultivo, lo constituye en un actor relevante para cualquier decisión sobre los derechos sociales (cfr. ley 3317), a tal punto que la Constitución lo ha distinguido con iniciativa parlamentaria, con lo que su lugar protagónico en el derecho público resulta nítido.

El DSH es un informe que constituye la primera fase de una extensa investigación iniciada por el CEyS. En esta primera etapa se ha buscado construir un diagnóstico general del problema de la vivienda y del hábitat de la Ciudad, con una mirada sensible sobre perfiles diferenciados (según niveles de ingresos, grupos etarios, condición de género, etc.).

El DSH¹⁶ aborda el déficit habitacional en la Ciudad con el siguiente título: “Muchas Gente Sin Casas y Muchas Casas Sin Gente”. El documento muestra que en la década 2001-2011 la población total de la Ciudad de Buenos Aires se incrementó sólo un 4,1% (según censo nacional de 2010, la Ciudad tenía 2.890.151 habitantes). Gran parte del aumento de población (114.013 personas) ocurrió en villas de emergencias; esa población creció en 56.165 habitantes en la última década; es decir, casi un 2% del 4,1% mencionado. En el año 2010 vivían en villas de emergencia de la Ciudad un total de 163.587 personas. La mayor parte del crecimiento poblacional vive, entonces, en condiciones precarias.

Por el contrario, en las últimas décadas aumentó el número de viviendas de la Ciudad, aunque su población se haya mantenido estable. En el 2010 existían 288.564 viviendas vacías, es decir, cerca del 20,2% del parque habitacional de la Ciudad. La mayor cantidad de estas viviendas se localizaban en las comunas 1 y 14.

El problema habitacional es complejo y su abordaje reglamentario y judicial asistemático e ineficiente. Pero como cada caso contencioso contiene en sí mismo la representación casi cabal de todo el problema social que subyace, es necesario presentar un horizonte más completo: la Ciudad tiene cerca de 15 villas de emergencia, 25 asentamientos precarios, 6 complejos habitacionales con carencias y unos 10 barrios municipales¹⁷ que deben ser puestos en valor en cuanto a su hábitat. De acuerdo con el DSH para 2009-2010 eran aproximadamente 140.000 personas las que vivían en hoteles o casas devenidas en hoteles, en condiciones de precariedad.¹⁸ A esto corresponde

¹⁶ DSH, pág. 16 y sgtes.

¹⁷ Los complejos habitacionales y barrios municipales presentan características que los incluyen dentro de la categoría de viviendas vulnerables en términos de vivienda digna debidos a problemas de hacinamiento (tanto por cuarto como habitacional), tenencia irregular de las viviendas, baja calidad de vida que repercute en la salud, etc.

¹⁸ DSH, pág. 36.



PODER JUDICIAL DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES

"2014, Año de las letras argentinas".

agregar que, en ese lapso, unas 1200 personas estaban en el programa de hoteles ofrecido por el GCBA.

En cuanto a la población en situación de calle, se encuentra en expansión y hacia finales del año 2007 se contabilizaron 1029 adultos y 798 niños menores de 17 años. Para abril 2009, según informe realizado por el Ministerio de Desarrollo Social porteño, las personas en situación de calle eran 1950. En términos del art. 17 de la CCABA, las "políticas sociales coordinadas", parecen no ser eficientes.

Sin embargo, el abordaje que realiza el TSJ en "KMP" opta por transitar otros andariveles que entiendo poco pertinentes con relación a la densidad de los problemas involucrados.

Así, por ejemplo, el fallo mencionado no examina con rigor la cuestión presupuestaria.

El juez Casas en su voto, habla de presupuesto y del derecho financiero y dice que *"no debe perderse de vista que las debilidades financieras de esta Ciudad, a partir, en esencia, de la reducida participación en los ingresos provenientes de la renta federal que conforman la masa coparticipable dentro del Régimen Financiero Transitorio de Distribución de Recursos Fiscales instituido por Ley N° 23.548 y sus modificaciones —1,40% sobre el total distribuible desde el 1° de enero de 2003 a tenor del Decreto N° 705/03, suscripto durante la presidencia de Eduardo Alberto Duhalde y siendo Jefe de Gobierno de la Ciudad Aníbal Ibarra — frente al aporte que ella realiza al país por la actividad económica generada en su ámbito — 22,66% para el año 2010, tomando en cuenta el Producto Bruto Jurisdiccional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, respecto del Producto Bruto Interno para toda la Argentina —, se convierten en una concreta limitante para atender derechos de prestación a cargo del Estado, en forma completamente irrestricta. /// En definitiva, ello terminaría incidiendo de manera gravosa sobre la comunidad de contribuyentes locales —legitimados pasivos para la atención de tales derechos, mediante el pago de sus contribuciones— llevando la carga fiscal a niveles de confiscatoriedad ilimitada en el monto y en el tiempo —esto es, por sucesivos y numerosos ejercicios—."*

El Poder Judicial es uno de los garantes de los derechos humanos y de la plena vigencia de la Constitución, que demanda un trabajo incesante de todos los poderes constituidos y del Pueblo sobre la facticidad que *debe ser corregida* (art. 4, CCABA).

Entiendo que la Constitución no es un *"catálogo interminable e ilusorio de derechos"*, de otra forma no hubiera jurado, al asumir mi cargo, por sostener su fuerza normativa.

El problema no es presupuestario, sino de ineficiencia en su gestión. Según los Principios de Limburgo, la obligación del logro progresivo de la efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales existe independientemente de cualquier

aumento de recursos y requiere una utilización eficaz de los que se disponga (art. 23, Principios de Limburgo). Hablamos de la Ciudad Autónoma, que cuenta con un presupuesto aprobado para el año en curso de 60 mil millones de pesos¹⁹; es el segundo presupuesto del país.

El fallo sostiene que las obligaciones que se imputan al GCBA han sido asumidas por el Estado Nacional en el marco de tratados internacionales y que *“el estado federal puede asumir compromisos, pero, trasladarlos a los estados locales requiere que la constitución que lo organiza le dé atribuciones que posibiliten hacerlo. Ciertamente, el estado federal no puede disponer de los presupuestos locales. A su turno, el art. 10 de la CCBA asume los compromisos internacionales, pero, ni sustituye al estado federal en su cumplimiento ni podría hacerlo”*.²⁰ Luego de citar fallos de la CSJN en materia sanitaria, para intentar bosquejar una suerte de corresponsabilidad entre Nación y Ciudad sobre los derechos fundamentales, el voto de los jueces Lozano y Conde expresa que *“[e]n ese marco, si bien no ha sido citado el Estado Nacional, ello no impide que el Estado local arbitre las medidas y acciones que considere pertinente para hacer efectiva la referida corresponsabilidad”*.

Lo extraño es que no existe ni una sola mención en el voto transcrito, ni en el del juez Casas, acerca de las reiteradas subejecuciones presupuestarias de la Ciudad en materia de derechos sociales, especialmente en materia de vivienda y, en particular de las subejecuciones, ya escandalosas, de parte del Instituto de la Vivienda de la Ciudad (IVC).

Tampoco hay mención sobre la progresiva reducción de los montos de partidas presupuestarias en esta materia.

Subejecutar presupuestos dirigidos a poner en valor y dar efectividad a derechos fundamentales garantizados por la Constitución porteña, por la federal y por las convenciones internacionales previstas en el art. 75, inc. 22 de la CN, es una conducta convencionalmente regresiva y, por lo tanto, inválida.

La falta de tratamiento de estos aspectos resta solidez a los argumentos dirigidos a sustraer la responsabilidad primaria, directa y principal de los poderes constituidos del Estado local para dar cumplimiento a su ley fundamental y al principio de lealtad federal. Si la CCABA prescribe que la *“Ciudad desarrolla políticas sociales coordinadas para superar las condiciones de pobreza y exclusión mediante recursos presupuestarios, técnicos y humanos”* (art. 17), la falta de utilización eficaz y eficiente de los recursos presupuestarios señala la insatisfacción de un deber autoimpuesto por el constituyente porteño, no el de un deber del estado federal. Del mismo modo, también es un incumplimiento directo y propio de la Ciudad el no garantizar hasta el máximo de sus recursos para dotar de efectividad progresiva a los derechos reconocidos por el PIDESC.

¹⁹ Ley 4809/13.

²⁰ Voto conjunto de los jueces Lozano y Conde.



PODER JUDICIAL DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES

"2014, Año de las letras argentinas".

Para corroborar la falta de ejecución presupuestaria y falta de eficacia en su gestión (art. 54, CCABA) me remito a informes producidos por la Defensoría del Pueblo; por el Ministerio Público de la Defensa y la Auditoría General. Así, puedo mencionar:

- 1) El informe de la Defensoría del Pueblo, antecedente de la Resolución DP n° 3085/13, muestra la subejecución presupuestaria entre los años 2009 y 2013 en programas crediticios del IVC; comprende los programas de créditos para viviendas en el marco de ley 341 (créditos individuales) y programa "Primera Casa".

Los créditos previstos en la ley 341 son programas dirigidos a personas de escasos recursos, con un ingreso mínimo que toma como piso un SMVM y prioriza situaciones de vulnerabilidad (como familias con hijos menores a cargo; discapacidad de algún miembro del grupo familiar; situaciones de emergencia habitacional, desalojos, habitacionales, etc.). El informe consigna que durante el año 2009 el IVC ejecutó el 49% del presupuesto sancionado para todo el ejercicio; el 93% en el año 2010; el 67% en el año 2011 y sólo el 39% en el año 2012. Según el informe, el saldo no utilizado²¹ por el IVC en los años 2009 y hasta fines de 2013 asciende a un total \$267.576.007. En concreto, a partir de esa cifra se puede constatar que no se entregaron unos 630 créditos hipotecarios. El informe corrobora en forma contundente la clara subejecución presupuestaria de la operatoria involucrada a cargo del IVC. También verifica que desde el año 2011 a la fecha del informe, el presupuesto devengado por el IVC es decreciente.

En cuanto al Programa Primera Casa BA, el lanzamiento de este programa fue en junio del año 2012 y el IVC preveía otorgar entre 3500 a 4000 créditos. Sin embargo, durante el primer año de vigencia del programa, el IVC solo otorgó 508 créditos, lo que representó una subejecución presupuestaria de casi el 84% del presupuesto proyectado. El informe examina con contundencia la real magnitud de la injerencia del programa como política pública destinada a resolver el déficit habitacional existente en la Ciudad: de 200.000 solicitudes efectuadas para obtener crédito, sólo el 0,25% pudo acceder a la vivienda definitiva.

- 2) El Informe del Ministerio Público de la Defensa *sobre regresividad en el presupuesto de vivienda e infraestructura educativa y su subejecución durante el período 2007/2010*, también exhibe elementos sustantivos para orientar cualquier decisión sobre la materia y neutraliza cualquier argumento sobre la falta de recursos. Los datos del informe son irrefutables. Por ejemplo,

²¹ El saldo utilizado es la diferencia entre el crédito sancionado y el crédito devengado.

detalla que en el año 2010 el GCBA ejecutó \$2.208.871, es decir, el 1% del presupuesto total destinado a vivienda y, para el primer trimestre de 2011, el GCBA sólo había ejecutado el 4,8% del presupuesto vigente destinado a a ese fin. Entre las conclusiones del informe se lee: *“Los datos precedentemente expuestos ponen en evidencia que en el caso de la vivienda popular y la infraestructura educativa pública el GCBA ha ejecutado una política claramente regresiva, restando recursos en áreas que hacen a las garantías consagradas del derecho a la vivienda digna y a la educación”*.

- 3) Merece citarse el Informe Final de la Auditoría General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (AGCABA), Proyecto n° 9.13.08 sobre Programa Asistencia Socio Habitacional, período 2012. En este caso se auditó al Ministerio de Desarrollo Social, en concreto, a la unidad ejecutora -Dirección General de Atención Inmediata-, tomando el presupuesto distributivo del año 2012. El informe constató, entre muchos aspectos, la ausencia de información en el área para conocer la demanda potencial e insatisfecha; solo se pudo conocer la demanda satisfecha. Esa situación impide planificar adecuadamente la gestión y la imposibilidad de asociar el gasto financiero a un servicio público proyectado. Entiendo, que sin información adecuada, no hay planificación eficiente de los recursos.
- 4) También la Defensoría del Pueblo de la CABA²² verificó que sólo una ínfima parte de la población beneficiaria de eventuales créditos se encuentra en condiciones de orientar sus ingresos a gastos derivados de la vivienda, debiendo responder prioritariamente a otras necesidades inmediatas, como alimentación, salud, vestimenta y transporte. También señaló las deficiencias del sistema de créditos implementado por la ley 341, modificada por ley 964/03, entre las que aparecen (i) las demoras excesivas en el acceso a la operatoria; (ii) el rechazo de nuevas solicitudes para acceder a la operatoria, por restricciones presupuestarias; (iii) la imposibilidad de comprar terrenos; (iv) la ausencia de un banco de inmuebles; (v) la falta de viviendas transitorias disponibles; (vi) las demoras en la aprobación de los planos de obra; etc.

Queda exhibida, así, la falta de eficacia en la gestión de la ejecución presupuestaria, a pesar de la existencia de recursos (cfr. art. 54, CCABA); la debilidad notable del sistema financiero estatal porteño en priorizar el crédito social y su gestión adecuada, en particular la ineficiencia del IVC (cfr. art. 55, CCABA); aspectos que incumplen el mandato constitucional de orientar la actividad económica, como política

²² Colección Diagnósticos, N° 3, Octubre de 2009; sobre El Derecho a la Vivienda, Editada por el Área de Comunicación y Publicación de la Defensoría del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Puede consultarse en soporte digital en <http://www.defensoria.org.ar/publicaciones/pdf/diag03.pdf>.



PODER JUDICIAL DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES

"2014, Año de las letras argentinas".

del Estado local, al desarrollo de la persona con sustento en la justicia social (cfr. art. 48, CCABA).

Según el último Censo Nacional de Población y Vivienda de octubre de 2010, en la Ciudad de Buenos Aires el 24,9% de las viviendas estaban vacías; ese porcentaje representaba una cifra de cerca de 341.000 unidades; mientras que el déficit habitacional a esa época se estimaba en 140.000 viviendas. Desafortunadamente la función social de la propiedad, presente en la Constitución Nacional de 1949, no ha sido puesta en valor por políticas públicas, en especial por medidas legislativas adecuadas y por la falta de gestión eficiente de los recursos asignados a las diferentes agencias gubernamentales. Debe señalarse que la Convención Americana de Derechos Humanos, en su artículo 21 prescribe que "[t]oda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social". (el destacado me pertenece).

Otro aspecto criticable del caso "KMP" es que estableció que el derecho de peticionar a las autoridades (art. 14, CN) para la efectividad de los DESC pueda ser desplazado por la existencia o inexistencia de relaciones de parentesco que permitan reclamar alimentos. No sólo ese abordaje es decimonónico, sino que también subordina la fuerza normativa de las convenciones sobre DDHH y los compromisos internacionales asumidos por el Estado, a relaciones de derecho privado. Por otro lado, en general, la situación de las personas que reclaman ante el fuero CAyT, en mi experiencia, provienen de sectores con lazos familiares quebrados, con historia de violencia familiar, de género, con enfermedades complejas y cuadro socio-económicos de pobreza crítica, por lo que ni siquiera existen potenciales alimentantes. Muchas veces el estado de vulnerabilidad social tiene que ver con la soledad y falta de vínculos.

En "KMP" vemos que luego de tres instancias jurisdiccionales la vida del actor, dio un giro de 360°, quedó igual que antes: ante las puertas de la administración.

En efecto, el fallo condena al GCBA a formular *"una propuesta para hacer frente a la obligación de brindar a la parte actora un alojamiento que reúna las condiciones adecuadas, en los términos de esta sentencia, a la situación de discapacidad del actor"*.

La decisión judicial transforma la acción expedita y rápida de tutela jurisdiccional efectiva en una expectativa de propuesta del obligado y garante de los derechos fundamentales. Transforma el derecho fundamental de acceso a la vivienda digna en una expectativa de alojamiento; palabra que remite a la idea de algo temporario. Parecería que el actor puede estar en el mundo sólo porque hay sitio.

Control de convencionalidad

XVIII. Lo expuesto y la situación del grupo familiar, imponen ejercer de oficio las herramientas de tuición necesarias para restablecer la validez jurídica comprometida.

Para así proceder, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos obliga y faculta a los jueces del derecho interno a poner en valor, en los casos en que toca decidir, las normas convencionales comprometidas por la acción u omisión del Estado.

En el Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile, (sentencia de 26 de septiembre de 2006), la CIDH expresó *“La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de ‘control de convencionalidad’”* entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana. (parágrafo N° 124). En esta misma línea de ideas, esta Corte ha establecido que *“[s]egún el derecho internacional las obligaciones que éste impone deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno”*²³. Esta regla ha sido codificada en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 (parágrafo N° 125).

Tal doctrina ha sido ratificada y profundizada en el caso Gelman vs. Uruguay (sentencia de 24 de febrero de 2011), en donde el Tribunal Regional sostuvo que *“[c]uando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin, por lo que los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un ‘control de convencionalidad’”* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes y en esta tarea, deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana (parágrafo N° 193); y que *“[l]a Justicia, para ser tal, debe ser oportuna y lograr el efecto útil que se desea o se espera con su accionar y, particularmente tratándose de un caso de graves violaciones de derechos humanos, debe primar un principio de efectividad en la investigación de los hechos y determinación y en su caso sanción de los responsables”* (parágrafo N° 194).

23 Cfr. Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención (Arts. 1 y 2 Convención Americana Sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994, Serie A No. 14, párr. 35.



PODER JUDICIAL DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES

"2014, Año de las letras argentinas".

Aspectos denotativos de la causa

XIX. Luego de reseñar el marco jurídico en que se ubica la cuestión debatida, corresponde analizar las constancias del expediente a fin de ponderar la situación real de la coactora y sus hijos, de tres (3) y dos (2) años de edad.

En efecto, G V M manifestó en su demanda que se encontraba, junto con los niños, en una situación de emergencia habitacional y que no contaba con recursos económicos suficientes para cubrir sus necesidades básicas.

Por otra parte, en el informe socio-ambiental confeccionado el 1º de noviembre de 2013 por la licenciada María Eva Ortellao, del Ministerio Público Tutelar, se verifica su situación de vulnerabilidad social (v. fs. 44/47).

De allí se desprende que la señora M reside junto a sus hijos y su pareja en una habitación dentro de un inmueble ubicado en Escalada 987, de esta Ciudad.

Asimismo, informó que por la mencionada habitación abonaba hasta abril de 2013 la suma de mil cuatrocientos pesos (\$1400), desconociendo el monto actual ya que a partir de dicho mes no volvió a pagar el alquiler.

En cuanto a la situación de salud, destacó que la Sra. M padece Hepatitis C, que se encuentra estable aunque en ocasiones siente un fuerte dolor en la zona abdominal. Sin perjuicio de ello, señaló que en la actualidad no está recibiendo tratamiento médico por la enfermedad ya que se encuentra abocada al cuidado de sus hijos y, según refiere, no cuenta con tiempo ni con una persona que cuide de ellos.

Con respecto a sus hijos, expresó que J se encuentra realizando estudios en el Hospital Garrahan a fin de determinar si padece la misma enfermedad.

También resaltó que M no presenta problemas de salud y que realiza controles en el mismo Hospital.

Indicó que, G V M, debido a su problemática de salud no logra insertarse en el mercado formal de empleo. Asimismo, refirió que realiza tareas de limpieza en casas de familias, actividad por la cual percibe la suma aproximada de trescientos sesenta pesos (\$360). Por otro lado, indicó que su pareja realiza "changas temporarias" de reparto de verduras por las cuales percibe la suma aproximada de mil doscientos pesos mensuales (\$1200).

Lo dicho permite advertir, con toda claridad, la afectación del derecho de la Sra. G V M y sus hijos a que se remuevan obstáculos de cualquier orden que, limitando de hecho la igualdad y la libertad le impidan el pleno desarrollo de su persona y sus hijos, y su efectiva participación en la vida política, social y económica de la comunidad (cfr. art. 11 CCABA). Agotado el subsidio y sin otra política estructural que remueva obstáculos para la inserción socio-económica de la

coactora y sus hijos, no se constata la superación de las condiciones de pobreza y exclusión (cfr. art. 17 CCABA), sino más bien la agudización de la situación de vulnerabilidad de los coactores. Una clara regresividad.

En efecto, existe un nítido retroceso en el nivel de goce de derechos constitucional y convencionalmente garantizados, al punto que éstos podrían llegar a vaciarse de toda efectividad, en particular las garantías y derechos de los arts. 11 y 17 de la CCABA.

De ello se colige que resulta necesaria la continuidad de la intervención estatal en el plano jurisdiccional, hasta tanto no se modifique de manera estructural la situación socio-económica de la amparista, a fin de garantizar al menos la remoción de obstáculos que de hecho colocan a la actora y sus hijos en una situación de vulnerabilidad manifiesta. Entiéndase por vulnerabilidad la posibilidad y gran probabilidad de comprometer la existencia misma de las personas afectadas.

Ante lo expuesto, negar la posibilidad de extender el subsidio más allá de lo expresamente previsto por el decreto mencionado significaría una omisión por parte de la autoridad administrativa, que podría considerarse lesiva de los derechos invocados.

Asimismo, de las constancias de autos surge la complejidad del cuadro social de la amparista, lo que le impone una limitación real a su inserción laboral. En ese marco, estimo que ha quedado acreditado que la actora actualmente pertenece al grupo que la Constitución de la Ciudad ha querido que tenga prioridad para el acceso a un subsidio efectivo o, en todo caso, a un programa especial de vivienda social. Esta conclusión surge de un detenido análisis de la situación de la requirente, de sus circunstancias personales y de una minuciosa valoración de las cuestiones de hecho y prueba incorporadas al expediente.

La gravedad y complejidad del caso, me permiten considerar que la continuidad del subsidio parece ser, en lo inmediato, lo más acorde a fin de no agravar la marcada vulnerabilidad de la familia, sobre todo por las evidentes dificultades laborales de la Sra. G V M.

Asimismo, a fin de que la actora pueda alcanzar una solución definitiva al problema que aqueja a su grupo familiar, corresponde ordenar a la demandada que la oriente y la asista.

XX. Finalmente, teniendo en cuenta el marco jurídico reseñado y la situación existente al momento del dictado de la presente sentencia, el GCBA deberá: a) garantizar el acceso del grupo familiar a una vivienda adecuada, b) incorporar a la amparista en el programa regulado por el decreto 690/2006 (modificado por los decretos 960/2008, 167/2011 y 239/2013) -o cualquier otro destinado al mismo fin-, asimismo, c) continuar con la prestación mensual en tanto persista, o bien hasta que las partes demuestren que las circunstancias de emergencia habitacional en la que se



PODER JUDICIAL DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES

"2014, Año de las letras argentinas".

encuentra la actora y su grupo familiar han desaparecido, d) orientar a la actora en la búsqueda de una solución habitacional definitiva.

Por las argumentaciones expuestas, RESUELVO:

- 1) Hacer lugar a la acción de amparo impetrada.
- 2) Declarar inconvencional la ley 4036 por las razones expresadas en el considerando de XVI de la presente.
- 3) Declarar que se ha constatado la lesión de los derechos fundamentales de la coactora y sus hijos en su dignidad y en sus derechos de acceso a la vivienda adecuada, por omisión del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.
- 4) Ordenar al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires que garantice el acceso a una vivienda adecuada y digna del grupo familiar actor, y hasta tanto no cumpla con lo dispuesto precedentemente, mantenga a la amparista en el programa creado por el decreto N° 690/2006 (modificado por los decretos 960/2008, 167/2011 y 239/2013), otorgando una suma que cubra sus necesidades habitacionales de acuerdo al actual estado del mercado, y la oriente en la búsqueda de una solución definitiva a su situación de emergencia habitacional, en los términos del considerando XIX.
- 5) Imponer las costas a la demandada, por no encontrar motivos para apartarse del principio objetivo de la derrota (art. 62 CCAT).

Regístrese, notifíquese al GCBA por Secretaría, al Sr. Defensor Oficial, a la Sra. Asesora Tutelar y a la Sra. Fiscal en sus despachos y, oportunamente, archívese.