

**Expte. n° 4568/06 “T. E. C. c/ GCBA
s/ amparo (art. 14 CCABA) s/ recurso
de inconstitucionalidad concedido”**

Buenos Aires, 9 de agosto de 2006.-

Visto: el expediente indicado en el epígrafe,

resulta:

1. La Sra. E. C. T. , por derecho propio y en representación de su hijo menor de edad, interpuso acción de amparo contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires a fin de que se los incorpore a los programas de emergencia habitacional (fs. 1/11).

Manifiesta que por intermedio de la Secretaria de Desarrollo Social ingresó al Programa de Atención a Familias en Situación de Calle y recibió un subsidio habitacional de \$ 1.800 que fue abonado en seis cuotas de \$ 240.- y una última cuota de \$ 340, con el cual abonó la habitación de un hotel. Al vencerse dicho subsidio, presentó distintas notas relatando su situación y solicitando ayuda ante la Coordinación de Unidad de Gestión de Familias en Situación de Calle sin obtener respuesta alguna por parte del Gobierno de la Ciudad. Relata que su hijo asiste a la Escuela N° 11 del Distrito Escolar N° 6, donde recibe la comida diaria, pero que ella, pese a recibir un plan Jefas y jefes de hogar, no puede hacer frente al pago de una vivienda.

Asimismo, como medida cautelar, solicitó que mientras dure la tramitación del amparo, se ordene al GCBA que la incluya junto a su grupo familiar, en los programas de emergencia habitacional, medida a la que el Juez de primera instancia hizo lugar (fs. 29/30).

2. La demandada presentó el informe previsto en el art. 8º de la ley 16.986 solicitando el rechazo de la demanda por entender que la acción de amparo resulta improcedente, que no existe una obligación jurídica incumplida por parte del Gobierno y por no verificarse la existencia de un caso o controversia (fs. 84/88).

3. El juez de primera instancia hizo lugar a la acción de amparo y ordenó al GCBA que a través de los organismos competentes provea a la actora y a su hijo los medios necesarios para solucionar su situación de carencia habitacional, incluyéndola en alguno de los programas habitacionales vigentes, o por medio de otras acciones que estime útiles a tal propósito (fs. 106/110).

4. El GCBA apeló la sentencia sosteniendo que en ella no se determina concretamente el acto u omisión en que incurrió el GCBA, que se prescindió de constancias de la causa, que no existe deber jurídico incumplido y que el fallo pasó por alto la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia (fs. 115/118)

5. La Sala II de la CCyT rechazó el recurso de apelación y confirmó la sentencia de primera instancia, con costas a la demandada vencida (fs. 133/137)

6. Contra dicha resolución, el GCBA interpuso recurso de inconstitucionalidad (fs. 140 bis/148), el que fue declarado admisible por la Cámara (fs. 168).

7. El Asesor General Tutelar, consideró que debía desestimarse el recurso de inconstitucionalidad interpuesto y confirmar la sentencia de Cámara (fs. 179/181), en tanto que el Fiscal General Adjunto, en su dictamen, propició declarar mal concedido el recurso de inconstitucionalidad articulado por el GCBA (fs. 183/185).

Fundamentos:

La jueza Ana María Conde dijo:

1. Si bien es técnicamente cierto que el Gobierno de la Ciudad, al apelar la sentencia de primera instancia, circunscribió básicamente sus agravios a la improcedencia del amparo por entender que no estaba determinada en forma concreta la omisión de un deber constitucional y por no encontrar incumplida ninguna obligación que justificara la condena impuesta, lo cierto es que toda su argumentación, remite, en definitiva, a las modalidades que el GCBA ha implementado para establecer políticas tendientes a dar cumplimiento a la obligación constitucional de garantizar el derecho a la vivienda (art. 31 CCBA). De tal modo, para tratar los agravios presentados por la demandada, la Cámara debió analizar si, en la especie, se encuentra cumplida o no la actividad que la Constitución local le impone en relación con este derecho social. No cabe entonces, la posibilidad de desvincular, como lo propone el dictamen del Sr. Fiscal General Adjunto, la cuestión eje del debate —determinación del alcance y limitaciones en el ejercicio del mencionado derecho a la vivienda—, bajo pena de afectar el derecho al debido proceso y a la defensa en juicio de la parte demandada.

En suma, la decisión de considerar extemporáneo el planteo estatal en relación con el alcance de las obligaciones impuestas por la Constitución de la Ciudad y los pactos y tratados internacionales que garantizan el acceso a la vivienda, no encuentra sustento en las constancias de la causa ni en las presentaciones de la demandada, que en todo momento sostuvo haber dado cumplimiento a las obligaciones a su cargo para hacer efectivo el mandato contenido en el art. 31 de la Constitución local.

La cuestión, entonces, se centra en la interpretación dada por la Cámara al alcance y exigibilidad del derecho a la vivienda digna y a la correlativa conclusión acerca de su incumplimiento por parte de la accionada, lo que conforma el “caso constitucional” requerido por el art. 27 de la ley 402 para habilitar el tratamiento del recurso.

2. La Señora E. C. T. , en su nombre y en el de su hijo menor, interpuso una acción de amparo por no reconocerse su derecho a la vivienda “toda vez que le es negada la inclusión en los programas de emergencia habitacional” (fs. 1). Explicó que no tiene trabajo, que percibe \$150 del Plan Jefes y jefas de Hogar y realiza changas eventuales y que el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires le otorgó, a su pedido, un subsidio habitacional de \$ 1800 —que se entrega por única vez (conf. art. 6º, decreto n° 895/02)— que le permitió pagar una habitación de hotel. Agotada la ayuda estatal y sin que hubiera variado su situación crítica, solicitó asistencia al Coordinador de la Unidad de Gestión de Familias en Situación de Calle. Recurrió posteriormente a la Defensoría del fuero contencioso-administrativo que libró diversos oficios al Coordinador General del Programa de Subsidio Habitacional para Familias en Situación de Calle, que no fueron contestados. Ante tal panorama, resuelve accionar judicialmente y logra, como medida cautelar, que se le extienda el subsidio habitacional previsto en el decreto 895/02 y que se disponga el seguimiento mensual de su caso social.

3. El GCBA, al contestar el informe del art. 8º de la ley 16.986, además de manifestar que el decreto 895/02 establece un subsidio único de \$ 1800 y que la amparista ya lo ha recibido, destacó que, según lo informado por el Coordinador General del Área

Política Habitacional y Emergencia Social, dependiente de la Secretaría de Desarrollo Social, como consecuencia de la medida cautelar ordenada judicialmente, la actora mantiene mensualmente entrevistas con una trabajadora social en busca de alternativas de solución para su problema habitacional, que se encuentra realizando cursos de microemprendimientos y que se le ofrecerá la posibilidad de otorgarle un beneficio para obtener una máquina de coser a fin de que pueda trabajar y mejorar su situación; que, por lo demás se encuentra percibiendo el subsidio habitacional previsto en el decreto 895/02; que percibe un ingreso proveniente de un Plan de Jefas de Hogar y que se encuentra inscrita en un programa habitacional denominado “Cooperativa USO” (informe de fs. 80 y ss.)

Por lo demás, resulta relevante destacar que la actora pudo formular propuestas concretas destinadas a superar su situación habitacional (art. 10° del decreto 895/02) que comprenden , si se consideran viables, la extensión del subsidio.

4. La problemática de la causa resulta análoga a la planteada en los autos “Panza, Angel R. C/ GCBA s/ amparo”, expediente n° 4270/05, de fecha 23 de mayo de 2006, y remite, centralmente, a la cuestión de la exigibilidad y ejercicio de los derechos sociales amparados constitucionalmente, en particular del derecho a la vivienda (art. 31 CABA). En dicha oportunidad adherí a los argumentos concordantes de los jueces Dres. Casás y Lozano que fundaron, con suficiencia, la necesidad de dar adecuado tratamiento a la cuestión planteada, despejando las dudas que la demanda judicial del reconocimiento del derecho a la vivienda genera y cuyos distintos aspectos y variables no han sido considerados por la Cámara en sus sentencias, por lo cual me remito ahora a lo expuesto por estos jueces en sus votos, por resultar plenamente aplicables al presente caso.

5. En efecto, el fallo ahora impugnado no ofrece un desarrollo argumental que —a partir del análisis de la ilegalidad o manifiesta arbitrariedad de la conducta asumida por la demandada, presupuestos del amparo— 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, ni con las concretas argumentaciones que fundan el recurso del Gobierno.

En efecto, la Cámara admite expresamente que el dictado del decreto 895/02 *“...constituye una estrategia concreta en la realización del derecho humano fundamental a una vivienda digna...”* y que *“...resulta un intento de alcanzar las directivas políticas de la*

Constitución de la Ciudad”, para concluir que, con relación al mencionado decreto, “...no existe en autos un accionar arbitrario o ilegítimo de la demandada” ni se advierte un supuesto de “Estado omisivo” que no genera actividad alguna para intentar realizar el compromiso constitucional (considerandos 6° y 7° de la sentencia de Cámara). Sin embargo, a continuación, postula la doctrina conocida como “progresividad de los derechos sociales”, ubicando allí el fundamento de la admisibilidad de la acción intentada, por considerar que la medida asistencial prestada a la actora “ por insuficiente en el caso puntual afecta la mencionada cláusula de progresividad que informa la legislación en materia de derechos humanos” (considerandos 7° in fine y 8° de la sentencia de Cámara).

En este punto de análisis, se advierten en la estructura del fallo cuestionado dos falencias que le restan validez como pronunciamiento jurisdiccional. Por un lado, se ha omitido requerir información actual (la que consta en autos es de septiembre del 2003) acerca del resultado de las diversas acciones encaradas por el Gobierno para asistir a la actora, como por ejemplo si se le otorgó el beneficio previsto para obtener una máquina de coser con la cual realizar su emprendimiento, si se concretó o en que fase de ejecución se encuentra el Plan Habitacional conocido como “Cooperativa USO” o si subsiste la percepción del Plan Jefas de Hogar. Por otro, tampoco se ha determinado cuál es el alcance —en cuanto a la exigibilidad y ejercicio— del derecho de los particulares a reclamar del Gobierno acciones concretas que garanticen el cumplimiento del art. 31 de la Constitución local.

Es claro, en mi parecer, 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 ello, la falta de consideración de los aspectos omitidos y las contradicciones que ostenta la argumentación de la Cámara determinan que la sentencia recurrida no se sostenga como acto jurisdiccional válido.

Considero relevante remarcar que no me refiero a que la señora Toloza tenga o no tenga los derechos que la Cámara le reconoce, sino a que, para considerar incumplida una obligación constitucional y ordenar, en consecuencia una conducta que la subsane, es requisito que el pronunciamiento recepte y se haga cargo de las defensas de la parte demandada, estableciendo de manera coherente y razonada los límites al ejercicio de los derechos alegados, si éstos son absolutos, cuál es el deber que el ordenamiento jurídico le impone a la Administración, si existe una forma concreta bajo la cual deba ser prestada la tutela a la vivienda, qué ocurre con el principio cardinal de igualdad ante la ley frente a las necesidades de otras personas en idéntica situación, cómo se adapta el cumplimiento de estas sentencias a las normas presupuestarias y a la realidad de que los recursos disponibles son limitados, entre otros argumentos que invoca la demandada para refutar la inexistencia de omisión de su parte.

Nada de ello se advierte ponderado más que en forma vaga y superficial, insuficiente sin duda, para delinear una doctrina sólida y seria acerca de la exigibilidad del derecho a la vivienda (art. 31 CABA) y del alcance de la garantía constitucional, tal como lo merecen los litigantes.

6. Por otra parte, la condena impuesta por la Cámara se expresa mediante pautas de excesiva latitud que no se hacen cargo de las particularidades de la causa, ni recepta las distintas vías de acción intentadas por el Gobierno para asistir a la actora en su problemática.

En efecto, el pronunciamiento —por remisión a la sentencia de primera instancia— ordena al GCBA “a que a través de los organismos competentes provea a la actora y a su hijo, los medios necesarios para solucionar su situación de carencia habitacional, ya sea incluyéndola en alguno de los programas habitacionales vigentes, o por medio de cualquiera otras acciones que estime útiles a tal propósito, preservando la autosuficiencia del grupo familiar y garantizando la posibilidad de continuar habitando en un ámbito de independencia y autonomía, por el tiempo necesario y hasta que pueda contar con una solución definitiva a su necesidad” (fs.110).

Como ya lo expuse al votar en la mencionada causa “Panza c/ GCBA”, el hecho de que la condena impuesta al Gobierno de la Ciudad resulte imprecisa e indeterminada 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, 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. Sin que se exprese en forma indubitada la acción que se impone cumplir, se afecta, sin duda, el derecho de defensa en juicio de la demandada pues le impide agravarse adecuadamente de la sentencia dictada o dar cumplimiento a la misma desde que ignora con qué acción concreta se considerará acatado el fallo.

Estas consideraciones resultan a mi juicio suficientes para afirmar que la sentencia objetada no brinda argumentos consistentes que permitan sostenerla como acto jurisdiccional válido. En consecuencia corresponde a) hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad deducido por el GCBA, b) revocar la sentencia cuestionada y c) devolver el expediente a la Cámara para que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a lo aquí decidido y tomando en consideración las circunstancias actuales de la situación de la actora.

7. Sin perjuicio de la subsistencia de la medida cautelar dictada en autos, notifíquese lo resuelto a la Asesoría General de Incapaces a los fines previstos en la ley 114 CABA.

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. La sentencia apelada confirma la de primera instancia que dispone “[...] ordenar al GOBIERNO de la CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES que a través de los organismos competentes provea a la actora Sra. E. C. T. y a su hijo LUCAS JAVIER TOLOZA los medios necesarios para solucionar su situación de carencia habitacional, ya sea incluyéndola en alguno de los programas habitacionales vigentes, o por medio de cualesquiera otras acciones que estime útiles a tal propósito, preservando la autosuficiencia del grupo familiar y garantizando la posibilidad de continuar habitando en un ámbito de independencia y autonomía, por el tiempo necesario y hasta que pueda contar con una solución definitiva a su necesidad” (fs. 110).

En el camino para arribar a esa decisión el *a quo* descarta, por insuficiente a la luz de las normas aplicables —a saber, los arts. 2 y 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y los arts. 17 y 31 de la CCBA—, el hecho de que la actora haya percibido del GCBA un subsidio de \$1.800 —pagadero en seis cuotas de \$240 y una última de \$ 340—, que perciba \$150 mensuales provenientes del Plan Jefas de Hogar —del gobierno nacional—, que se encuentre inscripta en un programa habitacional denominado “Cooperativa U.S.O”, y que se estuviera estudiando la posibilidad de otorgarle un beneficio a fin de que pudiera obtener una máquina de coser a fin de encara un proyecto de microemprendimientos (fs. 106). Sostuvo el *a quo* que la asistencia dada, si bien “intenta realizar el compromiso constitucional [...] resulta fundamental tener presente lo dispuesto por el párrafo primero del artículo 2º del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en cuanto prevé que cada uno de los Estados Partes se compromete a **adoptar medidas**, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, **hasta el máximo de los recursos de que disponga**, para lograr **progresivamente**, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, **la plena efectividad de los derechos reconocidos** [...por lo que] esa asistencia resultó sólo un mero paliativo temporal que, transcurrido, devolvió a sus beneficiarios a la situación extrema en que se encontraban con anterioridad al acceso al beneficio” (ver punto 7 a fs. 135).

2. Contra dicho pronunciamiento levantó la demandada las siguientes objeciones: 1) que “ni del art. 31 de la CCBA ni del artículo 14 de la CN nace un derecho individual exigible a continuar siendo asistido por el Estado cuando se agotan las prestaciones fijadas en la normativa vigente en el sentido interpretado por el Tribunal” (fs. 143), que “tanto el artículo 31 como el 17 citados por la Cámara como fundamento de su decisión, están insertos en el título II de la Constitución, denominado ‘Políticas Especiales’ (fs. 143 vta.); 2) que “el Decreto Nº 895 [...] establece una serie de prestaciones mínimas, de conformidad con los recursos presupuestarios y humanos, existentes al tiempo de paliar una situación de gravísima coyuntura socio económica (fs. 144); 3) que el *a quo* habría violado la división de poderes prevista en la CCABA toda vez “que la implementación de derechos económicos, sociales y culturales depende en parte de actividades de planificación, previsión presupuestaria y proceso de puesta en marcha que, por su naturaleza corresponden a los poderes políticos siendo excepcionales los casos en que el poder judicial puede llevar a cabo la tarea de suplir la inactividad de aquéllos [...]y que...” “bajo la concepción

individualista de los derechos sociales que sostiene la Cámara este importantísimo y fundamental mandato constitucional no se cumple: **el juez reemplaza a la Legislatura en la creación de dinero público y, obviamente, en la necesidad de establecer tributos**” (fs. 144 y 145); y 4) que “el programa establecido por el Decreto N° 895 no puede calificarse como deliberadamente regresivo, sino más bien, todo lo contrario, dado que la política por él implementada, no empeoró la situación de los beneficiarios, sino que la mejoró” (fs. 146).

3. La sentencia impugnada es definitiva, emana del superior tribunal de la causa, y contiene agravios de naturaleza constitucional y federal. Asimismo, en relación al criterio sostenido por el Fiscal General Adjunto en su dictamen, según el cual el recurso presentaría cuestiones tardíamente introducidas por ser sobrevinientes al recurso de apelación (fs. 184), entiendo aplicable *mutatis mutandis* la doctrina de la CSJN según la cual “la oportunidad en que haya sido introducida la cuestión federal en el pleito es indiferente, a los efectos de la procedencia del recurso extraordinario, cuando el superior tribunal local la ha examinado y resuelto (*Fallos*: 137:294; 142:37; 183:396; 185:242), pues ello equivale a decidir implícitamente que se halla habilitado por la respectiva ley procesal para pronunciarse al respecto” (*Fallos*: 188:482). En tales condiciones, considero que el recurso de inconstitucionalidad fue correctamente concedido por el *a quo*, y debe ser tratado en esta instancia.

4. La cuestión de autos es sustancialmente análoga a la resuelta por este tribunal *in re* “GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ‘Panza, Ángel R. c/ GCBA s/ amparo (art. 14, CCABA)’” —expte. n° 4270/05, resolución de fecha 23 de mayo de 2006—. A continuación reproduciré los fundamentos desarrolladas en dicho precedente, con las adaptaciones del caso.

5. 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 n° 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.

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

Por un lado, conforme destaca en el punto 5 de su voto la Sra. jueza de trámite, Dra. Ana María Conde, el fallo en crisis fue dictado sin contar con información actual acerca del estado de las gestiones llevadas a cabo por el GCBA para asistir a la actora, como por ejemplo, si le otorgó el beneficio solicitado para obtener una máquina de coser con la cual realizar un microemprendimiento, si se concretó o en que fase de ejecución se encuentra el Plan Habitacional conocido como “Cooperativa USO” o si subsiste la percepción del Plan Jefas de Hogar. Ello redundó en una fundamentación aparente que soslayó la consideración de cuestiones de hecho relevantes, cuando de analizar si la conducta del GCBA era satisfactoria a la luz del estándar fijado por el *a quo* se trataba; nótese que el GCBA expresamente sostuvo en su recurso de apelación que las circunstancias descriptas demostraban “la asistencia del G.C.B.A. a la problemática planteada por el amparista” (fs. 117).

Por otra 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, desdoblando 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 un 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].

7. En relación a si los actores tienen un derecho individual exigible a continuar siendo asistidos por el Estado cuando se agotan las prestaciones provenientes de los planes vigentes, el *a quo* respondió afirmativamente dicha cuestión (fs. 135) fundándose en la “progresividad” de los derechos humanos, que impone “una mejora continua de las condiciones de existencia”, y prohíbe “toda medida que implique un deliberado retroceso en la materia”. Asimismo, sostuvo que el “estado local se encuentra alcanzado por numerosas normas que consagran el derecho a la vivienda y le imponen un deber de hacer”, y tiene presente el artículo 2º del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en los términos descriptos en el punto 1 de este voto.

Ahora bien, el planteo del GCBA según el cual dichos derechos no serían directamente operativos, no queda debidamente contestado por el *a quo* en tales términos. En efecto, el repaso del texto de las disposiciones pertinentes del tratado, y de diversas Observaciones Generales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales muestra que, a efectos de concluir que el GCBA ha incumplido con las disposiciones del mencionado pacto, el análisis realizado por el *a quo* ha sido insuficiente.

Por una parte, la cita completa del artículo 2º del Pacto, al que acude la Cámara en su fallo, reza:

- “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”.

Aparece aquí la remisión a la aplicación presupuestaria de cada estado comprometido por ese acuerdo internacional, en el sentido destacado en 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 cuanto a las observaciones e informes del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en primer término se destaca la descripción del examen que la comisión realizó del 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)[4]:

“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.

[...] 241. Contestando a otras preguntas, [el representante argentino] 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 por parte 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.

A fin del mismo año en que la comisión examinara la presentación argentina, tal como se describe en el párrafo anterior, se dictó la Observación General nro. 3 (diciembre 1990), que, sin expresar reparo alguno respecto de la postura expuesta por la República Argentina, entre otras cosas, dice:

“10. (...) 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).

Por su parte, 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 (diciembre 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 que, en algunos casos, nuevamente, implican un impacto presupuestario, abonando la postura del GCBA.

Con posterioridad al dictado de los mencionados instrumentos, puede verse también la consideración por parte del comité del segundo informe periódico de la República de Argentina sobre los artículos 6 a 12 del Pacto (E/1990/5/Add.18) en las sesiones 301, 311 y 341 del 22 y 24 de noviembre de 1994, respecto del que adoptó las siguientes observaciones finales[5]:

“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.

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”.

Finalmente, en lo que hace a los instrumentos emanados del comité, sólo resta mencionar otro examen del comité, del segundo informe periódico de la República Argentina (E/1990/6/Add.16) en sus sesiones 33ª, 34ª, 35ª y 36ª, celebradas los días 17, 18 y 19 de noviembre, y aprobó, en su 52ª sesión, celebrada el 1º de diciembre de 1999, las observaciones finales que, luego de destacar que “preocupa la falta de vivienda en la Argentina y las iniciativas públicas a este respecto, han sido inadecuadas”, a modo de “sugerencias y recomendaciones”, dice[6]:

“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) [...]. “

En síntesis, las disposiciones del Pacto en las que busca apoyo la Cámara deben ser interpretadas en el contexto que le brindan las observaciones del comité. 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 7 apartado quinto— 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. Así las cosas, la operatividad que pudiera asignarse al art. 31 CCBA exigiría de la Cámara un fundamento concreto que se haga cargo de las cuestiones postuladas en este apartado.

8. 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 6) aparecen íntimamente ligados al déficit de fundamento que

ostenta el fallo por haber soslayado las observaciones del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales relacionadas con las disposiciones internacionales en las que buscó apoyo (punto 7). 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.

9. Por todo ello, emitido el dictamen Fiscal, voto por declarar correctamente concedido el 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:

Adhiero al voto de la señora jueza de trámite, doctora Ana María Conde, así como a los desarrollos concordantes que contiene el voto de mi colega, el doctor Luis Francisco Lozano. Al mismo tiempo, en homenaje a la brevedad, remito a lo expresado en mi voto al decidir una causa con características similares a la presente, caratulada "*Panza, Ángel R. c/ GCBA s/ amparo*", expte. n° 4270/05, sentencia del 23/05/06.

Ello así, pues más allá de entender que el amparo pueda llegar a resultar una vía idónea para plantear la inconstitucionalidad de graves omisiones presupuestarias que impidan atender las urgentes necesidades de los vecinos relacionadas con derechos humanos básicos (conf. Corti, Horacio G.: "La Ley de Presupuesto ante la Constitución", párrafo XIII: "La respuesta jurisprudencial", *Revista Lecciones y Ensayos*, Editorial Lexis-Nexis, n° 77, p. 35 y ss., en particular p. 62 y ss. Buenos Aires, 2002), ello no importa sustituir por los jueces la función de gobierno propia de los poderes políticos. En tales condiciones, es menester la más acabada prudencia al ponderar la función gasto-ingreso público, tomando en cuenta el fuerte impacto presupuestario de los "derechos de prestación" y, en particular, el de habitar una vivienda digna, por lo cual toda decisión que se

adopte en tal materia debe encontrarse respaldada por fundamentos evidentes, al tiempo de precisar en término minucioso el alcance de la condena. No basta por tanto limitarse a señalar la falta de política legislativa sobre una determinada materia, ya que incumbe al amparista, y más aún a los magistrados, señalar el palmario vicio constitucional en el caso concreto y la forma de corregirlo en la causa.

Por las consideraciones expuestas, corresponde: a) hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad deducido por el GCBA; b) dejar sin efecto la sentencia objetada; c) imponer las costas del recurso, si las hubiere, por su orden (art. 14, CCABA); d) hacer saber lo resuelto a la Asesoría General Tutelar, y e) devolver el expediente a la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario para que dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a lo aquí decidido.

Así lo voto.

La jueza Alicia E. C. Ruiz. dijo:

1. El recurso de inconstitucionalidad satisface las condiciones de admisibilidad. Ha sido interpuesto en tiempo y forma, ante el tribunal superior de la causa contra una sentencia definitiva y quien recurre goza de legitimación y capacidad procesal.

En su recurso el GCBA introduce varias cuestiones constitucionales relativas a:

- a) la interpretación o aplicación de normas contenidas en la Constitución Nacional y en la Constitución de la Ciudad. En sus agravios, discute acerca de los alcances del artículo 14 bis de la Constitución Nacional en cuanto dispone que el Estado establecerá por la ley el acceso a una vivienda digna y del artículo 31 de la CCBA en cuanto expresa que la Ciudad reconoce el derecho a una vivienda digna. Asimismo, discute la extensión de la expresión “políticas especiales” contenida en el artículo 17 de la CCBA y la exigibilidad de los derechos sociales cuyo rango constitucional es innegable (conf. art. 75, inc. 22, CN);
- b) los límites de la función jurisdiccional, tópico claramente constitucional que remite en el recurso, a la división de poderes y al concepto de tutela efectiva garantizada por el artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos;
- c) los alcances del concepto de “progresividad” en materia de desarrollo de derechos humanos; y

- d) la existencia de contradicciones argumentativas en el fallo. En este último agravio el GCBA sólo impugna la interpretación de la Cámara sobre normas infraconstitucionales (decreto 895/GCBA/02). No alega aquí ni arbitrariedad ni violación de alguna garantía constitucional, por lo que solo me referiré a este punto en el desarrollo de mi voto en la medida en que se vincula al principio de progresividad, cuya entidad constitucional es clara.

2. Anticipo que si bien es admisible, el recurso de inconstitucionalidad debe ser rechazado. Los argumentos del GCBA no logran conmover una sentencia inobjetable y constitucionalmente plausible.

En los apartados que siguen expondré las razones que apoyan esta conclusión.

3. En primer término, la Procuración afirma erróneamente que hay una contradicción en la decisión de la Cámara.

El recurrente intenta sin éxito construir esa contradicción, que a su juicio resultaría de afirmaciones de la Cámara contenidas en el considerando nº 7, párrafo cuarto de la sentencia. En el considerando indicado y en el considerando nº 8, segundo párrafo, la Cámara defiende la validez del decreto 895/02 y, al mismo tiempo, da sobrados fundamentos para demostrar que esa norma es insuficiente en el contexto del caso y al tiempo de resolver.

Sin embargo, según la Procuración General los magistrados sostienen que “el Decreto nº 895 no se ajusta a las previsiones constitucionales [pero] no lo declara inconstitucional”, lo que no es correcto. La Cámara precisa que el decreto de marras “constituye una estrategia concreta de realización del derecho fundamental a una vivienda digna” y que esa norma “intenta realizar un compromiso constitucional”. Pero agrega que en función de la pauta de progresividad en materia de derechos humanos (conf. art. 2, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) el decreto nº 895/02 sólo ha sido un paliativo y, por tanto, una medida insuficiente.

Es más, la Cámara reconoce que el Gobierno actuó en cumplimiento de las obligaciones que la CCBA le impone al sancionar el decreto nº 895/02, por lo que no es la validez del decreto lo que debe considerarse, sino —como surge del fallo recurrido— cuál es la conducta a seguir por el Estado, luego de agotada la prestación establecida en esa norma respecto de los amparistas.

El recurrente afirma “que, ni del artículo 31 de la CCBA ni del artículo 14 bis de la CN nace un derecho individual exigible a continuar siendo asistido por el Estado cuando se agotan las prestaciones fijadas en la normativa vigente, en el sentido interpretado por el Tribunal”. Entiende que las disposiciones mencionadas “establecen principios y programas” y reconocen expresamente que esos principios y programas han de ser implementadas progresivamente. Esta interpretación de los textos constitucionales es desacertada.

La CCBA en su artículo 31 “reconoce el derecho a una vivienda digna” y prioriza —sin excluir otros supuestos— “a las personas de los sectores de pobreza crítica y con necesidades especiales de escasos recursos”.

Los actores (madre e hijo) encuadran en el presupuesto de hecho de las disposiciones citadas, gozan de la protección integral a la familia que consagra el artículo 14 bis de la CN, y el niño —de apenas 11 años de edad— dispone además de una especial tutela constitucional. (conf. arts. 17; 20; 31.1; 39; CABA; arts. 14 bis; 75 incisos 22 y 23; CN; art. 11 PIDESC; arts. 3.1; 3.2; 4; 6.2; 19.2 ; 26.1; 27.1; 27.2 y 27.3; Convención sobre los Derechos del Niño).

Está probado que los accionantes obtuvieron, mediante la actividad del Estado consistente en la asistencia prevista en el decreto nº 895/02 una mejoría temporal de sus condiciones habitacionales. Agotada esa asistencia, se ven colocados en una nítida situación de regresividad, que la Cámara define con acierto como “situación de calle”. Y esta es la cuestión a resolver en el marco de las reglas constitucionales ya mencionadas.

El Estado no puede adoptar por acción u omisión conductas regresivas en materia de derechos humanos. Si lo hace debe justificar —lo que no ha ocurrido en estos autos— por qué sus recursos no le permiten seguir atendiendo las necesidades de quienes reclaman judicialmente por la afectación de un derecho constitucional básico, como es el la vivienda digna.

Sin embargo y llegados a este punto, es necesario formular algunas precisiones. En estos autos, la Procuración no desconoce el derecho de los actores a gozar de una vivienda digna y tampoco niega la circunstancia de que al carecer de ella, los accionistas quedaron abarcados por el decreto nº 895/02. Tampoco está en discusión que, al verse aquellos privados de la asistencia brindada por el decreto nº 895/03, se ha retrotraído su situación a la de desprotección en la que se hallaban en el año 2002. Consecuentemente, estaban y continúan estando legitimados para reclamar al GCBA.

En el caso, la regresividad que no es tolerada ni por el orden jurídico nacional ni por el local, se configura respecto del derecho a la vivienda digna. Es la afectación de ese derecho por la pérdida de la asistencia lograda (regresividad) y no la regresividad en abstracto lo que justifica el amparo, y resta sustento a la posición que el Gobierno intenta defender.

4. El recurrente entiende el derecho a la vivienda digna de modo tal que éste no implica que “los individuos tienen derecho *sine die* a disfrutar de subsidios otorgados con carácter excepcional” (apartado 5, fs. 143 vta. del recurso). La expresión “disfrutar” es poco afortunada ante personas carenciadas, que cabe imaginar preferirían ser autosuficientes y no requerir la ayuda del Estado. Tampoco se trata, como continúa la Procuración, de que el subsidio “tenga carácter excepcional”. En un caso como el de autos y en la medida en que el Estado no pueda proporcionar soluciones permanentes, el subsidio debe ser regla. Y ello porque la pobreza crítica es la situación de excepción que el constituyente ha optado por resolver progresivamente (conf. art. 31.1, CCBA). Cuando esa pobreza se instala en la sociedad, es razonable que las autoridades recurran a diversos sistemas de atención,

siempre que su aplicación sucesiva no implique la disminución y/ o la privación de las prestaciones ya reconocidas. Entonces si la vigencia del decreto ha cesado, es ajustado al bloque constitucional imponer al Estado el deber de preservar lo ya otorgado.

5. El derecho a una vivienda integra el plexo de los llamados “derechos sociales” que sólo pueden ser entendidos en un horizonte de sentido orientado hacia la igualdad, lo que está muy lejos de significar que los “derechos sociales” sean promesas o programas, que no puedan ser exigidos al Estado por individuos o grupos. Muy por el contrario, se trata de un mandato del poder constituyente al poder constituido para que haga y cumpla.

El Gobierno parece no entender esta cuestión y profundiza el desconocimiento de principios constitucionales cuando añade que “nunca estuvo en mira de ningún constituyente establecer que las personas individualmente consideradas tengan derecho a una exigencia individual” (apartado 5, fs. 143 vta del recurso). A partir de un razonamiento como ese, no existiría posibilidad alguna de ampliar el campo de la igualdad en esta materia, salvo por una decisión discrecional de las autoridades competentes.

Esta posición conduce al absurdo consistente en que nunca nadie —sea una persona o un grupo de personas— podría reclamar judicialmente por la lesión que padece. La postura de la Procuración no resiste ningún test de constitucionalidad, toda vez que es obvio que siempre un derecho se satisface concretamente sólo respecto de individuos o grupos. Dicho de otro modo, la Procuración pretende desconocer que los derechos sociales son exigibles en el marco de un proceso y en la órbita jurisdiccional.

6. El Gobierno trata de excusar su responsabilidad por el incumplimiento de deberes constitucionales alegando que “la Ciudad de Buenos Aires cumplió con la Constitución respecto de la amparista, porque —a través de lo normado en el Decreto N°895—, estableció y brindó prestaciones que satisficieron los fines establecidos en los preceptos de jerarquía superior. Y puede seguir cumpliendo, si su situación es contemplada en alguno de los otros mecanismos que ha implementado para paliar situaciones como la de autos. Sin embargo, una adecuada interpretación del articulado del Decreto n° 895, no permite la aplicación del mismo, vencido el plazo estipulado” (apartado 5, fs. 144 del recurso)

Nuevamente el recurrente desconoce las pretensiones deducidas en el amparo, los derechos en juego y los fundamentos de la sentencia de Cámara. El amparo no impugna qué hizo el Gobierno mientras cumplió con el decreto n° 895/02, ni la Cámara imputa regresividad a ese decreto.

El conflicto nace al momento en que los actores dejan de percibir el subsidio otorgado y no es constitucionalmente viable resolverlo, como pretende el Gobierno, priorizando una disposición de la norma infraconstitucional (la que fijara el plazo durante el cual se abonaría el subsidio) respecto de las reglas constitucionales que le imponen un deber al Estado.

Cuando el artículo 2.1 del PIDESC, establece que los Estados Partes deben adoptar medidas especialmente económicas y técnicas para lograr el desarrollo progresivo de los derechos sociales, se refiere a las medidas legislativas como una de las formas privilegiadas para lograr ese objetivo, pero ello no descarta, ni la existencia de otras ni la exigibilidad inmediata de los derechos sociales aún sin medidas legislativas en vigor. De otra forma no podría comprenderse que todas las personas tengan derecho a un recurso sencillo y rápido —como por ejemplo este amparo— o a cualquier otro medio efectivo para que jurisdiccionalmente se las proteja contra actos que violan sus derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, como lo son el derecho a la vivienda digna, la protección integral a la familia y el interés superior del niño (conf. art. 25, CADH), que se discuten en este expediente.

Para el recurrente serían excepcionales los casos en los que el poder judicial podría suplir la inactividad de los otros poderes públicos en la implementación de derechos económicos, sociales y culturales, pues estos dependen de la planificación, la previsión presupuestaria y su puesta en marcha. Agrega la Procuración que “los jueces deben interpretar la ley siendo neutrales al gasto público” (apartado 5, fs.144 vta y 145 del recurso) y que “bajo la concepción individualista de los derechos sociales que sostiene la Cámara este importantísimo y fundamental mandato constitucional no se cumple: el juez reemplaza a la Legislatura en la creación de dinero público y, obviamente, en la necesidad de establecer tributos. Sin embargo, no es función del juez impactar en el nivel de tributación. El juez no está para crear impuestos indirectamente, el juez está para interpretar la ley” (apartado 5, fs. 145 del recurso).

A través de expresiones como las mencionadas en el párrafo anterior, el GCBA trae en su apoyo a la doctrina de la no justiciabilidad del Estado. Más allá de subrayar el anacronismo de esta concepción, es oportuno formular algunas observaciones.

Los jueces son un poder del Estado y dentro de sus competencias pueden interpretar, no sólo las leyes sino primordialmente la Constitución que es el lugar por antonomasia de la regulación de la actividad y de la función política. Decisiones jurisdiccionales en materia de derechos electorales, de servicios públicos, medio ambiente, igualdad, etc. evidentemente tienen impacto político. Basta recordar los casos *Brown v. Board of Education*[7] o *Sejean*[8] o simplemente, remitirnos a las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

El escrutinio judicial del gasto público es viable y no invade la competencia de otros poderes, cuando en un proceso en el que se impugna la lesión de derechos, la consideración de ese gasto resulta dirimente. Es decir, el gasto público no es una cuestión no justiciable en tanto está incluido en el marco constitucional (conf. art. 106, CCBA). El uso de los recursos por parte del Estado ha pasado a ser un espacio sujeto al control jurisdiccional. Y tanto es así que el Estado debe justificar —lo que no ha sucedido en el caso de la actora— que ha utilizado el máximo sus recursos para solucionar el problema sometido a decisión de un juez (conf. art. 2.1. PIDESC).

En este marco, si el Estado, como sucede con el GCBA en este expediente, no da cuenta de la imposibilidad de atender los derechos de la actora, no explica cómo habrá de atenderlos, y se limita a insistir en que ya cumplió con sus obligaciones, cobra pleno vigor la

disposición del artículo 25 CADH que autoriza a los jueces a dar tutela efectiva a los derechos garantizados constitucionalmente, por la vía de responsabilizar al Estado.

En síntesis, los recursos públicos pueden quedar comprometidos por decisiones judiciales cuando se declara la responsabilidad de un Estado de Derecho. Esta posibilidad está expresamente reconocida en la legislación local (CCAyT, Título XII, Capítulo II) y en toda la jurisprudencia de la CSJN sobre el particular, a partir de Fallos 169:111.

7. Ninguno de los agravios introducidos por el recurrente logran conmover la solidez del fallo recurrido. Quiero insistir en la consistencia, la exhaustividad y claridad con que los integrantes de la Sala I de la Cámara consideraron los argumentos traídos por el GCBA en su apelación y como, desde la perspectiva constitucional, demostraron la insuficiencia de cada uno de ellos. Nada de lo que el recurrente expuso luego en el recurso de inconstitucionalidad en análisis, debilita la sentencia impugnada.

Por otra parte, esa decisión no podría ser descalificada con referencias a las condiciones de oportunidad en que fue dictada o a su dispositivo, aspectos que no fueron materia del recurso, porque con ello se afectaría el derecho de defensa y se excedería la competencia recursiva del Tribunal.

No es un déficit estructural de la decisión recurrida, la circunstancia de que los camaristas no requirieran previamente información actual acerca del resultado de las diversas acciones encaradas por el Gobierno para asistir a la actora. Suministrar esos datos es, en todo caso, carga alegatoria de la demandada que pudo insinuarlo en el proceso a través del instituto del hecho nuevo o del hecho sobreviniente (*ius supervenien*; conf. art. 145, última parte, CCAyT) o, introducirlo en la etapa de ejecución de la sentencia como condicionante de las modalidades con que ella se ejecuta (conf. art. 409, segundo párrafo, CCAyT). Esta carga no puede ser suplida oficiosamente sin quebrar el equilibrio procesal de un juicio en el que rige el principio dispositivo. Menos aún, cuando ese juicio tiene el carácter urgente del amparo, en el cual las medidas para mejor proveer deben estar orientadas a garantizar la tuición, no a postergarla.

En cuanto a la forma en que fue establecido el dispositivo, no hay dudas acerca del derecho declarado y es adecuado el criterio fijado para su satisfacción. En un proceso como el de autos, las decisiones judiciales deben conjugar dos elementos muy difíciles de armonizar, como son lograr la tutela efectiva (conf. art. 25.2.c, CADH) y generar el menor grado de intrusividad en las funciones de otros poderes y en la libertad de las personas.

Cuando, como ocurre en autos, las prestaciones impuestas al Estado son de cumplimiento continuado, cierta amplitud en el dispositivo satisface el requisito señalado arriba de no invadir la esfera de actuación de otro poder y, al mismo tiempo, habilita durante la ejecución de la sentencia la adecuación de las modalidades impuestas sin alterar el sentido de la decisión. De este modo, se procura evitar que la actora o el Estado puedan verse enfrentados a situaciones sin salida o de muy difícil superación. Este criterio está contenido en el artículo 409, segundo párrafo CCAyT, que habilita una cierta ductilidad en el cumplimiento de una resolución judicial. No encuentro, pues, que el dispositivo de la sentencia de segunda instancia afecte el derecho de defensa en juicio del Gobierno, que no

introdujo éste agravio al recurrir ante el Tribunal Superior. Más bien, estimo que la decisión preserva el ámbito de gestión del GCBA y la posibilidad de sugerir e implementar distintos medio para satisfacer el derecho de los amparistas —expresamente reconocido por el fallo impugnado—, sin olvidar, claro está, que la naturaleza urgente del proceso de amparo se proyecta también a la etapa ejecutoria.

En consecuencia, voto por declarar improcedente el recurso de inconstitucionalidad, con costas al vencido.

El juez Julio B. J. Maier dijo:

1. Con la salvedad de aquí no se trata de una queja, sino de un recurso de inconstitucionalidad ya concedido al recurrente —el GCBA, demandado—, el recurso, a contrario de lo dictaminado por nuestro Fiscal, me parece, en principio, bien concedido. En su centro se halla la cuestión constitucional acerca de la inteligencia o definición del *derecho a una vivienda digna* (CCBA, 31) y su comparación con la normas locales tendentes a alcanzar ese ideal, más su aplicación a un caso concreto —la Sra. Toloza, su hijo y su situación—, cuestión que ha sido debatida como tal desde un principio por los protagonistas del litigio. Desde este punto de vista no hallo objeción alguna a la admisibilidad del recurso.

2. En segundo lugar, el problema no se presenta por la obligación ya cumplida, conforme a la legislación vigente, cumplimiento que reconocen ambas partes principales del litigio —la demanda desde un comienzo— sino, antes bien, representa la discusión acerca de cual sería la solución una vez cumplido ese programa, si subsiste la situación de origen a la cual él atendía.

Sobre este particular el recurso del GCBA resulta defectuoso pues, al menos en alguna medida, intenta atacar la sentencia por escasez o falta de fundamentos, y por fundamentos contradictorios, o, más sinceramente, por arribar a una solución distinta conforme con una interpretación diferente del derecho básicamente en cuestión. Tal tacha, sin embargo, sólo representa la discrepancia de la demandada con los fundamentos esgrimidos por la sentencia para arribar a la solución que impone, su discrepancia con la interpretación del Derecho aplicable. Yo ya he expresado mi desacuerdo con esta utilización de la expresión *arbitrariedad*, acuñada por la jurisprudencia de la CSJN, que, con ese uso, no significa otra cosa que la designación más técnica de *agravio*, en materia de recursos (cf. este Tribunal, mis votos *in re* “GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Sociedad Italiana de Beneficencia de Bs. As. c/ DGR s/ recurso de apelación judicial’”, expte. n° 1227/01, sentencia del 26/3/02; “Tottal Compression International Inc. Suc. Bs. As.

c/ GCBA-DGR s/ recurso de apelación judicial c/ decisiones de DGR”, expte. n° 1599/2002, sentencia del 13/11/02; “Delta Corner S.A. c/ GCBA [Dir. Gral. de Rentas] s/ recurso de apelación judicial c/ decisiones de DGR”, expte. n° 1653/02, sentencia del 12/2/03; “GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en ‘Vicla S.A. c/ DGR, res. n° 4412/DGR/2000 s/ recurso de apelación judicial c/ decisiones de DGR”, expte. n° 1988/2002, sentencia del 2/4/03; pronunciamientos aún no publicados, que explican con mayores fundamentos esta situación). Así dije que: “En el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, la *arbitrariedad* ha pasado a ser un motivo general de cualquier recurso, quizás por efecto de la conocida, pero nunca clara, doctrina de la CSJN, quizás por efecto de aquello que a los alumnos se les explica en las cátedras de Derecho constitucional y Derecho procesal de las facultades de Derecho con sede en la Ciudad. Lo cierto es que casi todos los abogados de esta Ciudad conocen, bajo el gentilicio *arbitrariedad*, al motivo de los motivos de los recursos. A mí me parece que tras esa palabra se esconde, en los recursos y en vocabulario jurídico, algo así como lo que define la palabra *agravio* referida a la decisión judicial y, en lenguaje vulgar, algo así como “la sentencia no me gusta”, porque valora los hechos o aplica las normas de manera distinta a la pretendida por el recurrente, ambas definiciones correctas para aquello que comprendemos como *recurso* en general, pues este mecanismo procesal necesita del *agravio* o del disgusto del litigante con relación a aquello que fue decidido. En el caso particular que tratamos, tal agravio existe, puesto que la sentencia reconoce cierta obligación del recurrente y, a su manera, lo condena a cumplirla” (cf. Expte. n° 3565/04 “GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado” en: “Farías, María Antonia c/ GCBA s/ empleo público [no cesantía ni exoneración], sentencia del 26 de mayo de 2005”).

Sin embargo, desde este punto de vista la sentencia definitiva de la Cámara es intachable. Ella utiliza fluidamente sus mecanismos epistemológicos para averiguar aquello que considera *derecho a la vivienda digna* en nuestra Constitución y en los pactos internacionales, los principios que rigen esa interpretación y que desembocan en la confirmación de la obligación impuesta al GCBA en relación al actor. Más allá del acierto o desacierto de esa interpretación todos sus argumentos están allí, a la vista, expuestos con propiedad y, si se cree en ellos, conducen al punto en el que reside la solución que la Cámara postula para el caso. Párrafo aparte merece la calificación de “*contradictorios*” de esos fundamentos. No sólo es imposible observar la contradicción, tal como lo señala el voto de la Sra. jueza Alicia Ruiz (n° 3 de su voto), pues no existe contradicción alguna en el sentido del principio lógico que tacharía la decisión como viciada, sino que, todo lo contrario, según ya lo expuse, toda la argumentación epistemológica, acertada o desacertada, confluye en el punto de la solución propugnada.

Va de suyo que ni la Cámara, ni el recurso de la demandada, ni ahora tampoco el actor pretenden tacha de inconstitucionalidad alguna del programa ya vencido, el establecido por el decreto del Poder Ejecutivo n° 895/02, programa que, también según todos los protagonistas del litigio, se ha cumplido y ha fenecido para los amparistas. No se trata así —o, al menos, no se trata ya— de la interpretación de una regla infraconstitucional ni del cuestionamiento fáctico sobre su cumplimiento.

3. Empero, al poner en crisis, al menos parcialmente, la interpretación de una regla constitucional, básicamente la del art. 31, CCABA, y la imposición por ella de ciertos deberes de acción al Estado local, estimo que, en general, se justifica ingresar al recurso y tratar sus presupuestos. Aunque yo no sea partidario de la vía elegida, el amparo, para tratar tamañas cuestiones, lo cierto es que aquí no corresponde cuestionar el caso desde ese punto de vista por varias razones: en primer lugar juega el hecho de que así se ha ya consolidado la causa, vía por todos aceptada; en segundo lugar, porque nuestra Constitución local, para mal o para bien, concibe al amparo como un modo extendido de litigio (ilegitimidad común); y en tercer lugar opera la consideración de aquí se trata del desarrollo concreto de un derecho constitucional concedido directamente por la ley fundamental, que no opera actualmente y existe urgencia en lograr que opere, todos aspectos que ya la demanda pone en juego, por fracaso, incluso, de otras instancias u opciones.

El núcleo fuerte de la desaveniencia epistemológica respecto de la cláusula constitucional citada está claramente constituido por la concepción del *principio de progresividad*, fijado, incluso, por obligaciones internacionales, y su derivado, en tanto prohíbe la *regresividad*. Mientras la sentencia intepreta que estos derechos (sociales) son oponibles al Estado como deber de tornarlos reales o de garantizar su goce, más allá de cumplimientos parciales y mientras se mantenga la situación de necesidad, y una vez atendidos no puede existir marcha atrás sin alguna razón absolutamente justificada (por ej.: conflagración armada, guerra civil, etc.), la demandada y recurrente estima que ellos sólo significan líneas de políticas sociales sugeridas por la Constitución —de allí su cumplimiento por el decreto 895/02—, condicionadas a la voluntad de los órganos que establecen esas políticas y, por tanto, variables temporalmente, en el sentido de su cumplimiento o incumplimiento por desplazamiento de otros fines ponderados más relevantemente por el gobierno. Ya hace tiempo, a propósito del establecimiento del *juicio por jurados* (CN, 24, 75, inc. 12 y 118), expresé en la literatura jurídica que no existen en la Constitución cláusulas cuyo cumplimiento por la autoridad competente sea exclusivamente *programático*, esto es, reglas que, más allá de la demostración de una imposibilidad empírica para ser cumplida —argumento aquí no esgrimido por la demandada y notoriamente incorrecto para el caso, según declaraciones del propio gobierno de la Ciudad—, se cumplieran o se dejaban de cumplir discrecionalmente por el órgano competente, según una ponderación de intereses que a él mismo le correspondía. Al menos se debería coincidir en que, en todo caso, el *programa*, en el sentido de velar por una vivienda suficiente y digna para los habitantes, no es optativo para el gobierno y fija prioridades frente a otros programas o necesidades: se trata, cuando menos, de que la Constitución fija ya un orden de prioridades para los gobernantes. Pues el fracaso de toda la argumentación epistemológica del recurrente respecto de este punto central y de la imposibilidad de regreso finca, precisamente, en que él no identifica o individualiza los fines políticos prioritarios que atiende el gobierno y cuya atención le impide la atención del involucrado en el caso.

Esta razón, esencialmente, veda el acoger su recurso de inconstitucionalidad que debe ser rechazado.

4. Como siempre, el recurrente se queja, accesoriamente, porque la elección de políticas sociales y su ponderación para privilegiar unas y relegar otras no le corresponde al Poder Judicial, a los jueces, sino a los órganos respectivamente competentes. De otra manera, los jueces traspasan toda frontera entre los poderes del Estado, judicializan la política y, con ello, desequilibran el sistema republicano.

Frente a este argumento nada debería decir, pues, como ya lo expresé, el recurrente no me ha señalado cuál interés o política es preponderante para el gobierno frente al *derecho de obtener una vivienda digna*, aquí invocado por el amparista y fijado por la Constitución. Mucho menos ha verificado que el cumplimiento de uno anule la posibilidad de cumplir con el otro. Sin embargo, estimo que unas pocas líneas defienden correctamente la sentencia de la Cámara —sin alegar sobre su corrección o incorrección respecto del caso particular (de hecho)—: la Cámara, mediante su sentencia, no ha pretendido fijarle al gobierno políticas a seguir, mucho menos discrecionalmente; sólo le ha recordado al gobierno la necesidad de cumplir, en el caso, con un deber constitucional frente a una persona que juzga necesitada de obtener ese derecho; la interpretación de las leyes frente a un caso y, en especial, de la Constitución del Estado, es, desde hace ya algunos años, tarea que corresponde a los jueces. Si se quiere un ejemplo sencillo: la Cámara no ha hecho otra cosa que la misma acción que desarrolla cuando, por corrección de un acto administrativo, obliga a una repartición pública a entregar a una persona una licencia (para conducir, por ejemplo) que le fue negada previamente por ese oficio. Seguramente ellos, los jueces, cometen errores al desarrollar su tarea, como los comete el gobierno al desarrollar la suya: lo único que puede esperarse, para bienestar de los ciudadanos, es que esos errores no sean demasiados o demasiado comunes.

Por ello, oídos el Sr. Asesor General Tutelar y el Sr. Fiscal General Adjunto, por mayoría,

el Tribunal Superior de Justicia

resuelve:

1. Hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad deducido por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y dejar sin efecto la sentencia recurrida.

2. Remitir las actuaciones a la Asesoría General de Incapaces del Poder Judicial de la Ciudad a efectos de cumplir lo ordenado en el considerando 7°.

3. Devolver el expediente a la Sala I 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.

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

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

[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”.

[4] Ver *Compilación de observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sobre países en América Latina y el Caribe (1989-2004)*, páginas 38 y siguientes. Puede consultarse en [http://www.ohchr.org/english/bodies/cescr/docs/publications/CESCR-Compilacion\(1989-2004\).pdf](http://www.ohchr.org/english/bodies/cescr/docs/publications/CESCR-Compilacion(1989-2004).pdf)

[5] *Compilación de observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sobre países en América Latina y el Caribe (1989-2004)*, páginas 34 y ss.

[6] *Compilación de observaciones finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sobre países en América Latina y el Caribe (1989-2004)*, páginas 29 y ss.

[7] 347 U.S. 483 (1954)

[8] Fallos, 308:2268 (1986)

