

CAMARA DE APELACIONES EN LO CAYT - SALA I SECRETARÍA UNICA

C O M CONTRA GCBA SOBRE AMPARO

Número: EXP 34010/2016-0

CUIJ: EXP J-01-00053842-2/2016-0

Actuación Nro: 11736764/2018

Ciudad de Buenos Aires, de agosto de 2018.

**VISTOS:**

Estos autos, para resolver el recurso de apelación interpuesto y fundado por la parte demandada a fs. 458/468 vta. —cuyo traslado fue contestado por la parte actora a fs. 470/482 vta.—, contra la sentencia de primera instancia obrante a fs. 440/448 vta.

**CONSIDERANDO:**

I. El pronunciamiento impugnado admitió la pretensión esgrimida en es tas actuaciones y ordenó al Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante, GCBA) que presente “...una propuesta para hacer frente a la obligación de brindar al Sr. C.O.M. (DNI-) un alojamiento que reúna las condiciones adecuadas a su cuadro de salud y situación de vulnerabilidad, excluyendo los paradores u hogares, de conformidad con lo previsto en el art. 2º de la ley 3706, lo que deberá acreditar en el plazo de diez (10) días”.

Asimismo, ordenó al GCBA que “...arbitre los medios necesarios a fin de brindar al Sr. C.O.M. (DNI-), una prestación a través del Programa “Ciudadanía Porteña” creado por la ley 1878, con los alcances dispuestos en el considerando II y de conformidad con la estimación del costo mensual que surja del nuevo informe nutricional, allí encomendado, a la Dirección de Asistencia Técnica del Ministerio Público de la Defensa”.

En dicho considerando dispuso que “...la adecuada asistencia alimentaria, importará

*otorgar una suma que cubra las necesidades alimentarias y de higiene y aseo personal del amparista, cuyo monto no podrá ser inferior al mínimo previsto en el artículo 8 de la ley 4036 y deberá ajustarse a la dieta indicada a fs. 129/130, la cual deberá ser actualizada mediante un nuevo informe nutricional, que deberá ser elaborado por profesionales en nutrición, dependientes de la Dirección de Asistencia Técnica del Ministerio Público de la Defensa...” (conf. fs. 448/448 vta.).*

Ello suscitó la apelación deducida por el GCBA, a tenor de los argumentos vertidos en su memorial, circunstancia que motiva la intervención de esta sala.

A fs. 549/560 vta., dictaminó el Ministerio Público Fiscal.

**II.** La demanda de autos tuvo por objeto principal solicitar “[...] se ordene a la demandada [le] provea una solución habitacional definitiva que garantice condiciones dignas, seguras y adecuadas de habitabilidad (...) Asimismo, toda vez que se encuentra afectado [su] derecho a la salud alimentaria, solicito se ordene a la demandada que, a través de los medios que estime pertinentes [le] garantice el acceso a una alimentación adecuada y suficiente a fin de satisfacer la dieta que [le] fuera indicada (...)” (fs. 2/2 vta.).

#### CUESTION HABITACIONAL:

#### **III.** Ordenamiento jurídico

En ese contexto, corresponde efectuar una síntesis del encuadramiento normativo en la que se encuentra inserta la cuestión a resolver.

**a.** La reforma constitucional de 1994, otorgó jerarquía constitucional a una serie de instrumentos internacionales de derechos humanos, en las condiciones de su vigencia, en tanto no deroguen artículo alguno de la primera parte de la Constitución Nacional (en adelante, CN) y que deben entenderse como complementarios de los derechos y garantías, por ella reconocidos (artículo 75, inciso 22).

A su vez, el inciso 23 del artículo 75 de la CN reforzó el mandato constitucional para la tutela de situaciones de vulnerabilidad al establecer, entre las atribuciones del Congreso nacional la de legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la CN y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad.

Lo anterior implica que todo el aparato gubernamental debe acoger la pauta de protección especial. Ello, se funda no sólo en el texto constitucional y en la necesaria armonía en el comportamiento de los distintos órganos del Estado, sino que nuestro Alto Tribunal así lo interpretó en el considerando 8° del voto de la mayoría en el *leading case* en materia de derecho a la vivienda “Q.C., S. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires” (Fallos 335:452), pues allí indicó que esta directiva del Congreso “*debe igualmente servir de pauta de orientación para toda autoridad estatal en su ámbito de competencia*”.

**b.** En lo que respecta al derecho a la vivienda, varios son los instrumentos internacionales que, en forma explícita lo incluyen dentro de su articulado, pudiéndose citar el Pacto Internacional de los Derechos Económicos Sociales y Culturales, artículo 11.1; la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, artículo 21; el Convenio n°117 de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante, OIT) sobre política social, normas y objetivos básicos, artículo 5.2 y el Convenio n°169 (OIT) sobre pueblos indígenas y tribales, artículos 14, 16 y 17; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación racial, artículo 5.e.iii; la Convención sobre los derechos del niño, artículos 16.1 y 27.3; la Convención Internacional sobre la protección de todos los trabajadores migrantes y de sus familiares, artículo 43.1.d; la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, artículos 9 y 28.

A su vez, los órganos del sistema han elaborado documentos que echan luz sobre el alcance y contenido del derecho en cuestión. Principalmente, cabe hacer explícita mención a la Observación General n°4 del Comité de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de la que se desprende que el derecho a una vivienda adecuada es fundamental para el disfrute de todos los derechos económicos, sociales y culturales.

c. En sintonía con lo expuesto, nuestra constitución local ha venido a brindar pautas de satisfacción mínima y progresiva de los derechos sociales.

En particular, el artículo 31 de la CCBA establece, en lo que ahora importa, que *“la Ciudad reconoce el derecho a una vivienda digna y a un hábitat adecuado. Para ello: 1. Resuelve progresivamente el déficit habitacional, de infraestructura y servicios, dando prioridad a las personas de los sectores de pobreza crítica y con necesidades especiales de escasos recursos”*.

Asimismo, no pueden dejar de tenerse en cuenta los artículos 17 y 18 que, en términos generales, remarcan el deber del Estado local de desarrollar políticas sociales coordinadas para superar las condiciones de pobreza y exclusión mediante recursos presupuestarios, técnicos y humanos dirigidos prioritariamente a los sectores vulnerables.

El juego armónico de estas cláusulas ha sido interpretado por la Corte Suprema en el considerando 10 y 11 del voto de la mayoría en el, ya citado, precedente *“Q.C., S.”*. Allí la Corte recoge que los derechos sociales no son meras declaraciones sino normas jurídicas operativas con vocación de efectividad con cita de la Observación General n°4 del Comité DESC.

d. El Poder Legislativo local sancionó un conjunto de leyes que consagran una protección diferenciada a determinados grupos en estado de vulnerabilidad social.

Al respecto, se sancionó la ley n°3706 —reglamentada por los decretos n°165 y n°310 ambos de 2013— cuyo objetivo es proteger y garantizar los derechos de las personas en situación de calle y en riesgo de situación de calle.

En ese entendimiento la ley establece que es deber del Estado garantizar, entre otras cosas, la remoción de obstáculos que impiden a las personas en riesgo o en 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).

Posteriormente, en el año 2011, bajo la misma línea directriz, entró en vigencia la ley n°4036, por la que se definió el alcance de aquellos grupos de *“pobreza crítica”* referidos por los artículos 17

y 18 de la CCABA.

El texto normativo priorizó el acceso de quienes se encuentren en situación de vulnerabilidad social y/o de emergencia a las prestaciones de las políticas sociales que brinde el GCBA en el marco de reconocimiento integral de los derechos y garantías consagrados por la CN, los tratados internacionales en los que el Estado Nacional y la Ciudad sean parte y entendiendo por situación de vulnerabilidad social, la condición de riesgo o dificultad que inhabilita, afecta o invalida la satisfacción de los derechos de los ciudadanos.

De este modo se colige que la obligación estatal de garantizar derechos cobra mayor intensidad en determinadas circunstancias y la vuelve prioritaria. Estos deberes surgen en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de que se trate.

#### IV. Jurisprudencia actual del TSJ

El Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad se expidió (con mayoría de los Dres. Conde y Lozano y, adhesión por sus fundamentos en lo que aquí concierne del Dr. Casás) respecto de la materia que nos ocupa en la causa “GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘K.M.P c/ GCBA y otros s/amparo (art. 14 CCABA)’, expte. n°9205/12, sentencia del 21/03/2014.

Varias cuestiones merecen ser mencionadas a los fines de la resolución del presente pleito.

a. El Superior Tribunal destacó que *“al día de la fecha no existe una ley que, cumpliendo con la manda del art. 31 de la CCABA, hubiera reglamentado el derecho a la vivienda en términos tales que se pueda conocer, con toda precisión, cuáles son las políticas públicas en materia habitacional destinadas a lograr... una solución... progresiva del déficit habitacional, de infraestructura y servicios, dando prioridad a las personas de los sectores de pobreza crítica y con necesidades especiales de escasos recursos”* (consid. 4º del voto de los Dres. Conde y Lozano, con adhesión por sus fundamentos del Dr. Casás); ello, sin perjuicio del dictado de las leyes n°3706, n°4036 y n°4042.

Afirmó que la primera de ellas no reglamenta el derecho a la vivienda toda vez que, entre los deberes que pone a cargo de la Ciudad frente a las personas que se encuentran en situación de calle o

en riesgo de estarlo, no previó un mecanismo para resolver su situación habitacional. Sin embargo, sí define quiénes están en situación de emergencia habitacional y dispone que la red de alojamiento nocturno no constituye un modo suficiente para atender el derecho que consagra el artículo 31, CCABA.

En cuanto a la segunda, destacó que su objeto es la protección integral de los derechos sociales de los “ciudadanos” de la Ciudad que pueden satisfacerse mediante tres tipos de prestaciones: económicas, técnicas y materiales. Destacó que la satisfacción y garantía del derecho a la vivienda se ubica en la determinación de estos tipos de prestaciones.

b. A su respecto, observó que la citada ley reconoce dos derechos diferentes. Por un lado, uno genérico a todos los derechos sociales que consiste en el reconocimiento de la prioridad en el acceso a las prestaciones de las políticas sociales que brinda el GCBA a aquellas personas que están en estado de vulnerabilidad social y/o de emergencia (dentro de los que se encuentran los grupos familiares con niños, niñas y adolescentes, en virtud de lo dispuesto por el art. 3° de la ley n°4042).

**Por el otro, el derecho a ‘un alojamiento’ a los adultos mayores de 60 años en situación de vulnerabilidad social y a las personas discapacitadas que también se encuentren en tal circunstancia.** En relación a éste, agregó que “...*el derecho a un alojamiento que acuerda la ley no consiste en el derecho a obtener la posesión de un inmueble. El derecho es a ser alojado (cf. los arts. 18 y 25 de la ley)... no es uno de propiedad, sino el de ser cobijado en las condiciones que manda la ley*”.

c. Sostuvo, además, que “...*el Legislador ha decidido asistir de manera, en principio, permanente a quien está en una situación de vulnerabilidad que presumiblemente se va a ir profundizando (quien es de avanzada edad, será mayor aun, y las discapacidades rara vez se curan, en todo caso se superan). En cambio, optó por darle prioridad en el acceso a las políticas sociales que el PE establezca a quienes están en una situación que puede ser caracterizada, en principio, como de vulnerabilidad ‘temporal’*” (énfasis agregado).

d. Determinó que -conforme la ley- el obligado a brindar las políticas sociales (entre las que se encuentra la de dar alojamiento a las personas mayores o discapacitadas) es el GCBA, es decir, se

trata de funciones administrativas; circunstancia que debe ser tenida en cuenta por los jueces al resolver para no invadir competencias que el Legislador ha puesto en cabeza de otra rama de gobierno, el Ejecutivo. Ese riesgo se presenta, principalmente, en todos aquellos casos en que la Administración no ha tomado una decisión acerca de cuál es la solución que entiende corresponde adoptar frente al derecho vulnerado. En esos supuestos, luego de reconocido el derecho, corresponde darle primeramente a la Administración ocasión para que se pronuncie al respecto.

#### V. Circunstancias fácticas de la causa

Ahora bien, cabe poner de resalto que el actor es un hombre de 53 años (conf. copia del documento de identidad obrante a fs. 49).

En lo que respecta a su estado de salud, el amparista padece “disnea en fermedad pulmonar obstructiva crónica no especificada” (conf. copia de certificado de discapacidad emitido por el Ministerio de Salud del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires acompañado a fs. 51). Asimismo, es portador del Virus de Inmunodeficiencia Humana (HIV) en etapa S.I.D.A., sufre infección por el virus del Papiloma Humano (HPV), antecedentes de neumonía y neumotórax, co infección de hepatitis B y C y herpes zoster torácico (conf. constancia médica de fs. 54/81, e informes obrantes a fs. 89/91 vta., 84/88 vta., 165/167 vta., 375/378 vta. y 568/569 vta.).

Asimismo, se lo diagnosticó de Trastorno distímico, el cual se relaciona con un estado de ánimo crónicamente depresivo y grado III de incapacidad laboral (20%) (conf. informe pericial psicológico y psiquiátrico a fs. 89/91 vta.).

Además, el amparista indicó que como consecuencia de su estado de salud presenta riesgo nutricional, está obligado a cumplir con una dieta equilibrada y balanceada, pero que carece de los recursos económicos necesarios para afrontar su costo (conf. copias de certificados elaborados por la División de Alimentación del Hospital J. F. Muñoz a fs. 79/81 y planes nutricionales elaborados por una licenciada en Nutrición perteneciente a la Dirección de Asistencia Técnica del Ministerio Público de la Defensa acompañados a fs. 129/130 y 568/569 vta.).

A ello debe agregarse que, el actor no goza de los beneficios de la seguridad social. Por tal motivo, realiza controles en los servicios de infectología, neurología y psicología en el Hospital de

Infecciosas “Dr. Francisco Javier Muñiz” y en el Hospital General de Agudos “Ramos Mejía” (conf. informe socio ambiental a fs. 375/378 vta.)

A ello debe agregarse que, según surge de las constancias agregadas a la causa, el Sr. C.O.M. se encuentra excluido del mercado formal de trabajo.

Al respecto, cabe señalar que del examen médico pericial se desprende que el actor tiene “...*frustras sus chances laborales futuras dado el impedimento de realizar esfuerzos como para desempeñar un trabajo determinado...*”, en tal sentido consideró que “...*podría considerarse una situación de Incapacidad Laboral Permanente Total Provisoria, con un rango porcentual del 70-80 %...*” (conf. fs. 84/88 vta.).

En consecuencia, sus únicos ingresos fijos corresponden a la suma de cuatro mil quinientos ochenta y cuatro (\$ 4.584) mensuales procedentes de la “Pensión Asistencial no contributiva por discapacidad” y la suma de dos mil seicientos pesos (\$ 2.600) mensuales por encontrarse incluido en el Programa “Ciudadanía Porteña”. Por tanto, sus ingresos económicos serían exiguos e insuficientes para satisfacer sus necesidades.

Además, de los informes socio-ambientales incorporados en autos, se advierte que el actor se halla en una situación de vulnerabilidad social de la que difícilmente puedan salir y que probablemente debido a sus limitaciones —estado de salud, edad y nivel de formación— puede agravarse con el transcurso de tiempo (v. fs. 165/167 vta. y 375/378 vta.).

Por otro lado, corresponde señalar que el amparista ha sido asistido por el GCBA mediante el programa “Atención para Familias en Situación de Calle” percibiendo el total del subsidio previsto en el decreto n° 690/06 y sus normas modificatorias (v. fs. 155 vta.).

Finalmente, no está controvertido en autos que, con los ingresos denunciados, pueda estimarse incumplido el recaudo pertinente del art. 6 de la ley n°4036. Tampoco se encuentra debatido en autos la configuración de los restantes recaudos de procedencia previstos en el artículo 7° de la ley n°4036.

## VI. Conclusión

El análisis fáctico y las pruebas producidas en autos confirman que la parte actora se encuentra entre los grupos de personas de pobreza crítica que tienen acordado atención prioritaria en los planes de gobierno creados especialmente para superar esa condición (arts. 11, 17 y 31 CCABA). En los términos que emanan de la decisión del TSJ adoptada en los autos “GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘K.M.P c/ GCBA y otros s/amparo (art. 14 CCABA)’”, expte. n°9205/12, con fecha 21/03/2014, la parte actora tiene derecho a que la accionada le brinde alojamiento.

Ahora bien, al administrar justicia el juez no debe soslayar la voluntad legislativa y, aunque no es menos cierto que debería existir una verdadera política pública en materia de vivienda que permitiese dar soluciones integrales a las personas en situación de vulnerabilidad, no está en discusión que al GCBA corresponde el rol de garante de la satisfacción de los derechos de los grupos desaventajados. Pues bien, *“ser garante no implica relevar al sujeto en sus decisiones y actuaciones, sino aportar los medios para que pueda decidir y actuar del mejor modo posible, desenvolver sus potencialidades y cumplir su destino. Se garantiza el goce y ejercicio del derecho y la libertad, a través de abstenciones y prestaciones”* (Corte IDH, “Ximenes Lopes vs. Brasil”).

En consecuencia, con sustento en la conclusión arribada en el precedente de nuestro TSJ, corresponde confirmar la sentencia de grado, en cuanto ordenó al GCBA que presente ante el juzgado de origen —dentro del plazo de diez (10) días— una propuesta para hacer frente a la obligación de brindar al actor un alojamiento que reúna las condiciones adecuadas a su cuadro de salud y situación de vulnerabilidad; solución que deberá subsistir mientras perduren los extremos legales y de hecho en que se apoya la condena.

Esta decisión que debe adoptar la Administración en orden a satisfacer el derecho reclamado no puede soslayar las circunstancias que rodean la situación de quien reclama. En este aspecto, es preciso destacar que la obligación de asistencia del Gobierno de la Ciudad consiste en llevar adelante acciones que garanticen el desarrollo integral de la persona de que se trate. Es decir, el énfasis ha de

ubicarse en la coordinación de medidas positivas mediante las cuales sean mejorados, o cuanto menos se intente mejorar, concretamente aquellos factores que acrecientan o determinan la situación de vulnerabilidad en el caso concreto.

De modo que la Administración no puede desentenderse de la necesidad de generar espacios de orientación y/o asesoramiento con el fin de lograr que, en su materialización, las respuestas generen más allá de soluciones habitacionales, los mecanismos necesarios para favorecer la generación de posibilidades de auto-sustento, como ser la inserción laboral o bien, la capacitación y formación.

Por último, hasta tanto se provea un alojamiento a la parte actora, se deberán mantener los efectos de la medida cautelar dictada a fs. 117/126, decisión confirmada por esta sala en los autos “C. O. M. CONTRA GCBA SOBRE INCIDENTE DE APELACION”, expte. N° 34010-2016/1, en cuanto allí se ordenó que el monto otorgado resulte suficiente a fin de alcanzar la protección aquí reconocida.

Las cuestiones que se susciten a partir de las medidas destinadas a dar cumplimiento a la condena, serán objeto de tratamiento durante la etapa de ejecución de sentencia ante la primera instancia.

**VII.** En cuanto al agravio referido a la invasión de la zona de reserva de la Administración, basta señalar que en autos no se ha dispuesto la adopción de medidas o la utilización de los recursos cuya selección y afectación corresponde primordialmente al Poder Legislativo y, en forma reglamentaria, al Ejecutivo. Simplemente, la intervención judicial, requerida por parte legitimada en el marco de una controversia concreta, se ha limitado a verificar que el orden de prioridades previsto en el art. 31 y cc. de la CCABA, se cumpla y, en su defecto, ordenar el reestablecimiento de la prelación vulnerada.

Bajo esa perspectiva, cobra sentido recordar que *“es incuestionable la facultad de los tribunales de revisar los actos de los otros poderes —nacionales o locales— limitada a los casos en que se requiere ineludiblemente su ejercicio para la decisión de los juicios regularmente seguidos*

*ante ellos*” (Fallos 320:2851). Tal es también el criterio aplicado por el TSJ frente a objeciones análogas (cf. “GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: `Mazzaglia, Cayetano y otros c/ GCBA s/ cobro de pesos”, expte. nº4804/06, sentencia del 13 de diciembre de 2006 y sus citas).

**VIII.** Por último, con relación a la imposición de las costas en la instancia de grado la parte demandada se agravió en tanto el sentenciante le impuso las costas del proceso. Al respecto, sostuvo que no correspondía la condena en costas por los siguientes argumentos: a) el objeto de la acción se encuentra cumplido; b) no hubo omisión o acto ilegítimo del GCBA; c) no se ha cuestionado el objeto de la pretensión sino que se ha dado cumplimiento con ella, no puede considerarse perdidosa a la demandada.

Cabe recordar que el art. 62 del CCAT establece que *“La parte vencida en el juicio debe pagar todos los gastos de la contraria, aún cuando esta no lo hubiese solicitado. Sin embargo, el tribunal puede eximir total o parcialmente de esta responsabilidad al/la litigante vencido, siempre que encontrare mérito para ello, expresándolo en su pronunciamiento, bajo pena de nulidad”*.

Del artículo citado surge que el principio objetivo de la derrota *“reconoce excepción en aquellos casos en los que existe mérito para eximir total o parcialmente de esta responsabilidad al litigante vencido. Se trata de situaciones excepcionales en las que las circunstancias de la causa permiten inferir que el perdidoso actuó sobre la base de una convicción razonable acerca del derecho invocado. A ese efecto no basta con la mera creencia subjetiva del litigante en orden a la razonabilidad de su pretensión o defensa, sino que deben mediar hechos objetivos que justifiquen la excepción solicitada...”* (Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Comentado y Anotado, T. I, 2da. Edición, Abeledo Perrot, p. 215).

Toda vez que no concurren en la presente causa circunstancias excepcionales que justifiquen la eximición solicitada, corresponde imponer las costas del proceso a la demandada por resultar sustancialmente vencida, sin perjuicio de destacar que la parte actora ha sido patrocinada por el Ministerio Público de la Defensa.

### CUESTION ALIMENTARIA:

IX. El GCBA cuestionó la sentencia en cuanto otorgó el beneficio alimentario conforme el plan nutricional elaborado en función de los padecimientos de salud que presenta la parte accionante. Sostuvo además que la condena se apartó infundadamente de los topes legales. Asimismo, se agravia respecto de la afectación del principio de división de poderes.

X. La ley n° 1878, que crea y regula el programa Ciudadanía Porteña, establece en su artículo 2° que *“El programa tiene como objetivo efectuar una transferencia de ingresos a los integrantes de los hogares beneficiarios. La prestación se dirige a sostener el acceso a la alimentación de los beneficiarios así como a promover el acceso a la educación y protección de la salud de los niños, niñas, adolescentes y su grupo familiar, la búsqueda de empleo y reinserción en el mercado laboral de los adultos”* (én fasis agregado).

Asimismo, en el decreto n° 249/2014 por el que se reglamentó la citada ley n° 1878 se dispone que *“[e]l Programa ‘Ciudadanía Porteña. Con Todo Derecho’, a fin de cumplir con sus objetivos propios y la normativa vigente, podrá modificar el monto asignado a un determinado grupo etario o grupo vulnerable mediante acto administrativo debidamente fundado por la autoridad de aplicación. Si por alguna razón no se encontrare disponible o se encontrare desactualizada la información respecto de la variación de la Canasta Básica de Alimentos según el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (INDEC), se reemplazará por estimaciones de bases propias o bien estimaciones de otros organismos públicos y privados, asegurando de este modo que no se desactualice el monto de la prestación”* (artículo 8°).

Por otra parte, la ley n° 4036 *“...tiene por objeto la protección integral de los Derechos Sociales para los ciudadanos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, priorizando el acceso de aquellos en estado de vulnerabilidad social y/o emergencia de las políticas sociales que brinde el Gobierno de la Ciudad...”* (art. 1°). Dentro de este régimen quedan comprendidos los programas, actividades o acciones públicas existentes al momento de la sanción de dicha ley y los que se creen en el futuro (art. 4°). Asimismo, en lo que respecta a la “vulnerabilidad social”, la ley 4036 aclara que abarca los su puestos en los que la condición social de riesgo o dificultad *“...inhabilita, afecta o*

*invalida la satisfacción de las necesidades básicas de los ciudadanos”*. (art. 6). A su vez, el artículo 8º establece que *“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”*.

**XI.** Ahora bien, atento la presencia de una persona discapacitada, es imperioso señalar el plexo normativo por el cual partiendo del reconocimiento de mayor vulnerabilidad y de menores, o bien dificultosas posibilidades de auto superación se les asigna una asistencia prioritaria. En tal sentido, la Constitución local, más específicamente el inciso 7º del artículo 21 prescribe que se garantiza la *atención integral* de personas con necesidades especiales; obligación que encuentra, a su vez, correlato en el artículo 42 que fija que *“la Ciudad garantiza a las personas con necesidades especiales el derecho a su plena integración, a la información y a la equiparación de oportunidades. Ejecuta políticas de promoción y protección integral, tendientes a la prevención, rehabilitación, capacitación, educación e inserción social y laboral...”*. De su lado, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad establece como propósito fundamental *“...promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos [sus] derechos humanos y libertades fundamentales...”* (art. 1º).

En último término, la ley nº4036, legisla sobre este grupo particular en los artículos 22 a 25 y define específicamente que *“a los efectos de esta ley se entiende por personas con discapacidad en condición de vulnerabilidad social aquellas que padeciendo alteración, total o parcial, y/o limitación funcional, permanente o transitoria, física, mental o sensorial, se hallen bajo la línea de pobreza o indigencia, y/o en estado de abandono, y/o expuestas a situaciones de violencia o maltrato, y/o a cualquier otro factor que implique su marginación y/o exclusión.”* (artículo 23). A su vez, destaca que frente a este colectivo de personas *“el Gobierno de la Ciudad garantiza mediante sus acciones el pleno goce de los derechos las personas con discapacidad de conformidad a lo establecido en la Constitución Nacional, la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad, la Ley Nacional Nº 22.431, la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires y la Ley 447.”* (artículo 22).

Asimismo, contempla —en lo que aquí interesa— que a fin de garantizar el acceso al cuidado

integral de la salud de las personas discapacitadas, el GCBA debe “[i]mplementar acciones de gobierno que garanticen la seguridad alimentaria, la pro moción y el acceso a la salud” (artículo 25, inc. 1°).

**XII.** Establecidos el marco legal y la situación fáctica dentro del que cabe tratar la cuestión sometida a estudio, cabe señalar que la orfandad argumental del recurso interpuesto por la demandada impone su rechazo.

El GCBA omitió indicar qué significado asigna a las previsiones del decreto n°249/14. Nótese que la recurrente no invocó ni, menos aún, acreditó, que la obligación a su cargo exceda —en el caso y conforme la prueba obrante en la causa—, las obligaciones que la normativa aplicable le imponen (v. considerandos IX).

Al respecto, frente a los padecimientos del actor, resulta aplicable lo sostenido por el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad en la causa “GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: *Hiura Higa, Rodolfo Yoshihiko c/ GCBA s /amparo (art. 14 CCABA)*”, expte. n°10705/14, sentencia del 4 de marzo de 2015.

Allí, se desestimó el tratamiento de argumentaciones como las aquí formuladas por cuanto el recurso no se había hecho cargo de acreditar que la condena excedía las obligaciones impuestas por las normas infraconstitucionales aplicables según las circunstancias comprobadas de la causa.

En consecuencia, considerando las circunstancias particulares del caso y el estado de salud de la parte actora, el GCBA deberá adoptar los recaudos necesarios con el fin de que se le otorgue, mediante el programa “Ciudadanía Porteña — Con Todo Derecho”, la provisión de los fondos suficientes para cubrir las necesidades alimentarias del actor.

Por ello, corresponde rechazar el recurso interpuesto por el GCBA y, en consecuencia, confirmar la sentencia de primera instancia.

**Voto del juez Carlos F. Balbín:**

## CUESTIÓN HABITACIONAL

**I.** Doy por reproducido el relato de los hechos efectuado en los considerandos I y II del voto que antecede a fin de evitar reiteraciones innecesarias.

**II.** Coincido con la solución a la que arriba el voto que antecede en cuanto confirma la sentencia de grado y ordena al GCBA que: a) presente ante el juzgado de origen —en el plazo dispuesto por el *a quo*— una solución para atender el derecho de la aquí actora que reúna las condiciones adecuadas a la situación de vulnerabilidad denunciada; solución que deberá subsistir mientras perduren los extremos legales y de hecho en que se apoya la condena y que no puede soslayar las circunstancias que rodean la situación de quien reclama; b) genere espacios de orientación y/o asesoramiento con el fin de lograr que, en su materialización, las respuestas produzcan más allá de soluciones habitacionales, los mecanismos necesarios para favorecer la generación de posibilidades de auto-sustento, como ser la inserción laboral o bien, la capacitación y formación; y c) Hasta tanto se instrumente el cumplimiento de la condena referida, deberá mantener los efectos de la medida cautelar dictada a fs. 117/126, decisión confirmada por esta sala en los autos incidentales, expte. N° 34010-2016/1, en cuanto allí se ordenó que el monto otorgado resulte suficiente a fin de alcanzar la protección aquí reconocida.

**III.** A dicha solución arriba por los argumentos que expongo a continuación.

**a.** He tenido oportunidad de sostener desde el año 2001, en los precedentes “Victoriano, Silvana y otros c/ GCBA s/ amparo”, expte. 3265; “Basta, María Isabel c/ GCBA s/ amparo”, expte. 3282; “Báez, Elsa Esther c/ GCBA s/ amparo”, expte. 2805; Silva Mora, Griselda c/ GCBA s/ amparo”, expte. 2809, entre muchos otros, que las personas en situación de desamparo —con sustento en el principio de autonomía individual y autodeterminación— tienen derecho a una protección que garantice debidamente sus necesidades habitacionales básicas; hecho que obliga al Estado a adoptar comportamientos activos (implementación de políticas públicas) que hagan posible la inclusión social (superación de la pobreza y de la exclusión) y el goce de los derechos fundamentales (en

particular y en cuanto a la causa importa, el acceso a la vivienda). Ello, debido a que el derecho a la vivienda adecuada posee una importancia fundamental en tanto coadyuva al disfrute de otros derechos reconocidos en el PIDESyC.

También, tales decisiones observaron que los programas sociales implementados por el GCBA implicaban el cumplimiento progresivo del deber dispuesto por el art. 31, CCABA y el reconocimiento del derecho a la vivienda a favor de los sectores más necesitados. Tales fallos pusieron de relieve, asimismo, que más allá del vencimiento de los plazos previstos, la Ciudad no puede suspender dicha cobertura si no se demuestra el cumplimiento de los objetivos de los programas, en tanto que la discontinuidad de tales prestaciones vulnera el principio de no regresividad o de no retroceso social (es decir, la prohibición de adoptar políticas que empeoren la situación de los beneficiarios, tras el avance de las políticas públicas progresivas).

Luego –en particular, a partir de la causa “Mansilla” (año 2006)-, destacué el alcance del derecho a la vivienda digna a partir de las obligaciones que, en materia de derechos humanos, surgen de los tratados internacionales; en particular, la obligación de progresividad y su correlativa prohibición de regresividad. Sobre esta última, recordé que se trata de una garantía sustantiva del nivel de satisfacción alcanzado respecto de un derecho social, erigiéndose en una limitación a los poderes políticos impuesta por el bloque de convencionalidad en materia de derechos sociales por medio de la cual se les prohíbe adoptar decisiones que deroguen o reduzcan el nivel de goce alcanzado (cf. Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *El umbral de la ciudadanía*, pág. 58 y ss.).

Advertí, también, que los derechos constitucionales poseen un contenido esencial o mínimo (que, además, coincide con el contenido exigible jurídicamente), es decir, un conjunto de propiedades que no puede ser ignorado por los poderes del Estado y que necesariamente deben respetarse ya que se vinculan íntimamente con el principio de dignidad que, además, los torna indisponibles. De allí que afirmara que un Estado parte no puede –en ninguna circunstancia- justificar el incumplimiento de las obligaciones básicas pues ellas son inderogables y, por ende, obligatorias (sin posibilidad de fijar excepciones, ni siquiera en situaciones de emergencia) –cfr. Comité DESC, OG N° 3, párrafo 12, OG N° 12, párrafo 28-.

Más adelante, en las causas “Llanos” y “Benítez”, observé que la ley 3706 –de protección y

garantía integral de los derechos de las personas en situación de calle y en riesgo a la situación de calle- reconoce, sin ningún esfuerzo interpretativo, la protección y garantía a todas las personas sin distinción, motivo por el cual una interpretación excluyente importa una transgresión al ordenamiento jurídico constitucional e infraconstitucional. También, consideré que la sanción posterior de la ley 4036 priorizó el acceso de quienes se encuentran en situación de vulnerabilidad social o de emergencia, a las prestaciones de las políticas sociales que brinda el GCBA en el marco de reconocimiento integral de los derechos y garantías consagrados por la CN y los tratados internacionales en los que el Estado Nacional y la Ciudad sean parte. Destaqué que dicha norma, por una parte, definió como situación de “vulnerabilidad social”, la condición de riesgo o dificultad que inhabilita, afecta o invalida la satisfacción de las necesidades básicas de los ciudadanos. Por la otra, aclaró que las “personas en situación de vulnerabilidad social” son aquellas que por razón de edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas o culturales, encuentran dificultades para ejercer sus derechos. Más aún, la ley dispuso que la implementación de políticas sociales comprende, entre otras, las prestaciones de carácter económico (entrega de dinero de carácter no retributivo tendiente a paliar situaciones transitorias de necesidad o garantizar el acceso a condiciones dignas de vida), y determina que el acceso a tales prestaciones debe contemplar los ingresos por hogar, de acuerdo a las circunstancias socioeconómicas, de emergencia o en función de la demanda efectiva, no pudiendo ser –en ningún caso- inferior a la canasta básica de alimentos establecida por el INDEC.

Tal como señalé en tales antecedentes, las leyes 4036 y 3706 expresan un parámetro sustancialmente coincidente con las decisiones aludidas que, oportunamente, suscribí sobre la materia habitacional.

Posteriormente, en auto “Pereyra” (año 2014), expuse –aunque refiriéndome a los subsidios y sin perjuicio de que lo dicho resulta aplicable a cualquier política pública en materia de derechos sociales– que la temporalidad de las medidas adoptadas por los poderes políticos tendientes a garantizar un derecho sólo obedece a dos circunstancias. Por un lado, la superación del estado de vulnerabilidad (esto es, el mejoramiento de la calidad de vida de la persona afectada permitiéndole sobreponerse a la crisis que le impedía acceder por sí mismo al goce del derecho); y, por el otro, la adopción por parte del Estado de nuevas medidas más amplias y efectivas (principio de

progresividad) para que los afectados puedan disfrutar más plenamente de sus derechos. Admitir la posición contraria (que no es otra que retrogradar la situación de los afectados a un estado aún más precario) implica desatender la obligación de no regresividad y, por ende, hace pasible al Estado de responsabilidad y obliga a los magistrados a restablecer los derechos afectados.

Además, sostuve que la pretensión de justificar el abandono de las mencionadas políticas sociales sobre la base de la presunta insuficiencia presupuestaria del Estado local para hacer frente a ellas es una cuestión de hecho condicionada a la apreciación de la prueba, cuya carga recae sobre la demandada al tiempo que recordé que el reconocimiento del derecho a la vivienda digna importa, necesariamente, el deber concreto e inmediato del estado de reglamentarlo e implementarlo para garantizar su efectividad respetando su finalidad; en particular, cuando se está en presencia de personas en acreditada situación de vulnerabilidad, como sucede en la especie.

Tales leyes recogen –tal como lo había sostenido la jurisprudencia de los precedentes citados a través del voto de la mayoría- la necesidad de que las políticas públicas en materia de derechos sociales no puedan limitarse de modo irrazonable a pautas temporales o económicas.

Pues bien, como puse de resalto oportunamente en la causa “Pereyra”, determinar cómo los derechos habrán de ser garantizados es una función que recae esencialmente en el Poder Legislativo (cf. Art. 2.1. del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) en virtud del carácter representativo del pueblo, su función creadora de las leyes y su mejor condición para conciliar el reconocimiento y disfrute de los derechos fundamentales y la distribución más justa y equitativa de los recursos disponibles. A su vez, el Poder Ejecutivo es responsable en el diseño y ejecución de las políticas públicas al reglamentar y aplicar la ley. En síntesis, son los Poderes Públicos electivos quienes tienen a su cargo la obligación de adoptar medidas positivas a favor de los grupos vulnerables tendientes a que éstos gocen de los derechos fundamentales que no pueden satisfacer por sus propios medios.

En cambio, el Poder Judicial asume la función tuitiva frente a las violaciones u omisiones de los otros poderes que impidan o dificulten el ejercicio de tales derechos.

En resumen, no es función del Poder Judicial establecer un orden de prioridades entre personas que se encuentran en situación de exclusión social. Su función se limita a constatar, en cada

caso individual, que –frente a un derecho

constitucional- el Estado garantice el goce de ese piso mínimo que no puede desconocerse bajo riesgo de incurrir en una violación a la Ley Fundamental.

A mi juicio, no es plausible sostener el carácter operativo de los derechos sociales y, a la vez, negar la tutela judicial a quien demuestra la transgresión de ese umbral porque existen personas que hipotéticamente se encuentran en una posición aún más precaria. Ello así, pues lo contrario importaría entablar una discusión anodina sobre quién se halla en la posición más desfavorecida que, por un lado, desvía la atención del magistrado a cuestiones que exceden la controversia y, por el otro, crea una confrontación innecesaria entre personas que atraviesan una similar situación de vulnerabilidad y que merecen por igual una respuesta constitucionalmente satisfactoria. Es más, tales distinciones no resultan razonables dentro de un mismo grupo ya que dentro de cada clase o categoría rigen los principios de universalidad y generalidad.

Un proceder diferente importaría realizar una discriminación entre personas en estado de vulnerabilidad y ello implicaría violar el principio de igualdad de trato en igualdad de circunstancias ya que *“La no discriminación, junto con la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley a favor de todas las personas, son elementos constitutivos de un principio básico y general relacionado con la protección de los derechos humanos. El elemento de la igualdad es difícil de desligar de la no discriminación. Incluso... al hablar de igualdad ante la ley, señalan que este principio debe garantizarse sin discriminación alguna...”* (Corte IDH, “Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados”, OC-18/03, 17/09/2003, Serie A N° 18, párr. 83).

La cuestión, entonces, no reside en establecer grados de vulnerabilidad entre quienes se encuentran por debajo del umbral mínimo. A todos ellos les asiste el derecho a reclamar el cese de esa situación injusta y antijurídica, y es función del poder judicial dar respuesta al reclamo cuando éste se enmarca en un caso concreto, como ocurre en la especie.

También sostuve que no es tarea del Poder Judicial prever o garantizar la suficiencia de recursos económicos para hacer frente a las prestaciones sociales; pues su misión se limita sólo a resolver la controversia concreta y reconocer o no el derecho que asiste a las partes. El resto compete a los poderes políticos a través del diseño cabal, meditado y progresivo de políticas públicas que,

además, deben ser apropiadas, inclusivas y universales.

Por ello, vale concluir –como sostuve en la causa “Pereyra”- que, frente a omisiones del Estado, la misión del Poder Judicial no es evaluar si la decisión que se adopta beneficia a una persona en perjuicio de otras (sea que éstas hayan ejercido o no su derecho de ocurrir ante la justicia) o, en particular, analizar si el decisorio judicial favorece más a la actora que a otros grupos más excluidos en el entramado social. Su labor consiste simplemente en verificar si se ha cumplido o no con los mandatos constitucionales y legales en la materia objeto de debate, por ende, señalé que es posible, entonces, que la decisión judicial no sea estrictamente igualitaria en razón de las características del proceso judicial y los alcances de las sentencias –a diferencia de las decisiones legislativas o ejecutivas-, pero ello es irrelevante porque en cualquier caso debe satisfacerse el umbral propio de los derechos fundamentales que constituyen el núcleo de la dignidad de las personas.

**b.** La doctrina forjada a través de estos precedentes coincide, en esencia, con la actual jurisprudencia del Superior Tribunal de Justicia de la Ciudad cuando en el pleito se hallan involucradas personas mayores de 60 años; personas con discapacidad con enfermedades incapacitantes; o quienes han sido víctimas de violencia doméstica y/o sexual.

En efecto, la obligación de que el Estado garantice a los sectores más vulnerables el derecho a la vivienda –reconocido convencional y constitucionalmente y reglamentado infraconstitucionalmente en términos generales y amplios por las leyes 3706 y 4036- fue admitida por el TSJ a partir de los precedentes “K.M.P.” y “Veiga Da Costa”, así como sus posteriores; pero sólo en los casos señalados (excluyendo los supuestos, por ejemplo, de familias con menores a los cuales brinda una solución diversa con un grado menor de protección en tanto no asegura el reconocimiento permanente del derecho y sólo admite a su favor el otorgamiento de un subsidio limitado en su monto).

A aquellos grupos de personas (mayores de 60 años, personas con discapacidad, o víctimas de violencia doméstica o sexual), el TSJ les reconoce el derecho a “un alojamiento”. Y aunque sostuvo que tal reconocimiento no consiste en el derecho a obtener la propiedad o posesión de un inmueble sino el derecho a ser alojado (es decir, cobijado en las condiciones que establece la ley),

advirtió que “*El Legislador ha decidido asistir de manera, en principio, permanente a quien está en una situación de vulnerabilidad que presumiblemente se va a ir profundizando (quien es de avanzada edad, será mayor aún, y las discapacidades rara vez se curan, en todo caso se superan)*” (énfasis añadido), siendo el Poder Ejecutivo el obligado a “dar alojamiento” como responsable de la ejecución de las políticas sociales.

En el caso, el amparista se encuentra en situación de vulnerabilidad social y económica: el actor, de 53 años, padece “disnea enfermedad pulmonar obstructiva crónica no especificada”, es portador del Virus de Inmunodeficiencia Humana (HIV) en etapa S.I.D.A., sufre infección por el virus del Papiloma Humano (HPV), antecedentes de neumonía y neumotórax, co infección de hepatitis B y C y herpes zoster torácico (conf. copia de certificado de discapacidad emitido por el Ministerio de Salud del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires acompañado a fs. 51, constancia médica de fs. 54/81, e informes obrantes a fs. 89/91 vta., 84/88 vta., 165/167 vta. y 375/378 vta.), lo que limita su acceso a un trabajo formal.

Asimismo, se lo diagnosticó de Trastorno distímico, el cual se relaciona con un estado de ánimo crónicamente depresivo y grado III de incapacidad laboral (20%) (conf. informe pericial psicológico y psiquiátrico a fs. 89/91 vta.).

Asimismo, de los informes socioambientales agregados a la causa, se desprende que el actor se encuentra desempleado y que sus posibilidades de inclusión en el mercado laboral se ven obstaculizadas debido a su estado de salud y nivel de formación (v. fs. 89/91 vta., 84/88 vta., 165/167 vta. y 375/378 vta.).

Al respecto, cabe señalar que del examen médico pericial se desprende que el actor tiene “...*frustras sus chances laborales futuras dado el impedimento de realizar esfuerzos como para desempeñar un trabajo determinado...*”, en tal sentido consideró que “...*podría considerarse una situación de Incapacidad Laboral Permanente Total Provisoria, con un rango porcentual del 70-80 %...*” (conf. fs. 84/88 vta.). Por estas circunstancias, conforme la jurisprudencia del TSJ, se configura un supuesto de protección en los términos de la ley 4036 –dada la doctrina de sus precedentes–, protección que, en su caso, debe ser “permanente” en el tiempo y en suficiencia, tal como he venido sosteniendo a lo largo de los años en los precedentes referidos en el punto a. de este

voto aunque –a diferencia del TSJ- respecto de todas las personas en situación de vulnerabilidad social y económica.

Ello así, pues entiendo que la ley 4036 debe interpretarse a partir de considerar que se refiere a la “protección integral de los derechos sociales” respecto de los “ciudadanos de la Ciudad”, priorizando el acceso a las prestaciones de aquellos en “estado de vulnerabilidad social y/o emergencia” (art. 1º).

Por eso, a modo de *obiter dictum*, deseo resaltar que la citada norma no está, pues –según mi criterio- destinada sólo a determinados grupos sociales (niños, niñas y adolescentes –arts. 13 a 15-; personas con discapacidad –arts. 22 a 25-, etc.). En efecto, si se analizan sus términos (en particular, a partir del principio *pro homine*) se observa que el universo está definido por la generalidad de las personas en estado de vulnerabilidad social incluso mujeres –arts. 19 a 21- y adultos menores de 60 años -arts. 16 y 17-.

La ley es igualmente clara cuando expresamente reconoce que el término hogar, comprende no sólo a grupos de personas (parientes o no, que viven bajo un mismo techo, compartiendo gastos de alimentación y sostenimiento), sino también a las personas que viven solas –art. 9-.

**IV.** Por último, la parte demandada se agravió en tanto el sentenciante le impuso las costas del proceso. Al respecto, sostuvo que no correspondía la condena en costas por los siguientes argumentos: a) el objeto de la acción se encuentra cumplido; b) no hubo omisión o acto ilegítimo del GCBA; c) no se ha cuestionado el objeto de la pretensión sino que se ha dado cumplimiento con ella, no puede considerarse perdidosa a la demandada.

Cabe recordar que el art. 62 del CCAyT establece que “*La parte vencida en el juicio debe pagar todos los gastos de la contraria, aun cuando esta no lo hubiese solicitado. Sin embargo, el tribunal puede eximir total o parcialmente de esta responsabilidad al/la litigante vencido, siempre que encontrare mérito para ello, expresándolo en su pronunciamiento, bajo pena de nulidad*”.

Del artículo citado surge que el principio objetivo de la derrota “*reconoce excepción en aquellos casos en los que existe mérito para eximir total o parcialmente de esta responsabilidad al*

*litigante vencido. Se trata de situaciones excepcionales en las que las circunstancias de la causa permiten inferir que el perdidoso actuó sobre la base de una convicción razonable acerca del derecho invocado. A ese efecto no basta con la mera creencia subjetiva del litigante en orden a la razonabilidad de su pretensión o defensa, sino que deben mediar hechos objetivos que justifiquen la excepción solicitada...*” (Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Comentado y Anotado, T. I, 2da. Edición, Abeledo Perrot, p. 215).

Toda vez que no concurren en la presente causa circunstancias excepcionales que justifiquen la eximición solicitada, corresponde rechazar el agravio.

V. Las costas de la Alzada se imponen a la parte demandada por resultar sustancialmente vencida (art. 14 de la CCABA, 28 de la ley n°2145 y 62 del CCAyT).

#### CUESTION ALIMENTARIA

VI.- Debe recordarse que los derechos constitucionales –cuyo carácter es progresivo y, a su vez, no regresivo- poseen un contenido esencial o mínimo, es decir, un conjunto de propiedades que no puede ser ignorado por los poderes del Estado y que necesariamente deben respetarse. En otras palabras, “[s]e trata del punto de partida en relación a los pasos que deben darse hacia su plena efectividad” (cf. Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, *El umbral de la ciudadanía. El significado de los derechos sociales en el Estado social constitucional*, Estudios del Puerto, CABA, 2006, pág. 71). No puede, entonces, un Estado reconocer constitucional o legalmente un derecho que luego no se hará efectivo de ninguna forma, pues ello equivale a desconocerlo. Por derivación, los derechos siempre deberán tener un mínimo de efectividad para no traspasar la línea de la inconstitucionalidad por omisión.

Ello así, pues, ese reconocimiento esencial se vincula íntimamente con el principio de dignidad y es a partir de dicha interrelación que se torna indisponible. En efecto, “...el principio de dignidad viene determinado no sólo por la necesidad de impedir tratos degradantes sino por la necesidad de asegurar la autorrealización de las personas. Este principio de autorrealización,

*estrechamente ligado a la noción de libre desarrollo de la personalidad, no puede desconectarse sin más del contenido de los derechos sociales. Parece evidente, en efecto, que buena parte de los contenidos que integran derechos sociales básicos como el derecho a la educación, al trabajo, a la salud, a la cultura o a una vivienda digna, son una condición necesaria para el ejercicio de la libertad. Esa garantía de las condiciones materiales de la libertad, o si prefiere, de la llamada libertad fáctica, sin la cual la propia personalidad no puede desarrollarse, constituye un aspecto esencial del principio de dignidad que informa el ejercicio de todos los derechos constitucionales, incluidos los sociales” (Pisarello, Gerardo, “La justificabilidad de los derechos sociales en el sistema constitucional español”).*

El Comité DESC ha considerado que esa obligación surge del artículo 2.1 del PIDESC, expresando que *“un Estado en el que un número importante de individuos está privado de alimentos esenciales, de atención primaria de salud esencial, de abrigo y vivienda básicos o de las formas más básicas de enseñanza, prima facie no está cumpliendo sus obligaciones. Si el Pacto se ha de interpretar de manera que no establezca una obligación mínima, carecería en gran medida de su razón de ser”* (Comité DESC, OG N° 3, “La índole de las obligaciones de los Estados Partes – párrafo 1 del art. 2 del Pacto”, párrafo 10). Además, señaló que un Estado parte no puede bajo ninguna circunstancia justificar el incumplimiento de las obligaciones básicas pues ellas son inderogables (párrafo 47) y, por ende, obligatorias sin posibilidad de fijar excepciones, ni siquiera en situaciones de emergencia (cf. Comité DESC, OG N° 3, párrafo 12, OG N° 12, párrafo 28).

Ese contenido esencial *“coincide con el contenido exigible jurídicamente”* en virtud del cual los Estados pierden la posibilidad de deshacer los logros alcanzados en materia social y asumen el deber de seguir progresando o, al menos, mantener los resultados aprehendidos (Saura Estapá, Jaume, “La exigibilidad de los derechos humanos: Especial referencia a los derechos económicos, sociales y culturales”, en el marco del proyecto de investigación “La exigibilidad del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en crisis”, Ministerio de Ciencia e Innovación, Barcelona, España).

La OG n° 3 expresamente señala que *“Si el Pacto se ha de interpretar de tal manera que no*

*establezca una obligación mínima, carecería en gran medida de su razón de ser” (párr. 10) y agrega que “aun en tiempos de limitaciones graves de recursos, causadas sea por el proceso de ajuste, de recesión económica o por otros factores, se puede y se debe en realidad proteger a los miembros más vulnerables de la sociedad mediante la adopción de programas de relativo bajo costo” (párr. 12).*

Sobre el particular, Bidart Campos sostuvo *“los derechos sociales son derechos humanos y, como tales, gozan de una prioridad imperativa y exigible que implica el deber de asignarles el máximo posible de recursos, no con un tope arbitrariamente cuantificado por el voluntarismo del Estado, sino con el que una escala axiológica señala como necesaria y debida, dentro de lo disponible y posible”* (Bidart Campos, Germán, *El orden socioeconómico en la Constitución*, Ediar, Bs. As. 1999, Capítulo XXXVIII).

Finalmente, cabe señalar que ni aún en épocas de crisis económicas o sociales, no es pausable –en el marco del bloque jurídico vigente– restringir las medidas estatales que garanticen el piso mínimo de satisfacción de los derechos sociales, sino en su caso redistribuir el gasto público y planificar más eficientemente.

**VII.** Si bien los derechos y garantías se ejercen conforme las leyes que reglamentan su ejercicio (art. 14, CN), cabe sostener que siempre existe un núcleo de los derechos, en particular, económicos, sociales y culturales, cuyo goce es operativo y que, por tanto, debe ser garantizado por el Estado. Se trata –como se adelantara *ut su pra-* del umbral mínimo que establece un límite a la discrecionalidad de los poderes públicos, cuyo desconocimiento constituye una evidente omisión del Estado en la satisfacción de los mandatos impuestos por el bloque de convencionalidad y constitucionalidad y, por ende, resulta exigible por quienes se encuentran en situación de vulnerabilidad social.

**VIII.** El derecho a la salud se encuentra íntimamente relacionado con el derecho a la vida y el principio de la autonomía personal (esta Sala, *in re* “Lazzari, Sandra I. c/ O.S.B.A. s/ otros procesos incidentales”, EXP n° 4452/1; CSJN, *in re* “Asociación Benghalensis y otras c/ Estado Nacional”, 6/1/00, Fallos, 323:1339; del dictamen del Procurador General de la Nación, que fue compartido por el Tribunal).

En el orden local, el art. 20, CCABA, garantiza el derecho de los ciudadanos a la salud integral, y establece que el gasto público en materia de salud constituye una inversión prioritaria. Además, asegura —a través del área estatal de salud— las acciones colectivas e individuales de promoción, protección, prevención, atención y rehabilitación gratuitas, con criterio de accesibilidad, equidad, integralidad, solidaridad, universalidad y oportunidad.

La Ciudad garantiza, asimismo, la defensa de los consumidores y usuarios de bienes y servicios protegiendo —entre otros derechos— la salud (art. 46, CCABA).

Por otra parte, corresponde poner de relieve que la protección constitucional del derecho a la salud resulta operativa. En efecto, el art. 10, CCABA, establece que 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. Y agrega que “[l]os derechos y garantías no pueden ser negados ni limitados por la omisión o insuficiencia de su reglamentación y ésta no puede cercenarlos”. Expresamente, dispone que “*todos los derechos, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional, las leyes de la Nación y los tratados internacionales ratificados y que se ratifiquen. Éstos 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*”. Pero, además, la Constitución local también garantiza en su propio texto “*el derecho a la salud integral que está directamente vinculada con la satisfacción de necesidades de alimentación, vivienda, trabajo, educación, vestido, cultura y ambiente*” (énfasis agregado).

**IX.** En referencia a la materia que nos ocupa, es dable poner de resalto que para un sector de la doctrina, el derecho a una alimentación adecuada constituye -junto con el derecho a la salud- un derecho instrumental del derecho a la vida. En efecto, se ha dicho explícitamente que el derecho a la vida “*se descompone en cuatro elementos esenciales, a saber: a) el derecho a la alimentación adecuada, b) el derecho a contar con agua potable, c) el derecho a la vivienda y d) el derecho a la salud*” (cf. Bengoa, José -Coordinador del Grupo Ad hoc-, “Pobreza y Derechos Humanos. Programa de Trabajo del Grupo ad hoc para la realización de un estudio tendiente a contribuir a las bases de una declaración internacional sobre los derechos humanos y la extrema pobreza”, E/CN.4/Sub.2/2002/15, 25/06/2002, pp. 3 y 4, párrafos 4, 15 y sigs.).

Por su lado, la ley n° 153 —ley básica de salud de la Ciudad de Buenos Aires— también garantiza el derecho a la salud integral (art. 1) y establece que esta garantía se sustenta —entre otros principios— en la solidaridad social como filosofía rectora de todo el sistema de salud, y en la cobertura universal de la población (art. 3, inc. “d” y “e”).

La ley n° 1878 establece en su art. 2° que *“El programa tiene como objetivo efectuar una transferencia de ingresos a los integrantes de los hogares beneficiarios. La prestación se dirige a sostener el acceso a la alimentación de los beneficiarios así como a promover el acceso a la educación y protección de la salud de los niños, niñas, adolescentes y su grupo familiar, la búsqueda de empleo y reinserción en el mercado laboral de los adultos”* (lo subrayado no ésta en el original).

A su vez el decreto n° 1647/GCBA/2002 creó la Unidad de Proyectos Es peciales “Compras de Alimentos para Programas Sociales” (art. 1°), cuya función es: *“a) la gestión de la compra de alimentos a requerimiento de los responsables de los dis tintos programas sociales dependientes de la Secretaría de Desarrollo Social y su almacenamiento, pudiendo llevar a cabo el proceso de distribución de las mercaderías que adquiera, por sí o por terceros; b) la gestión de la compra de alimentos para los Hospi tales dependientes de la Secretaría de Salud y su almacenamiento, a requerimiento de dicha Jurisdicción, pudiendo llevar a cabo el proceso de distribución de las mercade rías que adquiera, por sí o por terceros. La referida Unidad de Proyectos Especiales se encuentra a su vez facultada para adquirir insumos y otros bienes y servicios relaciona dos con la logística interna y externa de la misma, a los fines de su normal funciona miento”* (art. 2°). El Anexo de este decreto enumera tanto alimentos secos como frescos, entre estos últimos, se incluyen verduras, frutas, carne vacuna, etc.

X. Luego se sancionó la ley 4036 de protección integral de los derechos sociales para los ciudadanos de la CABA.

El texto normativo priorizó el acceso de quienes se encuentren en situa ción de vulnerabilidad social y/o de emergencia a las prestaciones de las políticas socia les que brinde el GCBA (art. 1°) en el marco de reconocimiento integral de los derechos y garantías consagrados por la CN, los tratados internacionales en los que el Estado Na cional y la Ciudad sean parte (art. 2°) y entendiendo por situación de “vulnerabilidad social”, la condición de riesgo o dificultad que inhabilita, afecta o

invalida la satisfacción de las necesidades básicas de los ciudadanos.

Más aún, aclaró que se consideran “personas en situación de vulnerabilidad social”, aquellas que por razón de edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentren dificultades para ejercer sus derechos (art. 6°).

Conforme esta norma, la implementación de políticas sociales comprende, entre otras, las prestaciones de carácter económico (entrega de dinero de carácter no retributivo tendientes a paliar situaciones transitorias de necesidad o garantizar el acceso a condiciones dignas de vida) –art. 5°- y determina que el acceso a tales prestaciones debe contemplar los ingresos por hogar, de acuerdo a las circunstancias socioeconómicas, de emergencia y/o en función de la demanda efectiva, no pudiendo ser –en ningún caso- inferior a la canasta básica de alimentos establecida por el INDEC –art. 8°-.

**XI.** Aclarado lo anterior, es necesario resaltar que la ley 4036 debe interpretarse en el marco establecido en el considerando V, máxime cuando ella se refiere a la “protección integral de los derechos sociales” respecto de “los ciudadanos de la Ciudad”, priorizando el acceso a las prestaciones de aquellos en “estado de vulnerabilidad social y/o emergencia (art. 1°).

La citada norma no está, pues, destinada sólo a determinados grupos sociales (niños, niñas y adolescentes –arts. 13 a 15-; personas con discapacidad –arts. 22 a 25-). En efecto, si se analizan sus términos se observa que el universo está definido por la generalidad de las personas en estado de vulnerabilidad social (incluso, mujeres –arts. 19 a 21- y adultos mayores –arts. 16 a 18-).

En el caso particular de los adultos mayores (entendiéndose por tales a todas las personas no incluidas en los otros grupos etarios) y que se encuentren, obviamente, en situación de vulnerabilidad social, no es posible, en virtud del principio *pro homine*, denegarles sus derechos sociales. Es más, el legislador no ha previsto dicho desamparo y su imprevisión no se presume.

Vale insistir, la ley es clara cuando define su objeto (“protección integral de los Derechos Sociales para los ciudadanos de la Ciudad, priorizando el acceso de aquellos en estado de vulnerabilidad social y/o emergencia” –art. 1°-). También cuando establece el alcance del concepto de “persona en situación de vulnerabilidad social” como “aquellas que por razón de edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran

dificultades para ejercer sus derechos” (art. 6º). La ley es igualmente clara cuando expresamente reconoce que el término hogar, comprende no sólo a grupos de personas (parientes o no que viven bajo un mismo techo, compartiendo gastos de alimentación y sostenimiento), sino también a las personas que viven solas –art. 9-.

La posterior enumeración de niños, adultos mayores, mujeres y personas con discapacidad es sólo a los fines de imponer al Gobierno la obligación de adoptar acciones especiales destinadas a la protección de tales grupos etarios, sin que ello impli que –en virtud del alcance fijado en el art. 1º, 2º y 6º- desatender al resto de las personas. Es decir, su mención expresa propende a que las autoridades cumplan con las imposiciones que la ley reconoció a cada uno de aquéllos y que comprenden medidas de inclusión social, de salud, de educación y de resguardo; en síntesis, mandatos de protección integral que permitan a tales sectores superar su situación de desamparo.

**XII.** Circunscripto el marco legal dentro del que cabe tratar la cuestión sometida a estudio, cabe ahora notar que de las constancias de la causa, surge que el Sr. Claudio Oscar Martinez se encuentra en una situación de vulnerabilidad social que debe ser atendida. De conformidad con lo desarrollado anteriormente, como consecuencia de su estado de salud el amparista presenta riesgo nutricional, está obligado a cumplir con una dieta equilibrada y balanceada, pero carece de los recursos económicos necesarios para afrontar su costo (conf. copias de certificados elaborados por la División de Alimentación del Hospital J. F. Muñiz a fs. 79/81 y planes nutricionales elaborados por una licenciada en Nutrición perteneciente a la Dirección de Asistencia Técnica del Ministerio Público de la Defensa acompañados a fs. 129/130 y 568/569 vta.).

Nótese que el art. 11.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, expresamente reza que los Estados partes “...reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y una mejora continua de las condiciones de existencia”. A su vez, la Declaración Universal de Derechos Humanos establece en su artículo 25.1. que “toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud, el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales” (el resaltado no está en el origi

nal).

Por otra parte, es conveniente recordar también lo señalado por esta Sala en ocasión de fallar en los autos “Vera Vega Eduardo c/Ministerio de Derechos Humanos y Sociales s/amparo” (del 30/05/2008, suscripto por los Dres. Corti, Balbín, Centanaro, sentencia N.76) y “Uriarte Romero Jorge contra GCBA sobre amparo” (del 21/09/2012 suscripto por los Dres. Corti, Balbín y Weinberg, 38835 / 0). Allí, luego de enmarcar normativamente la cuestión se detalló que el término “*adecuado*” es definido como “*Apropiado a las condiciones, circunstancias u objeto de algo*”; y de ahí que la calificación que las normas conceden al derecho a la alimentación, esto es, adecuada, “imponen una obligación más profunda que la simple entrega de sumas dinerarias que no alcanzan a cubrir las necesidades alimentarias especiales de quien padece una enfermedad que requiere de una dieta en particular”.

En efecto, el derecho del actor sólo se verá satisfecho mínimamente cuando pueda hacerse de los víveres que forman parte del listado obrante a fs. 568/569 vta. o, en su defecto, de la suma de dinero necesaria para adquirirlos por sí. La falta de acceso por parte del amparista a los alimentos sugeridos por el médico para su enfermedad o el consumo de víveres inadecuados podrían incidir negativamente en su estado de salud.

Por lo manifestado en los apartados anteriores, cabe señalar que la Ciudad no ha cumplido debida y puntualmente con las exigencias que le plantea la situación del actor y la normativa vigente, pues tal como se pusiera de manifiesto precedentemente el bloque de constitucionalidad nacional y local imponen garantizar –al menos mínimamente– el nivel de vida adecuado que, en el caso del demandante, se relaciona con una dieta específica a la que no puede acceder por sus propios medios y requiere de la asistencia del Estado para acceder a ella.

En efecto, por un lado, la situación del accionante exige una provisión de alimentos diferente a la de cualquier otro habitante. Por el otro, no puede válidamente sostener la recurrente que cumple con el ordenamiento jurídico vigente, toda vez que éste impone que se garantice una alimentación “adecuada” y el subsidio entregado no resulta suficiente para resguardar el derecho a la salud y a una alimentación satisfactoria para sobrellevar la enfermedad que padece.

En este punto también cabe agregar que los argumentos expuestos en el memorial de la

recurrente no revisten de entidad suficiente como para controvertir el criterio esgrimido por la juez de la anterior instancia.

En consecuencia, debe concluirse que contrariamente a lo manifestado por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, la demandada no ha cumplido en medida suficiente con sus deberes constitucionales respecto del derecho a la salud, a la alimentación y al nivel de vida adecuado del amparista.

**XIII.** A mayor abundamiento, en cuanto a la referencia a que el Poder Judicial no puede asumir la misión de elaborar políticas públicas (fs. 468/469), debe recordarse que este Tribunal ha sostenido innumerables veces que cuando los jueces revisan el accionar de la administración en el marco de las causas en las cuales han sido llamados a conocer no invaden zona de reserva alguna, sino que se limitan a cumplir con su función, cual es la de examinar los actos o normas cuestionados a fin de constatar si se adecuan o no al derecho vigente.

Es de la esencia del Poder Judicial resolver los conflictos traídos a su conocimiento, declarando el derecho aplicable a cada caso. Y como en un orden jurídico democrático ninguna actividad del Estado puede quedar por fuera del Derecho, resulta palmario que todos los actos de aquél son susceptibles de ser confrontados con el derecho vigente -en cuya cúspide se encuentra la Constitución Nacional- para evaluar su grado de concordancia con él. En otras palabras, el Poder Judicial no puede arrogarse funciones reservadas por la Constitución a los otros poderes del Estado, pero lo que sí puede y debe hacer es ejercer la función judicial, dentro de la que se encuentra comprendida la potestad de juzgar, entre otras cuestiones, la constitucionalidad de las decisiones estatales.

**XIV.** En atención a los argumentos desarrollados corresponde rechazar el recurso del GCBA y confirmar la sentencia de primer grado.

En mérito a las consideraciones vertidas, normas y jurisprudencia citadas, y habiendo dictaminado el Ministerio Público Fiscal; el Tribunal **RESUELVE**: **1)** Rechazar el recurso de apelación interpuesto por el GCBA y, en consecuencia, confirmar la sentencia de grado en los términos de la presente resolución; **2)** Hasta tanto se instrumente el cumplimiento de la condena

referida, deberá mantener los efectos de la medida cautelar dictada a fs. 117/126, decisión confirmada por esta sala en los autos incidentales, expte. N° 34010-2016/1, en cuanto allí se ordenó que el monto otorgado resulte suficiente a fin de alcanzar la protección aquí reconocida; **3)** Imponer las costas a la demandada (confr. arts. 26 de la ley n°2145 —texto consolidado por la ley n°5666— y 62 del CCAyT), sin perjuicio de destacar que la parte actora fue patrocinada por el Ministerio Público de la Defensa.

Regístrese y notifíquese por secretaría, y al Ministerio Público Fiscal en su despacho. Oportunamente, devuélvase.

Mariana DIAZ Fabiana H. SCHAFRIK de NUÑEZ Jueza de Cámara Jueza de Cámara

Contencioso Administrativo y Tributario Contencioso Administrativo y Tributario Ciudad Autónoma de Buenos Aires Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Carlos F. BALBÍN

Juez de Cámara

Contencioso, Administrativo y Tributario

Ciudad Autónoma de Buenos Aires



