

Expte. n° 4270/05: "GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'P. A. R. c/ GCBA s/ amparo (art. 14, CCABA)'"

Buenos Aires, **23 de mayo de 2006**

Vistos: los autos indicados en el epígrafe,

resulta:

1. A.R. P. y E. S. (nombre legal M. E. S.) interpusieron acción de amparo (art. 43 CCBA y 14 CN) contra el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a fin de que se los incorpore a los programas locales de emergencia habitacional de acuerdo a sus necesidades (fs. 18 y 22). La demanda fue rechazada por el Sr. juez de primera instancia.

2. La sentencia fue apelada por los amparistas. La Sala I de la Cámara revocó la decisión de primera instancia e hizo lugar al amparo "condenando a la demanda a que mientras persista la situación actual de los accionantes les preste adecuada asistencia habitacional, ya sea mediante la continuación de las prestaciones previstas en el decreto 895/02, o bien incorporándolos a cualquier otro plan que resguarde los fines habitacionales perseguidos en este proceso" (fs. 45).

3. El Gobierno de la Ciudad interpuso recurso de inconstitucionalidad con base en los siguientes agravios: 1) la Sala I habría prescindido de las constancias obrantes en la causa e interpretado erróneamente las normas involucradas en la causa, 2) la sentencia sería arbitraria por haber sido dictada en exceso de jurisdicción, 3) inexistencia de derecho conculcado, 4) violación del principio republicado de división de poderes, 5) la imposición de costas, y 6) gravedad institucional (fs. 49/57).

4. La Cámara rechazó el recurso incoado por considerar insatisfecho el requisito de existencia de caso constitucional prescripto por el art. 27 de la ley n° 402. Contra dicha resolución la demandada interpuso recurso de queja (fs. 63/70).

5. A fs. 78/81 el Fiscal General Adjunto propició el rechazo del recurso de queja interpuesto por el Gobierno, por entender que la quejosa “no efectúa una crítica concreta, desarrollada y fundada del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad ni rebate argumentativamente los fundamentos por los cuales la Cámara resolvió no concederlo (fs. 78/80 vuelta).

Fundamentos

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. Si bien el recurso de queja interpuesto por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (fs. 63/80) fue deducido en tiempo oportuno (art. 33, LPTSJ), él no puede prosperar.

2. El escrito de la recurrente se limita a reproducir las manifestaciones y argumentos del recurso de inconstitucionalidad, sin rebatir las razones por las cuales los Sres. Camaristas le denegaron dicho recurso.

3. El recurso de queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad —previsto y regulado en el inc. 3º del art. 113 de la CCBA y en el art. 34 de la ley n° 402— no es sólo una reedición de aquél y de los antecedentes más importantes del pleito, sino, antes bien, una impugnación primera, autónoma, autosuficiente y fundada de la resolución interlocutoria que denegó el recurso de inconstitucionalidad.

El Tribunal ha establecido en numerosos precedentes, que es requisito necesario de la queja que ella contenga una crítica concreta, desarrollada y fundada del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad (cf. TSJ in re “Fantuzzi, José Roberto y otro s/ art. 57 bis —causa n° 665-CC/2000— s/ queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad”, expte. n° 865, resolución del 09/04/01).

En el caso de autos, como ya fue señalado, no se cumple esa condición y por lo tanto el recurso de queja debe ser rechazado.

4. Por otra parte, tal como los señala el Sr. Fiscal General Adjunto en su dictamen, la queja contiene el mismo defecto que presenta el recurso de inconstitucionalidad: no logra conectar los agravios concretos que —afirma— le provoca la sentencia de Cámara, con motivos de impugnación de carácter constitucional.

El Gobierno en su recurso de inconstitucionalidad sostiene que se lesionó “la garantía del debido proceso legal adjetivo y el derecho de defensa de la Ciudad de Buenos Aires, cercenando también el principio constitucional de división de los poderes (art. 1º, 18, 19, 28, 33, 43, 75 inciso 22, y cctes. de la C.N., y arts. 1º, 10,11, 13 inc. 3º, 80, y cctes. de la CCABA). Asimismo, al asumir funciones de carácter administrativo, el Tribunal incurrió en un exceso de jurisdicción lesivo del principio republicano de división de poderes consagrado en el artículo 1º de la CCABA. Específicamente se encuentra en tela de juicio el alcance e interpretación que debe darse a las disposiciones contenidas en los arts. 31 inciso 3º, 80 inciso 1º e inciso 2º punto b, y el 104 inciso 2º y cctes. de la CCABA” (fs. 47 y vuelta).

A pesar de la profusa cita de disposiciones constitucionales, la recurrente no logra demostrar de qué manera las mismas estarían siendo vulneradas en el caso sujeto a análisis. Por ejemplo al tratar el agravio referido al derecho a la vivienda (art. 31 CCBA) simplemente señala que “el contenido y alcance que pretende el Superior conferirle al art. 31 de la CCABA no es el que surge de la norma. Hay dogmatismo en la sentencia dictada. La Alzada interpretó el contenido del derecho reconocido en el art. 31 en base a su sola voluntad. El fallo, íntegramente, ostenta fundamentos aparentes, voluntaristas” (fs. 51 vuelta). Así paradójicamente los agravios expresados en el recurso de inconstitucionalidad se basan en afirmaciones generales que presentan todas las falencias que le atribuye a la sentencia de la Cámara atacada. Por ende, entiendo que no se ha logrado exponer fundadamente un caso constitucional, conforme lo establece el art. 27 de la ley nº 402.

5. Respecto de la alegada arbitrariedad, la apelante tiende a controvertir el fundamento jurídico contenido en la sentencia recurrida, sin incluir, como en el resto de su recurso, razones de índole constitucional.

En estas condiciones la calificación de sentencia arbitraria no alcanza para sustituir la ausencia de una argumentación adecuada que sostenga el recurso interpuesto.

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. La sentencia apelada condena al GCBA a “(...) que mientras subsista la situación actual de los accionantes les preste adecuada asistencia habitacional, ya sea mediante la continuación de las prestaciones previstas en el decreto 895/02, o bien incorporándolos a cualquier otro plan que resguarde los fines habitacionales perseguidos en este proceso”.

En el camino para arribar a esa decisión, descarta, por insuficientes a la luz de las normas aplicables —a saber, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el art. 31 de la CCBA—, la oferta de ser incluidos en el Proyecto de Viviendas de González Catán —cfr. el recurso de inconstitucionalidad (fs. 50 vuelta) y la sentencia del *a quo* (fs. 43)—, la posible inclusión en los planes de microemprendimientos (fs. 34/34 vuelta), el subsidio del decreto nº 895/02 —con su posible ampliación contemplada en el artículo 10—, y el alojamiento para Panza, aunque no para Saldaño con quien aquél se encuentra unido por un vínculo amoroso.

Contra dicho pronunciamiento levantó la demandada las siguientes objeciones: 1) que la Cámara se aparta de precedentes de este Superior Tribunal que han declarado abstractos casos que considera sustancialmente análogos; 2) la sentencia desconoce que el derecho en que se sustenta la pretensión no es exigible judicialmente (operativo) 3) soslaya la invocación de inexistencia de una obligación incumplida debido a que habría dado cobertura suficiente mediante la normativa vigente y los ofrecimientos realizados a los actores; 4) relacionado con el agravio anterior, entiende que la Cámara se aparta de las constancias de la causa y resuelve en base a meras declaraciones de los actores, no probadas (fs. 43 vuelta punto IV); 4) la sentencia desconoce la letra del decreto 895/02; 5) afecta la división de poderes, toda vez que el órgano judicial asume una función típicamente administrativa o legislativa según el modo de cumplimiento del fallo que se contemple; y, por cierto, más de uno es posible; y 6) en relación con el último agravio, cita la doctrina de la gravedad institucional basada en fallos de la CSJN.

2. Corresponde examinar, en primer término, de qué especie es la función cuyo ejercicio encomienda, al GCBA, la sentencia recurrida. No consiste, por cierto, en un acto material, tal como lo sería la entrega de una cosa o la de una suma de dinero. Antes bien, libra a la demandada la elección de un medio apropiado para satisfacer la necesidad que asume en la actora. Ello supone una decisión respecto del tipo de prestación adecuada y, particularmente, una de índole presupuestaria. Presumiblemente, también una acerca de cómo resguardar la igualdad en la distribución del beneficio, pues, aunque no surge ello del fallo, es deber que pesa sobre los órganos políticos el de respetarla. Estas decisiones podrían, ciertamente, derivar del ejercicio de la función legislativa, y también, quizás, de la administrativa del art. 104 inc. 17 CCBA que respaldaba la emisión del decreto nº 895/02.

Ninguna de dichas posibles medidas viene impuesta por la sentencia, pero sí alguna de ellas a opción del gobierno condenado. Asimismo, ninguna de dichas medidas supone el ejercicio de facultades regladas sino preferiblemente de aquellas susceptibles de una considerable discrecionalidad, al menos en la manera en que viene estructurada la condena.

Una segunda característica de la sentencia, relevante a los fines de examinar los agravios de la recurrente, es la relativa a la indeterminación del modo de cumplimiento. No

se trata de haber librado a la administración algún aspecto, tal como la oportunidad, temperamento quizás justificado en algunos supuestos, sino de haber abierto entre las partes un campo de posible debate acerca de cuáles alternativas cumplen con la condena sin que surjan del pronunciamiento elementos suficientes para guiar al juez en la solución de esas posibles controversias, esto es, asumiendo, para sí y para el inferior, un margen de discreción incompatible con una decisión que debió ser la definitiva.

3. Ello sentado, la sentencia impugnada no reúne los elementos propios de una decisión judicial válida.

Por una parte, carece de la precisión necesaria acerca de cuál sería la conducta mediante la cual podría cumplirla la parte condenada. A este requisito, dedica buena parte de sus reflexiones la mayoría en las causas “Selzer, Ernesto O. s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Ramallo, Beatriz c/ GCBA y otros s/ amparo (Art. 14 CCABA)” y su acumulado expte. n° 3958/05 “GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Ramallo, Beatriz c/ GCBA y otros s/ amparo (Art. 14 CCABA), expte. n° 3961/05 y “Pons, Sandra C. y otros c/ GCBA s/ amparo (art. 14, CCABA)”, expte. n° 3097/04, sentencia del 16 de diciembre de 2004. En “Pons” sostuve, también en el marco de un amparo iniciado por conflictos en torno al derecho a la vivienda, que las sentencias deben “cumplir las exigencias previstas en el art. 12 —incs. b y c)— de la ley 16.986, según el cual el pronunciamiento que admita la acción de amparo deberá contener ‘(...) [l]a determinación precisa de la conducta a cumplir, con las especificaciones necesarias para su debida ejecución (...) e indicar (...) el plazo para el cumplimiento de lo resuelto’. No se trata de negar la viabilidad de los procesos dirigidos a hacer cesar la inactividad material de las autoridades, sino de rechazar la validez de sentencias que se limitan a declarar en general la vinculación del estado a la ley, sin resolver realmente la controversia mediante la indicación clara de las conductas debidas. (...) Las consecuencias de esta particular especie (...) de [las] sentencias [que incumplen este requisito], no son menores. En primer término, desde un punto de vista conceptual, ellas no se condicen con los términos del art. 106 de la CCBA. Pero además, en la práctica están destinadas a generar un importante menoscabo en las reglas que gobiernan los procesos, especialmente en relación con el derecho de defensa. Ello así, por cuanto se difiere a la etapa de ejecución de sentencia la determinación del contenido efectivo del mandato que no viene explicitado por el pronunciamiento de cuya ejecución se trata, en un marco que no admite un debate pleno e incluso podría generar la imposición de sanciones conminatorias por un aparente incumplimiento que el condenado no estuvo en condiciones reales de evitar porque nunca se especificó en qué consistía el deber o conducta incumplido”. En el mismo sentido, sostuve en “Selzer” que “(...) tampoco deben admitirse demandas con pretensiones vagas que vulneren el derecho de defensa de los demandados e impidan el ejercicio de la función jurisdiccional respetando el principio de unidad de la sentencia[1]; principio consagrado en el artículo 145 inciso 7 del CCAyT que obliga a los jueces a resolver las pretensiones a cuyo respecto ha quedado trabada la litis en una única ocasión. Correlativamente con lo previsto en dicho artículo 145, el CCAyT prevé cuando una decisión es susceptible de ser adoptada con carácter especial y previo, esto es, separadamente o, si se lo prefiere, desdoblado la sentencia. Las restantes decisiones que adopte el juez en el proceso para poner fin a incidentes o incidencias con forma de interlocutoria, o bien, como providencia de mero

trámite, resuelven cuestiones del proceso, no del derecho en juego en ese proceso”. Ello basta por sí para determinar la revocación de la decisión apelada.

Tampoco satisfacen los fundamentos suministrados por el *a quo* el mínimo exigible para imponer al GCBA una obligación de ejercer una función propia de un órgano político. Vale recordar en este orden de ideas que la CCBA consagra un sistema de división de poderes similar, aunque no idéntico, al de la Constitución Nacional. No compete en él a los jueces sino la resolución de causas, esto es, controversias relativas a la existencia y alcance de derechos subjetivos, entre partes adversarias, mediante decisiones que operen sobre esos derechos. De ahí que, cuando la controversia tiene al gobierno como uno de sus protagonistas, puede el juez anular uno sus actos y ordenar la reparación patrimonial del daño ocasionado. Ello viene impuesto, centralmente, por los arts. 17, 18, 19 y 116 de la Constitución Nacional, y sus correlativos tanto de ella como de la CCBA (vgr. arts. 12.5, 13.3 y 106). Así se asegura el derecho a no ser “obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”, la propiedad y la defensa en juicio, sin que el juez se vea necesitado a inmiscuirse en el ejercicio de una función administrativa, y menos aún legislativa. Expandido el ámbito de actuación de los jueces a derechos de incidencia colectiva —art. 43 de la CN— y aún intereses —art. 1 del CCAyT— no varía por esta sola circunstancia el universo de soluciones que puede disponer este magistrado. Tanto la causa de la acción como la clase de condena a que puede dar lugar quedan, como principio, a discreción del legislador, que debe observar las reglas constitucionales, y los tratados en las condiciones de su vigencia.

Las providencias judiciales pueden, en ocasiones, ordenar a la administración ejercer alguna función a su cargo. No existen muchos ejemplos, y algunos son dudosos pues consisten en medidas que pueden ser diseñadas tanto como administrativas como judiciales, según a qué órgano dé el legislador la última palabra y el grado de estabilidad —cosa juzgada administrativa o judicial que acuerde al producto final—. Un ejemplo de ello es el otorgamiento de una jubilación. Los jueces ora ordenan a la administración el otorgamiento del beneficio, de ordinario concedido por ella, ora lo disponen por sí. No importa, en verdad, el lenguaje con que operen de ordinario los magistrados judiciales, pues, aún cuando dispongan por sí acordar un beneficio, la estabilidad de ese beneficio en los aspectos que no hayan estado comprendidos en el debate judicial no será mayor que la de los acordados directamente en sede administrativa. Es decir, la estabilidad es distinta a la de la cosa juzgada judicial típica. Por ejemplo, el monto del beneficio puede ir variando del mismo modo que puede variar el de quienes lo logran en sede administrativa.

En todos estos casos, debe existir una norma que acuerde esa potestad al juez. Ello así, porque su poder no se deriva de los artículos citados más arriba ni, menos aún, de la naturaleza de la función judicial. Sin embargo, no cualquier mandato de desarrollar funciones administrativas puede ser escogido por el legislador para ponerlo a cargo de un juez. Las funciones administrativas cuyo cumplimiento puede ser ordenado por un juez deben satisfacer, además del requisito de ser instituidas por el legislador, recaer sobre facultades regladas, puesto que si recayeran sobre facultades discrecionales, el legislador habría venido a desplazar una función administrativa, del área del poder ejecutivo, a la de los jueces, opción que le está vedada, ya que importaría una modificación de la propia constitución. Lo dicho vale, asimismo, para el hipotético, aunque menos probable, otorgamiento de semejante atribución mediante un tratado internacional. Ello así, porque los

tratados no pueden modificar la Constitución Nacional y, como resulta de ello, tampoco las de los estados locales en los aspectos que no quedan autorizados por el dispositivo del art. 31 de la Constitución Nacional.

Esta limitación a la posibilidad del poder judicial de obligar al poder ejecutivo tiene correlato en la jurisprudencia estadounidense. En este sentido la Corte Suprema de los Estados Unidos en *Work v. U.S. Ex Rel. Rives* (267 U.S. 175, 1925) sostuvo que “[l]as órdenes judiciales dirigidas a la administración, consistentes en una obligación de hacer —*mandamus*—, compelen la ejecución de deberes (atribuciones)[2] fuertemente reglados. No pueden ser utilizadas para compeler o controlar un deber para cuyo cumplimiento tiene acordado, por la ley, un margen de discreción. La atribución puede ser discrecional dentro de límites. La administración no puede transgredir esos límites, y si lo hace, puede ser controlada por órdenes de hacer o no hacer para que se mantenga dentro de ellos. El poder de los tribunales para intervenir, si tienen alguno, consecuentemente depende de qué grado de discreción legal tiene la administración. Bajo algunos regímenes legales, la discreción alcanza la reglamentación de dicho régimen por parte del agente de la administración que lo ejecuta. Ningún tribunal en tal caso puede, mediante la emisión de órdenes de hacer, controlar la interpretación realizada por la administración, aún si la cree equivocada”[3].

4. El planteo del GCBA relativo a la no automática operatividad de las cláusulas del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales no queda contestado con la cita de la Observación General nº 3, punto 10) del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. El análisis de la observación mencionada, que abordaré a continuación, se formula exclusivamente para sustentar la afirmación enunciada y no supone adoptar interpretación alguna a su respecto. La postura de la observación en cuestión fue recogida de la presentación formulada ante el Comité por la representante de la República Argentina en estos términos que aparecen en la **Compilación de observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sobre países en América Latina y el Caribe (1989-2004)**: “241. Contestando a otras preguntas, explicó que el Pacto, una vez ratificado, había pasado a formar parte del derecho interno y podía ser invocado directamente ante los tribunales. **Sin embargo, había que establecer una distinción entre las cláusulas operacionales, por ejemplo las relativas al derecho a la educación, que eran fácilmente ejecutables, y las no operacionales, como las relativas al derecho a una vivienda decente, que planteaban dificultades prácticas.** Manifestó además que no se había sometido ningún caso de discriminación racial a los tribunales y que, como ahora se efectuaban controles cada vez más rigurosos en las fronteras del país y se disponía de datos genéticos que probaban la identidad de los padres de un niño se esperaba poner fin al tráfico de niños” (la negrita me pertenece).

Esa postulación no mereció reparos específicos en la referida publicación del Comité. No obstante que son mencionados otros derechos ajenos al que nos ocupa, transcribo el párrafo completo para dar mayor perspectiva a la lectura.

En la Observación general 4, titulada “El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto)” y correspondiente al Sexto período de sesiones (1991) se consigna que “7. En opinión del Comité, el derecho a la vivienda no se debe interpretar en

un sentido estricto o restrictivo que lo equipare, por ejemplo, con el cobijo que resulta del mero hecho de tener un tejado por encima de la cabeza o lo considere exclusivamente como una comodidad. Debe considerarse más bien como el derecho a vivir en seguridad, paz y dignidad en alguna parte. Y así debe ser por lo menos por dos razones. En primer lugar, el derecho a la vivienda está vinculado por entero a otros derechos humanos y a los principios fundamentales que sirven de premisas al Pacto. Así pues, 'la dignidad inherente a la persona humana', de la que se dice que se derivan los derechos del Pacto, exige que el término 'vivienda' se interprete en un sentido que tenga en cuenta otras diversas consideraciones, y principalmente que el derecho a la vivienda se debe garantizar a todos, sean cuales fueren sus ingresos o su acceso a recursos económicos. En segundo lugar, la referencia que figura en el párrafo 1 del artículo 11 no se debe entender en sentido de vivienda a secas, sino de vivienda adecuada. Como han reconocido la Comisión de Asentamientos Humanos y la Estrategia Mundial de Vivienda hasta el Año 2000 en su párrafo 5: 'el concepto de 'vivienda adecuada'... significa disponer de un lugar donde poderse aislar si se desea, espacio adecuado, seguridad adecuada, iluminación y ventilación adecuadas, una infraestructura básica adecuada y una situación adecuada en relación con el trabajo y los servicios básicos, todo ello a un costo razonable'".

"8. Los Estados Partes deberían crear subsidios de vivienda para los que no pueden costearse una vivienda, así como formas y niveles de financiación que correspondan adecuadamente a las necesidades de vivienda. De conformidad con el principio de la posibilidad de costear la vivienda, se debería proteger por medios adecuados a los inquilinos contra niveles o aumentos desproporcionados de los alquileres. En las sociedades en que los materiales naturales constituyen las principales fuentes de material de construcción de vivienda, los Estados Partes deberían adoptar medidas para garantizar la disponibilidad de esos materiales.

"(...) e) Asequibilidad. La vivienda adecuada debe ser asequible a los que tengan derecho. Debe concederse a los grupos en situación de desventaja un acceso pleno y sostenible a los recursos adecuados para conseguir una vivienda. Debería garantizarse cierto grado de consideración prioritaria en la esfera de la vivienda a los grupos desfavorecidos como las personas de edad, los niños, los incapacitados físicos, los enfermos terminales, los individuos VIH positivos, las personas con problemas médicos persistentes, los enfermos mentales, las víctimas de desastres naturales, las personas que viven en zonas en que suelen producirse desastres, y otros grupos de personas. Tanto las disposiciones como la política en materia de vivienda deben tener plenamente en cuenta las necesidades especiales de esos grupos.

"(...) 10. Independientemente del estado de desarrollo de tal o cual país, hay ciertas medidas que deben tomarse inmediatamente. Como lo ha reconocido la Estrategia Mundial de Vivienda y otros análisis internacionales, muchas de las medidas requeridas para promover el derecho a la vivienda requieren sólo la abstención del gobierno de ciertas prácticas y un compromiso para facilitar la autoayuda de los grupos afectados. En la medida en que tales medidas se considera que van más allá del máximo de recursos disponibles para el Estado Parte, es adecuado que lo antes posible se haga una solicitud de cooperación internacional de conformidad con el párrafo 1 del artículo 11 y los artículos 22 y 23 del Pacto, y que se informe al Comité de ello.

“(…) 14. Las medidas destinadas a satisfacer las obligaciones del Estado Parte con respecto al derecho a una vivienda adecuada pueden consistir en una mezcla de medidas del sector público y privado que consideren apropiadas. Si bien en algunos Estados la financiación pública de la vivienda puede ser utilizada más útilmente en la construcción directa de nuevas viviendas, en la mayoría de los casos la experiencia ha demostrado la incapacidad de los gobiernos de satisfacer plenamente los déficit de la vivienda con la vivienda construida públicamente. La promoción por los Estados Partes de ‘estrategias capaces’, combinada con un compromiso pleno a las obligaciones relativas al derecho a una vivienda adecuada, debe así alentarse. En esencia, la obligación consiste en demostrar que, en conjunto, las medidas que se están tomando son suficientes para realizar el derecho de cada individuo en el tiempo más breve posible de conformidad con el máximo de los recursos disponibles.

“15. Muchas de las medidas que se requerirán implicarán asignaciones de recursos e iniciativas de política de especie general. Sin embargo, el papel de las medidas legislativas y administrativas oficiales no se debe subestimar en este contexto. La Estrategia Mundial de Vivienda, en sus párrafos 66 y 67, ha destacado el tipo de medidas que pueden tomarse a este respecto y su importancia.

“(…) 17. El Comité considera que muchos elementos componentes del derecho a la vivienda adecuada son por lo menos conformes con la disposición de recursos jurídicos internos. Según el sistema jurídico tales esferas incluyen, pero no están limitadas a: a) apelaciones jurídicas destinadas a evitar desahucios planeados o demoliciones mediante la emisión de mandatos de los tribunales; b) procedimientos jurídicos que buscan indemnización después de un desahucio ilegal; c) reclamaciones contra acciones ilegales realizadas o apoyadas por los propietarios (sean públicos o privados) en relación con los niveles de alquiler, mantenimiento de la vivienda y discriminación racial u otras formas de discriminación; d) denuncias de cualquier forma de discriminación en la asignación y disponibilidad de acceso a la vivienda; y e) reclamaciones contra los propietarios acerca de condiciones de viviendas insalubres o inadecuadas. En algunos sistemas jurídicos podría ser también adecuado estudiar la posibilidad de facilitar juicios en situaciones que implican niveles de gran aumento de personas sin hogar.

“(…) 19. Finalmente, el párrafo 1 del artículo 11 concluye con la obligación de los Estados Partes a reconocer ‘la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento’. Tradicionalmente, menos del 5% de toda la asistencia internacional se ha dirigido hacia la vivienda o los asentamientos humanos y con frecuencia la manera en que se dispone esa financiación se dirige poco a las necesidades de vivienda de los grupos en situación desventajosa. Los Estados Partes, tanto receptores como suministradores, deberían asegurar que una proporción sustancial de la financiación se consagre a crear condiciones que conduzcan a un número mayor de personas que adquieren vivienda adecuada. Las instituciones financieras internacionales que promueven medidas de ajuste estructural deberían asegurar que tales medidas no comprometen el disfrute del derecho a la vivienda adecuada. Cuando consideran la cooperación financiera internacional, los Estados Partes deberían tratar de indicar las esferas relativas al derecho a la vivienda adecuada en las que la financiación externa tendría el mayor efecto. Tales solicitudes deberían tener plenamente en cuenta las necesidades y opiniones de los grupos afectados”.

Todas estas menciones suponen medidas internas, algunas con impacto presupuestario.

A su turno, la Observación general N° 7 (1997), titulada “El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto): los desalojos forzosos”, formulada en el 16° período de sesiones (1997), muestra particular preocupación por aquellos que pierden su vivienda. Define así el “desalojo forzoso”: “[t]al como se emplea en la presente Observación general, el término ‘desalojos forzosos’ se define como el hecho de hacer salir a personas, familias y/o comunidades de los hogares y/o las tierras que ocupan, en forma permanente o provisional, **sin ofrecerles medios apropiados de protección legal o de otra índole** ni permitirles su acceso a ellos. Sin embargo, la prohibición de los desalojos forzosos no se aplica a los desalojos forzosos efectuados legalmente y de acuerdo con las disposiciones de los Pactos Internacionales de Derechos Humanos”.

La cita a la que acude la Cámara corresponde a un comentario al art. 2 del Tratado que establece “1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la

asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.

“2. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

“3. Los países en desarrollo, teniendo debidamente en cuenta los derechos humanos y su economía nacional, podrán determinar en qué medida garantizarán los derechos económicos reconocidos en el presente Pacto a personas que no sean nacionales suyos”.

Nuevamente, aparece aquí la remisión a la aplicación presupuestaria de cada estado comprometido por ese acuerdo internacional, lo cual abona la postura del GCBA. Dicho artículo 2 sucede inmediatamente al artículo 1 que establece que “1. Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural.

“2. Para el logro de sus fines, **todos los pueblos pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales, sin perjuicio de las obligaciones que derivan de la cooperación económica internacional basada en el principio de beneficio recíproco, así como del derecho internacional.** En ningún caso podrá privarse a un pueblo de sus propios medios de subsistencia” (la negrita me pertenece).

Es decir, el compromiso de asignar recursos contenido en el art. 2 debe ser leído como una limitación al principio general contenido en el art. 1.

En la misma publicación del Comité se puede leer lo siguiente: “20. Le preocupa la falta de vivienda en la Argentina y las iniciativas públicas a este respecto, han sido inadecuadas.

“E. Sugerencias y recomendaciones

“27. El Comité sugiere que el Estado Parte tome medidas institucionales, en la administración pública, para garantizar que se tengan en cuenta las obligaciones que ha contraído en virtud del Pacto, desde un principio, al formular políticas nacionales sobre cuestiones como la vivienda, la salud y la educación.

“28. El Comité también recomienda que el Estado Parte, en sus negociaciones con las instituciones monetarias internacionales, tenga en cuenta sus obligaciones en virtud del Pacto de respetar, proteger y poner en ejecución todos los derechos consagrados en el Pacto.

“29. El Comité recomienda que el Estado Parte ratifique el Convenio N° 169 de la OIT de acuerdo con la aprobación del Congreso Nacional de 1989 y que encuentre una solución que haga justicia a los derechos de las comunidades mapuches en la región de Pulmari.

“30. También se insta al Gobierno a adoptar medidas más eficaces para disminuir el paro. Además, debe asegurar que se respeten los derechos económicos, sociales y culturales de los trabajadores con contrato eventual.

“31. El Comité recomienda que el Estado Parte pase revista a su legislación en lo que respecta a las disposiciones de los convenios colectivos que tienen consecuencias negativas, como la prolongación del período de prueba estipulado en los contratos de trabajo o la limitación de la duración de éstos, y se cerciore de que se ajusta a lo dispuesto en los artículos 6 y 7 del Pacto.

“(…) 35. El Comité recomienda que el Estado Parte prosiga e incremente sus iniciativas para superar la escasez de vivienda y que le facilite en su próximo informe periódico datos estadísticos completos sobre la situación de la vivienda en el país.

“36. El Comité también recomienda que el Estado Parte prosiga su política de entregar títulos a quien esté en posesión de una vivienda. El Comité también recomienda que con carácter prioritario se revisen los procedimientos en vigor para el desalojo de ocupantes ilícitos. El Comité vuelve a poner en conocimiento del Gobierno el texto íntegro de sus Observaciones generales N° 4 (1991) y N° 7 (1997) (…”

Luego, con relación al informe 1994 “8. El Comité toma nota del plan del Gobierno para facilitar la adquisición de vivienda a los ocupantes ilegales de bienes de propiedad oficial, dándoles la posibilidad de comprar los terrenos que ocupan con tasas de crédito preferenciales. Aunque se requieren más datos para determinar cuántas personas y familias han encontrado una solución permanente a través del ‘plan arraigo’, el Comité apoya el concepto en que éste se basa.

“9. En este contexto, el Comité registra los esfuerzos del Gobierno para elevar el porcentaje del presupuesto destinado al bienestar público, particularmente en el área de las pensiones de los trabajadores. El Comité también registra la intención expresada por el Gobierno de iniciar periódicamente programas de formación de desempleados y subempleados.

“C. Los factores y dificultades que impiden la aplicación del Pacto

“(…) 10. El Comité reconoce las dificultades encontradas por la Argentina desde que se restableció la democracia en 1983. Los intentos de hacer frente a la creciente demanda de servicios públicos han sido paralizados por un considerable déficit fiscal, por la deuda externa y por la hiperinflación heredada de los años predemocráticos.

“11. El ajuste a un orden económico, más racional ha sido difícil para la sociedad argentina en conjunto y para sus trabajadores en particular. El Gobierno ha logrado estabilizar el valor de la moneda, pero la ejecución del programa de ajuste estructural puede perjudicar a ciertos grupos sociales. Con esta política, no está claro si el Gobierno ha adoptado medidas para resolver el problema de la vivienda y de las pensiones.

“(…) 15. El Comité se congratula de las iniciativas del Gobierno para acabar con el déficit de viviendas de la Argentina. Sin embargo, no existe indicación alguna de que su política, ya sea la actualmente aplicada o la planeada, sea suficiente.

“16. El Comité registra específicamente con preocupación la disposición jurídica que permite aumentos de cerca del 12% de los alquileres, aproximadamente el doble de la tasa de inflación registrada el año anterior, mientras que los salarios se encuentran aparentemente congelados.

“17. Al Comité le preocupa hondamente el número considerable de ocupaciones ilegales de edificios, sobre todo en Buenos Aires, y las condiciones en que se llevan a cabo las correspondientes expulsiones. El Comité señala a la atención del Gobierno el texto entero de su observación general No. 4 sobre "El derecho a una vivienda digna (artículo 11, 1) del Pacto)" y le insta a que la política, las leyes y la práctica tomen debidamente en cuenta esa observación general.

Más adelante, la publicación consigna que “235. El Comité examinó el informe inicial de la Argentina sobre los derechos reconocidos en los artículos 13 a 15 del Pacto (E/1988/5/Add.4) en sus sesiones 18ª a 20ª, celebradas los días 26 y 29 de enero de 1990 (E/CN.4/1990/SR. 18 a 20).

“A. Cuestiones generales

“237. Con respecto al marco general de aplicación del Pacto, los miembros del Comité preguntaron **de qué manera se había incorporado el Pacto en el derecho interno; qué programas se habían establecido para fomentar, gracias a la AOD o a la cooperación internacional multilateral, los derechos reconocidos en el Pacto; qué repercusiones tenían la deuda exterior y la crisis económica sobre el disfrute de los derechos reconocidos en el Pacto;** qué efectos tenía el Pacto en la práctica; de qué manera se manifestaba la solidaridad internacional desde el restablecimiento de la

democracia en la Argentina; qué parte representaba la ayuda recibida por el cauce de esta cooperación en el desarrollo del país y el disfrute de los derechos reconocidos en el Pacto; y cuáles eran las funciones de las Subsecretarías de Derechos Humanos del Ministerio del Interior y del Ministerio de Relaciones Exteriores. Asimismo se preguntó de qué recursos disponían los particulares para hacer valer sus derechos económicos, sociales y culturales; si se habían sometido a los tribunales casos de discriminación racial o religiosa; cómo estaba repartida la riqueza nacional; qué medidas se adoptaban para evitar que 12 millones de argentinos no vivieran por debajo del umbral de pobreza; y qué porcentaje del PNB se dedicaba a la educación y la cultura. Por último, se pidieron informaciones acerca del problema que planteaban la venta y el tráfico de niños”.

Por otra parte, incluso la misma cita de la Cámara inmediatamente precedida por frases que, al menos, requieren ser consideradas. Así la Observación General nro. 3 en su punto 10 dice: “(...) **se ha de advertir que toda evaluación en cuanto a si un Estado ha cumplido su obligación mínima debe tener en cuenta también las limitaciones de recursos que se aplican al país de que se trata.** El párrafo 1 del artículo 2 obliga a cada Estado Parte a tomar las medidas necesarias ‘hasta el máximo de los recursos de que disponga’. Para que cada Estado Parte pueda atribuir su falta de cumplimiento de las obligaciones mínimas a una falta de recursos disponibles, debe demostrar que ha realizado todo esfuerzo para utilizar todos los recursos que están a su disposición en un esfuerzo por satisfacer, con carácter prioritario, esas obligaciones mínimas” (la negrita me pertenece).

En síntesis, la cita en la que busca apoyo la Cámara está separada del contexto que le brindan otras observaciones del Comité, más específicas respecto del derecho que nos ocupa. Además, aun cuando por hipótesis, pudiera suponerse que ellas resultan determinantes para definir el alcance del derecho en juego —esto es si se soslaya la falta de aptitud de un tratado para modificar la distribución de poder prevista en la Constitución, incapacidad a la que aludí en el punto 3 apartado cuarto— de todos modos, todavía habría que considerar cómo impacta sobre el derecho analizado la circunstancia de que el Comité no haya refutado la postura sustentada por la Argentina, en relación con la no operatividad de las cláusulas del Pacto vinculadas con el acceso a la vivienda (cf. Compilación de Observaciones finales (...), nro. 241 citada y transcrita en el punto 4, primer párrafo de estos fundamentos). Así las cosas, la operatividad que pudiera asignarse al art. 31 exigiría de la Cámara un fundamento concreto que se haga cargo de las cuestiones postuladas en este apartado.

5. El pronunciamiento impugnado tampoco logra superar la crítica del GCBA en cuanto a la omisión de analizar la inexistencia de incumplimiento por parte de la demandada, que el recurrente imputa al *a quo*. Surge del relato de los hechos que la Cámara tuvo por probados que los actores gozaron de las prestaciones previstas por el decreto 895/02, que no obtuvieron la prolongación del subsidio por no presentar la propuesta de solución requerida por el art. 10 del mencionado decreto, así como que ellos reconocieron haber recibido ofertas del GCBA para acceder a planes de vivienda o alojamientos en dependencias de la demandada destinadas a ese fin (fs. 43) y que esos ofrecimientos, en algún caso, no habrían contemplado el alojamiento conjunto de los actores, dado que Saldaño habría sido excluido, aparentemente, debido a su orientación

sexual. A su vez, el objeto del amparo, rechazado en primera instancia, era obtener en sede judicial una orden para que el GCBA los incorporara a los programas de emergencia habitacional pues la negativa a incluirlos, según los actores, “conculcaba su derecho a la vivienda, a la salud y a la dignidad” (fs. 1 y 22). En tal contexto, el *a quo* debió analizar si las ofertas formuladas por la demandada eran aptas para satisfacer el derecho reclamado por los actores, acorde al alcance que correspondiera otorgarle en relación con la situación de cada uno de los amparistas. Ante la objeción de la demandada, fundada en haber cumplido las obligaciones a su cargo mediante el ofrecimiento de diversas modalidades destinadas a satisfacer el derecho reclamado, la Cámara no podía dejar de analizarlas y, en su caso, explicar las razones por las que consideraba a la demandada incurso en incumplimiento de obligaciones exigibles. Para establecer el incumplimiento, en relación con cada uno de los actores, reitero, la Sala no podía dejar de valorar las ofertas de solución propuestas por la demandada pues de ello dependía la posibilidad de imputar al GCBA la existencia de un deber incumplido. Lo ante dicho no obsta a que el accionar del Gobierno pueda ser descalificado, en cuanto a Saldaño, con base en el art. 11 de la CCBA que prohíbe expresamente la discriminación por razones de género y orientación sexual.

En realidad, la omisión analizada en este punto aparece como consecuencia inmediata del modo en que la Cámara ejerció la revisión de la sentencia impugnada. Mientras que la controversia de autos y la jurisdicción que devolvió al *a quo* el recurso interpuesto por la actora imponían expedirse sobre los hechos en que el GCBA fundó la inexistencia de incumplimiento de deberes a su cargo, en relación con el derecho reclamado por los actores, el *a quo*, mediante la formulación de un análisis abstracto soslayó tal exigencia y sólo tomó en cuenta que los amparistas “continuaban en situación de emergencia habitacional” (fs. 44) sumado a que en precedentes, cuya identidad con la situación de autos no estableció, la Sala se había pronunciado en contra de la discontinuidad de planes de vivienda, en tanto los objetivos de los programas no estuvieran cumplidos, pues lo contrario afectaría el principio de progresividad o de no retroceso social (fs. 44). Todo lo cual vendría a quedar avalado, según la Sala, por la interpretación que asignó a la observación del Comité que citó y al alcance otorgado al art. 31 de la CCBA (fs. 44 vuelta). Sin embargo, el conjunto de sus argumentos prescindieron de los hechos y el derecho en que las partes sustentaron la controversia.

Poco importa, en esta instancia, si la formulación teórica propuesta por la cámara es correcta o incorrecta, pues las opiniones vertidas por los jueces sólo pueden ser calificadas como juicios o sentencias válidos cuando resuelven las causas sometidas a su decisión, única misión a cuyo resultado la constitución otorga capacidad y legitimidad para solucionar conflictos entre derechos contrapuestos, con fuerza de verdad legal (cf. punto 3, párrafo tercero, de estos fundamentos).

En definitiva, la Cámara eludió analizar el agravio aquí considerado mediante un fundamento aparente que impide reconocer como válido al fallo recurrido.

6. Las razones expuestas conducen a descalificar la sentencia apuntada como decisión jurisdiccional válida pues los defectos que ostenta el dispositivo del fallo (analizados en el punto 3) aparecen íntimamente ligados al déficit de fundamento que

ostenta el fallo por haber separado de contexto las observaciones del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en las que buscó apoyo (punto 4) y al insuficiente análisis de las constancias de la causa para establecer el efectivo incumplimiento de obligaciones exigibles a la demandada (punto 5). Así las cosas, y hasta tanto los errores apuntados no sean subsanados por el *a quo*, cualquier interpretación o solución que este Tribunal pudiera emitir resultaría prematura y ajena al ámbito de su competencia extraordinaria cuyo ejercicio exige la resolución previa de los jueces de mérito sobre los puntos sujetos a revisión, ausente, por los motivos dados, en la decisión atacada. En otras palabras, sólo luego de que se emita una sentencia acorde a la exigencias aquí enunciadas que incluya una decisión fundada sobre las cuestiones de derecho así como las de hecho y prueba podrá este Tribunal quedar en condiciones de expedirse sobre la interpretación y aplicación de las reglas constitucionales en juego.

7. Por todo ello, emitido el dictamen Fiscal, voto por revocar el auto denegatorio, hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad interpuesto, dejar sin efecto la sentencia apelada en todas sus partes y ordenar que la Sala II de la CCAyT dicte un nuevo pronunciamiento que subsane los defectos del anulado. Ello supone dar concreción a la parte dispositiva, y decidir fundadamente acerca de la situación personal de los actores, encuadrándola en las normas que resulten aplicables, despejando previamente la cuestión relativa a su operatividad y al cumplimiento que invoca la demandada. El modo en que se resuelve justifica imponer las costas, si las hubiera, por su orden (art. 14 CCBA).

El juez José Osvaldo Casás dijo:

1. Mediante una acción de amparo dos personas demandan al Gobierno de la Ciudad “al no reconocerse (su) derecho a una vivienda digna, toda vez que (les) es negada la inclusión en los programas de emergencia habitacional” (fs. 1). Explican los amparistas que el Gobierno oportunamente les otorgó un subsidio de \$ 1.800 —que se entrega por única vez (conf. art. 6, decreto n° 895/02)— y que con ese importe podían pagar una habitación de hotel y convivir juntos. Sin contar con trabajo y agotada la ayuda estatal pasaron a vivir en la calle. Ante reclamos posteriores para que se les extendiera un nuevo subsidio, la Administración, primero, guardó silencio y, con posterioridad, les informó que no podían ser ubicados juntos en los alojamientos dependientes del Gobierno destinados a hombres, debido, aparentemente, a la opción sexual adoptada por uno de ellos, M. E. S. , alias *Evelyn Saldaño*. En este estado de situación se decidió accionar judicialmente. En suma, los amparistas reconocen haber gozado de un beneficio estatal de asistencia habitacional pero ahora, una vez agotadas las prestaciones, solicitan la inconstitucionalidad de ese decreto que instituyó el subsidio con fundamento en la transitoriedad de la solución ofrecida. Al mismo tiempo, requieren su inclusión en algún plan que pueda satisfacer sus necesidades de vivienda.

2. El GCBA, al contestar el informe del art. 8° de la ley 16.986, además de reiterar que el decreto n° 895/02 establecía un subsidio único de \$ 1.800 y que los amparistas ya lo han recibido, destacó que, según lo informado por el área de Coordinación General del Programa de Atención a Familias en Situación de Calle, dependiente de la Secretaría de Desarrollo Social (cf. copia de fs. 62/62, autos principales), los actores mantuvieron entrevistas con una trabajadora social y fueron orientados respecto de diversos proyectos a fin de solucionar su problemática laboral y habitacional. Se aclara en el informe citado que, por ejemplo, uno de los programas vigentes es el Plan de Emergencia Habitacional mediante el cual el GCBA entrega materiales de construcción, brinda asesoramiento técnico y ayuda con el traslado de materiales (fs. 63, autos principales). Sin embargo, afirma la Procuración General de la Ciudad que ni el actor ni su grupo familiar respondieron a las ofertas realizadas (fs. 65/65 vuelta, autos principales). Esto es relevante, toda vez que el art. 10 del mencionado decreto n° 895/02 contempla la posibilidad de extender el subsidio si los interesados manifiestan alguna propuesta “factible” orientada a solucionar su situación habitacional. Respecto de esta última afirmación del Gobierno, explicaron los amparistas que no tienen por el momento ninguna posibilidad de encontrar una salida estable y que los planes supuestamente ofrecidos no solucionan en lo inmediato su situación de calle (fs. 73/74, autos principales y 87 vuelta, autos principales).

3. En mi opinión, el desafío que para los jueces plantea el tema de la *exigibilidad* de los derechos económicos, sociales y culturales —consagrados a nivel local en el Título Segundo (Políticas Especiales) del Libro Primero de la CCBA— es, tal vez, una de las cuestiones más relevantes y delicadas de nuestro tiempo. En la Ciudad, además, según el art. 10 de la CCBA, “(l)os derechos y garantías no pueden ser negados ni limitados por la omisión o insuficiencia de su reglamentación y ésta no puede cercenarlos”.

A esta altura parece oportuno recordar algunas palabras del catedrático de la Universidad Complutense Tomás-Ramón Fernández al momento de reflexionar —a partir de la situación española— y destacar que, hoy en día, “(l)os derechos fundamentales que las Constituciones reconocen y proclaman han pasado a formar parte de la cultura colectiva, se han interiorizado por los ciudadanos, que los sienten y los viven como propios, no como meras declaraciones formales expresivas de un *desideratum* inalcanzable (...). Esto es, sin duda, lo que explica el crecimiento continuo de la litigiosidad, tanto en la jurisdicción constitucional a través del recurso de amparo, como en la jurisdicción contencioso-administrativa. Las estadísticas judiciales son abrumadoras en este sentido.” (*Panorama del Derecho Administrativo al comienzo de su tercera centuria*, La Ley, Buenos Aires, 2002, ps.110 y 111).

Es que la afirmación vertida, hace ya más de un siglo y medio, por Juan Bautista Alberdi que “no puede haber Gobierno gratis” y que “según esto, el Tesoro y el Gobierno son dos hechos correlativos que se suponen mutuamente” (*Sistema económico y rentístico de la Confederación Argentina según su Constitución de 1853*, tercera parte, capítulo III, parágrafo I, confrontar en cualquiera de sus ediciones, a partir de la primigenia de imprenta y librería Del Mercurio de Santos Tornerio y Ca., Valparaíso, 1854), cobra aún mayor significación frente a los derechos humanos de contenido social, generalmente calificados en sus aspectos más visibles como “derechos prestacionales”, en los cuales se activa la

función ingresos–gastos públicos, por lo cual los gerencadores del bien común deben administrar, con especial prudencia, recursos escasos y de incremento inelástico.

En este caso concreto se plantea el tema de la exigibilidad, justamente, de uno de los llamados “derechos sociales” y, entonces, las preguntas más obvias que pueden formularse como punto de partida son: ¿Hasta dónde está obligado a hacer el Estado a partir del reconocimiento constitucional del “derecho a la vivienda digna”? ¿Cómo debe promoverse la difusión y acceso a la propiedad privada como modo de redención de los desposeídos y sin techo? ¿Hasta dónde llega el deber de contribuir con las cargas públicas de los más acomodados para, en términos de solidaridad, satisfacer las afligentes urgencias de quienes viven en la marginación? ¿Cuál es el rol que le cabe desempeñar al Poder Judicial sobre el particular? ¿Quién define si un Estado ha realizado o no todo lo posible para proveer al menos un nivel esencial que permita el goce de este derecho en la medida de los recursos disponibles? ¿A partir de qué parámetros se arriba a esa definición?

La respuesta, claro está, no es sencilla. Entran en juego temas importantes, algunos antiguos (la división de poderes, el derecho a la igualdad de los ciudadanos frente a la ley), otros, si se quiere, un poco más novedosos (el control judicial de la inactividad material del Estado y, a continuación, la posibilidad de establecer su responsabilidad por omisión). El asunto no se agota allí, pero la enunciación se formula a simple título ilustrativo.

4. En el estado de tratamiento de la cuestión, no ofrecería duda cuál es la respuesta que debería brindarse si el derecho comprometido de manera directa e inmediata fuera, por ejemplo, el derecho a la salud —por su imbricación esencial con el derecho a la vida, soporte de todos los demás derechos—, como lo ha señalado terminantemente la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en las causas: “*Asociación Benghalensis y Otros v. M^o de Salud y Acción Social – Estado Nacional*” (Fallos: 323: 1339), sentencia del 1° de junio de 2000, “*Ana Carina Campodónico de Bevilacqua v. Ministerio de Salud y Acción Social – Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas*” (Fallos: 323:3229), sentencia del 24 de octubre de 2000, “*Asociación de Esclerosis Múltiple de Salta v. Ministerio de Salud de la Nación*” (Fallos: 326:4931), sentencia del 18 de diciembre de 2003 y “*Reynoso, Nilda Noemí c/ I.N.S.S.J.P. s/ amparo*”, Registro del Alto Tribunal 638. XL, sentencia del 16 de mayo de 2006. Más aún cuando la relación entre lo que se demanda y los recursos e intereses públicos comprometidos para su atención conduce necesariamente a no postergar la provisión de los medicamentos contra el HIV o los graves trastornos neoplásicos, de esclerosis múltiple o diabéticos, más allá de las matizaciones que pueden advertirse en cada uno de los pronunciamientos referidos. El reclamo de los actores, en estos casos, además, no parece traducirse en un cuestionamiento a las *distintas modalidades posibles para brindar una determinada prestación*, sino que fue solicitado por la angustiada necesidad y concedido en los términos específicos que determinaban los consensos científicos alcanzados en la investigación médica.

Lo expuesto precedentemente, asimismo, se señala teniendo en cuenta una graduación axiológica de los derechos constitucionales acreedores de tutela judicial y la intensidad con que deben ser satisfechos en cada caso concreto, sin que ello importe

desconocer la ostensible vinculación entre el derecho a la vivienda digna y el derecho a la salud integral, tal como se lo concibe en el art. 20 de la CCABA.

5. El Capítulo Quinto del Título Segundo de la Constitución local se refiere al “Hábitat” y dispone:

“Artículo 31° - La Ciudad reconoce el derecho a una vivienda digna y a un hábitat adecuado. Para ello:

1. Resuelve progresivamente el déficit habitacional, de infraestructura y servicios, dando prioridad a las personas de los sectores de pobreza crítica y con necesidades especiales de escasos recursos.

2. Auspicia la incorporación de los inmuebles ociosos, promueve los planes autogestionados, la integración urbanística y social de los pobladores marginados, la recuperación de las viviendas precarias y la regularización dominial y catastral, con criterios de radicación definitiva.

3. Regula los establecimientos que brindan alojamiento temporario, cuidando excluir los que encubran locaciones.”

Por supuesto que estos preceptos se ven reforzados por lo establecido en el art. 14 bis, CN y en los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional pertinentes (art. 75, inc. 22, CN).

6. Desde esta perspectiva, coincido con mi colega, el doctor Luis F. Lozano. La sentencia de la Cámara resuelve el juicio mediante pautas de excesiva latitud que no se hacen cargo de las particularidades de la causa y, en consecuencia, la descalifican como acto jurisdiccional válido. El pronunciamiento aludido condena al GCBA “a que mientras subsista la situación actual de los accionantes les preste adecuada asistencia habitacional, ya sea mediante la continuación de las prestaciones previstas en el decreto n° 895/02, o bien incorporándolos a cualquier otro plan que resguarde los fines habitacionales perseguidos en este proceso” (fs. 105, autos principales).

Ocurre que el GCBA expresó en el curso de la causa que la previsiones del decreto n° 895/02 son **inaplicables a los actores** porque ya han recibido el subsidio de \$ 1. 800 que contempla —y que, por lo demás, al día 22 de marzo de 2006, han percibido desde su ingreso a los programas habitacionales la suma total de \$ 10.380 (cf. informe suscripto por el señor Director General de Fortalecimiento Familiar de la Subsecretaría de Gestión Social y Comunitaria de la Secretaría de Desarrollo social del GCBA, obrante a fs. 115)—. Asimismo, la Ciudad manifestó que otros planes vigentes en la jurisdicción también les **fueron ofrecidos** y los amparistas no se interesaron por ellos.

Así las cosas, tengo para mí que la fórmula empleada en el dispositivo de la sentencia no permite definir con precisión cuál es la conducta que deben adoptar las autoridades de la Ciudad y dentro de qué límites.

Tal vez esta imprecisión obedezca a la manera en que se han abordado la concreta petición que se formula en la demanda y las posteriores argumentaciones opuestas por el Estado local.

Porque si la cuestión se encuadra como un caso de simple omisión de la Administración en incluir a los actores en *algún* (cualquier) plan habitacional, el caso es

sencillo y sólo debe dilucidarse si existe o no un deber jurídico incumplido por la Ciudad, a la luz del conjunto de normas y principios que disciplinan su accionar y de las circunstancias comprobadas de la causa. Concretamente, debe constatarse si la Ciudad omitió o no omitió ofrecer a los amparistas alguna salida razonable para cubrir la situación de desamparo que los afecta.

Si, como queda dicho, no cabe ya ponderar una simple omisión, por la negativa del Gobierno a incluir a los actores en *algún* plan habitacional, debería resolverse, también a partir de las circunstancias comprobadas de la causa, hasta dónde es posible exigir judicialmente que el GCBA implemente *un plan a medida de los amparistas*, porque los que se encuentran en vigencia, o bien no les son aplicables (decretos n^{os} 1.234/04 y 97/05), ya se han agotado en lo que a ellos respecta (el subsidio del decreto n^o 895/02), o bien no reúnen las condiciones que ellos conciben necesarias para el goce efectivo de sus derechos constitucionalmente garantizados (a la vivienda digna y a ser diferentes sin discriminación, con pretexto de orientación sexual). No paso por alto, tampoco, el pedido de inconstitucionalidad del decreto n^o 895/02 formulado en la demanda que no ha sido objeto de tratamiento por los jueces de mérito por considerarse una cuestión inoficiosa.

En virtud de lo expresado, la sentencia objetada no brinda argumentos consistentes que permitan sostenerla como acto jurisdiccional válido, tal como lo expresa en su fundado voto el señor juez Luis F. Lozano, cuyos términos comparto (cf. desarrollos contenidos especialmente en los puntos 3 a 5, así como la conclusión del punto 6).

Por las consideraciones expuestas, corresponde: a) hacer lugar a los recursos de queja e inconstitucionalidad deducidos por el GCBA; b) dejar sin efecto la sentencia objetada; y c) devolver el expediente a la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario para que dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a lo aquí decidido.

Costas, si las hubiera, por su orden (art. 14, CCBA).

Así lo voto.

La jueza Ana María Conde dijo:

Adhiero a los votos de los Dres. Lozano y Casás, quienes han agotados las cuestiones a tratar, puntualizando, en términos que comparto, las falencias que ostenta la sentencia recurrida y que impiden que pueda considerarse un pronunciamiento judicial válido en los términos del art. 145 CCAyT.

En efecto, no se advierte en el fallo impugnado un desarrollo argumental que —a partir del análisis de la ilegalidad o manifiesta arbitrariedad de la conducta asumida por la demandada— concluya, con adecuado respaldo en las constancias de la causa, el sustento suficiente para considerar incumplida una obligación legal impuesta concretamente por una norma a favor del derecho de los accionantes.

Tal como reiteradamente lo ha afirmado la Corte Suprema de Justicia de la Nación *“toda sentencia constituye una unidad lógica jurídica cuya parte dispositiva debe ser la conclusión final y necesaria por derivación razonada del examen de los presupuestos fácticos y normativos efectuados en su fundamentación”* (Fallos 316:609; 308:139; 320:985 entre muchos otros). El pronunciamiento objetado no cumple con tales recaudos pues sólo se sustenta en principios generales emanados de la Constitución y tratados internacionales, con extensa mención de sus citas y transcripciones, pero sin vincularlos mediante un razonado estudio y ponderación de sus alcances con las constancias y pruebas que ofrece la causa. En este sentido, debe destacarse que lo que otorga validez a la decisión judicial no es el mero imperio del juzgador expresado en la parte dispositiva, sino fundamentalmente, las motivaciones concretas que le sirven de base y que deben surgir claramente de la resolución que se dicte.

Por lo demás, tampoco puede soslayarse el hecho de que la condena impuesta al Gobierno de la Ciudad resulta imprecisa e indeterminada, lo que no se condice con la finalidad de un proceso judicial destinado a dotar de certeza a una determinada relación o situación jurídica, y menos aún con la del proceso de amparo en el cual la integridad del derecho lesionado debe ser inmediatamente reparada. Existe consenso en afirmar que *“toda sentencia de amparo debe ser categórica y ejecutiva”* (conf. Fiorini, Bartolomé, “ El recurso de amparo”, L.L. 93-946 y Sagüés, Néstor Pedro, “Acción de amparo”, p. 457), pues de ello depende el alcance de la decisión.

Sin embargo, en el caso de autos, no puedo menos que coincidir con mis colegas Dres. Lozano y Casás en cuanto sostienen la imposibilidad de comprender el alcance de la condena impuesta pues, aparentemente, su objeto ha sido ya agotado por la accionada al ofrecer distintos planes de empleo y de vivienda a los actores y al haberle concedido un subsidio transitorio en el marco del decreto 895/02. No queda claro entonces, cuál es la conducta que se le impone al Gobierno desplegar para acatar la decisión de la Cámara y ello afecta, sin duda, su derecho de defensa en juicio pues le impide agraviarse adecuadamente de la sentencia así dictada.

Estas consideraciones resultan a mi juicio suficientes para coincidir con la solución propuesta en los votos a los que adhiero.

Por ello, emitido el dictamen por el Sr. Fiscal General Adjunto, por mayoría,

el Tribunal Superior de Justicia

resuelve:

1. Hacer lugar a los recursos de queja e inconstitucionalidad deducidos por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y dejar sin efecto la sentencia recurrida.

2. Devolver el expediente a la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario para que dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a lo decidido en esta sentencia.

3. Imponer las costas del recurso de inconstitucionalidad por su orden.

4. Mandar que se registre, se notifique, se agregue la queja a los autos principales y, oportunamente, se remita copia de esta sentencia a la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario y el expediente a la Sala II.

El juez Julio B. J. Maier no vota por estar en uso de licencia.

[1] Con cita de Payá, Fernando H., *La Unidad de la Sentencia*, ED 142-231 (1991) y Rocco, Alfredo, *La Sentencia Civil*, traducción de Ovejero, Mariano, Ed. Stylo, México, págs. 168 a 172”.

[2] Entiendo que la palabra *duty* queda mejor traducida entendiéndola alternativamente como deber-atribución, razón por la cual lo dejo indicado entre paréntesis.

[3] “Mandamus issues to compel an officer to perform a purely ministerial duty. It cannot be used to compel or control a duty in the discharge of which by law he is given discretion. The duty may be discretionary within limits. He cannot transgress those limits, and if he does so, he may be controlled by injunction or mandamus to keep within them. The power of the court to intervene, if at all, thus depends upon what statutory discretion he has. Under some statutes, the discretion extends to a final construction by the officer of the statute he is executing. No court in such a case can control by mandamus his interpretation, even if it may think it erroneous”.