JUZGADO DE 1RA INSTANCIA EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO Nº 2 SECRETARÍA N°4

C. M. M. CONTRA GCBA SOBRE AMPARO

Número: EXP 52956/2015-0

CUIJ: EXP J-01-00052863-9/2015-0

Actuación Nro: 12149332/2018

Ciudad Autónoma de Buenos Aires, de octubre de 2018.eg

VISTOS:

1. A fs. 1/23 se presenta **M. M. C.**, por derecho propiocon el patrocinio letrado del Sr. Defensor ante los Juzgados de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a cargo de la Defensoría Nº 2, Dr. Pablo De Giovanni, e interpone acción de **amparo** contra el **Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires**, con el objeto de que les provea una solución habitacional estable y permanente, a través de una propuesta concreta de alojamiento que le permita acceder a una vivienda adecuada y en condiciones dignas de habitabilidad, acorde con lo dispuesto en el bloque de constitucionalidad federal y local.

Igualmente peticiona que, en forma provisional y como medida cautelar, se ordene al Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que lo incorpore en alguno de los programas habitacionales vigentes, los que deberán proveerle una prestación que comporte un auxilio cierto, concreto y suficiente para el acceso a un alojamiento que reúna condiciones dignas de habitabilidad.

2. Con respecto a la base fáctica que motiva la presente acción, la amparista relata al momento de su interposición, que es una mujer sola, discapacitada, de 58 años de edad, y que **se encuentra en efectiva situación de emergencia habitacional**, pernoctando en un colchón dispuesto sobre el piso de la vivienda de un vecino.

En cuanto a su **historia personal,** refiere que, si bien logró culminar sus estudios universitarios, nunca tuvo la oportunidad de insertarse en el mercado laboral.

Explica que su padre biológico la abandonó cuando ella era aún pequeña y que siempre vivió con su madre y la pareja de esta, añade que ambos padecieron de Alzheimer por lo que se dedicó a cuidarlos hasta que fallecieron.

Añade que durante todo el tiempo en que se dedicó a cuidar a sus padres, la familia vivió de los escasos ingresos de su madre y que, con el paso de los años, ella perdió la capacidad de ejercer su profesión y comenzó a realizar trabajos por hora en servicio doméstico, cuidado de personas o como "volantera", obteniendo de esas actividades exiguos ingresos que resultaban insuficientes para cubrir sus necesidades básicas y de alojamiento.

Refiere que luego de producida la muerte de sus padres *"entr[ó] en una profunda crisis que se espiraló y agudizó sin escalas hasta que en el año 2010 qued[ó] en efectiva situación de calle"* (cfme fs. 3). En estas circunstancias recibió asistencia del Ejército de Salvación, en cuyo Centro Social Femenino "El Amparo" residió durante cuatro años.

Continúa relatando que luego de los años que vivió en dicho Hogar, concurrió al Ministerio de desarrollo social del GCBA y en el año 2014 fue incorporada al Programa Atención a Familiares en Situación de Calle lo que le permitió alojarse en el Hotel Don Jorge durante el tiempo que recibió el beneficio.

Manifiesta que una vez percibida la última cuota del subsidio, su situación se volvió crítica nuevamente y que en agosto de 2015, con la asistencia de la Dirección de Orientación al Habitante dependiente de la Defensoría General, solicitó su reincorporación al Programa y la extensión de las cuotas previstas, sin obtener una respuesta favorable.

En lo que atañe a su **situación de salud** expresa que padece de *"hipertiroidismo y enfermedad celíaca con osteoporosis"* y que desde el año 2014 percibe una pensión por invalidez. Destaca al respecto que el otorgamiento de dicho beneficio permite tener por acreditado tanto su situación de vulnerabilidad como una incapacidad mayor del 76 %, así como la inexistencia de familiares que puedan prestarle auxilio económico. Agrega que tales circunstancias la encuadran dentro de los "grupos prioritarios" de acuerdo a los criterios establecidos por el TSJ en el fallo "K.M.P.".

Con respecto a su **situación económica**, indica que se encuentra

desempleada, próxima a alcanzar la edad jubilatoria y sin posibilidades de incorporarse al mercado formal de trabajo. Añade que sus únicos ingresos se componen de su pensión por discapacidad por la que percibe la suma de $ 2.900 y de $ 600 correspondientes al Programa Ticket Social.

3. A fojas 41/45 vta. **se concede la medida cautelar** y se ordena al Gobierno de la Ciudad que arbitre los medios necesarios para dar una adecuada satisfacción a los requerimientos habitacionales de la actora. En caso de optarse por el otorgamiento de un subsidio, se ordenó que los fondos resulten suficientes para cubrir la totalidad del costo de un alojamiento en condiciones dignas de habitabilidad.

La medida fue apelada por el GCBA a fs. 48/55. El 4/08/2016, la sala I de la cámara de Apelaciones resolvió declarar la caducidad de la segunda instancia, por lo que la medida devino firme.

4. Corrido el pertinente traslado, a fs. 60/75 el GCBA contesta demanda y solicita la citación del Estado Nacional en los términos de los artículos 88 y 89 del CCAyT de aplicación supletoria de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 28 de la ley 2145.

Niega que la actora se encuentre en el estado de vulnerabilidad que describe y que no pueda solventar los gastos de una vivienda. Rechaza no haberle brindado la asistencia necesaria para que pueda vivir dignamente y niega también que los ingresos informados sean los únicos y que no pueda trabajar.

Desconoce la autenticidad de la prueba documental presentada por la actora y niega, igualmente, que ésta sea titular de un derecho incontestable a recibir una solución habitacional definitiva que le permita acceder a una vivienda adecuada en condiciones dignas de habitabilidad.

En lo que refiere a los requisitos para ser beneficiaria del subsidio habitacional, rechaza que la actora reúna todos ellos.

A su vez, niega que las normas atacadas sean inconstitucionales.

Por último, rechaza en forma categórica que hubiera incurrido en actos u omisiones manifiestamente ilegales o arbitrarias que en forma actual o inminente lesionen derechos reconocidos por la Constitución Nacional, las leyes de la Nación o la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires.

Por otro lado, enfatiza que *"[...] no existe un derecho subjetivo de cualquier persona para exigir en forma inmediata y directa de la Ciudad de Buenos Aires la plena satisfacción de su necesidad habitacional"* (cfme. fs. 66 vta.).

Resalta que la actora no presenta imposibilidad de trabajar y enfatiza que no se encuentra en situación de vulnerabilidad extrema. Agrega que la actora no probó que la discapacidad que alega poseer le impida trabajar y que si así fuera debería dirigirse al Estado Nacional *"quien tiene un programa federal para la protección del trabajo para personas con discapacidad a través de la ley 26.816"* (cfme. fs. 67).

También en cuanto a la pretensión de acceso a la vivienda, manifiesta que la amparista debería dirigirse al Estado Nacional, en virtud del programa PROCREAR.

Señala que las autoridades locales han ido dictando a través del tiempo una normativa progresiva en materia habitacional, cumpliendo acabadamente con los preceptos constitucionales en juego, ya que los programas implementados otorgan prioridad a las personas más desfavorecidas.

Luego, en punto a la normativa que rige en materia habitacional, destaca que se encuentra vigente el decreto 239/GCBA/2013. Indica al respecto que *"[d]icho acto administrativo regula el marco legal relacionado con la emergencia habitacional, constituyendo una herramienta tendiente solo a mitigar los efectos del desarrollo habitacional existente"* (cfme. fs. 68).

Refiere además que, *"[...] los subsidios de vivienda disponen medidas transitorias tendientes a paliar la urgente necesidad habitacional de ciertos grupos que se encuentran objetivamente en desventaja para procurarse por si un lugar donde vivir."* Puntualizó que aquellos *"[...] no son los únicos medios de cumplir con las previsiones constitucionales focalizadas a reconocer el derecho a la vivienda y a un hábitat adecuado [...]"* (cfme. fs. 68 vta.), por lo cual pueden ser totales o parciales, o bien estar sujetos a condiciones y pautas de distribución, siempre que éstas respeten las

garantías constitucionales.

Con relación a las disposiciones contenidas en los arts. 14 bis de la Constitución Nacional y 31 de la Constitución local, afirma que las mismas establecen principios y programas y reconocen expresamente que ellos deben implementarse progresivamente, pero que no obligan a la administración a mantener *sine die* planes de subsidios habitacionales.

Rechaza que la discontinuidad de las prestaciones vulnere el principio de progresividad o de no retroceso social, el cual está contemplado en el artículo 2 del PIDESC. Puntualizó que, en el mismo se establece que *"[c]ada uno de los estados partes del presente Pacto se compromete a adoptar medidas (...) especialmente económicas y técnicas hasta el máximo de los recursos de que dispongan, para lograr, progresivamente, por todos los medios apropiados (...) la plena efectividad de los derechos aquí enunciados (...)"* (cfme. fs. 70/70 vta.).

Por tal razón, solicita que se rechace la tacha de inconstitucionalidad introducida por la parte actora, agregando al respecto, que el planteo ha sido formulado en forma dogmática y genérica, sin acreditar las razones de índole fáctica o jurídica que permitan descalificar la constitucionalidad de la normativa cuestionada.

Finalmente peticiona se desestime la pretensión de incrementar los montos del subsidio habitacional, con fundamento en que se trata de una competencia exclusiva de la administración pública.

Pide la eximición de costas del proceso, plantea la cuestión constitucional y el caso federal, y confiere autorizaciones.

5. A fs. 105/106 vta. el Tribunal rechaza el pedido de citación del Estado Nacional como tercero.

A fs. 108/113 el GCBA interpone Recurso de Inconstitucionalidad contra dicha resolución, y a fs. 126/126 vta. el Tribunal lo declara inadmisible.

6. Llegado el momento de expedirse sobre la cuestión de fondo suscitada en el *sub lite*, la representante del Ministerio Público Fiscal interviniente emitió su dictamen (ver fs. 318/222). Allí, luego de reseñar los aspectos fácticos de la demanda y el régimen legal y jurisprudencial aplicable al caso, concluyó que, a efectos de determinar la procedencia de la acción intentada, deberá verificarse si existe una omisión ilegitima por parte del GCBA a la luz de los hechos y las pruebas aportadas a la causa, y las circunstancias personales invocadas por la actora permiten considerarla inserta en el grupo de personas que cuentan con prioridad para acceder a la tutela del GCBA.

7. A fs. 323 se pasaron los autos a resolver.

Y CONSIDERANDO:

A efectos de dar orden a las cuestiones a resolver en el *sub examine* seguidamente se analizará en primer lugar la normativa aplicable, seguidamente se considerarán y valorarán las probanzas producidas, para finalmente abordar el planteo de inconstitucionalidad introducido y, en definitiva, la procedencia de la presente acción.

I. Consideraciones liminares.

Previo a analizar si la conducta del GCBA en el caso se ajusta a los imperativos legales, constitucionales y convencionales que rigen el derecho a la vivienda, es necesario tener presente que la situación que aquí se ventila no es excepcional. Se inscribe en un contexto de contradicciones sociales y económicas que lo hacen posible y dentro del cual, las acciones u omisiones del Estado no resultan un factor menor ni lateral. Por ello, es conveniente ubicar el tema del que no tiene vivienda dentro de esa trama, a fin de no perder de vista su dimensión y sus implicancias.

En la Ciudad de Buenos Aires se advierte un incremento sostenido de los desalojos como política de Estado. La Defensoría General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires informó que en 2011, en los desalojos en la Ciudad de Buenos Aires, *"el 71% de los expulsados no tuvo defensa previa durante el proceso judicial, y en el 88% de los casos no fue posible notificar a una persona determinada sobre el delito de usurpación, el paso previo para que un acusado pueda defenderse ante la justicia y*

enfrentar el pedido de desalojo".[1] De la mano de esta situación, se advierte un crecimiento del sector inmobiliario y la especulación financiera.

Sumado a los desalojos masivos, la indiferencia del estado respecto del destino de estas personas, hace que engrosen las filas que caen en un sistema asistencialista deficiente y/o terminan en situación de calle.

América Latina es la segunda región más urbanizada del planeta, con un 77% de su población habitando actualmente en ciudades. Parece inevitable que el aumento poblacional y la creciente urbanización que ha registrado y registrará el mundo en los próximos años, represente un enorme desafío para todos los estados en materia de vivienda, infraestructura y acceso a servicios. En los países menos desarrollados la situación en este aspecto es preocupante, ya que la mayor parte del crecimiento poblacional se concentra en los estratos de menores ingresos. El hecho de que la pobreza se esté "urbanizando" trae consigo problemas adicionales de marginación y desigualdad que no pueden ser ignorados. "*La atención a las necesidades de vivienda, es un componente esencial de cualquier esquema de políticas públicas y en los últimos años se ha convertido en una prioridad en la agenda internacional. Muchos de los países en desarrollo que han tomado medidas en este tema, se han enfocado prioritariamente a la implementación de programas para la vivienda social. Sin embargo, la demanda masiva de vivienda y la asignación limitada de recursos públicos han recortado el alcance de estos programas, incluso en entornos económicos e institucionales favorables."*[2]

En nuestro país, el stock de préstamos hipotecarios alcanza apenas el 1% del producto bruto interno, cifra muy lejana a las de otras economías con similar

1http://tiempo.infonews,com/notas/desalojos-71-de-los-acusados-de-usurpacion-no-tuvo-derecho-defensa

2 "*El Déficit Habitacional en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires Propuesta para disminuir sus efectos cuantitativos y cualitativos",* en http://www.reporteeconomico.com/detalle.asp?325.

grado de desarrollo. A modo de ejemplo, cabe destacar que en Panamá la relación es del 24% del PBI, en Chile 15%, en México 12% y en Brasil 5%, con un promedio para toda América Latina del 8% [3]. Estos datos evidencian que el acceso al financiamiento para un amplio segmento de la población es estructuralmente inalcanzable.

Por otra parte, el acelerado desarrollo de la actividad inmobiliaria de la Ciudad de Buenos Aires a la salida de la crisis de los años 2001 y 2002 estuvo principalmente asociado a la especulación. Poco es lo que aportó a la clase media y a los sectores de bajos ingresos el crecimiento del sector de la construcción en la Ciudad. La reactivación estuvo dirigida al segmento conformado por las clases medias y altas, concentrándose en la edificación de torres de lujo en barrios destacados de la ciudad.

Paralelamente, los organismos estatales que tienen a su cargo la construcción y promoción de viviendas sociales llevan varias décadas sin cumplir con su misión específica. En concreto, en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires no se ha implementado, en los últimos años, ningún plan de creación de viviendas o de promoción para el acceso a las mismas, situación que va de la mano con una subejecución permanente del presupuesto local destinado a tal fin.

En definitiva, es evidente que el Estado no es ajeno al déficit habitacional en la Ciudad de Buenos Aires y que, por el contrario, el mismo obedece también a la omisión de implementar políticas públicas de acceso a la vivienda que contemplen las necesidades de los distintos sectores sociales, especialmente de los más vulnerables.

Pero el Estado no sólo es responsable por omisión, al abandonar la política de vivienda a las reglas del mercado y de la oferta y la demanda, sino que también es activo legitimador de un discurso discriminador y violento hacia los sectores que excluye. En otras palabras, la violencia coercitiva del Estado avanzó en los últimos años, hacia una suerte de *"marginalización programática"*.

Tal vez, el ejemplo más paradigmático de ello sea la actuación desplegada por la Unidad de Control y Espacio Público (UCEP), creada en el año 2008 con el objeto expreso de *"mantener el orden y la organización del espacio público, coordinando y colaborando con las diferentes áreas del Ministerio de Ambiente y Espacio Público del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*"[4].

3 Id. nota 7.
4 Decreto 1232/08 del 29/10/2998.

En efecto, el accionar de esta unidad se caracterizó por la violencia y la coacción para uno de los grupos más vulnerables de la sociedad: las personas en situación de calle.

Resulta esclarecedor, al respecto, un informe elaborado por la organización *"Médicos del Mundo"* en el año 2012. En el mismo, a través del testimonio de una gran cantidad de personas que fueron atendidas en el marco del Programa "Salud de Calle" se determinó la existencia de *"[…] acciones de persecución, represión y maltrato hacia la gente en situación de calle por parte de funcionarios del Ministerio de Espacios Públicos pertenecientes a la Unidad de Control de Espacios Públicos (UCEP) del GCBA en diferentes plazas, paradores y zonas que dicha población frecuenta*",

En el informe se destaca que *"[…] Las razzias civiles de la UCEP se constataron en Plazas/Veredas/Estaciones en las zonas de Chacarita, Tribunales, Congreso, Once, Parque Lezama, Constitución, entre otros*", y que *"[…] El accionar de la UCEP consistía en grupos de personas/funcionarios vestidos de civil que se presentaban casi siempre de noche en la zona donde se encuentran personas en situación de calle y violentamente con golpes, maltratos y represión expulsaban a la gente de su lugar pernocte. Muchas veces se presentaban sin Fuerza de Seguridad, actuando como grupo de represión sustrayendo incluso pertenencias, arrojando a la basura sus bienes (DNI, entre otros)*" [5].

La disolución de la UCEP, acaecida en el año 2009, no significó el cese de la violencia de estado. En efecto, en el reporte precedentemente referido se concluyó al respecto que lejos de ello, *"[…]Los actos represivos efectuados en su momento por la UCEP, fueron transferidos progresivamente para institucionalizarse y*

5 Médicos del Mundo, "Informe Salud en la Calle" 2010-2012 , publicado en *http://www.mdm.org.ar/informes/29/Informe-2012-Programa-Salud-en-la-Calle.pdf.*

legalizarse en la actualidad mediante:- La puesta en funcionamiento de la policía porteña (Policía Metropolitana).- La propuesta del Poder Ejecutivo Porteño para modificar el Código Contravencional dela Ciudad busca penalizar la situación de calle, planteándolo desde el discurso de 'la inseguridad y la convivencia en la Ciudad". Prohibir determinadas actividades como los cuidacoches y limpiavidrios 'sin autorización legal', que las personas realizan como medio de subsistencia diaria, resulta ser un avance en la penalización de la exclusión social. - Las acciones llevadas a cabo por el propio Servicio de Higiene Urbana del Ministerio de Ambiente y Espacio Público del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires. "El servicio de Higiene Urbana, que se encarga de la limpieza en la ciudad, se lleva colchones, frazadas y otras pertenencias de los sin techo, según una denuncia que ya analiza la Defensoría del Pueblo. Ahora, los nuevos operativos son de día [6]

Hoy, en Argentina, nos enfrentamos a un aumento progresivo de las tasas de desocupación y a un deterioro general de las condiciones de vida [7]. Barrios suburbanos sin la infraestructura adecuada para mantener condiciones aceptables de salud y de desarrollo, y marginación creciente dentro de la Ciudad de Buenos Aires.

Además, es recurrente en las políticas sociales llevadas adelante por los estados para mejorar las condiciones de vida de los sectores postergados, el descuido por los problemas de su integración. Se trata de una tendencia persistente hacia la segmentación social. El prejuicio y la constante puesta en evidencia del barrio marginal y de sus habitantes como algo inferior genera una barrera invisible: los de afuera y los de adentro.

"El modelo de pensamiento acostumbrado a emplear estereotipos y prejuicios está apegado al autoritarismo y a gruesas fallas en el razonamiento. No se maneja con personas, cada una con su historia, sus características, sus defectos o virtudes, su desempeño particular, sino con categorías que la definen a priori: peruanos, bolivianos y paraguayos y, en general, villeros (que incluyen desde luego muchos provincianos, asociados metonímicamente a categorías que hoy encabezan el estigma) son malos por naturaleza, son además todos iguales y predecibles y, más allá

6 Íd. Nota 10.

7 Según un informe emitido por el Observatorio de la Deuda Social de la Universidad Católica Argentina en abril de 2016 con relación al primer trimestre del año, la tasa de pobreza pasó de 29% a 34,5% en el primer trimestre de 2016, lo que significa que hay *"1,4 millón más de pobres, cerca de 13 millones de personas en situación de pobreza"*.

de cualquier posible diferencia individual, el pensamiento racista los considera inapelablemente perniciosos"[8]

"La villa miseria también es Buenos Aires. Sin embargo sus habitantes parecen carecer de los mismos derechos. A la desigualdad frente a los servicios que brinda la ciudad se suma el estigma, la desconfianza, el prejuicio. La villa se inicia en la ilegalidad, está ubicada en zonas de invasión; sus habitantes no son, por lo general, dueños del terreno, y ello contribuye a que persevere durante muchos años la relativa carencia de servicios, la urbanización caótica, la inseguridad. La villa es ilegal, autogestada, y a lo largo de los años la ciudad la ignora, la trata como un cuerpo extraño, la excluye de la trama de los servicios (cloacas, recolección de basura, seguridad)"[9]

Villero, pobre, negro, cartonero, son todas expresiones a las cuales se les atribuyen cualidades negativas. Se realiza así una correspondencia directa entre aspectos visibles con supuestas calidades morales. El individuo combate constantemente contra el estigma, reforzando su propia identidad a través de experiencias negativas a las cuales es sometido. El problema de la vivienda también es eso.

II. Plataforma normativa.

1. El derecho a la vivienda en el marco del derecho internacional.

1.1. Tratados internacionales de rango constitucional.

El derecho a la vivienda se encuentra consagrado de manera expresa en muchos de los tratados sobre derechos humanos que, conforme lo dispone el artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional, tienen igual jerarquía que la Carta Magna.

8 Íd. Nota 7.

9 Mario Margulis, *"La discriminación en la discursividad social"*, en *"La segregación negada: cultura y discriminación social"*, Editorial Biblos, Buenos Aires 1999, 1ra. Edición, pág. 25.

Así, la Declaración Universal de Derechos Humanos establece, en su artículo 25.1 que *"toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud, el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios"*. A su vez, en el artículo XI de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre expresa que *"toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a […] la vivienda"*.

También la Convención Americana sobre los Derechos Humanos establece en su artículo 26 que *"Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias […], para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura"*.

Cabe mencionar el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, considerado por el propio Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales como el más específico y avanzado en la materia. En él, además de consagrarse expresamente el derecho a la vivienda, se han establecido obligaciones para los estados parte que señalan las medidas que deben adoptar para avanzar en la plena vigencia del acuerdo. En efecto, el artículo 11 prescribe que: *"[…] Los Estados partes en el presente Pacto reconocen el derecho a toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados y mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho"*. Luego, en el artículo 2 se establece que *"[…] 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."*

Con relación a las obligaciones asumidas por los Estados firmantes del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, en tanto órgano competente para la interpretación del tratado, se ocupó de definir el alcance de esas obligaciones a través de

las Observaciones Generales dictadas en ejercicio de sus facultades. Puntualmente, las Observaciones Generales 3 y 4, resultan esclarecedoras a los efectos de resolver el asunto traído a mi conocimiento. A su análisis se destinarán los párrafos siguientes.

1.2. Observaciones Generales 3 y 4 del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se ocupó de definir y precisar cuáles son los mecanismos de acceso a la vivienda que los Estados deben poner a disposición de las personas, en la Observación General nº 3, expresando que "*[…] 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 […] 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"*[10].

En la misma oportunidad, y con relación al alcance de las obligaciones asumidas por los estados parte, el Comité consideró que *"[…] 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 tendientes 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".*

También dijo, con relación a la expresión *"progresiva efectividad"*,

10 Observación General nº 3 del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, aprobada durante el quinto período de sesiones, año 1990.

que ésta no debe interpretarse "[…] *equivocadamente como que priva a la obligación de todo contenido significativo"*, sino que el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, impone a los estados "*[…]la obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible […]* y de *tomar las medidas necesarias "hasta el máximo de los recursos de que disponga"*.

Más tarde, en la Observación General nº 4, al referirse a los estándares que deben ser considerados como elementos mínimos del derecho a la vivienda adecuada, el Comité señaló que "*[…] 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"*[11].

Con relación al concepto de vivienda adecuada, expresó que " *[…] 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",* agregando que "*[…]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".*

1.3. Contenido mínimo del derecho a la vivienda.

11 Observación General nº 4 del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, aprobada durante el sexto período de sesiones, año 1991.

En cuanto al alcance de las obligaciones estatales tanto de resultados como de medios, a la luz de la ya referida Observación General nº 3 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, surge de manera prístina que el *"permiso"* para cumplir solamente con el estadio mínimo, se encuentra vinculado a la situación concreta de aquellos estados que están imposibilitados de mejorar la situación habiendo agotado el máximo de sus recursos disponibles.

Entre las obligaciones de resultado relativas al derecho en cuestión que se encuentran a cargo de los Estados, cabe mencionar dos fundamentales: la no discriminación y la adopción de medidas concretas y adecuadas.

Es que, como ya se señaló, el Comité ha manifestado que *"[...] 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 [...] 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 [...] Si el Pacto se ha de interpretar de tal manera que no establezca una obligación mínima, carecería en gran medida de su razón de ser. Análogamente, 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. 11. El Comité desea poner de relieve, empero, que, aunque se demuestre que los recursos disponibles son insuficientes, sigue en pie la obligación de que el Estado Parte se empeñe en asegurar el disfrute más amplio posible de los derechos pertinentes dadas las circunstancias reinantes […]"[12]**.**

De lo expuesto se sigue, claramente, que los estados deben agotar sus esfuerzos para proveer en forma completa el derecho a la vivienda.

Al respecto, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales expresamente contempla diversas situaciones, indicando que las mismas serán tenidas en cuenta a fin de evaluar si el estado en cuestión ha dado cumplimiento o no a las obligaciones derivadas del Pacto. Es decir que en cada caso debe analizarse cuál es el alcance de la obligación o, en otras palabras, de qué manera cada estado la cumple, ello previa acreditación de "*haber realizado la totalidad de los esfuerzos necesarios hasta el máximo de los recursos disponibles*".

La referida "*obligación de garantizar por lo menos el estadio mínimo*" como claramente lo expresa el Comité, pretende estimular al menos la garantía de un "piso" de derechos para los habitantes de cada estado. Utilizar tal prescripción para que, sin perjuicio de la real situación económica y social de los estados, éstos pretendan cumplir el Pacto garantizando sólo el mínimo indicado, es dar por tierra con la finalidad propia del tratado consistente en la plena satisfacción de los derechos en él establecidos.

1.4. Otras declaraciones y recomendaciones internacionales.

La consideración del derecho a una vivienda adecuada aparece ya como una cuestión inherente a las obligaciones estaduales en la **Carta de la Organización de los Estados Americanos,** en la que se señala que "*[…] Los Estados miembros convienen en que la igualdad de oportunidades, la eliminación de la pobreza crítica y la distribución equitativa de la riqueza y del ingreso, así como la plena participación de sus pueblos en las decisiones relativas a su propio desarrollo, son, entre otros, objetivos básicos del desarrollo integral. Para lograrlos, convienen*

12Observación General nº 3.

asimismo en dedicar sus máximos esfuerzos a la consecución de las siguientes metas básicas: […] k) Vivienda adecuada para todos los sectores de la población"[13].

Asimismo, y más allá de los preceptos consagrados en los tratados *supra* citados, el derecho a la vivienda digna, en tanto uno de los derechos humanos más elementales, es preocupación permanente de los organismos internacionales con competencia en la materia.

Así, en la **Conferencia sobre Asentamientos Humanos** de la Organización de las Naciones Unidas celebrada en Vancouver en el año 1976 (denominada Hábitat I) se definió que *"[...] la vivienda y los servicios adecuados constituyen un derecho humano básico que impone a los gobiernos la obligación de asegurar su obtención por todos los habitantes, comenzado por la asistencia directa a las clases más destituidas mediante la orientación de programas de autoayuda y de acción comunitaria. Los gobiernos deben esforzarse por suprimir toda clase de impedimentos que obstaculicen el logro de esos objetivos".*

Esta idea fue reforzada en la **Conferencia sobre Asentamientos Humanos** celebrada en Estambul en el año 1996 (Hábitat II). Allí se concluyó que *"[...] Todas las personas tienen derecho a un nivel de vida adecuado para sí mismas y sus familias, lo que incluye alimento, vestido, vivienda, agua y saneamiento adecuados, y a la mejora constante de las condiciones de vida"* y que *"[...] la vivienda adecuada significa algo más que tener un techo bajo el que guarecerse. Significa también disponer de un lugar privado, espacio suficiente, accesibilidad física, seguridad adecuada, seguridad de tenencia, estabilidad y durabilidad estructurales, iluminación, calefacción y ventilación suficientes, una infraestructura básica adecuada que incluya servicios de abastecimiento de agua, saneamiento y eliminación de desechos, factores apropiados de calidad del medio ambiente y relacionados con la salud, y un*

13Articulo 34 de la Carta de la OEA.

emplazamiento adecuados y con acceso al trabajo y a los servicios básicos[...]".

Similares conceptos también fueron considerados al aprobarse la **Estrategia Mundial de la Vivienda hasta el año 2000**[14], determinándose que: "*[...] todos los ciudadanos de todos los Estados, por pobres que puedan ser, tienen derecho a esperar que sus gobiernos se preocupen de sus necesidades en materia de vivienda y que acepten una obligación fundamental de proteger y mejorar las casas y los barrios en lugar de perjudicarlos o destruirlos*".

A su vez en **Declaración sobre Progreso y Desarrollo en lo social**[15], se estableció que "*[…] El progreso y el desarrollo en lo social deben encaminarse a la continua elevación del nivel de vida tanto material como espiritual de todos los miembros de la sociedad, dentro del respeto y del cumplimiento de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, mediante el logro de los objetivos principales siguientes: […] f) la provisión a todos, y en particular a las personas de ingresos reducidos y a las familias numerosas, de viviendas y servicios comunales satisfactorios*".

Asimismo, en la **Declaración sobre el Derecho al Desarrollo**[16] se determinó que "*[…] Los Estados deben adoptar, en el plano nacional, todas las medidas necesarias para la realización del derecho al desarrollo y garantizarán, entre otras cosas, la igualdad de oportunidades para todos en cuanto al acceso a los recursos básicos, la educación, los servicios de salud, los alimentos, la vivienda, el empleo y la justa distribución de los ingreso"*. En atención a que en el caso de autos se controvierte el derecho a la vivienda de una madre y sus hijos menores mencionaré que el inciso 3 del artículo 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que*[L]os Estados Partes, de acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios, adoptarán medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a este derecho y, en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda".*

14Aprobada por Resolución 43/181 de la Asamblea General de la ONU, el 20 de diciembre de 1988.

15Aprobada por la Asamblea General de la ONU mediante resolución 2542 del 11 de diciembre de 1969.

16 Aprobada por la Asamblea General de la ONU mediante resolución 41/128, de 4 de diciembre de 1986.

2. Normativa constitucional.

La **Constitución Nacional** consagra específicamente el derecho a la vivienda digna en el artículo 14 bis, al decir que *"[...] El estado otorgará [...] la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna"*

A su vez, la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires ya en su preámbulo consagra como propósito garantizar la dignidad de la persona humana. Además, en el artículo 10 se reafirma la vigencia de todos los derechos, declaraciones y garantías contenidos en la Constitución Nacional, las leyes de la Nación y los tratados internacionales ratificados y que se ratifiquen. Igualmente se establece que aun cuando los derechos y garantías no se encuentren reglamentados, no pueden nunca ser negados ni limitados. El artículo 17 prescribe que la Ciudad tiene a su cargo el desarrollo de políticas sociales coordinadas para superar las condiciones de pobreza y exclusión mediante recursos presupuestarios, técnicos y humanos, la asistencia a personas con necesidades básicas insatisfechas y la promoción del acceso a los servicios públicos para las que tienen menores posibilidades.

Específicamente el artículo 31 reconoce el derecho a una vivienda digna y a un hábitat adecuado. Para ello, la Ciudad debe: 1) resolver progresivamente el déficit habitacional, de infraestructura y servicios, dando prioridad a las personas de los sectores de pobreza crítica y con necesidades especiales, de escasos recursos; 2) auspiciar la incorporación de los inmuebles ociosos; promover los planes autogestionados, la integración urbanística y social de los pobladores marginados, la recuperación de las viviendas precarias y la regularización dominial y catastral, con criterios de radicación definitiva; y 3) regular los establecimientos que brindan alojamiento temporario, cuidando excluir los que encubran locaciones.

Por su parte, el artículo 20 establece pautas para el goce del derecho a la salud, considerado por el constituyente como un derecho fundamental y lo vincula

con otros derechos fundamentales: alimentación, vivienda, trabajo, educación, vestido, cultura y ambiente.

Respecto a los derechos de las personas mayores, el artículo 41 establece que *"[l]a Ciudad garantiza a las personas mayores la igualdad de oportunidades y trato y el pleno goce de sus derechos. Vela por su protección y por su integración económica y sociocultural, y promueve la potencialidad de sus habilidades y experiencias. Para ello desarrolla políticas sociales que atienden sus necesidades específicas y elevan su calidad de vida; las ampara frente a situaciones de desprotección y brinda adecuado apoyo al grupo familiar para su cuidado, protección, seguridad y subsistencia; promueve alternativas a la institucionalización".*

Finalmente debe tenerse presente que el artículo 42 dispone que la Ciudad (…) "***garantiza a las personas con necesidades especiales el derecho a su plena integración, a la información y a la equiparación de oportunidades."***

3. Normativa *infra* constitucional.

3.1. Disposiciones legales

La Ciudad de Buenos Aires, ya desde el año 1985, desarrolló políticas destinadas a paliar diversas situaciones de vulnerabilidad social, especialmente respecto de lo que se llamó *"casos de emergencia habitacional"* [17].

En el año 2000 se sancionó la ley 341, que establece que la Comisión

17 Entre tales normas se encuentran la ordenanza nº 41.110, sancionada el 20/12/85 por medio de la cual se creó el Programa de Atención en Casos de Emergencia Individual o Familiar, norma que luego fue modificada por la ordenanza nº 48.879 para brindar reubicación a los amparados en el referido programa. Por la ordenanza nº 42.582 sancionada el 15/01/1988 se estableció el Programa de Atención en Casos de Emergencia Habitacional. Luego, mediante la ordenanza nº 43.821 sancionada el 28/09//1989 se creó el Programa Nuestras Familias, que fue reglamentado por la resolución nº 122/SSGAS/98. A través del decreto 607/97 emitido el 12/05/1997 se creó el Programa Integrador para Personas o Grupos Familiares en Situación de Emergencia Habitacional. Mediante la resolución nº 36/SSGAS/01 de fecha 11/04/2001 se aprobó el Reglamento General de Condiciones de Admisión para beneficiarios de las Familias Sin Techo. A través de la resolución nº 102/SPS/01 emitida el 1/05/2001 se reglamentó el subsidio habitacional aprobado por ordenanza nº 43.821, norma luego derogada por resolución nº 193/SDS/02 del 16/08/2002. Finalmente, por decreto nº 895/02 del 31/07/2002 se modificó el modo de ejecución de los programas destinados a brindar atención a familias en situación de calle existentes en el ámbito de la Ciudad. Este decreto fue derogado por el 690/06 y sus modificatorios, actualmente en vigencia.

Municipal de la Vivienda (hoy Instituto de la Vivienda de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires) debe instrumentar políticas de acceso a vivienda para uso exclusivo y permanente de hogares de escasos recursos en situación crítica habitacional. La norma fue modificada por la ley 4042, que definió las situaciones que otorgan prioridad para acceder a los beneficios [18].

Posteriormente, por ley 1251 se creó el Instituto de la Vivienda de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (IVC), cuyo objeto es ejecutar políticas de vivienda de acuerdo a lo establecido en el artículo 31 de la Constitución local. Uno de los principios rectores del accionar de dicho organismo es el de "… *Contribuir al acceso a la vivienda digna de todos los habitantes de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, imposibilitados por razones económicas y sociales de acceder a la misma por cualquiera de los medios regidos por el sector privado y que requieran de la participación del sector público para lograrlo, priorizando lo enmarcado en el inciso 1 del Art. 31 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*" y el de "… *Propender a reducir, mediante políticas activas, el déficit habitacional, de equipamiento comunitario, infraestructura y servicios, que se registran en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires*".

En la actualidad el derecho a la vivienda en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires está regulado, fundamentalmente, por la **ley 3706**, de Protección y Garantía Integral de los Derechos de las Personas en Situación de Calle y

18 Según el articulo 3, tienen prioridad para acceder a los beneficios de la ley los hogares que se encuentren en algunas de las siguientes circunstancias: a) pérdida de vivienda a causa de siniestro; b) desalojo con sentencia judicial debidamente documentado; c) estado de salud de uno de los integrantes del grupo familiar que requiera el cambio de las características de la vivienda; d) situaciones de violencia familiar comprobada que pusieren en riesgo la integridad de alguno de los componentes; e) habiten inmuebles afectados a obra pública; f) familias enmarcadas en procesos de organización colectiva verificables; **g) grupo familiar monoparental con hijos menores de edad**; h) pareja joven unida por lazos matrimoniales o consensuales con una edad promedio que no supere los 30 años; entre otros (articulo 6).

en Riesgo a la Situación de Calle, la **ley 4036** de Protección Integral de los Derechos Sociales en el ámbito de la Ciudad y la **ley 4042,** de Prioridad de Niños, Niñas y Adolescentes en las Políticas Públicas de Vivienda.

La primera de ellas, establece un sistema de protección y garantía integral de los derechos de las personas en situación de calle y en riesgo a la situación de calle, disponiendo que son deberes de la Ciudad Autónoma de Buenos aires, entre otros: "*[…] La remoción de obstáculos que impiden a las personas en situación de calle o en riesgo a la situación de calle la plena garantía y protección de sus derechos, así como el acceso igualitario a las oportunidades de desarrollo personal y comunitario*" (artículo 4, inciso c) y "*[…]La integración al presupuesto anual de partidas destinadas a la política pública y programas dirigidos a las personas en situación de calle y en riesgo a la situación de calle*" (artículo 4, inciso j). Asimismo define a las personas en situación de calle como aquellas que habitan en la calle o espacios públicos de la Ciudad en forma transitoria o permanente, utilicen o no la red de alojamiento nocturno. Finalmente se enumeran los deberes de la Ciudad en materia habitacional, prescribiendo específicamente que la red socioasistencial de alojamiento nocturno y la asistencia económica tienen como objetivo la superación de la situación habitacional definida en la ley.

La ley 4036 consagra normativamente la protección integral de los derechos sociales de todos los ciudadanos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, priorizando el acceso a las prestaciones de las políticas sociales que brinde el Gobierno local, de quienes se encuentren en estado de vulnerabilidad social y/o emergencia. La norma define vulnerabilidad social como la condición social de riesgo o dificultad que inhabilita, afecta o invalida la satisfacción de las necesidades básicas de los ciudadanos; y por personas en situación de vulnerabilidad social a aquéllas que por razón de edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran dificultades para ejercer sus derechos.

La ley 4042, modifica el art. 6 de la ley de Créditos Individuales a Hogares en Situación de Emergencia Habitacional (ley 341), otorgando prioridad para acceder a los beneficios a los hogares integrados con niñas, niños y adolescentes.

Por último debe mencionarse que la ley 447/00, dispone en su art. 5° que "*[t]odos los poderes del Estado de la Ciudad de Buenos Aires deben, entre sus*

objetivos, programar y ejecutar políticas activas para la prevención, estimulación temprana, rehabilitación, equiparación de oportunidades y posibilidades para la plena participación socioeconómica de las personas con necesidades especiales".

3.2. Normas reglamentarias

Por decreto **nº 690/06 del 8/6/2006** se creó el **Programa Atención para Familias en Situación de Calle**, cuyo objetivo es el de otorgar subsidios a fin de brindar asistencia a las familias, o personas solas, en situación de calle exclusivamente con fines habitacionales. También abarca a quienes se encuentren en inminente desamparo habitacional o se hallen transitoriamente sin vivienda o refugio con motivo de desalojo u otras causas. La norma dispone el otorgamiento de un subsidio de hasta $ 2.700 estableciendo también los requisitos para acceder al mismo.

Posteriormente, mediante decretos 960/08, 167/11 y 239/13 se modificó el monto máximo de subsidio a otorgarse, quedando fijado mediante la última de las normas mencionadas, en la suma total a pagar de $18.000 en diez cuotas, o en una sola cuota por el monto total previsto de $10.800, siempre y cuando el destinatario *"acredite fehacientemente la posibilidad de obtener una salida habitacional definitiva y concreta"*.

A su vez, mediante Resolución nº 1554/MDS/08, del 22/10/2008, se aprobó la reglamentación al **Programa Atención para Familias en Situación de Calle**, y se dispuso la creación de un Equipo de Seguimiento y Evaluación de los beneficiarios de dicho programa.

III. Consideraciones preliminares sobre la vivienda y la función social de la propiedad.

1. ¿Para quién es la Ciudad?

Opuesta a la solidaridad e interdependencia social, se presenta la idea

de fractura social, vinculada a las líneas de demarcación o separación entre grupos sociales, y también relacionada con la noción de exclusión social. Esta última tiene en nuestra ciudad una huella territorial: la segregación urbana.

"Vemos con dolor cómo aún en ciertas 'ciudades ricas', existen mayorías pobres. Y lo más deleznable es que sus gobernantes no tienen intención de modificar esta situación, sino que la profundizan: asignan una reducida parte de sus recursos a mejorar la vida de los que menos tienen, los ubican en los márgenes de la ciudad y lucran con el resto de los mismos. Si esto no se revierte, no podemos hablar de derecho a la ciudad ni ciudades con derechos"[19]

La tendencia a alimentar con el acervo público el mercado inmobiliario, la creciente concentración de la riqueza y la precarización laboral, sumados a la falta de políticas públicas en materia de vivienda social, produce la expulsión de las clases medias y medias bajas a los cinturones urbanos y la consolidación de la marginación para aquellos que quedan recluidos en asentamientos precarios.

De tal modo, sólo si se privilegian criterios de inclusión y solidaridad social, los mecanismos institucionales, organizativos, políticos y económicos han de permitir que las perspectivas de los territorios menos aventajados sean las más favorables posibles [20].

La regulación de la vivienda social, así como la definición de los procesos de integración urbana de los barrios de emergencia o marginales, el control de su expansión poblacional, la redistribución geográfica, los límites a la migración interna, la represión de los mecanismos de arrendamientos ilegales de tierras o espacios en villas de emergencia y otros tantos aspectos de la política urbana, deben ser resortes a los que el Estado pueda acudir para concretar su obra de bien común. Renunciar a esas facultades por parte del Estado y no forjar un orden, por cierto basado en el respeto integral de los derechos humanos, es dar rienda suelta a otro orden, en el cual los más fuertes imponen sus reglas y diseñan su particular idea de "lo justo".

2. La función social de la propiedad. El constitucionalismo social

19Peirano, Patricia y Nadalich, Juan Carlos, "*Desarrollo Social y Derecho a la Ciudad*", en Revista Derecho a la Ciudad, Buenos Aires 2011, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Secretaría de Derechos Humanos, pag. 39.

20 Harvey, D., "*Urbanismo y desigualdad social*", Buenos Aires 1973, Ediciones Siglo XXI.

en Argentina.

En las primeras décadas del siglo XX, una serie de fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación consolidaron una doctrina que justificaba la limitación del derecho a la propiedad.

Así, al pronunciarse en el célebre caso *"Ercolano c. Lanteri de Renshaw"* del año 1922 [21], sostuvo el Máximo Tribunal que *"Ni el derecho de usar y disponer de la propiedad, ni ningún otro derecho reconocido por la Constitución, reviste carácter de absoluto. La reglamentación o limitación del ejercicio de los derechos individuales es una necesidad derivada de la convivencia social. Reglamentar un derecho es limitarlo, es hacerlo compatible con el derecho de los demás dentro de la comunidad y con los intereses superiores de esta última".* También señaló que *"Existen,*

21 En el caso se debatia la constitucionalidad de la ley 11.157, que impuso un límite al precio de las locaciones urbanas. Allí el Máximo Tribunal describía la situación que se vivía del siguiente modo: *"La crisis de la habitación es un fenómeno general observado en los últimos años. Sea por escases de brazos, por la de materiales de construcción, por la falta de capitales, o por otras causas, pues el problema es por demás complejo, el resultado ha sido que desde la iniciación de la guerra, tanto en la república, como en muchos otros países, la edificación de viviendas no ha guardado relación con las exigencias derivadas del aumento progresivo de la población. Como consecuencia fatal de ese hecho, ha sobrevenido el encarecimiento y la especulación en el precio de los alquileres. No habiendo oferta apreciable de habitaciones, ese precio era el que imponía el propietario, como era su derecho, pero sin la atención normal resultante de la competencia. Esta libertad unilateral de contratar condujo a la mayoría de la población, a la que por la limitación de sus recursos es más sensible a estas fluctuaciones de los precios, a una situación de intranquilidad que llego a hacerse intolerable, a un estado de angustia en que todos los recursos eran insuficientes para cubrir ese gasto imprescindible; y en que había que someterse de cualquier modo a las exigencias del locador, porque no había la posibilidad de encontrar otra habitación, y si por fortuna se encontraba, era igualmente cara. Estos hechos que son de notoriedad pública porque se repetian en la mayoría de los hogares constituyen la determinante originaria de la ley impugnada".*

Como explica, Fernández Wagner, *"En los años anteriores, se registra una de las primeras intervenciones en el problema habitacional, la llamada ley Caferatta de 1915 (ley 9677) que crea la comisión Nacional de Casas Baratas (CNCB). Hecho precipitado como directa consecuencia del conflicto social que produjeron las contundentes movilizaciones obreras de la huelga de inquilinos de 1907 (…) la cual determinaría la integración de un fondo específico para la construcción de "casas baratas" con el objetivo de producir 30.000 viviendas"* (*"El sistema de vivienda pública en Argentina*, *Hacia una política integral del hábitat. Aportes para un observatorio de política habitacional en Argentina"*, Editorial Café de la Ciudad, Colección Hábitat 2015).

sin embargo, circunstancias muy especiales en que por la dedicación de la propiedad privada a los objetos de intenso interés público y por las condiciones en que ella es explotada, justifican y hacen necesaria la intervención del estado en los precios, en protección de intereses vitales a la comunidad" [22].

Pero fue recién con la reforma de la Constitución Nacional en el año 1949 que se incorporó al texto constitucional la función de la propiedad, disponiéndose que *"La propiedad privada tiene una función social y, en consecuencia, estará sometida a las obligaciones que establezca la ley con fines de bien común. Incumbe al Estado fiscalizar la distribución y la utilización del campo o intervenir con el objeto de desarrollar e incrementar su rendimiento en interés de la comunidad, y procurar a cada labriego o familia labriega la posibilidad de convertirse en propietario de la tierra que cultiva. (...)"*[23].

La inclusión en esa reforma de los derechos sociales o de segunda generación en la Constitución Argentina, fue parte de un movimiento universal llamado Constitucionalismo Social, surgido como consecuencia de la revolución industrial, y de la consecuente organización de la clase obrera en sindicatos y partidos con miras a reclamar los derechos específicos del trabajo.

El Constitucionalismo Social y la constitución del Estado de Bienestar que caracterizó al siglo XX son procesos indisolubles. El Derecho del Trabajo se constituyó en el eje central del Estado de Bienestar. En Estados Unidos de Norteamérica el proceso fue conocido como *"new deal"*, término que traducido literalmente significa *"nuevo pacto"*, pero que se aproxima más a la idea de nuevo contrato social [24].

El principio medular del Constitucionalismo Social es, precisamente, la justicia social, que entre otros, tiene como objeto la necesidad de superar las declaraciones puramente formales de Derechos Humanos para otorgar al Estado un rol activo con el fin de garantizar que los derechos constitucionales sean realmente disfrutados por todos los ciudadanos.

3. La doctrina social de la Iglesia Católica. El problema de la

22 CSJN, *"Ercolano, Agustin c/ Lanteri de Renshaw, Julieta s/ Consignación"*, sentencia del 28 de abril de 1922.

23 Art. 38 de la Constitución de la Nación Argentina sancionada por la Convención Nacional Constituyente el 11 de marzo de 1949

24 Sampay, Arturo Enrique, *Constitución y Pueblo*, Buenos Aires 1974.

vivienda.

El capitalismo real de nuestros días se caracteriza por un control cada vez más oligárquico de los procesos socioeconómicos y acelera la "*privatización del mundo"*. Como fruto de esta creciente desregulación y privatización neoliberal, la propiedad se ha transformado de un modo sustancial. El derecho de propiedad se ha convertido, a través del tiempo, en un instrumento de dominio de los hombres sobre otros hombres. Al respecto, el Papa Francisco en el II Encuentro Mundial de los Movimientos Populares, expresó que *"[…] La ambición desenfrenada de dinero que gobierna. Ese es el estiércol del diablo. El servicio para el bien común queda relegado. Cuando el capital se convierte en ídolo y dirige las opciones de los seres humanos, cuando la avidez por el dinero tutela todo el sistema socioeconómico, arruina la sociedad, condena al hombre, lo convierte en esclavo, destruye la fraternidad interhumana, enfrenta pueblo contra pueblo y, como vemos, incluso pone en riesgo esta nuestra casa común…"* [25].

La pontificia Comisión "*Iustitia et pax"*, en ocasión del Año Internacional de la Vivienda para las Personas sin Hogar, en el documento que lleva el mismo nombre afirmó, entre otras cosas que: "*[…] el problema de la vivienda sobresale al conjunto de las cuestiones sociales más graves a escala mundial […] El grito de angustia proveniente de hombres, mujeres, niños y ancianos, padecen esta necesidad de un techo bajo el que cobijarse o que sólo disponen de una mal llamada vivienda – exponente de una vasta pobreza y de un profundo deterioro del ambiente social-, se aúna como una voz de alerta percibida en todos los pueblos, y adquiriendo una resonancia específica en su máximo Foro Internacional, las Naciones Unidas*".

25 Discurso pronunciado durante el II Encuentro Mundial de los Movimientos Populares, Bolivia, 19/07/2015.

La Comisión a su vez, ha recogido información sobre el problema de la vivienda confirmando las dimensiones alarmantes de la situación, ocupándose no sólo de la problemática de los "*sin techo*" sino también de aquéllos cuya vivienda es inadecuada.

En el referido documento se alude a que "*... la situación de los ´sin techo´ no es un fenómeno aislado*", añadiéndose que "*... el aspecto esencial de las condiciones de vida, comprende las necesidades fundamentales del hombre, a saber: educación, alimentación, vivienda, salud, vestido, empleo; la carencia de vivienda, tal como la reflejan las cifras, -sin olvidar que en algunos casos es fruto de una coyuntura de problema personal o de fracaso familiar- ha de ser vista más bien, como una crisis estructural, cuyas causas múltiples y que dan como resultado la pobreza como signo doloroso de los tiempos en que las desigualdades socio-económicas han creado la separación inhumana indicada en la expresión Norte-Sur o países ricos-países pobres; separación y desigualdad que hoy se encuentran también en las sociedades del Norte*".

Asimismo, y en este mismo sentido, el Papa Juan Pablo II afirmó que *"...La falta de viviendas se verifica a nivel universal y se debe, en parte, al fenómeno siempre creciente de la urbanización. Hasta los mismos pueblos más desarrollados presentan el triste espectáculo de individuos y familias que se esfuerzan literalmente por sobrevivir, sin techo o con uno tan precario que es como si no se tuviera. La falta de vivienda, que es un problema en sí mismo bastante grave, es digno de ser considerado como signo o síntesis de toda una serie de insuficiencias económicas, sociales, culturales o simplemente humanas; y, teniendo en cuenta la extensión del fenómeno, no debería ser difícil convencerse de cuán lejos estamos del auténtico desarrollo de los pueblos…"* [26].

A esta altura de lo reseñado es lógico afirmar que la carencia de vivienda es un problema estructural y no simplemente coyuntural.

En tal sentido, toda reflexión sobre el tema de los "sin techo" debe examinar más de cerca las causas por las cuales las personas se concentran en los centros urbanos, lo que constituye uno de los problemas más complejos de la organización de la sociedad contemporánea.

El Concilio Vaticano II, al pronunciarse sobre el destino universal de

26 Juan Pablo II, *"Carta Encíclica Sollicitudo Rei Socialis",* 1987.

los bienes ha dicho que: "*Dios ha destinado la tierra y cuanto ella contiene para uso de todos los hombres y pueblos. En consecuencia, los bienes creados deben llegar a todos en forma equitativa bajo la égida de la justicia y con la compañía de la caridad*". Esta reflexión nos permite colegir que la vivienda constituye un bien social primario y no puede ser considerada simplemente como un objeto de "mercado".

El Papa Francisco, en el referido discurso del II Encuentro Mundial de los Movimientos Populares, sostuvo que *"...El destino universal de los bienes no es un adorno discursivo de la doctrina social de la Iglesia. Es una realidad anterior a la propiedad privada. La propiedad, muy en especial cuando afecta los recursos naturales, debe estar siempre en función de las necesidades de los pueblos. Y estas necesidades no se limitan al consumo…"* [27]

Asimismo expresó que *"...La noción de bien común incorpora también a las generaciones futuras. Las crisis económicas internacionales han mostrado con crudeza los efectos dañinos que trae aparejado el desconocimiento de un destino común, del cual no pueden ser excluidos quienes vienen detrás de nosotros. Ya no puede hablarse de desarrollo sostenible sin una solidaridad intergeneracional. Cuando pensamos en la situación en que se deja el planeta a las generaciones futuras, entramos en otra lógica, la del don gratuito que recibimos y comunicamos. Si la tierra nos es donada, ya no podemos pensar sólo desde un criterio utilitarista de eficiencia y productividad para el beneficio individual. No estamos hablando de una actitud opcional, sino de una cuestión básica de justicia, ya que la tierra que recibimos pertenece también a los que vendrán…"* [28]

En la perspectiva de la Biblia, está puesto de relieve el valor que la vivienda representa para cada persona y sobre todo, para cada familia, así como la

27 Discurso pronunciado durante el II Encuentro Mundial de Movimientos Populares en Santa Cruz de la Sierra, Bolivia, 2015.
28 Papa Francisco, *Carta Encíclica Laudato Si', sobre el cuidado de la casa común*, n. 159, 2015.

tragedia que implica la carencia o pérdida de este bien. Sin duda el concepto actual de "*vivienda*" y de *"vivienda decente"* no es el mismo que entonces. El pueblo de Israel tenía aun presente la experiencia del desierto, viviendo en *"tiendas"*; en aquellos tiempos, carecer de tienda implicaba una muerte segura.

El respeto por el valor que la "*vivienda*" significa en relación con la familia, su intimidad y su inviolabilidad, se manifestó históricamente, entre otras cosas, en la antigua disposición según la cual el acreedor no podía *"entrar en la vivienda*" del deudor para tomar la prenda; debía esperar afuera que él la sacara [29].

Así, el lugar donde se habita tiene un sentido mucho más profundo que el meramente material y está en relación directa con las dimensiones propias de la persona humana, que son simultáneamente sociales, afectivas, culturales y religiosas [30].

4. La pobreza como supuesto "estado natural".

El derecho a la vivienda entraña el reconocimiento de un ámbito en donde las personas o las familias se encuentran, se identifican en sus roles, se interrelacionan en intimidad y privacidad, comparten un tiempo único y vital. La vivienda es una parte sustancial de la vida humana digna. Pobre o suntuaria, la vivienda es esencial al hombre. Aun el errante tiene en las culturas nómades un sitio referencial o un transporte que lo aloja.

A pesar de lo evidente de estas afirmaciones, algunos hombres tratan de convencer a otros sobre una supuesta "*naturalidad*" de la existencia de marginales económicos, nuevos parias sociales que deambulan por las calles, sin techo y sin cobijo. Argumentan que esa situación es "*irreversible*" y pretenden que aceptemos sin más semejante degradación humana.

"La postura que toma al status quo reinante como parámetro de lo justo parece asignar a dicho estado de cosas el carácter de 'estado natural', y considerar a lo ´natural´ como evidentemente justo. Pero lo cierto es que ninguno de tales reclamos resulta aceptable. En primer lugar, el Estado –para bien o para mal– ejerce una influencia directa en la construcción del orden reinante. Lo hace cuando dicta un Código de propiedad, cuando reprime o deja avanzar a grupos de

29 Conf. Deut. 24, 10.

30 Fiesta de la Sagrada Familia, Cardenal Roger Etchegaray, Presidente Jorge E. Mejía, 27 de diciembre de 1987.

manifestantes, cuando presta su fuerza para prevenir el ingreso de extraños en un shopping center; cuando fija las condiciones de una licitación, cuando dicta sentencias que condenan a quienes desafían la propiedad de otro, cuando reacciona o no contra la violencia familiar, cuando decide no cobrar las impuesto a los más ricos. Así, el estado de cosas vigente se encuentra moldeado por el accionar estatal: es fruto de su intervencionismo y no un producto 'natural' que cae del cielo […] A partir de este tipo de consideraciones, corresponde que volvamos a reflexionar acerca de cuándo nos encontramos frente a una situación de violación de derechos. Pensemos, por ejemplo, en el derecho a la vivienda; si tomamos como relevante el análisis anterior, deberemos negar la posibilidad de que el Estado se desentienda de la situación de falta de una vivienda digna para sectores amplios de la población. El Estado no podrá alegar – como suele hacerlo, tal como jueces y doctrinarios tienden a repetir- que se trata de derechos no operativos, o que no tiene recursos para construir más viviendas, ni podrá deslindar sus responsabilidades cargando culpa sobre las acciones de los particulares" [31].

En buena hora, el derecho que aún nos rige no ha adoptado en lo que nos ocupa un discurso semejante. Nuestro ordenamiento jurídico concebido al calor de principios humanistas, impregnado por la filosofía cristiana y por la axiología social del siglo XX, ha reconocido la vivienda como un derecho esencial. Más claramente, la actual concentración de poder y de discurso que pretende desconocer los derechos sociales y también los derechos humanos, abriendo espacio al hambre y la indigencia, no tiene a la fecha, afortunadamente, sustento normativo alguno.

Tal vez se imponga económica y políticamente en los hechos, pero no ha logrado conmover aún el sistema normativo que hemos desarrollado en esta sociedad, cuyo fin es garantizar la paz social y el bienestar de los argentinos.

31 Gargarella, Roberto, "*El derecho a la protesta"*, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires 2005, pag.78.

Así, mientras los tratados resulten aplicables y las leyes fundamentales vigentes, las planificaciones económicas deberán necesariamente subordinarse y articularse en función de la efectividad de los derechos reconocidos. Ese y no otro es el Estado de Derecho en sentido material.

IV. Evolución de la jurisprudencia sobre el derecho a la vivienda.

1. El derecho a la vivienda en la Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Desde su creación en el año 2000, los Tribunales de la Justicia local se pronunciaron sobre el derecho que nos ocupa, consagrando una interpretación amplia de la protección que el Estado debe acordar a las personas que no ven satisfechas sus necesidades habitacionales básicas.

Sin embargo, en contra de esta mirada, en mayo de 2010 el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad introdujo una visión más restringida de la garantía en cuestión, al sostener que el bloque normativo que regula el acceso a la vivienda *"no brinda derecho inmediato e irrestricto a obtener una vivienda",* que *"[…] No existe un derecho subjetivo de cualquier persona para exigir en forma inmediata y directa de la Ciudad de Buenos Aires la plena satisfacción de su necesidad habitacional. Sí, en cambio, para que el universo de destinatarios a quienes el GCBA debe asistir, pueda requerir la cobertura habitacional indispensable —sea a través de hogares o paradores-[…]",* y que se trata de "*[…] un derecho de carácter asistencial, no exigible por cualquier habitante que carece de vivienda, sino sólo por quienes se encuentran dentro de los parámetros objetivos fijados por la reglamentación que resulten compatibles con el bloque normativo aplicable*" [32].

También interpretó el Máximo Tribunal local que *"[…] los subsidios son medios paliativos que pueden ostentar carácter parcial y temporario sin que corresponda a los jueces asignarlos […] pudiendo presumirse que la vigencia del beneficio debe mantenerse cuando el accionante cumple con la carga de probar su situación prioritaria en relación con otros posibles destinatarios del régimen".*

El precedente judicial fue objeto de numerosas críticas, al entenderse

32 TSJ, *"Alba Quintana, Pablo c/ GCBA y otros s/ amparo (Articulo 14 CCABA) s/ recurso de inconstitucionalidad concedido"*, Exped. nº6754/09, sentencia del 4/5/2010.

que consagró una interpretación sesgada de los estándares internacionales en materia de derechos sociales, y omitió la consideración de las recomendaciones formuladas por el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales en sus Observaciones Generales nros. 3 y 4 [33].

Con posterioridad al dictado del fallo antes citado, en diciembre de 2010 la Legislatura sancionó la ya referida ley 3706 de Protección y Garantía Integral de los Derechos de las Personas en Situación de Calle. La norma estableció, específicamente en lo relativo al alcance de la obligación a cargo del Gobierno local, que *"la articulación de los servicios y de sus funciones, tanto en la centralización, coordinación y derivación así como en la red socioasistencial de alojamiento nocturno y de la asistencia económica, tienen como objetivo la superación de la situación definida en el artículo 2 de la presente ley"* (situación de calle o riesgo a la situación de calle).

Se dispuso así claramente que la obligación del Estado no se agota en el otorgamiento del subsidio, sino que muy por el contrario, ese subsidio es simplemente un instrumento que debe ser utilizado por el Gobierno para que las personas afectadas logren superar íntegramente la situación de déficit habitacional.

En otras palabras, la obligación del Estado de proteger integralmente a las personas en situación de calle o en riesgo de situación de calle, y de operativizar el derecho a la vivienda digna, no se cumple con el mero otorgamiento del subsidio, sino que comprende las medidas necesarias para que la persona pueda superar dicha

33 Tedeschi, Sebastián; *"El acceso a la vivienda es justiciable. Comentario al fallo de la Corte Suprema sobre el derecho a la vivienda y su importancia para la exigibilidad de los DESC"*, en Revista de la Defensa Pública de la CABA, Año 2, nº 3, agosto 2012, Buenos Aires, págs. 75 aa89.

En el mismo sentido, Gargarella, Roberto y Mauriño, Gustavo, *"Vivir en la calle. El derecho a la vivienda en la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad"*, publicado en *El Derecho a la Vivienda en la Ciudad de Buenos Aires. Reflexiones sobre el rol del Poder Judicial y las políticas Públicas* , Exudaba, Asesoría General Tutelar, Buenos Aires, 2010, págs. 67 a 84.

situación o riesgo.

2. La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. "Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo" [34]

En el año 2012 la Corte Federal emitió un pronunciamiento que sentó un criterio interpretativo del derecho a la vivienda digna mucho más amplio que el Tribunal Superior local, abordando de manera integral la insuficiencia de las políticas en materia de vivienda implementadas en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

En efecto, en el fallo "*Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo"* del 24 de abril de 2012, la Corte Suprema de Justicia de la Nación sentó las bases interpretativas del derecho que nos ocupa, al sostener que la Constitución Nacional reconoce derechos humanos efectivos, no ilusorios, y operativos con vocación de efectividad y que el reconocimiento del derecho a una vivienda digna importa necesariamente el deber concreto e inmediato del Estado de implementar las medidas necesarias para garantizar su efectividad.

Entre los fundamentos más sobresalientes del fallo, que resultan plenamente aplicables al *sub examine,* se destaca que *"la demandada no diseñó ni implementó políticas públicas que permitan a la población que se encuentra en situación de mayor vulnerabilidad personal, económica y social [...] una verdadera oportunidad de procurarse un lugar para vivir, con las condiciones mínimas de salubridad, higiene y seguridad necesarias para preservar su integridad física, psíquica y moral"*,

También se expresó que "*[…] las alternativas que la Ciudad ofrece […] se limitan a la entrega de un subsidio en dinero –en los términos del decreto 690/06 y sus modificatorios–, o a la posibilidad de dormir en alguno de los paradores y albergues que provee la Ciudad, en caso de que haya plazas disponibles […] Este menú de soluciones brindado por la demandada para dar cumplimiento a la manda contemplada en los arts. 14 bis de la Constitución Nacional y 31 de la Constitución local aparece como insuficiente para atender la particular situación de la actora"*.

Puntualmente, con relación al otorgamiento de subsidios, el alto Tribunal expresó que esta solución tampoco *"[…]. brinda una respuesta que atienda*

34 "Q. C. S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ Amparo" Q. 64. XLVI.

suficientemente a la situación examinada en autos... dicha asistencia no sólo no constituye una solución definitiva al problema habitacional […] sino que se limita a brindar un paliativo temporal".

También señaló que *"las alternativas implementadas por la Ciudad no dan una respuesta adecuada, definitiva y acorde a las extremas circunstancias que debe afrontar la recurrente […] la intervención estatal hasta el presente, no obstante reconocer que es costosa para el Estado, no parece ser adecuada para resolver la grave problemática que en el sub examine se plantea",* y que las medidas adoptadas por la Ciudad *"revelan que los recursos con que cuenta el Gobierno local han sido utilizados de manera irrazonable desde el punto de vista económico, […] que solo otorga a sus beneficiarios paliativos parciales e inadecuados"*.

3. La actual doctrina del Tribunal Superior de Justicia

Luego del dictado del fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación referido en el apartado precedente, y ya vigentes las leyes 3706, 4036 y 4042, el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires se pronunció en una gran cantidad de casos en los que se discutía el alcance del derecho a la vivienda, sentando así una serie de principios interpretativos de las normas que lo consagran.

En ellos se sostuvo que la normativa vigente en nuestra ciudad reconoce, en materia habitacional, *"[…] dos derechos distintos: (i) uno genérico a todos los derechos sociales: la prioridad en el acceso a las prestaciones de las políticas sociales que brinde el Gobierno de la Ciudad a aquellas personas que estén '…en estado de vulnerabilidad social y/o emergencia a las prestaciones de las políticas sociales que brinde el Gobierno… (cf. los art. 1 y 6 de la ley), universo en el que, adelantamos, el art. 3 de la ley 4.042 pone como prioritarios a los grupos familiares con niñas, niños y adolescentes; y, (ii) el derecho a "un alojamiento" a los adultos*

mayores de 60 años en 'situación de vulnerabilidad social' (cf. el art. 18) y a las personas discapacitadas, también, en 'situación de vulnerabilidad social' (cf. inciso 3, del art. 25) […] Así el Legislador ha decidido asistir de manera, en principio, permanente a quien está en una situación de vulnerabilidad que presumiblemente se va a ir profundizando (quien es de avanzada edad, será mayor aún, y las discapacidades rara vez se curan, en todo caso se superan). En cambio, optó por darle prioridad en el acceso a las políticas sociales que el PE establezca a quienes están en una situación que puede ser caracterizada, en principio, como de vulnerabilidad temporal" [35].

En un fallo posterior, los miembros del Tribunal Superior definieron de manera más precisa la situación de "vulnerabilidad social" requerida para la asistencia estadual, al sostener que *"[…] Para el caso del derecho a la vivienda, la situación de vulnerabilidad social y/o emergencia consistiría en la dificultad de hacerse de recursos que permitan conseguir o permanecer en un lugar donde vivir; es decir, estar en la situación de calle, o en la de riesgo de estarlo, que dice el art. 2° de la ley nº 3.706. En estos supuestos, la ley nº 4036 obliga al Estado local a actuar de manera diferenciada según las características de los sujetos destinatarios de aquellas políticas,* ***ordenando al GCBA brindar alojamiento o albergue a aquellos que presumiblemente resulte difícil que su situación de vulnerabilidad pueda variar con el tiempo (personas con discapacidad en situación de vulnerabilidad social —art. 25, inc.3, ley nº 4036—; adultos mayores de 60 años en situación de vulnerabilidad social —art. 18, ley nº 4036—)*** *o porque exista una circunstancia peculiar que acentúe la vulnerabilidad social (como el caso de mujeres con o sin hijos que atraviesen situaciones de violencia doméstica o sexual —art. 20, inc.3, ley nº 4036—). Vale señalar que establecer si una persona encuadra en una u otra categoría de las definidas por el Legislador y si se encuentra en situación de vulnerabilidad social y/o emergencia en materia habitacional, conforme el art. 6° de la ley nº 4.036, es una cuestión que depende de la valoración de extremos de hecho y prueba y que corresponde, como principio, evaluar primeramente a la Administración, y luego, y sólo en supuesto de que la decisión administrativa se considere ilegítima, podría ser recurrida por el interesado en busca de su revisión, mediante la tutela judicial pertinente.*[36]

35 Del voto del Dr. Casás en los autos *"Valdez Mario Enrique c/ GCBA y otros s/ amparo (art. 14 CCABA) s/ recurso de inconstitucionalidad concedido"*, sentencia del 4/6/2014, del voto del Dr. Casás.

36 Del voto del Dr. Casás en los autos *"Pérez More, Miriam Viviana y otros c/ GCBA s/ amparo (art. 14 CCABA) s/ Recurso de Inconstitucionalidad concedido"*, sentencia del 29/8/2014.

Más allá de los supuestos específicos antes referidos (personas mayores de 60 años o con discapacidad, y mujeres con niños), el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad reconoce que la ley también acuerda protección legal a toda persona que acredite encontrarse en situación de vulnerabilidad social, y que corresponde a los jueces la valoración de esas cuestiones de hecho y prueba [37].

V. La conducta del Gobierno.

1. ¿A qué se enfrenta quién peticiona por su derecho a la vivienda encontrándose en situación crítica?

La persona o grupo familiar que se encuentra en situación de calle en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, debe dirigirse, para requerir asistencia estatal, a la sede de la Subsecretaría de Fortalecimiento Humano y Familiar del Ministerio de Desarrollo Humano y Hábitat, a efectos de solicitar su ingreso al Programa para Familias en Situación de Calle, de conformidad con lo establecido en el decreto 690/06.

En dicha repartición se le informan los requisitos y documentación necesaria, y se le otorga un turno para entrevistarse con un profesional del cuerpo de trabajadores sociales del Ministerio, lo que requiere de una espera de hasta tres meses para quienes no acrediten la efectiva situación de calle.

Durante la entrevista de admisión con los profesionales del servicio social, se forma un legajo donde se adjunta toda la documentación acompañada y se evalúa el caso. Asimismo, se realiza un informe social y se solicita otro a confeccionar por un profesional de otra institución que evalúe la situación de emergencia habitacional. Una vez que la persona o grupo familiar es admitida en el programa se

37 TSJ, *"Ortega Rivera, Esteban c/ GCBA y otros s/ Amparo (art. 14 CCABA) s/ Recurso de Inconstitucionalidad concedido"*, sentencia del 4/11/2014.

realiza el pago de la primera cuota del subsidio. Antes de la fecha de pago, el titular del subsidio debe presentar ante los servicios sociales zonales el recibo de alquiler que certifique el destino de los fondos otorgados.

El subsidio es destinado, mayoritariamente, al pago de una habitación de hotel o pensión en zonas céntricas de la ciudad. Cabe aclarar que el GCBA no realiza verificación alguna respecto al estado edilicio de los lugares donde alquilan las familias que reciben el subsidio. Aquellas personas que no son admitidas al Programa son derivadas o asesoradas para ingresar a los paradores nocturnos.

Éste es el camino que transitó la amparista con sus hijos hasta que, agotado el subsidio y sin otra política estructural que remueva obstáculos para su inserción socio-económica, el Estado, de no ser por la medida cautelar dictada en estos actuados, la hubiera colocado nuevamente en inminente situación de calle.

2. ¿Qué ofrece el sistema estatal?

En noviembre de 2014 la Auditoría General de la Ciudad de Buenos Aires emitió un informe de auditoría de gestión relativo al Programa de Apoyo a Familias en Situación de Calle implementado por la entonces Subsecretaría de Fortalecimiento Familiar y Comunitario, hoy Subsecretaría de Fortalecimiento Familiar y Humano [38].

Las observaciones contenidas en dicho informe resultan sumamente elocuentes respecto de las falencias del sistema implementado por el Gobierno de la Ciudad para atender a las personas en situación de emergencia habitacional y dar cumplimiento al mandato constitucional de garantizar el derecho a una vivienda digna. Así, se expresa que:

"*El Programa cuenta con un número insuficiente de recursos humanos afectados para la complejidad administrativa que el mismo reviste. Particularmente son insuficientes las Trabajadoras Sociales matriculadas, toda vez que de ellas dependen el ingreso al Programa y el consecuente seguimiento de los casos*" [39].

"El Programa no carga en su base de datos Acces la cantidad de miembros que integran el grupo conviviente del titular del subsidio, lo cual impide

38 Informe Final de Auditoría – Proyecto 9.14.05 – "Apoyo a familias en situación de Calle" Período 2013 (Aprobado por Resolución n° 435/14)
39 Observación nro. 2.

tener certeza sobre la cantidad de personas que se encuentran alcanzadas por el subsidio creado por Decreto 690/2006. Esto impide que la gestión cuente con el insumo necesario para confeccionar indicadores sobre personas en situación de calle o que se encuentran en emergencia habitacional" [40].

"La información suministrada por el auditado respecto al Universo de destinatarios del subsidio durante el año 2013 es inconsistente. En las distintas bases de datos que cuenta el auditado, el número registrado no es unívoco, lo cual genera incertidumbre sobre el número real de personas que percibieron el subsidio durante el período auditado. Tales diferencias se advierten en la cantidad de destinatarios espontáneos como judicializados" [41].

"*El sistema de archivo y resguardo de la documentación implementado por el Programa resulta precario e informal afectando sensiblemente su Control Interno. […] Por consecuencia, los recibos de alquiler presentados por los destinatarios del subsidio en los Servicios Sociales Zonales se encuentran dispersos en bolsas de consorcio sin referencia u orden alguno que facilite su búsqueda impidiendo efectuar control y seguimiento real de cada destinatario. En los legajos de los titulares del subsidio sólo obran agregados el primer recibo de alquiler, mas de los siguientes, no hay constancia formal del control que se efectúa sobre su presentación"* [42]

"La ausencia del Anteproyecto de Presupuesto Anual de Recursos y Gastos correspondiente al período auditado, impidió que el equipo interviniente pudiera realizar una evaluación respecto de los gastos y recursos planificados como necesidad versus los créditos efectivamente asignados mediante Ley de Presupuesto"[43].

Las observaciones transcriptas bastan para describir la conducta de las

40 Observación nro. 3.
41 Observación nro. 8.
42 Observación nro. 12.
43 Observación nro. 14.

autoridades locales al momento de dar asistencia a las personas en situación de calle o en riesgo de estarlo. En otras palabras, de este modo creería el Gobierno estar dando cumplimiento a sus deberes constitucionales y convencionales respecto de las familias más vulnerables que habitan las calles de la Ciudad o que están en peligro de hacerlo.

Es claro que el actual sistema para la atención de estas situaciones no considera que detrás de cada expediente donde se ventilan historias de vida como la de esta causa, hay personas. Hay sufrimiento. No sólo la angustia de la propia situación de calle, sino también la del largo camino de indiferencia instrumentado por un Estado que obliga a esas familias a peregrinar por interminables oficinas, con tiempos y plazos que se muestran eternos frente a sus urgencias. Un recorrido de repetidos interrogatorios en los que se debe acreditar no ser culpable de estar en la calle, no contar con nada más que la asistencia del estado, ser incapaz en definitiva, de "ganarse la vida". Hombres y mujeres que se deciden a enfrentar la indolente burocracia sólo cuando ya no quedan opciones. Porque no sólo es un proceso largo e incierto, también es humillante. Merecer la asistencia social parecería equivaler a no merecer la posibilidad de procurarse por sí mismo un trabajo, una vivienda y un futuro para sus hijos.

VI. Análisis del fondo de la cuestión.

1. Los hechos acreditados.

Mediante las pruebas colectadas en autos corresponde tener por acreditados los extremos invocados por la amparista, que configuran la vulnerabilidad social requerida para que el Estado local le brinde la asistencia estadual que requiere en este proceso de amparo.

En efecto, M. M. C. es una mujer sola de 61 años, que sufre de una discapacidad (cfme fs. 27 y 164). Al momento de iniciar la demanda de autos, la señora C. se encontraba desocupada percibiendo sólo $ 2.900 correspondiente a la pensión por discapacidad y $ 600 por ser beneficiaria del Programa Ticket Social (ver constancias de fs. 28/29, 35 y Certificación Negativa de ANSES defs. 36).

Se encontraba asimismo en efectiva situación de calle, habiendo accedido *"a la ayuda de un vecino que le permit[ía] transitoriamente pernoctar en su casa"*. No contaba tampoco con una red familiar próxima ni había logrado *"constituir*

una red social de contención que opere como soporte" en la crítica situación en que se hallaba (cfme. Informe Social de fs. 31/34).

Tiempo después de iniciada la demanda, al momento de confeccionarse el informe socio ambiental de fs. 169/170 vta. (aportado por el gobierno demandado), los ingresos económicos de la amparista no variaron significativamente.

En efecto, allí se consigna que los únicos ingresos que obtenía la Sra. C. se componían de $3.400 en concepto de Pensión No Contributiva por Discapacidad, de $800 correspondientes al programa ticket Social y de $4.500 que le abona el GCBA en virtud de la medida cautelar dictada en autos y que destinaba íntegramente a abonar su alojamiento.

En definitiva, la amparista es una mujer sola, discapacitada, que con los escasos recursos que obtiene de la ayuda estatal, intenta superar su situación de extrema vulnerabilidad.

Es dable recordar que, luego de vivir durante cuatro años en un hogar perteneciente al Ejército de Salvación (fs. 26), gestionó y obtuvo el subsidio del decreto 690/06. Sin embargo, al solicitar la continuidad del beneficio, el GCBA le informó que ya había recibido el monto total previsto en la norma (fs. 37/38).

Luego, ella logró acceder a la justicia y obtuvo cautelarmente el subsidio con el que hoy paga el alquiler de su vivienda.

¿Por qué razón entonces el Gobierno la abandona? ¿Qué interés público persigue el devolver a esta familia al riesgo de la calle? Aparentemente, se trata de un problema de presupuesto.

2. El límite presupuestario y el *"máximo de los recursos*

disponibles”.

El Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires postula una supuesta escasez de recursos como fundamento para negarse a dar una solución a la actora, luego de que ésta percibiera la totalidad del subsidio previsto por la normativa vigente. Explicita esa limitación, no en virtud de datos producidos por alguna agencia propia, sino por adhesión a un axioma que afirma, por definición, que los recursos son escasos y las necesidades ilimitadas. En esta conjetura el GCBA pretende fundar la negación de un derecho humano fundamental.

Sin embargo, deben tenerse en cuenta que sobre esta cuestión la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que “*... las carencias presupuestarias, aunque dignas de tener en cuenta, no pueden justificar transgresiones […] Privilegiarlas sería tanto como subvertir el Estado de Derecho y dejar de cumplir los principios de la Constitución y los convenios internacionales que comprometen a la Nación frente a la comunidad jurídica internacional, receptados en el texto actual de aquélla (artículo 5º, inc. 2º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*” [44].

Más puntualmente, con relación a las políticas destinadas a paliar las situaciones de emergencia habitacional, el alto Tribunal destacó que conforme las pautas fijadas por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, *“[…] la disponibilidad de recursos aunque condiciona la obligación de adoptar medidas, no modifica el carácter inmediato de la obligación, de la misma forma que el hecho de que los recursos sean limitados no constituye en sí mismo una justificación para no adoptar medidas. Aunque se demuestre que los recursos disponibles son insuficientes, sigue en pie la obligación del Estado Parte de velar por el disfrute más amplio posible de los derechos económicos, sociales y culturales, habida cuenta de las circunstancias reinantes ... los Estados Partes tienen el deber de proteger a los miembros o grupos más desfavorecidos y marginados de la sociedad aun en momentos de limitaciones graves de recursos, adoptando programas específicos de un costo relativamente bajo (punto 4 de la Evaluación de la obligación de adoptar medidas hasta el "máximo de los recursos que disponga" de conformidad con un protocolo facultativo del Pacto(Declaración del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, E/C. 12/2007/1)”*[45]

44 CSJN, *Fallos,* 318:2002.
45 CSJN, fallo citado en nota 41.

En este sentido, en lo atinente a la omisión por parte del Gobierno local de probar la falta de recursos que le impide garantizar un derecho humano fundamental, ha sostenido el Tribunal cimero "*[...] para atribuir la falta de cumplimiento de las obligaciones mínimas a una falta de recursos disponibles, es el Estado quien debe demostrar que ha realizado todo esfuerzo por satisfacer sus deberes, y no el afectado que ve sus derechos insatisfechos. Esta carga probatoria en cabeza del Estado está doblemente justificada. Por un lado, deriva de la ya señalada presunción de inconstitucionalidad. Por el otro, responde a la incontrastable realidad de que es el Estado quien tiene y produce la información presupuestaria, y no el habitante, para quien el acceso a esos datos resulta notoriamente más dificultoso. A la luz de lo expuesto, la demandada debería haber acreditado, por lo menos, que los recursos con que cuenta el Gobierno local han sido utilizados y ejecutados al máximo nivel posible; y que la organización y distribución del presupuesto ha tenido en cuenta la prioridad que la Constitución asigna a la satisfacción de los derechos fundamentales. La Ciudad de Buenos Aires no ha cumplido siquiera mínimamente con esa carga probatoria. No aportó información fehaciente y concreta sobre las restricciones presupuestarias alegadas, y se limitó a realizar afirmaciones teóricas y abstractas en el sentido de que los recursos económicos son escasos por naturaleza, y que el Gobierno debe atender múltiples actividades y necesidades de la población"* [46].

Las razones expuestas precedentemente resultan suficientes para rechazar el argumento de la demandada relativo a la limitación presupuestaria como justificativo para negarle asistencia a la amparista luego de que ésta hubiera percibido la totalidad del subsidio establecido en el Decreto 690/06. De ninguna manera una insuficiencia presupuestaria o una limitación impuesta por decreto puede ser invocada

46 Del voto del Dr. Petracchi en el fallo "Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires" citado en la nota 41.

para justificar el cercenamiento de derechos del mismo rango, o el incumplimiento de obligaciones constitucionales.

Además, el "máximo de los recursos disponibles" no es una fórmula arbitraria que puede utilizar el Gobierno como excusa para incumplir mandas constitucionales o supranacionales vinculadas con los Derechos Económicos Sociales y Culturales, sino que debe ser una línea razonable y funcional, determinada básicamente en relación a la riqueza existente. Caso contrario, el presupuesto, concebido con bajos niveles de presión tributaria sobre la concentración económica, constituiría una barrera infranqueable para la concesión de los derechos sociales. La razonabilidad en la determinación del límite presupuestario es también objeto de revisión judicial y no constituye aspecto sujeto a reserva alguna. De no ser así, y considerando además la veda temática impuesta a las iniciativas populares (art. 39 de la Constitución Nacional y 64 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires), no existiría corrección institucional para un presupuesto eventualmente injusto y arbitrario.

3. El principio de no regresividad. La menguante operatividad de los derechos sociales.

De las obligaciones contenidas en el párrafo 1º del artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales surge que el Estado *"se compromete a adoptar medidas por todos los medios apropiados hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente una mejora continua de las condiciones de existencia"*.

Así, toda medida que implique un retroceso en ese sentido, debe ser objeto de un examen cuidadoso y tiene que justificarse con referencia a todos los derechos consagrados en el Pacto y, como ya se dijo, en el marco del pleno aprovechamiento del máximo de los recursos de que se disponga.

Resguardar la dignidad y el derecho a la vida, que van de la mano con el derecho a la vivienda y a la salud, forma parte del compromiso legal consagrado en las constituciones de la Nación y de la Ciudad.

A esos fines debe tenerse presente que la conducta anterior desempeñada por el Estado local en el cumplimiento de una obligación derivada de un derecho social, limita su discrecionalidad estatal. De tal suerte, *" [...] cuando la*

situación de hecho se mantiene y el nivel de la prestación correspondiente empeora o disminuye, pesa sobre el estado la demostración de razones de mejor protección de un derecho o de necesidad justificable, demostración que debe superar un escrutinio estricto" [47].

Por tal razón, una vez reconocido el estado de vulnerabilidad social de la amparista por la autoridad administrativa, y en tanto dicha situación no varíe, el mantenimiento de la prestación debe supeditarse únicamente a la persistencia de las causas que fundaron su inclusión y de ninguna manera al transcurso del tiempo o a una decisión estatal discrecional.

Como ya fuera señalado en apartados precedentes, la actora ha demostrado fehacientemente su estado de vulnerabilidad y la imposibilidad de procurar otros ingresos que le permitan vivir dignamente y acceder a una vivienda adecuada.

Se encuentra acreditado entonces que merece protección prioritaria tanto en los términos del artículo 38 de la CCABA en cuanto dispone que la Ciudad *"[...] facilita a las mujeres único sostén de hogar, el acceso a la vivienda, al empleo, al crédito y a los sistemas de cobertura social"*, como de las leyes 447, 4036 y 4042.

En cambio el Gobierno no ha invocado ni probado la concurrencia de supuestos que justifiquen la negativa de la parte demandada a continuar brindado asistencia a la amparista, ni tampoco que haya desarrollado medidas tendientes a encontrar alguna vía alternativa de salida a la situación de la actora de modo permanente, tal como se lo imponen la Constitución y las leyes locales vigentes.

Ante esta situación, la negativa a continuar otorgando el subsidio hasta tanto la actora haya superado la carencia de vivienda, así como la falta de respuesta ante los requerimientos destinados a obtener una solución integral a su problema, constituyen

47 Conf. ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christián, *El derecho a la atención sanitaria como derecho exigible*, en La Ley, Suplemento de Jurisprudencia de Derecho Administrativo, 25/06/2001, p. 19, con referencia al caso de la CSJN *"Beviacqua".*

un regresión inaceptable en materia de derechos sociales, así como una violación al principio de progresividad que impera en la materia.

Los programas asistenciales que el Estado local implementa con miras a dar cumplimiento al mandato constitucional contenido en el artículo 31 de la Constitución de la Ciudad, no pueden bajo ningún aspecto ser regresivos. Dicho de otro modo, la discontinuidad de las prestaciones menoscaba gravemente el principio de no *"retroceso social"* consagrado en diversos tratados con jerarquía constitucional.

Resulta oportuno destacar entonces que, a tenor del *"principio de no regresividad",* una vez reconocido un derecho y efectivizado su goce respecto de personas que se encuentran en una situación de precariedad socio-económica, su vigencia no puede eliminarse posteriormente sin el reconocimiento, por parte del Estado, de alternativas razonables. Ello así, por cuanto la obligación de no regresividad constituye una verdadera limitación constitucional a la reglamentación de los derechos sociales.

En efecto, tal como lo apuntara el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, un deterioro en las condiciones de vivienda atribuible a decisiones de política general contradice, a falta de medidas compensatorias concomitantes, las obligaciones de los artículos 4 y 5.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales [48].

Por ello, una vez concretado el derecho a través de los diversos programas implementados a tales fines, no puede luego la administración reducir su ámbito de efectiva vigencia invocando el mero transcurso de un plazo por demás exiguo.

Así, la cada vez más restrictiva interpretación de los alcances del artículo 31 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, constituye una espiral de reducción de auxilio que tiende inequívocamente a desconocer por completo el derecho a la vivienda en la Ciudad para, presumiblemente, transformarlo en una suerte de caridad estatal facultativa. Esa espiral finaliza en la pretensión del Poder Ejecutivo local de crear una nueva categoría de habitantes a los que ya no tiene el deber de asistir por haberse desobligado de ellos mediante el pago del subsidio previsto en el Decreto 690/06.

48 Observación General nº 4.

4. Inconstitucionalidad de los decretos 690/96 y sus sucesivas reformas.

4.1. La amparista solicita que se declare la inconstitucionalidad del decreto 690/06 (con las modificaciones introducidas por los decretos 960/08, 167/11 y 239/13), en tanto fija límites temporales y cuantitativos a los subsidios habitacionales que a su entender son incompatibles con las normas internacionales, constitucionales y legales que garantizan el derecho a la vivienda digna.

En primer lugar, cabe recordar que el decreto 690/06 dispone en su articulado aquí pertinente, lo siguiente:

"Art. 4° - El presente programa asiste a familias o personas solas en situación de calle, entendiendo por tal a aquéllas que se encuentran en inminente situación de desamparo habitacional, o se hallen transitoriamente sin vivienda o refugio por causa de desalojo u otras causas y que reúnan las condiciones previstas en el artículo 8° del presente decreto.

Art. 5° - El subsidio creado consiste en la entrega, de un monto de hasta pesos dos mil setecientos ($ 2.700), el que puede ser otorgado en seis (6) cuotas iguales y consecutivas de hasta pesos cuatrocientos cincuenta ($ 450) cada una, pudiendo la autoridad de aplicación ampliar el presente subsidio inclusive en una suma adicional de pesos mil ochocientos ($ 1.800), pagadera en hasta cuatro (4) cuotas iguales y consecutivas de pesos cuatrocientos cincuenta ($ 450) cada una, en los casos particulares que, a criterio de aquélla, ameriten la mencionada extensión, en orden a la persistencia de la situación que en su momento, motivara la entrega del beneficio.

Art. 6° - El otorgamiento del subsidio creado por el presente decreto estará sujeto a la disponibilidad de recursos del ejercicio presupuestario que corresponda".

A su vez, el artículo 1° del decreto 239/2013 modifica el artículo 5 del decreto 690/06 antes transcripto, disponiendo que:

"Establécese el monto del subsidio a otorgar en una suma total de hasta diez mil ochocientos pesos ($ 10.800), abonado en un máximo de seis (6) cuotas mensuales y consecutivas de hasta un mil ochocientos pesos ($ 1.800) cada una. Dependiendo de cada caso particular, y si la situación de vulnerabilidad social del beneficiario así lo amerita, la Autoridad de Aplicación podrá extender el presente subsidio y otorgar una suma adicional de hasta siete mil doscientos pesos ($ 7.200), pagadera en un máximo de cuatro (4) cuotas mensuales adicionales de hasta mil ochocientos pesos ($ 1.800) cada una. Alternativamente, la Autoridad de Aplicación podrá disponer el pago del subsidio en una sola cuota por el monto total previsto de diez mil ochocientos pesos ($ 10.800) en los casos en que el beneficiario, al momento de ingreso al Programa, acredite fehacientemente la posibilidad de obtener una salida habitacional definitiva y concreta y ejerza la opción requiriendo dicho pago único. La opción del beneficiario a percibir el subsidio alternativo por salida definitiva en una cuota es excluyente de la percepción de toda otra suma dispuesta en el presente Decreto."

Creo necesario destacar que a lo largo del presente decisorio ha sido extensamente considerado el alcance de la obligación del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires de garantizar el derecho a acceder y gozar de una vivienda digna a quienes no tienen posibilidad de obtener los recursos necesarios a tal fin. Ello a la luz de las obligaciones internacionales asumidas por el Estado Argentino, de las disposiciones de la Constitución Nacional y de la Constitución local, de las leyes que reglamentan ésta última –en particular, las leyes 3706, 4036 y 4042.

Así, la restricción temporal y cuantitativa impuesta mediante los decretos cuestionados se evidencia como claramente inconstitucional. Sólo basta recordar que la ley 3706 tiene por objeto *"[...] Proteger integralmente y operativizar los derechos de las personas en situación de calle y en riesgo a la situación de calle"* (art. 1°) y *"[...] se sustenta en el reconocimiento integral de los derechos y Garantías consagrados en la Constitución Nacional, los Tratados Internacionales en los que el Estado Argentino sea parte y la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires"* (art. 3).

Cuando esa protección integral y ese reconocimiento del derecho también integral, son objeto de restricciones o de limitaciones mediante actos del Poder Ejecutivo que no tienen fundamento en los propios textos constitucionales y legales, se subvierte el orden de prelación de las normas jurídicas impuesto por la propia Constitución Nacional y, en consecuencia, la norma inferior que impone la restricción debe ser declarada inaplicable.

Más allá de lo hasta aquí expuesto, la compatibilidad de los decretos tachados de inconstitucionales con las normas superiores también debe ser analizada a la luz del principio de razonabilidad, que establece que el ejercicio de los derechos puede ser reglamentado por las leyes, siempre que esta reglamentación no los altere, contenido en el artículo 28 de la Constitución de la Nación Argentina y en el 10 de la Constitución local

Sobre el particular, y con relación al decreto 690/06, ha dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación que *"[…] las medidas adoptadas por la demandada revelan que los recursos con que cuenta el Gobierno local han sido utilizados de manera irrazonable desde el punto de vista económico. En efecto, la modalidad elegida por el Estado para enfrentar la emergencia habitacional resulta una de las alternativas más onerosas del mercado y, sin embargo, sólo otorga a sus beneficiarios paliativos parciales e inadecuados […]No se trata en esta situación de evaluar el precio del servicio que paga el Estado y dado su costo dar por cumplido el deber que le incumbe, conforme a un estándar de realización de los derechos, sino de valorar su calidad en cuanto a la adecuación a las necesidades del caso. Es decir, la inversión del Estado debe ser adecuada, lo que no depende únicamente del monto que éste destina, sino fundamentalmente de la idoneidad de la erogación para superar la situación o paliarla en la medida de lo posible"*[49]

49 Fallo cit. en nota 41.

Cabe recordar que el sistema internacional de Derechos Humanos ha sido creado para la protección de la persona, no de los Estados. Por tal motivo, los tratados de Derechos Humanos deben interpretarse con un alcance extensivo y no restrictivo. Así las cosas, debe quedar claro que no puede ni debe emplearse el derecho internacional de los Derechos Humanos para justificar una visión más estrecha o restringida. Nótese que el artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos expresamente dispone que *"[...] Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y d) excluir o limitar el efecto que pueda producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza*".

El otorgamiento de un subsidio arbitrariamente limitado en el tiempo y cuyo monto resulta independiente de los valores de mercado para el acceso a una vivienda, implica una limitación arbitraria al derecho a la vivienda digna consagrado constitucionalmente, y por lo tanto violatoria del principio de razonabilidad.

En definitiva, los artículos 5 y 6 del Decreto 690/06, en tanto imponen un límite temporal arbitrario –independiente de cualquier consideración fáctica- a la continuidad del beneficio que establece, y no prevé medidas tendientes a encontrar alguna vía alternativa de resolución de la situación de vulnerabilidad o algún remedio o solución más permanente para los beneficiarios, resulta violatorio del principio de no regresividad reconocido en el párrafo 1º del artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, e implica una interpretación irrazonable de los alcances del artículo 31 de la CCABA y, por tanto, deviene inconstitucional.

4.2. Sobre este punto considero pertinente efectuar algunas consideraciones relativas a la posición respecto de la compatibilidad de las disposiciones del decreto 690/06 con las normas constitucionales que garantizan el

acceso a la vivienda digna.

En los autos *"Piccino Vicente Humberto c/ GCBA y otros sobre amparo"* (Exp. n° A39199-2015/0) se elaboró, con fecha 5/10/2016 un informe que daba cuenta de los amparos que versan sobre derecho a la vivienda en trámite por ante este Tribunal, el cual permite extraer algunas conclusiones importantes al respecto.

De los 129 casos relevados, 81 tenían, a la fecha del informe, sentencias favorables a las pretensiones de los amparistas[50], y que obligan al Gobierno a adoptar las medidas necesarias para efectivizar el acceso a la vivienda por parte de los accionantes.

Ahora bien, del referido informe surge que, sea cual fueren los términos en que está enunciada la obligación impuesta al Gobierno, el resultado siempre es el mismo: la continuación del pago del subsidio habitacional, pero con una limitación cualitativa establecida por el valor del canon locativo de la vivienda que la parte consiga alquilar. Así, a través del mecanismo del subsidio implementado por el decreto cuestionado, en la práctica la obligación de *"proveer una solución definitiva y permanente"*, de *"garantizar el efectivo derecho a una vivienda adecuada"*, o la de *"presentar una propuesta adecuada a la situación del amparista"*, termina convirtiéndose en un simple pago mensual para afrontar el pago del alquiler de una habitación o departamento que en la mayoría de los casos no es la "adecuada" a la situación de los amparistas.

Esto revela que a pesar de la manda contenida en el artículo 31 de la Constitución local, y de la gran cantidad de decisiones judiciales relativas a la materia que nos ocupa, el Poder Ejecutivo local nunca ha desplegado acciones concretas y efectivas para garantizar el acceso a una vivienda digna a quienes presentan dificultades

50 Sólo veintiséis de esas 81 sentencias dictadas por este Tribunal se encontraban, al momento de la elaboración del informe, todavía pendientes de resolución de la Cámara de Apelaciones o del Tribunal Superior de Justicia.

para obtenerla por sus propios medios, sino que por el contrario, ha “contribuido” a la estructuralización de un problema que se revela cada vez más grave y acuciante. Esa “contribución” se realizó no sólo por la omisión en implementar políticas sociales adecuadas que contemplen la construcción de vivienda social, sino también por la implementación de estructuras institucionales que, bajo la pretensión de constituir una reglamentación del derecho en cuestión, se erigen como una barrera para su efectivización para de los sectores más empobrecidos.

Por otra parte, tal como lo demuestra el informe antes referido, esas barreras no pudieron ser franqueadas por el accionar de la justicia local que a la fecha no ha logrado reestablecer la vigencia de los derechos afectados.

En efecto, una vez obtenida la sentencia definitiva que obliga al Gobierno a adoptar las medidas necesarias para garantizar el acceso a una vivienda digna, el resultado concreto es que en todos los casos –y más allá del contenido de la obligación impuesta en la sentencia respectiva- el amparista continúa cobrando el subsidio habitacional implementado mediante el decreto 690/06, por el monto que surja del recibo de locación que presente.

Así, el derecho a la vivienda digna se termina convirtiendo –acción judicial de por medio- en la posibilidad de obtener los fondos para alquilar una habitación de hotel o pensión, o, en el mejor de los casos, de un pequeño departamento, generalmente en malas condiciones de habitabilidad. La persona queda entonces atada a un sistema que en nada respeta el postulado constitucional contenido en el artículo 31 de la Carta Magna local, y además sujeta a permanentes e indignos cambios y mudanzas propias de las locaciones informales.

Entonces, frente al fracaso del accionar jurisdiccional en materia de amparo habitacional, y para evitar que las sentencias continúen limitándose a ser un salvoconducto para percibir el subsidio habitacional previsto en el decreto 690/06, considero necesario modificar la posición sostenida hasta el momento por el Tribunal a mi cargo, y declarar la inconstitucionalidad de la norma cuestionada en su totalidad, y su inaplicabilidad al presente caso.

VII. La función jurisdiccional.

Tanto a lo largo de la historia, como más recientemente en torno a los

Derechos Económicos, Sociales y Culturales en general, y respecto del derecho a la vivienda en particular, se ha reflexionado acerca de los límites de la función jurisdiccional, con relación a los actos de los restantes poderes.

Es que en la delicada estructura que guía el equilibrio entre éstos, resulta muchas veces difícil vislumbrar las denominadas "*zonas de reserva*" a la vez que permitir que cada uno cumpla con su función en forma acabada. En diversas ocasiones, las afirmaciones vertidas respecto de la cuestión se han basado en meras afirmaciones desprovistas de un supuesto fáctico, para justificar el abuso por parte de cualquiera de los tres poderes del estado en perjuicio de las competencias de los restantes y, en última instancia, de la ciudadanía en general.

En este aspecto es importante considerar lo expresado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en relación a que la decisión judicial debe estar dirigida al restablecimiento de un derecho y no debe vulnerar las potestades de los órganos públicos.

A este respecto sostuvo el máximo Tribunal que "*[...] a diferencia de la evaluación de políticas, cuestión claramente no judiciable, corresponde sin duda alguna al Poder Judicial de la Nación garantizar la eficacia de los derechos, y evitar que éstos sean vulnerados, como objetivo fundamental y rector a la hora de administrar justicia y decidir las controversias. Ambas materias se superponen parcialmente cuando una política es lesiva de derechos, por lo cual siempre se argumenta en contra de la jurisdicción, alegando que en tales supuestos media una injerencia indebida del Poder Judicial en la política, cuando en realidad, lo único que hace el Poder Judicial, en su respectivo ámbito de competencia y con la prudencia debida en cada caso, es tutelar los derechos e invalidar esa política sólo en la medida en que los lesiona. Las políticas tienen un marco constitucional que no pueden exceder, que son las garantías que señala la Constitución y que amparan a todos los habitantes de la Nación; es*

verdad que los jueces limitan y valoran la política, pero sólo en la medida en que excede ese marco y como parte del deber específico del Poder Judicial. Desconocer esta premisa sería equivalente a neutralizar cualquier eficacia del control de constitucionalidad. No se trata de evaluar qué política sería más conveniente para la mejor realización de ciertos derechos, sino evitar las consecuencias de las que clara y decididamente ponen en peligro o lesionan bienes jurídicos fundamentales tutelados por la Constitución, y, en el presente caso, se trata nada menos que del derecho a la vida y a la integridad física de las personas" [51].

Considero pertinente señalar que si bien los tribunales no deben, en principio y salvo omisiones de los otros poderes, diseñar políticas generales a fin de hacer efectivo un derecho, sí resulta imperativo que los jueces definan el contenido de los derechos conculcados cuando se reclama su restablecimiento.

Así, corresponde a este Tribunal considerar cuál es el modo en que el Estado local debe dar cabal cumplimiento a la manda constitucional.

Ello toda vez que, de lo contrario, quedaría librado a la discrecionalidad estatal interpretar tanto la normativa como el alcance del fallo, lo que resultaría difícilmente ejecutable, así como también dificultaría la posterior evaluación respecto del cumplimiento de la sentencia.

VIII. El alcance de la condena dispuesta en el presente decisorio.

Acreditada la situación de emergencia social padecida por la amparista que obliga al Estado local a brindarle la asistencia necesaria para el ejercicio del derecho a la vivienda digna, y establecida la inaplicabilidad de las disposiciones contenidas en los artículos 5 y 6 del decreto 690/96, en tanto limitan ese auxilio estatal a una suma exigua y acotada temporalmente, corresponderá hacer lugar a la pretensión amparista.

Ahora bien, la situación estructural referida en el apartado **VI.4.** de la presente sentencia requiere efectuar algunas precisiones tendientes a posibilitar la concreción efectiva del derecho cuya protección se requirió mediante la presente acción de amparo.

Y para ello, resulta necesario definir de qué manera la Administración

51 CSJN, "*Verbitsky, Horacio s/ habeas corpus*", sentencia del 3/5/2005.

local habrá de garantizar el acceso a la vivienda digna de la amparista.

Así, cabe recordar que de acuerdo con lo expresado en la Observación General nº 4 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que fuera referida precedentemente, *"vivienda adecuada"* significa:

"disponer de un lugar donde:

a) poderse aislar si se desea,

b) espacio adecuado,

c) seguridad adecuada,

d) iluminación y ventilación adecuadas,

e) una infraestructura básica adecuada, y

f) una situación adecuada en relación con el trabajo y los servicios básicos,

g) a un costo razonable".

Todo ello con seguridad jurídica en la tenencia."

Así, la solución a brindarse a la amparista deberá ajustarse a esas pautas.

En primer lugar, y con relación a los requisitos de espacio adecuado, iluminación y ventilación adecuadas, éstos deberán interpretarse a partir de la situación familiar de la amparista, y de la normativa establecida en el Código de Planeamiento Urbano y en el Código de Edificación, así como de la reglamentación pertinente en materia de seguridad edilicia.

Respecto del concepto *"costo razonable"*, toda vez que los escasos ingresos de la amparista, no le permiten abonar el costo de una vivienda, dicho costo deberá ser igual a cero.

En cuanto a la *"seguridad jurídica de la tenencia"*, cabe destacar que acceder a una vivienda no necesariamente implica obtener un título de propiedad sobre la misma ni detentar el derecho real de dominio. Es decir que el cumplimiento de la

manda constitucional se concretará garantizando el goce de la misma y la protección contra un eventual desalojo.

Es evidente que el otorgamiento de un subsidio mensual para afrontar el alquiler de una habitación en un hotel no cumple con ninguno de los requisitos exigidos para una *"vivienda digna"*.

Por otro lado, la propia Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires brinda la pauta para la concreción efectiva del derecho constitucional en juego, al establecer que *"[...] La Ciudad reconoce el derecho a una vivienda digna y a un hábitat adecuado"*, para lo cual *"[...] Auspicia la incorporación de los inmuebles ociosos [...] la recuperación de las viviendas precarias y la regularización dominial y catastral"* (art. 31).

Así, y dado que la Ciudad Autónoma de Buenos Aires cuenta, como es de público y notorio conocimiento, con una gran cantidad de inmuebles desocupados o en estado de ocupación con fines no previstos en las leyes, la única forma que se evidencia como adecuada para dar cumplimiento a la obligación de garantizar el derecho a la vivienda digna de la amparista, con seguridad jurídica en la tenencia, es mediante la entrega de uno de los inmuebles ociosos que pertenecen al dominio privado de la Ciudad, a través de la figura del comodato social.

Nótese que es el propio GCBA quien reconoce el destino social en miras a la satisfacción del derecho a la vivienda que puede imprimírsele a tales bienes inmuebles, puesto que en su sitio web oficial indica que *"[...] un terreno, un edificio, y en general cualquier inmueble del Estado que pertenece a su dominio privado puede no sólo servir para ser vendido y obtener ingresos fiscales, que no deja de ser un fin de primordial interés público, sino también destinarse a satisfacer necesidades sociales, para promover el acceso a la vivienda o también el fomento de determinadas actividades comerciales; es decir que el campo de la gestión de los bienes del Estado se amplía, resultando que estos bienes tienen también un destino de interés público, de interés social o de utilidad general."* (http://www.buenosaires.gob.ar/procuración-general/dominio-publico-y-privado-del-estado).

Las autoridades locales podrán recurrir a los fines del cumplimiento de la presente sentencia, a los bienes del dominio privado de la Ciudad que se encuentran incluidos en el Registro Único de Bienes Inmuebles, cuya administración se

encuentra a cargo de la Dirección General de Administración de Bienes dependiente del Ministerio de Modernización, Innovación y Tecnología, en el banco de Tierras e Inmuebles creado por ley 1251, cuya administración se encuentra a cargo de Instituto de Vivienda de la Ciudad, o cualquier otro registro o base de datos, siempre que el bien a afectar se adecúe a las necesidades de la amparista y de su grupo familiar.

El comodato a otorgarse a la amparista se regirá, en lo sustancial, por las prescripciones de los artículos 1533 y subsiguientes del Código Civil y Comercial de la Nación, con excepción de lo previsto en los artículos 1536 inc. b) y 1538.

En efecto, tratándose de un comodato "social", destinado a garantizar el acceso a la vivienda de quien no tiene posibilidades de hacerlo por sus propios medios, tanto los gastos ordinarios del inmueble como todos relativos a su ocupación (impuestos, expensas comunes, servicios, etc.), deberán ser afrontados por el Gobierno demandado.

Con relación al límite de vigencia temporal del referido comodato social, cabe destacar que la figura del comodato permite la estipulación de un plazo indeterminado, ya que, como se ha sostenido, *"si la cosa se prestó para cumplir un fin determinado, una vez que éste se haya cumplido, la misma deberá devolverse"*[52]. En consecuencia, su vigencia quedará supeditada al mantenimiento de las condiciones de vulnerabilidad de la familia actora. En la práctica, esto implicará que la amparista permanecerá gratuitamente en la vivienda provista por la demandada hasta que supere la situación de vulnerabilidad en que se encuentra.

Por todo lo expuesto, las probanzas de autos y conforme lo establecen los tratados, pactos y convenciones *ut supra* reseñados, los artículos 14 bis, 28, 43, 75, inciso 22 y concordantes de la Constitución Nacional, los artículos 10, 14, 20, 31, 38, 39

52 CENTANARO, Esteban, *Manual de Contratos* 1ra ed. 2015, Buenos Aires, editorial La Ley, pág. 602.

y concordantes de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y demás normas citadas, **RESUELVO:**

1°) DECLARAR la inconstitucionalidad del Decreto 690/06, y su consecuente inaplicabilidad al caso de autos.

2°) HACER LUGAR a la presente acción de amparo, y consecuentemente ordenar al Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que, dentro del plazo de quince (15 días), otorgue a **M. M, C.**, una vivienda adecuada a sus necesidades, bajo la figura de **COMODATO SOCIAL** conforme los términos establecidos en el considerando VIII *in fine* del presente decisorio, y por el término en que se extienda su situación de vulnerabilidad.

Regístrese, notifíquese a las partes mediante cédula a confeccionarse por Secretaría con habilitación de días y horas inhábiles, y al Asesor Tutelar y al Ministerio Público Fiscal mediante vista.