



"2018 - AÑO DE LOS JUEGOS OLÍMPICOS DE LA JUVENTUD"

CÁMARA DE APELACIONES EN LO CAYT - SALA I SECRETARÍA UNICA
V.A.M. CONTRA GCBA SOBRE AMPARO
Número: EXP 35238/2016-0
CUIJ: EXP J-01-00055089-9/2016-0
Actuación Nro: 12191620/2018

Ciudad de Buenos Aires, de octubre de 2018.

VISTOS:

Estos autos, para resolver el recurso de apelación interpuesto y fundado por la parte demandada a fs. 283/292 —cuyo traslado fue contestado por la parte actora a fs. 300/311 vta.—, contra la sentencia de primera instancia obrante a fs. 266/272.

CONSIDERANDO:

I. El pronunciamiento impugnado admitió la pretensión esgrimida en estas actuaciones y ordenó al Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante, GCBA) que “[...] a) mantenga al grupo familiar actor en alguno de los programas vigentes que le permita satisfacer el costo de una dieta nutricional adecuada de conformidad con el informe nutricional anejado a fs. 79/82 vta., en los términos expresados en el considerando XI; b) en el plazo de cuarenta y cinco días (45), en ejercicio de sus competencias, presente en estos autos una propuesta para hacer frente a la obligación de brindarle un alojamiento que reúna, en los términos aquí expuestos, las condiciones adecuadas a la situación del grupo familiar actor [...]” (v. fs. 272).

En dicho considerando dispuso que “[...] corresponde ordenar a la parte demandada que, en ejercicio de su competencia, mantenga al grupo familiar en alguno de los programas vigentes que le permitan satisfacer el costo de una dieta nutricional adecuada de conformidad con el

informe nutricional anejado en autos, o aquellos que eventualmente resulten necesarios acorde a las necesidades nutricionales de la Sra. V. y sus hijas (v. fs. 79/82 vta.), mientras persista la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran y los extremos legales en que se funda la condena [...]" (conf. fs. 271 vta./272).

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. 315/320, tomó intervención el Sr. Asesor Tutelar de Cámara; y a fs. 328/328 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.).

III. Con carácter previo, corresponde señalar que todos aquellos puntos de la sentencia de grado que no han quedado impugnados se encuentran consentidos y, por tal razón, no integran el ámbito de intervención de ésta segunda instancia la condena relativa a la cuestión alimentaria dispuesta en favor de la Sra. V. y de sus hijas menores de edad, conforme el plan nutricional acompañado a la causa (v. fs. 272).

Voto de la señora jueza Fabiana H. Schafrik de Núñez:

I. 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 8º 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 nº117 de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante, OIT) sobre política social, normas y objetivos básicos, artículo 5.2 y el Convenio nº169 (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 nº4 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.

II. 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. 4° 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 brinde 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.

III. Circunstancias fácticas de la causa

Ahora bien, cabe poner de resalto que la actora es una mujer de 45 años, que se encuentra a cargo de sus dos hijas M.E.M. de doce (12) años y M.A.M. de catorce (14) años (conf. copia de documentos de identidad obrantes a fs. 43, 44 y 45, respectivamente).

En lo que respecta a su estado de salud, la amparista padece artrosis, diabetes tipo II e hipertensión, por lo que se encuentra realizando tratamiento medicamentoso con “*Metformina 500 mg, Enalapril 5mg y Amlodipina 5mg*”. Asimismo, de las constancias de la causa surge que la actora fue intervenida quirúrgicamente de una hernia inguinal complicada en el año 2008 y, a raíz de ello, con el paso del tiempo se produjo una eventración que debería ser operada nuevamente por cuanto le trae aparejados dolores e imposibilidad de realizar esfuerzos. (conf. constancias médicas de fs. 50, 51, e informes socio ambientales obrantes a fs. 79/82 vta., 174/176 vta. y 207/208 vta.).

Asimismo, del informe nutricional obrante a fs. 79/82 vta., se desprende que la amparista presenta “*Obesidad Mórbida e Hipercolesterolemia*” por lo cual, al constituir un plan alimentario el pilar fundamental para el tratamiento de la diabetes, se le indicó una dieta nutricional hipocalórica y reducida en grasas, acorde a sus necesidades nutricionales.

Finalmente, del informe médico acompañado a fs. 207/208 vta. surge que la Sra. V. presenta “*signos incipientes de artrosis*” en el miembro inferior derecho, originándole una “*disminución de la motilidad activa a nivel de la articulación de la rodilla*” y, en consecuencia, con “*dolor referido en el movimiento*”. A su vez, de dicho informe se constata que la accionante tiene un “*espólón calcáneo (formación ósea espicular)*” en el pie izquierdo, el cual le causa dolor al caminar a nivel del talón izquierdo.

En relación al estado de salud de sus hijas, de la constancia médica acompañada a fs. 52 se desprende que su hija M.E.M. sufre de “*asma bronquial crónico*” por lo cual realiza tratamiento medicamentoso con “*Sabutamol*”, realizándose los correspondientes controles médicos en el “*Centro de Salud y Acción Comunitaria N° 24 – María Eva Duarte de Perón – Htal. Parmenio Piñero*”.

Por otro lado, de las constancias de la causa surge que la actora realiza tareas —de forma esporádica— de cuidado de adultos mayores (acompañamiento de ancianos a turnos médicos o

trámites varios) por lo que percibe la suma de \$100 por hora de trabajo; o \$400 por día. No obstante, su estado de salud opera como un obstáculo a la hora de llevar a cabo dicha actividad. Por tanto, sus ingresos económicos serían exiguos e insuficientes para satisfacer sus necesidades (v. fs. 175 vta. y fs. 176).

Además, de los informes socio-ambientales incorporados en autos, se advierte que la actora y su grupo familiar se hallan en una situación de vulnerabilidad social de la que difícilmente puedan salir y que probablemente debido a sus limitaciones —estado de salud y nivel de formación— puede agravarse con el transcurso de tiempo (v. fs. 174/176).

Por otro lado, corresponde señalar que la amparista ha sido asistida 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. 73).

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.

IV. 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 rechazar el recurso interpuesto por el GCBA y, en consecuencia, confirmar la sentencia de grado en cuanto ordenó al GCBA que presente ante el juzgado de origen —dentro del plazo de cuarenta y cinco días (45) días— una propuesta para hacer frente a la obligación de brindar a la actora 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 instrumente el cumplimiento de la condena referida, los efectos de la medida cautelar dictada a fs. 107/110 vta. deberán ser otorgados de manera suficiente, de forma tal que resulte adecuada a la situación de la parte actora en tanto esté pendiente la asignación de un alojamiento. 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.

V. Las costas de la Alzada se imponen a la parte demandada por resultar sustancialmente vencida (confr. arts. 26 de la ley n°2145 —texto consolidado por la ley n°5666— y 62 del CCAyT).

Voto del señor juez Carlos F. Balbín:

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 —dentro del plazo de cuarenta y cinco días (45) días— una propuesta para hacer frente a la obligación de brindar a la actora 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; **b)** genere 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; y **c)** hasta tanto se instrumente el cumplimiento de la condena referida, deberá mantener los efectos de la medida cautelar dictada a fs. 107/110 vta., que deberán ser otorgados de manera suficiente, de forma tal que resulte adecuada a la situación de la parte actora en tanto esté pendiente la asignación de un alojamiento.

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.

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, la amparista y su grupo familiar se encuentran en situación de vulnerabilidad social y económica: la actora, una mujer sola de 45 años —que se encuentra a cargo de sus dos hijas menores M.E.M. de doce (12) años; y M.A.M. de catorce (14) años (conf. copia de documentos de identidad obrantes a fs. 43, 44 y 45, respectivamente)— padece artrosis, diabetes tipo II e hipertensión, por lo que se encuentra realizando tratamiento medicamentoso con “*Metformina 500 mg, Enalapril 5mg y Amlodipina 5mg*”. Asimismo, de las constancias de la causa surge que la actora fue intervenida quirúrgicamente de una hernia inguinal complicada en el año 2008 y, a raíz de ello, con el paso del tiempo se produjo una eventración que debería ser operada nuevamente por cuanto le trae aparejados dolores e imposibilidad de realizar esfuerzos. (conf. constancias médicas de fs. 50, 51, e informes obrantes a fs. 79/82 vta., 174/176 vta. y 207/208 vta.).

A su vez, del informe nutricional obrante a fs. 79/82 vta., se desprende que la amparista presenta “*Obesidad Mórbida e Hipercolesterolemia*” por lo cual, al constituir un plan alimentario el pilar fundamental para el tratamiento de la diabetes, se le indicó una dieta nutricional hipocalórica y reducida en grasas, acorde a sus necesidades nutricionales.

Finalmente, la Sra. V. presenta “*signos incipientes de artrosis*” en el miembro inferior derecho, originándole una “*disminución de la motilidad activa a nivel de la articulación de la rodilla*” y, en consecuencia, con “*dolor referido en el movimiento*”. Asimismo, de dicho informe se constata que la accionante tiene un “*espolón calcáneo (formación ósea espicular)*” en el pie izquierdo, el cual le causa dolor al caminar a nivel del talón izquierdo (v. informe médico acompañado a fs. 207/208 vta.).

En relación al estado de salud de sus hijas, de la constancia médica acompañada a fs. 52 se desprende que su hija M.E.M. sufre de “*asma bronquial crónico*” por lo cual realiza tratamiento medicamentoso con “*Sabutamol*”, realizándose los correspondientes controles médicos en el “*Centro de Salud y Acción Comunitaria N° 24 – María Eva Duarte de Perón – Htal. Parmenio Piñero*”.

Por último, de las constancias de la causa surge que la Sra. V. lleva a cabo tareas —de manera esporádica— de cuidado de adultos mayores como ser acompañamiento de ancianos a turnos médicos o la realización de trámites varios, percibiendo una suma de \$100 por hora de trabajo; o \$400 por día, y que su estado de salud opera como obstáculo a la hora de llevar a cabo dicha actividad (v. fs. 175 vta.).

En este orden de ideas, la Trabajadora Social que confeccionó el informe socio ambiental ya citado, concluyó que *“los ingresos que percibe [la actora] por la actividad que realiza resultan fluctuantes e insuficientes para la satisfacción de las necesidades básicas. Por otro lado los ingresos provenientes de la ayuda estatal están destinados a la satisfacción de la necesidad habitacional y alimentaria exclusivamente, por lo cual se infiere que la situación económica [de la Sra. V. y de su grupo familiar] es deficitaria”* (v. fs. 176).

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

V. Las costas de la Alzada se imponen a la parte demandada por resultar sustancialmente vencida (confr. arts. 26 de la ley n°2145 —texto consolidado por la ley n°5666— y 62 del CCAyT).

Disidencia de la señora jueza Mariana Díaz:

I. Comparto el relato de los hechos efectuados en los considerandos I y II a fin de evitar reiteraciones innecesarias.

II. 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 nº 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 nº3706 —reglamentada por los decretos 165 y 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 nº4036, 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.

III. Jurisprudencia actual del TSJ

Cabe señalar que 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. 4° 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, 4036 y 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 brinde 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 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. A esta altura del desarrollo, cabe recordar que el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad tiene dicho que “*las soluciones para atender el mencionado derecho a la vivienda pueden ser diversas y dependerán del ejercicio de funciones administrativas que no han sido ejercidas, más allá de los programas de subsidios habitacionales implementados por el Poder Ejecutivo para brindar un paliativo transitorio a la urgente necesidad habitacional (...) vale destacar que la obligación de condena impuesta en autos subsistirá mientras perdure la situación de vulnerabilidad del accionante en que ella encuentra apoyo*” (TSJ: “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). Esta solución es acorde a precedentes de esta sala (“Parkinson Sergio Oscar contra GCBA sobre amparo (art. 14 CCABA)” Expte. N° EXP 39668/0, sentencia del 10/02/2014; “Benítez, Ramón Antonio c/ GCBA y otros s/ amparo (art. 14 CCABA)”, Expte. N° EXP 45787/0, sentencia del 16/09/2013, entre otros).

Es decir que la decisión de mantener la asistencia habitacional dispuesta en la anterior instancia, encuentra suficiente apoyo en una interpretación integral que armonice la regulación de los subsidios -tomando en cuenta el conjunto de deberes y obligaciones allí previstos- con las directivas constitucionales en juego (arts. 24, 31 y 36 de la CCBA). Por tanto, sin perjuicio de la diversidad de fundamentos brindada, corresponde rechazar los agravios destinados a lograr la revocación de la sentencia en cuanto ordenó mantener el subsidio a favor de la accionante.

e. 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.

IV. Circunstancias fácticas de la causa

Así entonces, con la finalidad de aplicar el conjunto de lineamientos reseñados al caso de autos, corresponde señalar que, según las constancias de las presentes actuaciones, la actora es una mujer de cuarenta y cinco (45) años (v. fs. 43), que convive con sus dos hijas menores, M.E.M. de doce (12) años de edad; y M.A.M. de catorce (14) años de edad (v. fs. 44 y 45) que adujo sufrir problemas de salud como ser artrosis, diabetes tipo II e hipertensión arterial, motivo por el cual, realiza tratamiento medicamentoso con “*Metformina 500 mg, Enalapril 5mg y Amlodipina 5mg*”. A su vez, de las presentes actuaciones surge que la actora fue intervenida quirúrgicamente de una hernia inguinal, con complicación, en el año 2008, produciéndose —con el paso del tiempo— una eventración que, según recomendación médica, debería ser operada nuevamente por cuanto le produce dolores e imposibilidad de realizar esfuerzos físicos (conf. constancias médicas de fs. 50, 51, e informes obrantes a fs. 79/82 vta., 174/176 vta. y 207/208 vta.).

Asimismo, del informe nutricional acompañado a fs. 79/82 vta., surge que la señora V. presenta “*Obesidad Mórbida e Hipercolesterolemia*” por lo cual, al constituir un plan alimentario el pilar fundamental para el tratamiento de la diabetes, se le indicó una dieta nutricional hipocalórica y reducida en grasas, acorde a sus necesidades nutricionales.

Si bien del informe socio ambiental obrante a fs. 174/176 vta., surge que el estado de salud de la amparista no le permitiría realizar tareas que impliquen esfuerzos físicos, lo cierto es que del informe médico que luce agregado a fs. 207/208 vta. el Dr. Oscar Alberto Trejo señaló que la señora V. —en relación a su posible eventración— no concurrió nunca más a una consulta médica como le fuera indicado por una doctora del Hospital Piñeiro. A la vez, el especialista concluyó que “[...] se sugiere [que la actora concorra] *al Htal. Piñeiro, Servicio de Cirugía General, dado que allí fuera*

intervenida quirúrgicamente en el año 2008, [...]. Esto, a efectos de evaluar la posibilidad de una conducta quirúrgica tendiente a evitar contingencia de una complicación, producto de la posible existencia de un incipiente anillo eventrógeno en la región inguinocrural derecha, y propender a la curación definitiva de una de las patologías que presenta [...]. Asimismo, [la Sra. V.] debe continuar con su asistencia médica para la enfermedad hipertensiva y su enfermedad endocrinológica (Diabetes), insistiéndose en la necesidad de una firme conducta tendiente a la reducción de su exceso de peso”. Finalmente, con respecto al espolón calcáneo que presenta la actora en su pie izquierdo, el perito recomienda que concurra a un Servicio de Traumatología y Ortopedia, para evaluar su corrección quirúrgica, así como para el control y tratamiento de sus dolores articulares en la rodilla derecha “*de probable carácter artrósico*” (v. fs. 208/208 vta.).

Por otro lado, y en relación al estado de salud de sus hijas, de la constancia médica acompañada a fs. 52 se desprende que su hija M.E.M. sufre de “*asma bronquial crónico*” por lo cual realiza tratamiento medicamentoso con “*Sabutamol*”, realizándose los correspondientes controles médicos en el “*Centro de Salud y Acción Comunitaria N° 24 – María Eva Duarte de Perón – Htal. Parmenio Piñero*”.

En cuanto a la situación económica de la Sra. V., de las constancias obrantes en autos se desprende que la actora realiza tareas —de manera esporádica— que consisten en el cuidado de adultos mayores (acompañamiento de ancianos a turnos médicos o trámites varios) por lo que percibe la suma de \$100 por hora de trabajo; o \$400 por día. Del informe socio ambiental ya citado, surge que la profesional interviniente concluyó que, su estado de salud opera como un obstáculo a la hora de llevar a cabo dicha actividad. Como así también que sus ingresos económicos serían fluctuantes e insuficientes para satisfacer las necesidades básicas (v. fs. 175 vta. y fs. 176).

Finalmente, no está controvertido en autos que, con los ingresos denunciados, pueda estimarse incumplido el recaudo pertinente del artículo 6° de la ley 4036, así como tampoco la configuración de los restantes recaudos de procedencia previstos en el artículo 7° de citada la ley.

V. Conclusión

a. El análisis fáctico y las pruebas producidas en autos dan cuenta de que la amparista y sus hijas menores se encuentran en una situación de vulnerabilidad que requiere atención específica del

gobierno para superar esa condición (arts. 11, 17 y 31 CCABA).

Por ser ello así corresponderá que la demandada le reconozca prioridad en el acceso a las prestaciones de las políticas sociales.

b. Ahora bien, esta sala ha dicho que si bien es cierto que el artículo 5° del decreto n° 690/06 (que había sido modificado a ese momento por los decretos n° 960/08, n°167/11, n°239/13), fija el monto del subsidio a otorgar, no es posible perder de vista que la suma otorgada en concepto de subsidio debe ser analizada a la luz de lo dispuesto por el artículo 2°, inciso c), de la resolución n°1554/GCBA/MDSGC/08, el decreto n°239/13 o aquél que lo reemplace en el futuro, y lo establecido en la ley de Protección Integral de los Derechos Sociales para los Ciudadanos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires n°4036, que comprende aquellos programas, actividades y/o acciones sociales existentes y futuros (ver art. 4°, ley n°4036 y “*Temple Rodríguez Charito Nelly c/ GCBA y otros s/ amparo*”, expte. n°46505/0, del 04/09/14; entre muchos otros), además de las circunstancias de hecho de la causa, que no pueden ser desoídas.

Esta ley, en su artículo 8°, dispone: “[e]l 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”. Asimismo, toma diferentes variables para la ejecución de las políticas públicas locales, que se dirigen a considerar las circunstancias contextuales de los postulantes y beneficiarios.

Por su parte, la canasta básica de alimentos del INDEC constituye un ‘*piso*’, los montos que percibirán los postulantes de los subsidios estatales en materia de derechos sociales, tal como se desprende de la interpretación de la norma que hemos efectuado, podrán variar conforme los parámetros señalados.

Aquí es oportuno señalar que el GCBA, con fecha 15 de diciembre de 2016, dictó el decreto n°637/16, que sustituyó el artículo 5° del decreto n°690/06 y aumentó el monto del subsidio allí estipulado.

Así pues, dentro del esquema legal reseñado, el modo de establecer el subsidio deberá partir

de los estándares fijados en el decreto n°637/16 (o el que lo reemplace). Luego éste podrá adecuarse a las pautas delineadas en la ley n°4036, tomándose como referencia la canasta básica alimentaria del INDEC —*in re*, TSJ en lo autos “GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: Luna, Ana Elizabeth c/ GCBA s/ Amparo”, expte n°13195/16 del 28 de octubre de 2016— bajo los siguientes parámetros: 1) atender a la composición del grupo familiar; 2) determinar las unidades de referencia en que dicha composición se traduce (debiendo considerarse únicamente los parámetros asignados al sexo masculino); y, 3) calcular, según la cantidad de adultos equivalentes que representa el grupo familiar, el monto que respete la pauta de referencia fijada por el artículo 8° de la ley n°4036. Bajo las premisas desarrolladas se logra respetar la movilidad consagrada en la ley n°4036, así como atender debidamente a las particularidades que hacen a la conformación de cada grupo familiar (<http://www.indec.gob.ar/informesdeprensa.asp> —ver Valorización Mensual de la Canasta Básica Alimentaria y de la Canasta Básica Total—). Todo ello, sin soslayar el análisis concreto de las necesidades de cada caso y la prueba producida.

Las pautas precedentemente descriptas en relación con la canasta básica INDEC encontrarán excepción en los casos en los que el valor que se obtiene con la modalidad de cálculo que remite al artículo 8° de la ley n°4036 no alcanza el monto previsto en el decreto n°637/16 (o el que lo reemplace). En estos supuestos, el derecho aquí reconocido quedaría menoscabado si se recurriese únicamente a los lineamientos previstos en el artículo 8° de la ley n°4036, es por ello que el magistrado de grado deberá analizar en concreto las necesidades de cada caso y las constancias anejadas a la causa.

Ello así, lo resuelto en la sentencia de fs. 266/272 implica que el alcance del subsidio otorgado quedará sujeto a los parámetros enunciados en el presente considerando, solución que deberá subsistir mientras perduren los extremos legales y de hecho en que se apoya la condena.

c. Así las cosas, aunado a lo anterior, corresponde destacar que la Administración no puede soslayar las circunstancias que rodean la situación de quien reclama. En este aspecto, es preciso señalar que la obligación de asistencia del GCBA 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. Ello, toda vez que 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*”).

La resolución 1554/08 -reglamentaria de los decretos 690/06 y 960/08- expresamente prevé, en cuanto aquí interesa, la obligación estatal de brindar orientación a los beneficiarios del programa habitacional de modo que logren alternativas de superación de su situación de vulnerabilidad. En efecto, allí se establece la obligación de “*...b) Asesorar y orientar, cuando fuera solicitado por el beneficiario, sobre alternativas habitacionales a fin de superar la emergencia...*”.

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.

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.

VI. Por ello, corresponde hacer lugar parcialmente al recurso de apelación interpuesto por el GCBA y, en consecuencia, modificar la sentencia en los términos aquí expuestos.

VII. Con costas a la demandada sustancialmente vencida (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.

En mérito a las consideraciones vertidas, normas y jurisprudencia citadas, y habiendo dictaminado el Ministerio Público Fiscal; el Tribunal, por mayoría, **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. 107/110 vta. que deberán ser otorgados de manera suficiente, de forma tal que resulte adecuada a la situación de la parte actora en tanto esté pendiente la asignación de un alojamiento; **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 CCyT), sin perjuicio de destacar que la parte actora fue patrocinada por el Ministerio Público de la Defensa.

Regístrese y notifíquese por secretaría, y a los Ministerios Públicos Tutelar y Fiscal en sus despachos. Oportunamente, devuélvase.

Mariana DÍAZ Fabiana H. SCHAFRIK de NUÑEZ

Carlos F. BALBÍN