

Expte. n° 9814/13 “S., M. E. s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: S., M. E. c/ GCBA y otros s/amparo (art. 14 CCABA)”

Buenos Aires, 15 de abril de 2014

Visto: el expediente indicado en el epígrafe,

resulta:

1. La Sra. M. E. S. promovió acción de amparo contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (GCBA) con el objeto de hacer cesar la ilegítima omisión de garantizar su derecho de acceso a una vivienda adecuada en condiciones dignas de habitabilidad, que atribuyó al demandado. Precisó, para el caso de que la solución habitacional a brindarse consistiera en la entrega de un subsidio, que éste debía ser suficiente para costear una vivienda de esas características, y planteó la inconstitucionalidad de los artículos 5º y 6º del decreto n° 690/06. Como medida cautelar, solicitó su incorporación inmediata a alguno de los programas habitacionales vigentes (fs. 1/42 vuelta de los autos principales a los que corresponderá la foliatura que en lo sucesivo se mencione, excepto indicación expresa).

La primera instancia del fuero concedió la tutela cautelar requerida (fs. 94/97) y, oportunamente, hizo lugar a la acción de amparo, condenando al GCBA a prestar “a la amparista adecuada asistencia habitacional, de acuerdo con sus necesidades”, puntualizando que “en caso de hacerlo a través de la entrega periódica de una suma de dinero, ésta [debería] ser suficiente para acceder a una vivienda digna” (fs. 154/156 vuelta).

2. La autoridad demandada apeló la sentencia. La Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario hizo lugar al recurso y rechazó la acción de amparo. Para así decidir, los jueces sostuvieron que la actora no había acreditado su “situación de vulnerabilidad social”, de modo que no alcanzaba “el grado de excepción suficiente como para considerarla dentro del umbral necesario para acceder a la asistencia pretendida” (fs. 214/216 vuelta).

3. Contra el fallo de la Cámara, la amparista interpuso un recurso de inconstitucionalidad (fs. 220/230), cuya denegatoria (fs.

239/240) dio lugar a la queja de autos (fs. 1/16 del expediente de queja).

4. Requerido su dictamen, el Sr. Fiscal General propició el rechazo del recurso directo de la parte actora (fs. 43/45 vuelta de la queja).

Fundamentos:

Los jueces Ana María Conde, Luis Francisco Lozano, José Osvaldo Casás e Inés M. Weinberg dijeron:

1. Los planteos de la parte actora se muestran aptos para habilitar la vía recursiva intentada pues acreditan que la decisión resistida no constituye una derivación razonada del derecho vigente aplicado a las constancias de la causa.

2. No ha sido materia de agravio que la pretensión de la parte actora consistió en que se condenara al GCBA a brindarle "...adecuada asistencia habitacional, de acuerdo con sus necesidades y, en caso de hacerlo a través de la entrega periódica de una suma de dinero, ésta deberá ser suficiente para acceder a una vivienda digna" (cf. fs. 214/216 vta. de la sentencia de Cámara). Tampoco viene discutido que la actora fundó ese pedido, entre otros, en que posee "...secuelas psicológicas debido a la violencia que fuera ejercida por su madre y hermano" (cf. fs. 214/216 vta. de la sentencia de Cámara).

3. Empero, la Cámara omitió analizar los particulares extremos de hecho invocados, aun cuando resultaban relevantes para la resolución del pleito y fue puesta en la obligación de analizarlos.

Ello así porque el art. 20 de la ley n° 4.036 prevé, en lo que aquí importa, que "*El Gobierno de la Ciudad implementará acciones destinadas a:// 3. Brindar albergue a las mujeres con o sin hijos que atravesen situaciones de violencia doméstica y/o sexual. En todos los casos se brindara a las mujeres alojadas asistencia psicológica, asesoramiento legal, y patrocinio jurídico gratuito*" (el subrayado no pertenece al original), lo que significa que prevé un tratamiento especial para aquellas mujeres que hubieran atravesado "violencia doméstica" —que incluye la obligación de "brindar albergue"—.

Es por ello que no resultaba indistinto para la resolución de pleito establecer la veracidad de los dichos de la parte actora reseñados *supra*. Si bien el *a quo* dijo que era inconducente analizar tales

circunstancias, no explicó por qué no sería el supuesto en el que la ley nº 4036 acuerda sus beneficios.

4. Más allá del amplio margen de valoración que tienen los jueces de la causa respecto de las pruebas producidas en el expediente —materia que por regla resulta de su privativa competencia—, lo cierto es que el fallo adoptado debe poder derivarse de las consideraciones desarrolladas en la sentencia; circunstancia que aquí no se exhibe claramente en tanto el tribunal *a quo* omitió verificar los dichos acerca de la situación de violencia familiar denunciada por la actora porque los entendió, repetimos, inconducentes, a pesar de que la ley nº 4.036 le acuerda a la situaciones de violencia doméstica soluciones que podrían tener alguna vinculación con la pretensión formulada por la actora.

En suma, le asiste razón a la recurrente cuando invoca la insuficiencia de fundamentos del *a quo* para resolver como lo hizo, motivo por el cual el pronunciamiento resistido debe ser descalificado y, en consecuencia, corresponde a la Cámara dictar un nuevo fallo. La forma en que se resuelve, claro está, no importa adelantar opinión respecto de la solución que corresponde adoptar en el presente caso.

En virtud de la fragilidad que se observa en el pronunciamiento del *a quo*, estimamos que corresponde hacer lugar a la queja y al recurso de inconstitucionalidad interpuestos por la parte actora, dejar sin efecto la sentencia objetada y reenviar las actuaciones a la Cámara CAyT para que los jueces de la Sala II dicten un nuevo fallo en la que se pronuncien sobre las cuestiones soslayadas.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. El recurso de queja fue interpuesto en tiempo y forma por parte legitimada, y contiene una crítica suficiente de la decisión que declaró inadmisibile el recurso de inconstitucionalidad que viene a sostener, lo que autoriza el tratamiento de los agravios allí vertidos.

2. El recurso de inconstitucionalidad propone una cuestión constitucional en los términos del art. 113 inc. 3 de la CCBA, que consiste en determinar el contenido y alcance del derecho humano a una vivienda adecuada según lo garantizan la Constitución local, la Constitución Nacional y diversos instrumentos internacionales de derechos humanos. El planteo no es novedoso en la jurisprudencia del Tribunal.

En agosto de 2006, en ocasión de fallar la causa “Toloza, Estela Carmen c/GCBA s/amparo s/recurso de inconstitucionalidad concedido” (“Toloza”) confirmé una sentencia que había condenado al GCBA a garantizar el derecho a la vivienda de la amparista, y que resultaba constitucionalmente inobjetable.

En mayo de 2010, y ante la insistencia de la parte demandada, profundicé la línea argumentativa que describo. Así, en la causa “Alba Quintana, Pablo c/ GCBA y otros s/ amparo (art. 14 CCABA) s/ recurso de inconstitucionalidad concedido” añadí consideraciones relativas a la competencia del Tribunal para escrutar el gasto público, y a la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. De modo semejante fallé la causa “Q.C., S.Y. c /GCBA s/ amparo (art. 14 CCABA) s/ recurso de inconstitucionalidad concedido” (en adelante, caso “Q”).

En atención a los términos en los que se expidió la mayoría de la Cámara del fuero en el caso en análisis, y que sorprenden por la ligereza en la apreciación de la prueba —rayana con la arbitrariedad—, he de retomar y ampliar la elaboración de un criterio referido al contenido y a la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Simplemente menciono aquí que normas locales posteriores asumieron, si bien de forma limitada, la caracterización de los derechos que vengo sosteniendo.

3. Interdependencia de los derechos humanos:

Los derechos económicos, sociales y culturales son de igual jerarquía que otros derechos humanos, y su exigibilidad inmediata es una consecuencia necesaria de la vigencia indiscutible de las normas jurídicas que los garantizan. La afectación de cualquiera de ellos altera el goce de los restantes, lleva a su disminución, o incluso a su pérdida.

La indivisibilidad de los derechos humanos es un dato ineludible en las fuentes internacionales. “No puede realizarse el ideal del ser humano libre, liberado del temor y de la miseria, a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos” (del preámbulo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). El preámbulo del Protocolo de San Salvador (protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos) también da cuenta de ello, y se refiere a “la estrecha relación que existe entre la vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales y la de los derechos civiles y políticos, por cuanto las diferentes categorías de derechos constituyen un todo indisoluble que encuentra su base en el reconocimiento de la dignidad de la

persona humana, por lo cual exigen una tutela y promoción permanente con el objeto de lograr su vigencia plena”.

En condiciones como las de autos, en las que se verifica una franca precarización de la vida en la Ciudad, la afectación del derecho a una vivienda digna consolida desigualdades y profundiza la exclusión. Con riesgo de señalar lo obvio, he de precisar que el ejercicio de derechos como el de gozar de un nivel de vida adecuado y una mejora continua de las condiciones de existencia (art. 11 PIDESC) es definitivamente incompatible con la situación de calle.

4. Contenido y alcance del derecho a la vivienda. Marco normativo constitucional y convencional:

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

En particular, como dije y conviene repetir: los Estados reconocen “...el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia...” comprensivo de la “vivienda adecuada”, así como del derecho a una “mejora continua de las condiciones de existencia” (art. 11 del PIDESC).

Las normas indicadas tienen jerarquía constitucional “...en las condiciones de su vigencia” (art. 75 inc. 22 de la CN), ello implica —en opinión de la CSJN— que las normas de los instrumentos internacionales de derechos humanos deban ser interpretadas a partir de las decisiones jurisprudenciales y de las opiniones y dictámenes de los órganos del sistema internacional e interamericano. En este sentido se pronunció en los célebres casos “Giroldi” (Fallos: 318:514), “Aquino” (2652. XXXVIII. RECURSO DE HECHO Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A. s/ accidentes ley 9688—, sentencia del 21 de septiembre de 2004) y “Espósito” (E. 224. XXXIX. Espósito, Miguel Ángel s/ incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa, sentencia del 23 de diciembre de 2004). La Corte también recepitó la doctrina del pleno de la CIDH relativa al control de convencionalidad, donde ese Tribunal internacional afirmó que: “el Poder Judicial debe ejercer una especie de control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas que aplican a los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el Tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte IDH,

intérprete último de la Convención" (caso "Almonacid Arellano y otros vs. Chile", sentencia del 26 de septiembre de 2006, serie C. N° 154). Así, en las causas "Mazzeo, Julio Lilo s/recurso de casación e inconstitucionalidad", sentencia del 13 de julio de 2007 (Fallos 330:3248) y "Videla, Jorge Rafael y Massera, Emilio Eduardo s/recurso de casación", sentencia del 31 de agosto de 2010 (Fallos 333:1657), entre otras, hizo suya la doctrina de esa Corte internacional.

En este contexto, es absolutamente necesario considerar la opinión del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales en torno al derecho a una vivienda adecuada (Observación General n° 4), en la que los expertos precisaron los extremos que integran el estándar de vivienda adecuada como derecho humano: seguridad jurídica en la tenencia; disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura; gastos soportables; habitabilidad; asequibilidad; ubicación y adecuación cultural¹.

¹ "En opinión del Comité, el derecho a la vivienda no se debe interpretar en un sentido estricto o restrictivo que lo equipare, por ejemplo, con el cobijo que resulta del mero hecho de tener un tejado por encima de la cabeza o lo considere exclusivamente como una comodidad. Debe considerarse más bien como el derecho a vivir en seguridad, paz y dignidad en alguna parte. Y así debe ser por lo menos por dos razones. En primer lugar, el derecho a la vivienda está vinculado por entero a otros derechos humanos y a los principios fundamentales que sirven de premisas al Pacto. Así pues, 'la dignidad inherente a la persona humana', de la que se dice que se derivan los derechos del Pacto, exige que el término 'vivienda' se interprete en un sentido que tenga en cuenta otras diversas consideraciones, y principalmente que el derecho a la vivienda se debe garantizar a todos, sean cuales fueren sus ingresos o su acceso a recursos económicos. En segundo lugar, la referencia que figura en el párrafo 1 del artículo 11 no se debe entender en sentido de vivienda a secas, sino de vivienda adecuada..."

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

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

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

"Gastos soportables. Los gastos personales o del hogar que entraña la vivienda deberían ser de un nivel que no impidiera ni comprometiera el logro y la satisfacción de otras necesidades básicas. Los Estados Partes deberían adoptar medidas para garantizar que el porcentaje de los gastos de vivienda sea, en general, conmensurado con los niveles de ingreso. Los Estados Partes deberían crear subsidios de vivienda para los que no pueden

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

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

Por su parte, la Constitución local dispone que la Ciudad “reconoce el derecho a la vivienda digna y a un hábitat adecuado” y “resuelve progresivamente el déficit habitacional, de infraestructura y de servicios, dando prioridad a las personas de los sectores de pobreza crítica y con necesidades especiales de escasos recursos” (artículo 31 de la CCBA). Conviene adelantar en este punto que, si bien la Constitución porteña autoriza a priorizar a unos sujetos o grupos en la resolución del déficit habitacional, la exclusión de otros solo será constitucionalmente sostenible en un contexto de agotamiento de los recursos disponibles.

costearse una vivienda, así como formas y niveles de financiación que correspondan adecuadamente a las necesidades de vivienda (...).”

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

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

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

“Adecuación cultural. La manera en que se construye la vivienda, los materiales de construcción utilizados y las políticas en que se apoyan deben permitir adecuadamente la expresión de la identidad cultural y la diversidad de la vivienda. Las actividades vinculadas al desarrollo o la modernización en la esfera de la vivienda deben velar por que no se sacrifiquen las dimensiones culturales de la vivienda y por qué se aseguren, entre otros, los servicios tecnológicos modernos”.

La norma aludida, como todas las contenidas en nuestra Constitución, es directamente operativa. Disiento en este sentido la mayoría de la CSJN en el célebre caso “Q” respecto del carácter “derivado” que tendría la operatividad del derecho objeto del litigio: en principio, la falta de reglamentación no es un óbice al ejercicio de un derecho.

La referencia expresa a la resolución progresiva de la problemática habitacional consolida el compromiso constitucional del Estado de generar, sin solución de continuidad, políticas públicas orientadas a la satisfacción plena del derecho a la vivienda adecuada.

El artículo 17 de la Constitución porteña —referido a las políticas públicas—, corrobora la hermenéutica que sostengo. El tenor de sus términos aconseja su reproducción: “la Ciudad desarrolla políticas sociales coordinadas para superar las condiciones de pobreza y exclusión mediante recursos presupuestarios, técnicos y humanos. Asiste a las personas con necesidades básicas insatisfechas y promueve el acceso a los servicios públicos para las que tienen menores posibilidades”.

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

5. Prohibición de regresividad y obligación de adoptar medidas empleando hasta el máximo de los recursos disponibles:

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

Como señalé más arriba, el artículo 11 establece que “[l]os Estados Partes (...) reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso (...) vivienda adecuad[a] y a una mejora continua de las condiciones de existencia”.

Los artículos 26 de la CADH y 31 de la CCBA se inscriben en la misma línea.

El Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales opinó —en la Observación General n° 3 “La índole de las obligaciones de los Estados Partes”— lo que sigue: “aunque el Pacto contempla una realización paulatina y tiene en cuenta las restricciones derivadas de la limitación de los recursos con que se cuenta, también impone varias

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

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

De la opinión del Comité se sigue que la obligación mínima del Estado en la realización plena y progresiva de los derechos consagrados en el PIDESC consiste en observar la prohibición de regresividad. La misma posibilita el goce y exigibilidad de los derechos sociales, cuanto menos en el nivel que se hubiera alcanzado en un momento determinado. En el marco de un caso judicial, el test de regresividad debe contemplar, consecuentemente, la situación particular del afectado.

Como dije —y esto es central—, el artículo 2 del PIDESC refleja el compromiso de los Estados de “...adoptar medidas (...) hasta el máximo de los recursos de que dispongan...”.

El Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales —en la misma observación general— también consideró que “[p]ara que cada Estado Parte pueda atribuir su falta de cumplimiento de las obligaciones mínimas a una falta de recursos disponibles, debe demostrar que ha realizado todo esfuerzo para utilizar los recursos que están a su disposición en un esfuerzo por satisfacer, con carácter prioritario, esas obligaciones mínimas...”.

En la causa “Toloza” señalé que “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 (...) que ha utilizado el máximo sus recursos para solucionar el problema sometido a decisión de un juez (conf. art. 2.1. PIDESC)”.

En el caso, el GCBA no ha demostrado que hubiera destinado el “máximo de los recursos” de que dispone al cumplimiento de las obligaciones reseñadas. El GCBA debió probar que ejecutó en su totalidad las partidas presupuestarias correspondientes a los programas de vivienda o bien que aquellas partidas ya habían sido asignadas o empleadas en cumplimiento del orden de prioridades que fija la Constitución; o acreditar que priorizó la atención de otras políticas públicas y dar razones suficientes para habilitar un juicio de ponderación entre unas y otras. Solo en esas condiciones quedaría eximido de satisfacer la legítima pretensión de quien acciona.

Como dije en el precedente citado, “los jueces son un poder del Estado y dentro de sus competencias pueden interpretar, no solo 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*² o *Sejean*³ o simplemente, remitirnos a las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

² 347 SCOTUS 483 (1954).

³ Fallos, 308:2268 (1986).

”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).

”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”.

6. La afectación del derecho de la parte actora:

Está probado que la parte actora obtuvo, mediante la actividad del Estado local una mejoría temporal (pero precaria) de sus condiciones habitacionales. El conflicto de autos, como lo corrobora la lectura de la demanda, se origina cuando la amparista deja de percibir el subsidio otorgado por la parte demandada de modo que se verifica con toda claridad —y sin perjuicio de la tutela cautelar—, la afectación del derecho a la vivienda adecuada ante la pérdida de la asistencia lograda (regresividad). En efecto, existe un nítido retroceso en el nivel de goce del derecho, al punto que éste —otra vez, previo a la medida precautoria— llega a suprimirse por completo.

En la causa “Tolosa” sostuvo que “[e]l Estado no puede adoptar por acción u omisión conductas regresivas en materia de derechos humanos. Si lo hace debe justificar (...) 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 de la vivienda digna”.

En un caso como el de autos la omisión resulta ilegítima por conducir a la regresividad en el ejercicio de un derecho, y dado que el Estado local no acreditó haber llevado a cabo acciones tendientes a cumplir su obligación constitucional de resolver progresivamente una inaplazable situación de pobreza, y no intentó proporcionar soluciones permanentes.

Cuando la pobreza crítica y la precariedad habitacional se instalan en la sociedad, es razonable que las autoridades recurran a diversos mecanismos coyunturales, siempre que su aplicación sucesiva no implique la disminución y/o la privación de prestaciones ya reconocidas. Las limitaciones fijadas por normas que emanan de la autoridad demandada resultan inoponibles a la parte amparista cuando el Estado local está obligado a garantizar el derecho a una vivienda adecuada y no acreditó —ni procuró hacerlo— haber tomado medidas tendientes a cumplir esa obligación hasta el máximo de los recursos de

que dispone. En este escenario, es ajustado al bloque constitucional imponer al Estado el deber de preservar lo ya otorgado.

A partir de los argumentos expuestos resulta desconcertante el fallo de Cámara que rechaza la apelación de la parte actora por insuficiencia de prueba. Le impone, así, una obligación que colisiona con el régimen general que en materia de derechos humanos exige al Estado demostrar que no tiene posibilidad alguna de remediar la situación de privación de derechos que padece quien acciona (y que el Gobierno reconoció en ocasión de otorgarle un subsidio).

En otros términos: de cara a las obligaciones constitucionalmente asumidas por el Estado local en relación con el derecho de la parte demandante a una vivienda adecuada, es la autoridad demandada la que debe acreditar el cumplimiento.

No se me escapa que esta consideración vuelve sobre posiciones que ya han sido reseñadas en el voto. Pero es la inaceptable posición de la Cámara la que determina la reiteración. Dicen los magistrados que es la parte amparista cuando acude ante el poder judicial quien debe probar que “alcanza el grado de excepción suficiente como para considerarla dentro del umbral necesario para acceder a la asistencia pretendida en el caso”. La fórmula lingüística elegida indigna por su hipocresía y también por su ambigüedad insalvable. ¿Cuál es el criterio que define ese umbral?, y ¿cómo es posible afirmar que en un caso como el de autos debe demostrarse un “grado de excepción suficiente”? Es que, como tengo dicho⁴, los jueces no son conscientes de cuán significativa es su intervención en la vida social. Ni por su formación, ni por el modo en que cumplen su tarea, les es fácil advertir que la justicia no es un valor inmutable; que la elección de una solución para una situación concreta, es la manifestación más o menos clara de una concepción y valoración de las relaciones sociales existentes y de la vocación por mantenerlas y transformarlas. Cada vez que un juez dice “fallo”, su discurso “constituye” cierta conducta en un acto santificado por la ley o maldecido por ella. En definitiva, cada sentencia judicial no es un acto aislado, sino parte de esa práctica social específica que llamamos derecho, y que conlleva la carga legitimante del poder que le es propia.

La decisión de los jueces *a quo* evidencia en su concepción la existencia de una suerte de ranking de miserias según el cual la Sra. S. no reuniría suficientes desgracias. Los magistrados no se hacen cargo de que se trata de una mujer de 33 años —sujeto de preferente tutelar según la ley n° 4036— “con una débil red de contención familiar conformada por su madre, quien no puede brindarle ayuda ante la situación que atraviesa”, que “se encuentra excluida del mercado

⁴ RUIZ, Alicia E. C., *Idas y vueltas: por una teoría crítica del derecho*, Editores del Puerto, 2006.

laboral formal”, y que desde temprana edad ha atravesado situaciones de violencia, hostigamiento y victimización “por parte de sus allegados y familiares, [que] han impactado negativamente en su subjetividad”, por lo que “presenta temor y desconfianza en vincularse con pares”, extremo que repercute en sus posibilidades de inserción en el mercado laboral (cfr. informe social agregado a fs. 37/40). Eligen no dar cuenta, además, de una coyuntura que dificulta el ingreso al mercado del trabajo, y del obstáculo —en ocasiones insalvable— que la precariedad habitacional constituye para ese fin.

7. Tutela efectiva y función jurisdiccional:

Los criterios hermenéuticos establecidos internacionalmente se orientan hacia la extensión y ampliación constante de los derechos sociales. En su efectivización está comprometido el Poder Judicial. Es que los jueces estamos facultados para desplegar una actividad correctiva de cualquier omisión del Estado que vulnere derechos fundamentales. Es más, estamos obligados constitucional y convencionalmente a hacerlo.

En el caso, la parte actora requirió por la vía del amparo (artículo 14 de la CCBA) la satisfacción urgente e impostergable del derecho a la vivienda adecuada. Como ya expliqué, el cariz social del contenido de la pretensión no implica que ésta sea ajena al ámbito justiciable. Por el contrario, la posición asumida por el GCBA en sede administrativa justifica plenamente la intervención judicial (Observación General nº 9 del Comité de Derechos Económicos y Culturales: “La aplicación interna del Pacto”).

En la varias veces citada causa “Toloza” dije que “[e]l 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”.

8. La ley 3706:

La ley 3706 de “PROTECCIÓN Y GARANTÍA INTEGRAL DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS EN SITUACIÓN DE CALLE Y EN RIESGO DE SITUACIÓN CALLE” reglamenta los derechos y garantías reconocidos por la CN, la CCBA, y los instrumentos internacionales de derechos humanos de igual jerarquía, que se reseñaron en este voto.

El art. 2 inc. a de la ley nº 3706 establece que: “se consideran personas en situación de calle a los hombres o mujeres adultos/as o

grupo familiar, sin distinción de género u origen que habiten en la calle o espacios públicos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en forma transitoria o permanente y/o que utilicen o no la red de alojamiento nocturno”.

En otros términos, el legislador porteño considera a quienes deben pernoctar en la red de paradores del GCBA como personas en situación de calle.

La norma contribuye a fijar un estándar preciso del derecho a una vivienda adecuada excluyendo de manera definitiva la posibilidad de considerar la mera disponibilidad de esa red como ajustada al piso mínimo que el Estado debe garantizar en materia de derecho a una vivienda adecuada. En este aspecto, la norma armoniza con los extremos previstos en la Observación General n° 4 que transcribí en el apartado 3 de este voto.

Según lo expuesto, y ante la exclusión expresa que efectúa la ley, el programa previsto en el decreto 167/11 constituye el único dispositivo con que la parte demandada procura paliar el déficit que presenta en el cumplimiento de las obligaciones que la CCBA le impone ante las personas en situación de precariedad habitacional.

En este contexto, no hay más que revocar la sentencia impugnada.

9. Con apoyo en los fundamentos que anteceden, voto por: a) hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la parte actora, b) imponer las costas en el orden causado porque todos los letrados intervinientes son funcionarios y agentes del Estado local (artículo 62, segundo párrafo del CCAYT).

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

**el Tribunal Superior de Justicia
resuelve:**

1. Admitir la queja interpuesta por M. E. S. y **hacer lugar** a su recurso de inconstitucionalidad.

2. Dejar sin efecto la sentencia dictada con fecha 5 de febrero de 2013 y **reenviar** las actuaciones a la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario para que los jueces de la Sala II dicten un nuevo fallo en el que se pronuncien sobre las cuestiones soslayadas.

Expte. nº 9814/13

3. Mandar que se registre, se notifique, se agregue la queja al expediente principal y, oportunamente, se devuelva como está indicado en el punto anterior.