



El derecho a la vivienda... Vol. 28, (2015), Cartapacio de Derecho, Facultad de Derecho, UNICEN, ISSN 1850-0722.

EL DERECHO A LA VIVIENDA: ¿UN DERECHO EXIGIBLE JUDICIALMENTE?

ELSA MARÍA DEL CARMEN LLORET¹
UNIVERSIDAD NACIONAL DEL CENTRO

I. Introducción

El objetivo del presente trabajo, es analizar cuáles son los caracteres que reúne el derecho a la vivienda digna catalogado dentro de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en adelante (DESC), establecido por nuestra Carta Magna y por los Tratados Internacionales de Derechos Humanos que fueron jerarquizados constitucionalmente a partir de la Reforma de 1994.

El derecho a la vivienda digna o adecuada, declamado en la Constitución nacional y provincial, y en los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional, se contraponen con el incremento de los asentamientos en predios fiscales y privados, como son la creación de villas emergencias y la ocupación

¹ La autora es Abogada por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Buenos Aires UBA. Docente en las asignaturas Derecho Constitucional y Derecho Público Municipal de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires e investigadora de la Facultad de Derecho y de la Facultad de Ciencias Humanas de la Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires

de viviendas. Este problema no parece tener atención suficiente de los poderes públicos.

El derecho a la vivienda digna, como otros derechos por ejemplo alimentación, salud, requieren acciones positivas del Estado, es decir, de políticas públicas. A partir de ello se establece cierta relación entre derechos humanos, en especial, los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, (en adelante DESC) y las políticas públicas. Según Abramovich (2004), la relación entre Políticas Públicas y Derechos Humanos es una cuestión espinosa, que no cuenta aún con desarrollos suficientemente sólidos y coherentes, ni en el derecho internacional, ni en el derecho constitucional de los países del área. Los Derechos no nos dicen mucho acerca del contenido de las políticas, pero sí pueden decirnos algunas cosas sobre su orientación general y nos brindan un marco de conceptos que debe guiar su formulación y su implementación.

1.3 Partiendo entonces de la noción de que la efectividad de los DESC dependen de las políticas públicas, traducido al lenguaje constitucional, que implica el accionar de los dos poderes políticos, el Ejecutivo y el Legislativo, nos preguntamos qué puede hacer el Poder Judicial cuando aparecen reclamos acerca de la exigibilidad y efectividad de tales derechos.

En los ámbitos jurídico, económico y político existe un debate sobre el alcance de las obligaciones de los Estados, respecto de la obligación de desarrollo progresivo en materia de derechos económicos, sociales y culturales, y en particular, respecto al derecho a la vivienda digna.

Y el debate incluye, en especial, el significado que debe tener la tutela judicial del derecho.

Este trabajo pretende investigar las condiciones de exigibilidad de la tutela judicial y sistematizar los instrumentos para lograrla, considerando los límites –económicos, políticos, etcétera– que se oponen a la eficacia plena del derecho a la vivienda digna.

2. Las políticas Públicas y los derechos económicos, sociales y culturales

2.1. Como adelantamos en la introducción del presente trabajo la efectividad de los DESC dependen de los poderes políticos. La efectividad del derecho humano a una vivienda digna se vincula con dos tipos de respuestas.

La primera, por intermedio de las políticas públicas o del tercer sector, promovido espontáneamente, o incentivado por la cooperación, en la búsqueda de un mejoramiento global de las condiciones de vida. Estas políticas públicas sue-

len considerar situaciones individuales o familiares que requieren asistencia diferencial en razón de su vulnerabilidad.

La segunda, en la exigencia coactiva de cumplimiento del derecho mediante los mecanismos de división del poder, por órganos nacionales, o mediante responsabilización por el incumplimiento de los órganos internacionales, en miras a obtener la realización efectiva del derecho consagrado en el Art. 14 bis de la CN y en múltiples tratados.

En este último supuesto se inscriben: a) las decisiones judiciales que imponen una política pública de alcance general omitida por la administración pública, y b) las que ordenan el cumplimiento del derecho a favor de una persona o familia determinada, usualmente por la condición de especial vulnerabilidad en que se encuentra.

De los múltiples aspectos que determinan el desarrollo de una política pública, cobra particular importancia la influencia y el comportamiento de los actores sociales, como sujetos participantes en la definición de relaciones de poder en la labor del Estado sobre la sociedad. La forma de relación que se va estructurando, es a partir de la comprensión de los actores sociales como sujetos representativos de sectores (grupos) que convergen y dan forma a la sociedad, y que se relacionan con el Estado a través de la aplicación de una determinada forma de acción como lo es la política pública. Esta dimensión de la relación Estado-Sociedad, permite distinguir aquellos componentes políticos, tanto de poder como axiológicos, que forman parte en la acción del Estado sobre la sociedad desde las Políticas Públicas, según los temas a los cuales esté referida esta acción (justicia, salud, educación, pobreza, etc.), en diversas magnitudes y con diferentes expresiones, según el alcance que tenga la acción de ese determinado actor social en la sociedad a la cual pertenece (Meneses Carbajal- Garrido Vergara, 2009:400).

2.2 El tema de las políticas públicas tiene que ver con la gobernanza democrática, entendida ésta como como aquel sistema de reglas formales e informales (denominado también marco institucional) que establecen las pautas de interacción o reglas de juego entre los actores en el proceso de toma de decisiones públicas. En este sentido, las reglas formales son aquellas que se encuentran escritas en una norma (por ejemplo, los derechos de propiedad, el sistema electoral, etc.) y apoyadas por un sistema regulado de sanciones; mientras que las reglas informales las constituyen las costumbres, hábitos o rutinas que, si bien no se encuentran escritas en ningún lugar, son socialmente aceptadas,

compartidas y observadas. A su vez, por actor entendemos aquel individuo, persona jurídica, organización o colectivo con recursos de poder suficientes para poder incidir en el proceso de formulación de políticas públicas Prats I Catalá (2001).

“la gobernabilidad democrática supone que los actores estratégicos se comportarán conforme a las fórmulas al menos de una po-liarquía. En consecuencia, la democracia añade exigencias muy estrictas de gobernabilidad por lo que al comportamiento de los actores estratégicos o poderosos se refiere. La gobernabilidad democrática supone que los actores poderosos resuelven sus conflictos y acaten y cumplan las decisiones emanadas del legislativo y del ejecutivo procedentes ambos de un proceso electoral producido en un entorno de libertades políticas y derechos fundamentales, quedando prohibidas las fórmulas públicas o privadas que violen los derechos fundamentales de los ciudadanos o las otras garantías constitucionales, todo garantizado en último término por un poder judicial independiente e imparcial” (Prats I Catalá, 2001: 140).

2.3 Es importante destacar que la democracia sustantiva en América Latina continúa siendo un gran desafío en una región donde el crecimiento económico no es equiparable al desarrollo humano; donde la satisfacción ciudadana respecto al ejercicio de la democracia parece aún lejana, aunque con diferencias significativas por países, y donde las desigualdades persisten ante un Estado que busca su ruta de acción. El contexto internacional se impone en un mundo globalizado, donde la definición de las políticas públicas se mueve entre los lineamientos del derecho internacional, la normativa nacional y las imposiciones/restricciones financieras y macroeconómicas producto de los consensos alcanzados en los organismos internacionales, generando tensiones que se dirimen en un plano doméstico que afecta la calidad de vida de los ciudadanos. La profundización democrática siempre es un fin abierto que requiere de la acción del Estado, y la incorporación de derechos en las políticas públicas contribuye de manera decisiva al fortalecimiento de la democracia, no como definición sino como materialización.

2.4 Señala Matilde Rodríguez (2011) que en Argentina subsisten las dificultades para que la democracia emerja como sistema. Una de las brechas que se profundiza es la desigualdad. Son sectores de la sociedad caracterizados por O'Donnell (1997) como poseedores de ciudadanía de “baja intensidad. Esta realidad ha sido construida por el desarrollo de un capitalismo salvaje sin regulaciones políticas que facilitó la desposesión a grandes sectores de la población incluso de las necesidades básicas, configurando una gran deuda social de la democracia. La autora afirma que, “una de las instituciones básicas en la

construcción y materialización del estado democrático de derecho es el sistema legal, incluyendo el Poder Judicial y la administración de justicia. Y lo es porque este sistema es uno de los encargados en reconocer los derechos y las libertades de cada ciudadano/a y poner freno a la exclusión, a la marginalidad y a la discriminación”.

2.7 No coincidimos con la autora cuando expresa que:

“Si bien la justicia continúa respaldándose en densos códigos, se muestra como un derecho no democrático. Aunque está producido dentro de un orden democrático fracasa en el reconocimiento de valores fundamentales de la modernidad, tales como: igualdad y libertad. Tal situación es constatada al mostrar que la confianza en la justicia no logra incrementarse a pesar de las transformaciones producidas” (Rodríguez, 2011:2).

Creemos que el Poder Judicial cada vez más se está involucrando en los valores de la sociedad actual y en temas importantes; la Corte Suprema de Justicia asumió un fuerte activismo en temas sociales como por ejemplo en materia jubilatoria, en protección del medio ambiente, en materia de salud asegurando el tratamiento médico de los niños, en especial los discapacitados, de las personas sin suficientes recursos y de los portadores de VIH Sida.; también salvaguardó la igualdad de oportunidades en materia educativa.

En varias oportunidades la Corte rechazó el argumento de la insuficiencia de recursos económicos como excusa del Estado para satisfacer derechos básicos como la salud y la educación. También actuó en forma proactiva para dar una respuesta que hiciera realmente efectivo el derecho vulnerado. Así, ante la deficiencia de las instancias inferiores, por ejemplo, ella misma buscó determinar que medida correspondía adoptar. Por otra parte ante el incumplimiento de sus órdenes, impuso sanciones económicas conminatorias a las respectivas autoridades nacionales y provinciales (Asociación por los Derechos Civiles, 2005).

3. Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en nuestro ordenamiento Jurídico

3.1 La Constitución Nacional, tanto a lo largo de su texto como en los pactos internacionales incorporados a ella, reconoce a todos los habitantes una amplia gama de derechos económicos, sociales y culturales (DESC). Así, las necesidades humanas fundamentales de salud, educación, medio ambiente sano, entre muchas otras, cuentan con protección constitucional.

Ello exige al Estado que respete, promueva y garantice el ejercicio de estos derechos humanos; que no impida su disfrute a ningún grupo de personas sobre la base de un criterio discriminatorio; que diseñe políticas públicas para hacerlos efectivos, y que su financiación sea prioritaria. En la Argentina, esta cuestión tiene especial relevancia debido al grave contexto de exclusión social e inequitativa distribución de la riqueza. (Asociación por los Derechos Civiles 2005).

3.2 Esta realidad impide que casi la mitad de los habitantes puedan acceder a derechos básicos como la salud y la educación. A la vez, se agravan ciertas desigualdades y surgen otras nuevas: la desnutrición infantil, por ejemplo, causa discapacidades intelectuales que dificultarán la inserción social de los niños, reforzando el circuito de marginalidad.

Ante esta crítica situación de hecho, se resalta la importancia de que los derechos económicos, sociales y culturales reconocidos en la Constitución se hagan efectivos, especialmente respecto de los grupos más vulnerables de la sociedad. Cuando el sistema no garantiza estos derechos, su cumplimiento estará supeditado, en muchos casos, a que las personas puedan obtener una decisión judicial que obligue a las distintas agencias del Estado a proveer un tratamiento médico, garantizar el acceso a la educación, etc. (Asociación por los Derechos Civiles, 2005).

3.3 La Reforma de 1994, incorporó con jerarquía constitucional el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En relación con los DESC, señala Mónica Pinto que:

Los Estados partes en los Tratados se comprometen a adoptar las medidas necesarias tanto en el orden interno como mediante la cooperación entre los Estados, especialmente económica y técnica, hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos reconocidos". En efecto la norma apunta a la "realización progresiva" de los derechos, reconociendo que en general, la total realización de éstos derechos no se logra en el corto plazo. En éste aspecto de progresividad y en la expresión "hasta el máximo de los recursos disponibles" se sustentan, sin mucho fundamento, las tendencias que avanzan que no hay exigibilidad en ésta área. Sin embargo, la historia legislativa de éste compromiso no brinda ningún apoyo a éste aserto (Pinto, 1997: 52-55).

En el mismo sentido la autora sostiene que sucede que si las normas no pueden obligar- y de hecho no lo hacen- a un Estado a disponer de recursos para poner en práctica un Programa de salud o de educación, sí pueden obligarlo -y lo hacen- a discernir prioridades en el manejo de los recursos propios y de los que pueda obtener de la ayuda o cooperación internacional. Resulta entonces que sí es exigible que, al decidir su cuenta de gastos y la distribución de los recursos, el Estado conceda prioridad a los planes conducentes a la efectividad de los DESC. En éste sentido el Estado tiene la obligación de actuar expeditamente y con eficacia hacia la meta de realización de los derechos de que trata. Consecuentemente, toda medida de regresión debe ser justificada y así lo establece la Observación 3 adoptada por el Comité de DESC (Pinto, 1997).

La efectividad de los derechos es la meta a la que debe llegarse, inclusive a través de medidas legislativas o de otro carácter. Se asume, pues que en la enorme mayoría de los casos no se trata aquí solamente de consagrar un orden normativo, sustantivo y procesal, que permita el libre y pleno ejercicio de los derechos sino que, además, se requiere de la formalización de medidas económicas y técnicas que permitan el ejercicio de los derechos protegidos. La cuestión radica en poner en marcha programas que conduzcan a la efectividad de los DESC. Las medidas, deben ser pues, deliberadas, concretas y orientadas lo más claramente posible hacia la satisfacción de las obligaciones reconocidas en el Pacto. La Observación General 3 del Comité de DESC establece en su punto 5 que “entre las medidas que cabría considerar apropiadas, además de las legislativas, está la de ofrecer recursos judiciales en lo que respecta a derechos que, de acuerdo con el sistema jurídico nacional, puedan considerarse justiciables (Comité de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N° 3, 1990:2).

3.4 Los Tratados de Derechos Humanos, adoptados bajo los auspicios de las Naciones Unidas establecen como órganos de control un Comité, integrados por expertos propuestos por los Estados partes.

Mónica Pinto, entiende que un claro ejemplo de desarrollo pretoriano del derecho Internacional de los Derechos Humanos en materia de órganos de control, y que al mismo tiempo refleja un avance en el grado de maduración de la comunidad internacional, es el relativo al Pacto Internacional de DESC, para el que no se previó órgano alguno sino el examen de los informes periódicos de los Estados partes por el Consejo Económico y Social. En 1985 el Consejo

Económico y social de las Naciones Unidas (ECOSOC) establece el Comité de Derechos Económicos, sociales y Culturales.

3.5 Todos los Estados Partes deben presentar al Comité informes periódicos sobre la manera en que se ejercitan esos derechos. Inicialmente, los Estados deben presentar informes a los dos años de la aceptación del Pacto y luego cada cinco años. El Comité examina cada informe y expresa sus preocupaciones y recomendaciones al Estado Parte en forma de "**observaciones finales**"(el remarcado es nuestro). En 2008, la Asamblea General aprobó por unanimidad el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de DESC, que establece la competencia del Comité para recibir y considerar comunicaciones.

4. El derecho a la vivienda en la Constitución Nacional y en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos con jerarquía constitucional.

4.1 El acceso a la vivienda digna que estipula el Art. 14 bis requiere del Estado la promoción de planes de vivienda, a efecto de que todo habitante, en especial los de modestos ingresos, puedan acceder a la vivienda propia.

“El acceso a la vivienda digna tiene como contrapartida la obligación del Estado de procurar a todos los núcleos un lugar donde desenvolver decorosamente la vida familiar” (Ekmekdjian, 1994: 103-104).

4.2 El alcance del derecho a la vivienda se complementó con la Reforma de 1994 que incorporo una serie de tratados internacionales de derechos humanos a la Constitución Nacional con jerarquía constitucional mediante su artículo 75 inciso 22. Entre los instrumentos incorporados que protegen del derecho a la vivienda el más relevante es el Pacto Internacional de Derechos Económicos y Culturales en su Artículo 11 primer párrafo: *“Los Estados Parte en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel adecuado de vida para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia...”*.

4.3 En igual sentido la Declaración Universal de Derechos Humanos en su Art. 25 Inc. 1², la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las

² **Artículo 25 Inc.1.** Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.

formas de Discriminación Racial, Art 5 Inc. e) punto iii³), la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la mujer, en su Art. 14 Inc. h⁴), la Convención sobre los Derechos del Niño Art 27 Inc. 3)⁵, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en su Art. 11⁶, y la Convención Americana de Derechos Humanos en su Art. 26⁷.

Luego de estas incorporaciones al texto constitucional el derecho a la vivienda del artículo 14 bis debe entenderse en consonancia con los artículos mencionados de los tratados internacionales de derechos humanos. El Artículo 75 inciso 22 de la Constitución Argentina es claro cuando establece que estos tratados tienen jerarquía constitucional, y deben entenderse complementarios de los dere-

³ **Artículo 5:** En conformidad con las obligaciones fundamentales estipuladas en el artículo 2 de la presente Convención, los Estados partes se comprometen a prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico, particularmente en el goce de los derechos siguientes:

Inc. d) Los derechos económicos, sociales y culturales, en particular: .. Punto iii) El derecho a la vivienda;

⁴ **Artículo 14 Inc. 2. h)** Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en las zonas rurales a fin de asegurar en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, su participación en el desarrollo rural y en sus beneficios, y en particular le asegurarán el derecho a: ...h) Gozar de condiciones de vida adecuadas, particularmente en las esferas de la vivienda, los servicios sanitarios, la electricidad y el abastecimiento de agua, el transporte y las comunicaciones.

⁵ **Artículo 27 Inciso 3.** Los 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.

⁶ **Artículo 11:** Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan lo n los recursos públicos y los de la comunidad.

⁷ **Artículo 26.** Desarrollo Progresivo. Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.

chos y garantías reconocidos por la Constitución en su primera parte. Estos tratados están destinados a obligar a los estados no solo en la esfera internacional sino en su jurisdicción interna y gozan de las características del derecho internacional de los derechos humanos como normas ius cogens, es decir inderogables, imperativas e indisponibles (Tedeschi, 2007: 751).

La jerarquía constitucional es adquirida por los instrumentos internacionales “en las condiciones de su vigencia”. Pizzolo Calogero (2006) sostiene que se han dado diversas posturas doctrinarias al respecto entre ellas Bidart Campos (2003) entiende que “es una pauta que indica que se debe tomar en cuenta las “reservas y aclaraciones” de todo tipo que la Argentina incluyó en el instrumento mediante el cual llevó a cabo, la ratificación o adhesión internacional, a cada uno de los once instrumentos mencionados”.

Manili citado por Pizzolo Calogero (2006), entiende que:

La frase en cuestión significa que los tratados se “incorporan” al derecho argentino siempre y cuando “estén vigentes en el ámbito internacional”. Y mantienen esa “pertenencia” al sistema argentino, y — en su caso— la jerarquía constitucional que les haya otorgado la Constitución o el Congreso federal siempre que mantengan dicha vigencia. En las “condiciones de su vigencia”, significa entonces para este autor tal como rigen respecto de la Argentina, con las “reservas aceptadas” por los demás Estados parte y con las “declaraciones interpretativas” formuladas. En otras palabras: no se jerarquiza el tratado en cuanto tal, sino solamente en cuanto obliga a nuestro país y con ese alcance (Manili, 2003:181-183).

La jerarquía constitucional lo es “en las condiciones de su vigencia”, que se refiere a las condiciones impuestas por el Estado argentino al momento de obligarse internacionalmente a cumplir el tratado, esto es con las reservas y declaraciones interpretativas, tal la opinión de Travieso (1992), Gelli (2001), Bidart Campos (2003) y Haro (2003), entre otros.

Asimismo, la Corte Suprema en “Giroldi” sostuvo que la jerarquización de la Convención Americana de Derechos Humanos (C.A.D.H), ha sido establecida por voluntad del constituyente, “ en las condiciones de su vigencia”, esto es, “ tal como la Convención citada efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación” (consid.11), agregando que la jurisprudencia de la Corte Interamericana debe servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales (CSJN, “Giroldi, Horacio David y otro s/ recurso de

casación”, sent. del 7 de abril de 1995 (Fallos: 318:514). Posteriormente en “Gramajo” reitera la doctrina de “Girolodi” y agrega que la opinión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos también debe servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales (CSJN, “Gramajo, Marcelo Eduardo, sent. 5/09/06 causa G. 560), aunque ulteriormente en “Acosta” aclara que si bien las opiniones de la Comisión deben servir de guía y que el Estado debe realizar los esfuerzos para dar respuesta favorable a sus recomendaciones, ello no equivale a consagrar como deber jurídico para los jueces el de dar cumplimiento a ellas por no ser decisiones vinculantes para el Poder Judicial (Muñoz, 2003).

4.4 Como mencionamos anteriormente el Pacto Internacional de Derechos Económicos y Culturales, es el instrumento principal para la protección del derecho a la vivienda. Así en lo que respecta al derecho a la vivienda adecuada, la Observación General N° 4 del Comité Derechos Económicos Sociales y Culturales ha establecido los contenidos del derecho a la vivienda adecuada. Estos son:

a) Seguridad jurídica de la tenencia. La tenencia adopta una variedad de formas, como el alquiler (público y privado), la vivienda en cooperativa, el arriendo, la ocupación por el propietario, la vivienda de emergencia y los asentamientos informales, incluida la ocupación de tierra o propiedad. Sea cual fuere el tipo de tenencia, todas las personas deben gozar de cierto grado de seguridad de tenencia que les garantice una protección legal contra el desahucio, el hostigamiento u otras amenazas. Por consiguiente, los Estados Partes deben adoptar inmediatamente medidas destinadas a conferir seguridad legal de tenencia a las personas y los hogares que en la actualidad carezcan de esa protección consultando verdaderamente a las personas y grupos afectados.

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

c) Gastos soportables. Los gastos personales o del hogar que entraña la vivienda deberían ser de un nivel que no impidiera ni comprometiera el logro y la satisfacción de otras necesidades básicas. Los Estados Partes deberían adoptar medidas para garantizar que el porcentaje de los gastos de vivienda sean, en general, commensurados con los niveles de in-

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

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

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

f) *Lugar.* La vivienda adecuada debe encontrarse en un lugar que permita el acceso a las opciones de empleo, los servicios de atención de la sa-

lud, centros de atención para niños, escuelas y otros servicios sociales. Esto es particularmente cierto en ciudades grandes y zonas rurales donde los costos temporales y financieros para llegar a los lugares de trabajo y volver de ellos puede imponer exigencias excesivas en los presupuestos de las familias pobres. De manera semejante, la vivienda no debe construirse en lugares contaminados ni en la proximidad inmediata de fuentes de contaminación que amenazan el derecho a la salud de los habitantes.

g) Adecuación cultural. La manera en que se construye la vivienda, los materiales de construcción utilizados y las políticas en que se apoyan deben permitir adecuadamente la expresión de la identidad cultural y la diversidad de la vivienda. Las actividades vinculadas al desarrollo o la modernización en la esfera de la vivienda deben velar por que no se sacrifiquen las dimensiones culturales de la vivienda y por que se aseguren, entre otros, los servicios tecnológicos modernos. (Comité de DESC, 2006:2)

En este sentido, señalan Losada Revol y Dubinsky (2011) que el Comité refirió que, aún cuando la adecuación se encuentra determinada en parte por factores sociales, económicos, culturales, climatológicos, ecológicos y de otra índole, uno de los criterios que debe tenerse presente es la seguridad jurídica de la tenencia⁸. Cualquiera sea la forma de la tenencia, todas las personas deben gozar de cierto nivel de seguridad que les garantice una protección legal contra el desahucio, el hostigamiento u otras amenazas. Asimismo, toda vivienda adecuada requiere disponer ciertos servicios indispensables para la salud, la seguridad, la comodidad y nutrición, de modo tal que sus beneficiarios posean acceso permanente a recursos naturales y comunes, a agua potable, a instalaciones sanitarias y de aseo, de eliminación de desechos de drenaje y a servicios de emergencias, entre otros. En esta misma línea, debe ser habitable en el sentido de "ofrecer espacio adecuado a sus ocupantes y de protegerlos del frío, la humedad, el calor, la lluvia, el viento u otras amenazas para la salud, de riesgos estructurales y de vectores de enfermedad.

4.5 Los Estados están obligados, al menos, a proteger el “umbral mínimo” de obligaciones sin el cual el derecho no tendría razón de ser. Y en ese sentido, a adoptar “todas las medidas adecuadas” y “hasta el máximo de los recursos

⁸ Los autores Losada Revol y Dubinsky (2011) sostienen que la tenencia adopta varias formas, como ser, “*el alquiler (público y privado), la vivienda en cooperativa, el arriendo, la ocupación por el propietario, la vivienda en emergencia y los asentamientos informales, incluida la ocupación de tierra o propiedad*”, según surge del de la Observación N° 4 del Comité de Derechos económicos y Sociales.

disponibles” para satisfacer el derecho en cuestión, otorgando prioridad a los grupos más vulnerables y a los que tiene necesidades más urgentes. Esos principios a su vez complementan estándares generales de derechos económicos sociales y culturales que pueden ser aplicados para monitorear el cumplimiento del derecho a la vivienda. Entre esos estándares se encuentran los siguientes:

-Progresividad y no regresividad: el Estado debe mejorar progresivamente las condiciones de goce y ejercicio del derecho a la vivienda y prohíbe la adopción de políticas, medidas, normas jurídicas o vías de hecho mediante las cuales el Estado empeore la situación del derecho a la vivienda.

-Producción de información y formulación de políticas: La producción de información relativa la situación de la población respecto al derecho a la vivienda es un presupuesto para la vigilancia del cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales. El Comité DESC ha dispuesto el deber de producir información y garantizar el acceso a ella. Por otra parte el Estado tiene el deber de formular políticas orientadas a superar las violaciones del derecho a la vivienda.

-Participación de los sectores afectados en el diseño de las políticas.

-Provisión de recursos efectivos: La Observación General N° 9 del Comité DESC ha señalado que cuando un derecho reconocido en el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales no se puede ejercer plenamente sin una intervención del poder judicial, es necesario establecer recursos judiciales para posibilitarlo.

4.6 El conjunto de obligaciones descriptas anteriormente tienen en Argentina un doble valor jurídico de supremacía. No solo son obligatorias desde el punto de vista del Derecho Internacional de los Derechos Humanos -que como tales obligan a los poderes del Estado frente a la responsabilidad internacional-, sino que también por decisión del constituyente están en la base fundamental del ordenamiento jurídico interno, de tal modo que todas las normas inferiores: leyes, decretos y resoluciones administrativas deben adecuarse a ellas, bajo el riesgo de ser consideradas inconstitucionales o inaplicables (TEDESCHI, 2007).

5. La exigibilidad de los Derechos económicos sociales y culturales

5.1 La opinión de parte de la doctrina constitucional tradicional y la escasa jurisprudencia previa en materia de derechos sociales independientes de la relación laboral generaban un panorama de incertidumbre hacia la posibilidad de reconocer estos derechos en tanto derechos subjetivos. Su falta de reconocimiento constitucional expreso antes de la reforma constitucional de 1994, sumada a la dispersión del tratamiento constitucional de algunos de sus aspectos, produjo una consideración normativa endeble de estos derechos: bien como deber u obligación general a cargo del Estado, bien como principio de actuación estatal, bien como programa de actuación de los poderes políticos.

Hasta comienzos de los años noventa, muy pocos autores sostenían explícitamente la existencia de derechos subjetivos de base constitucional referidos a la salud, a la vivienda, a la educación, a un medio ambiente sano o a la situación de grupos o sectores sociales determinados. La jurisprudencia al respecto tampoco ofrecía demasiadas señales para el optimismo.

La Corte ha avanzado en el reconocimiento de derechos en casi todas estas materias. Se trata de derechos con titulares y deudores individualizados, que generan obligaciones concretas, cuyo incumplimiento es materia de agravio y tutela jurisdiccional⁹.

5.2 Abramovich (2004), sostiene que en líneas generales el enfoque de derechos considera que el primer paso para otorgar poder a los sectores excluidos es reconocer que son titulares de derechos que obligan al Estado. Al introducir este concepto se procura cambiar la lógica de los procesos de elaboración de políticas, para que el punto de partida no sea la existencia de personas con necesidades que deben ser asistidas, sino sujetos con derecho a demandar determinadas prestaciones y conductas. Las acciones que se emprendan en este campo no son consideradas solamente como el cumplimiento de mandatos morales o políticos, sino como la vía escogida para dar cumplimiento a las obligaciones jurídicas, imperativas y exigibles, impuestas por los tratados de derechos humanos. Los derechos demandan obligaciones y las obligaciones requieren mecanismos de exigibilidad y cumplimiento.

6. ¿Se pueden exigir judicialmente los derechos económicos, sociales y culturales?

⁹ Para una mejor comprensión del tema ver Asociación por los Derechos Civiles (2005).

6.1 Existen dos posiciones opuestas acerca de la judiciabilidad de los Derechos, Económicos, Sociales y Culturales. Una de ellas sostiene que no pueden ser exigidos por vía de la justicia, porque requieren la ejecución de prestaciones positivas por parte del Estado. Ello se presenta como una diferencia frente a los consagrados derechos civiles y políticos —como el derecho a la libre expresión o el derecho al voto—, en tanto éstos sólo exigirían que el Estado no interfiera ni impida su ejercicio, sin requerir que adopte una actitud proactiva. Además, se aduce que los DESC, tienen una formulación tan vaga e imprecisa que su judicialización permitiría al juez obrar con amplia discrecionalidad en temas que pertenecen al ámbito de la definición de políticas públicas. También se alega que si los jueces ordenaran al Estado la ejecución de una prestación determinada, estarían operando en la distribución de un presupuesto diseñado y asignado con anterioridad¹⁰.

6.2 Quienes mantienen la postura contraria argumentan que los Derechos Económicos, Sociales y Culturales poseen características en común con los derechos civiles y políticos que los hacen justiciables. Objetan, ante todo, la división rígida entre prestaciones positivas y abstenciones por parte del Estado, ya que muchos derechos civiles y políticos requieren de una prestación positiva del Estado para su ejercicio. Se muestra, por ejemplo, que la misma estructura del sistema judicial da cuenta de ello: para atender asuntos relacionados con la protección del derecho de propiedad (un derecho civil), el Estado gasta enormes sumas de dinero y recursos en el funcionamiento de todos los juzgados del fuero civil y comercial. Otro derecho civil, el derecho a la defensa en juicio, obliga al Estado a proveer un defensor público cuando el justiciable no cuenta con recursos económicos suficientes. También se ponen como ejemplo las elecciones —donde al votar se está ejerciendo un derecho civil y político—, para las que el Estado realiza una prestación activa con la provisión de urnas, mesas de votación, autoridades de mesa, procesamiento informático de datos, etcétera.

6.3 En cuanto a la supuesta indeterminación del contenido de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, los defensores de esta concepción consideran que, por caso, el derecho a recibir atención médica se encuentra individualizado por un profesional a nivel particular, o previamente establecido en una ley u otra reglamentación a nivel general.

Frente a la objeción relacionada con la injerencia en el presupuesto, indican que el objetivo final de estos reclamos judiciales es hacer cumplir obligaciones

¹⁰ Véase Asociación por los Derechos Civiles (2005).

constitucionales asumidas por el Estado, que éste debe garantizar con el máximo de sus recursos, se encuentren o no contempladas en el presupuesto. Es decir, que el goce efectivo de un derecho no puede depender de que se le haya asignado una partida de dinero o no¹¹ (CSJN, Asociación Benghalensis y otros v. Ministerio de Salud y Acción Social - Estado Nacional s/amparo ley16986 " del 1/6/2000, La Ley 2001-B , 126; CSJN, Campodónico de Beviacqua, Ana C.v. Ministerio de Salud y Acción Social, Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas s/recurso de hecho", sent. del 24/10/2000, JA 2001-I-464).

6.4 El Dr. Gargarella (2011), comentando dos fallos del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires del año 2010, manifiesta las dos posturas que existen respecto a la judiciabilidad de los Derechos económicos Sociales y Culturales y sostiene que, según la doctrina de la separación de poderes, el poder Judicial no debe involucrarse en cuestiones relacionadas con la aplicación de los derechos sociales, porque ello implicaría dejar que la justicia tomase el lugar de legisladores que son los constitucionalmente encargados de resolver cuestiones que tienen que ver con el presupuesto. Si el Poder Judicial comenzara a ocuparse de éste tipo de cuestiones sus integrantes pasarían a legislar en el área más crucial de la que se encargan al Congreso, y la justicia se distraería así de la realización de las tareas que le competen.

6.5 El autor entiende que solo puede admitirse la judiciabilidad de los Derechos económicos sociales y culturales y fundamenta que “en su formulación habitual, el argumento de la “separación de poderes” va de la mano de la crítica democrática, que califica y agrava la anterior: lo que está en juego, según parece, no es sólo una actitud “invasiva” del poder judicial, que genera el riesgo del abuso de poder, sino una directa afrenta a nuestros compromisos democráticos. Finalmente, si asignamos ciertas funciones al Congreso, antes que a los jueces, no es por el mero deseo de distribuir funciones de algún modo, sino por razones que tienen que ver con una “legitimidad diferencial” entre ambos poderes.

6.6 Agrega que si el fundamento democrático que aceptáramos fuera uno relacionado con la democracia deliberativa, los resultados en la materia resultarían, previsiblemente, muy diferentes de los examinados, tanto en términos justificativos, como en términos propositivos. En efecto, los jueces se encuentran, en términos institucionales, en una excelente posición para favorecer la

¹¹ Para una mejor comprensión del tema véase Asociación por los Derechos Civiles (2005).

deliberación democrática. El Poder Judicial es la institución que recibe quejas de los que son, o sienten que han sido, tratados indebidamente en el proceso político de toma de decisiones. A sus miembros se les exige, como algo cotidiano, que observen el sistema político, con atención especial en sus debilidades, fracasos y rupturas. Más aún, los jueces se encuentran institucionalmente obligados a escuchar a las diferentes partes del conflicto –y no sólo a la parte que reclama haber sido mal tratada.

6.7 Finalmente, sostiene que los jueces tienen amplias posibilidades de actuar de manera respetuosa hacia a la autoridad popular: ellos poseen suficientes técnicas y medios procedimentales a su alcance para actuar en consecuencia. Pueden bloquear la aplicación de una cierta norma y devolverla al Congreso, forzándolo a repensarla; pueden declarar que algún derecho fue violado, sin imponer a los legisladores una solución concreta; pueden establecer que una violación de derechos debe corregirse en un tiempo límite, sin ocupar el lugar del legislador ni decidir cuál remedio particular debería ser aprobado; pueden sugerir al legislador una serie de soluciones alternativas, dejando la decisión final en manos del último.

6.8 Abramovich (2005) señala que pueden trazarse algunas líneas tentativas para caracterizar situaciones- tipo en las cuales el Poder judicial ha asumido la tarea de verificar el cumplimiento de estándares jurídicos en el diseño y ejecución de políticas públicas.

Un primer caso es cuando el Poder Judicial se transforma en garante de la ejecución de una medida tomada por los poderes del Estado; consiste en intervenciones judiciales que tienden a “juridificar” medidas de política pública asumidas por el Estado sin entrar en la valoración de la política pública, esto es transformar medidas tomadas por el Estado dentro de su ámbito de discrecionalidad en obligaciones legales, y por ende, sujetas a sanciones jurídicas en caso de incumplimiento. En muchos de estos casos la medida que el Estado ha formulado coincide con la que reclaman los demandantes, solo que ahora su adopción ha cobrado carácter obligatorio y su ejecución no queda librada exclusivamente a la voluntad del órgano que la formuló. Un ejemplo de estas situaciones es el caso Viceconte¹².

¹² Mariela Viceconte interpuso una acción de amparo colectivo con la intención de obligar al Estado argentino a fabricar la vacuna Candid 1. Fundó el pedido en su derecho a la salud y en el derecho a la salud de las personas en riesgo de contraer la enfermedad “Fiebre Hemorrágica Argentina”, quienes suman en el país, aproximadamente, 3.500.000. Concretamente se planteó la violación de la obligación de prevención y tratamiento de las enfermedades epidémicas y endémicas y la lucha contra ellas contenida en el artículo 12.2.c) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC). La medida sanitaria más efectiva para combatir la enfermedad es el suministro de la vacuna Candid 1

En estos casos admite el autor el tribunal no debe fijar políticas o comportamientos, simplemente se limita a hacer cumplir, a ejecutar lo establecido en las leyes, por ejemplo en una ley de SIDA que fije claramente las prestaciones que deben suministrarse a las personas afectadas. (..). La justicia se limita a hacer cumplir obligaciones de la administración fijadas por una ley o por la propia administración en ejercicio de sus competencias reglamentarias.

6.9 Un segundo tipo de situaciones admite Abramovich, está dado por los casos en los cuales el tribunal examina la compatibilidad de la política pública con el estándar jurídico aplicable y, por ende, su idoneidad para satisfacer el derecho en cuestión.

En estos casos, si el tribunal considera que esa política – o un aspecto de ella – es incompatible con el estándar, reenvía la cuestión a los poderes concernidos para que la reformulen. Ejemplos de estándares a partir de los cuales los tribunales analizan una política pública son los de razonabilidad, adecuación, no discriminación, progresividad, no regresividad, transparencia, etc. Así, por ejemplo, en el caso *Grootboom*, la Corte Constitucional entiende que la política de vivienda desarrollada por el gobierno sudafricano resultaba irrazonable al no prever el suministro inmediato de soluciones habitacionales a los sectores de la población con necesidades de vivienda imperiosas. En este caso, el tribunal llega a la conclusión de que un aspecto de la política era contrario al estándar de razonabilidad, pero no cuestiona la totalidad de la política. Por lo general, los tribunales reconocen a los demás poderes un amplio margen para diseñar políticas públicas, de modo que no los sustituyen en la elección de los lineamientos que se ajusten a los estándares jurídicos aplicables (ABRAMOVICH, 2005).

7. El Derecho a la vivienda en un caso ante la Corte Suprema de Justicia. Los Hechos del Caso.

cuya efectividad está en el orden del 95% y ha sido avalada por la Organización Mundial de la Salud (OMS). Además, se trata de una vacuna denominada huérfana pues su producción no resulta rentable para los laboratorios. La Cámara de Apelaciones consideró que las omisiones del Estado en la implementación del proceso de producción de la vacuna constituían una violación del derecho a la salud en los términos del art. 12 del PIDESC. En consecuencia, estableció la obligación del Estado de fabricar la vacuna y le ordenó cumplir estrictamente y sin demoras con el cronograma que el propio Ministerio de Salud había elaborado al efecto. Le encomendó al Defensor del Pueblo de la Nación el seguimiento y control del cronograma.

Para una mejor comprensión del tema se recomienda ABRAMOVICH, Víctor (2005).

7.1 Que S. Y. Q. C., por derecho propio y en representación de su hijo menor de edad J. H. Q. C. – quien sufre una discapacidad producida por una encefalopatía crónica no evolutiva -, inició una acción de amparo contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires. Solicitó que la demandada cesara en su conducta ilegítima, que al denegarle la inclusión en los programas gubernamentales vigentes en materia de vivienda y no proporcionarle alternativas para salir de la ” situación de calle” en la que se encontraba junto a su hijo, violaba sus derechos fundamentales a la salud, la dignidad y a la vivienda reconocidos no sólo en la Constitución local, sino también en la Constitución Nacional y en diversos Tratados Internacionales incorporados a su artículo 75 inciso 22.

A partir de lo expuesto, la peticionante solicitó “una solución que nos permita acceder a una vivienda en condiciones dignas de habitabilidad...” Aclaró que en el caso que decidiera brindarle un subsidio, su monto debe ser suficiente para abonar en forma íntegra el valor de un lugar que cumpliera con las características señaladas; pues los subsidios previstos por el decreto local 690/06 no garantizaba adecuadamente sus derechos. Así lo estimó porque, por un lado, estaban sujetos ” a la disponibilidad de recursos del ejercicio presupuestario que corresponda”, y, por otra parte, eran parciales y limitados a seis cuotas de 450 pesos, a cuyo término sólo podía solicitarse el pago de cuatro cuotas adicionales, a criterio de la Autoridad de Aplicación.

7.2 La Jueza de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires hizo lugar a la acción de amparo. La Sala II de la Cámara del mismo fuero confirmó lo decidido y resolvió: “... que la demandada deberá proveer un subsidio que le permita a la actora y a su grupo familiar, abonar en forma íntegra un alojamiento en condiciones dignas de habitabilidad, hasta tanto se acrediten nuevas circunstancias que permitan concluir que su estado de necesidad ha cesado”.

7.3 Esa Sentencia fue revocada por el Superior Tribunal de Justicia local que decidió reenviar la causa a la Cámara para que dictara un nuevo fallo, fundamentalmente- entre otras razones- porque el Gobierno de la Ciudad brinda ” abrigo” a quienes se encuentran ” en situación de calle” a través de una red de ” albergues y paradores estatales ”.

7.4 Contra dicho fallo, la actora dedujo Recurso Extraordinario Federal que, denegado dio origen a la presente queja. El Recurso Extraordinario fue declarado formalmente admisible (CSJN, Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo, sent 24/4/2012.).

8. Algunas consideraciones del Fallo de la Corte sobre el caso Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo

8.1 La Corte en este fallo se expide sobre el derecho a la vivienda, consagrado en la Constitución nacional y en los Instrumentos Internacionales con jerarquía Constitucional.

En su línea argumentativa, le otorga una gran importancia a las circunstancias del caso, teniendo en cuenta que se trataba de una persona que se encontraba en “situación de calle”, con un hijo discapacitado.

Otro dato importante que se da en el presente caso es la convocatoria que hace el tribunal a una Audiencia Pública en setiembre del año 2011, demostrando que elige éste caso entre los 37 litigios que llegaron a la Corte para determinar como y durante cuanto tiempo el Estado debe asistir a las personas en situación de calle o las que están en emergencia habitacional.

8.2 En el presente fallo la Corte le ordena al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires que “Garantice a la actora, aún en forma no definitiva, un alojamiento con condiciones edilicias adecuadas a la patología que presenta el niño, sin perjuicio de contemplar su inclusión en algún programa de vivienda en curso o futuro para la solución permanente de la situación de excepcional necesidad planteada”.

8.3 Los fundamentos más consistentes a nuestro entender se encuentran en los considerandos, 10, 11, 12,13, 14 y 15 del fallo. En el considerando 10, sostiene que los derechos sociales “no son meras declaraciones, sino normas jurídicas operativas con vocación de efectividad” y que por lo tanto generan obligaciones directas para los gobiernos, quienes deben satisfacer inexcusablemente sus garantías mínimas, prioritariamente en relación a los grupos más vulnerables de la comunidad. Por lo tanto los gobiernos no tienen libertad ni discreción para postergar o ignorar la satisfacción de éstas garantías básicas de la dignidad humana¹³.

¹³ CONSIDERANDO 10) Que la primera característica de esos derechos y deberes es que no son meras declaraciones, sino normas jurídicas operativas con vocación de efectividad.

Esta Corte en reiteradas oportunidades ha sostenido que la Constitución Nacional en cuanto norma jurídica reconoce derechos humanos para que éstos resulten efectivos y no ilusorios, pues el llamado a reglamentarlos no puede obrar con otra finalidad que no sea la de darles todo el contenido que aquélla les asigne; precisamente por ello, toda norma que debe “garantizar el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos” (Fallos: 327:3677; 332:2043) y “garantizar”, significa “mucho más que abstenerse sencillamente de adoptar medidas que pudieran tener repercusiones negativas”, según indica en su Observación General n° 5 el

Además establece que la mencionada operatividad tiene un carácter derivado en la medida en que se consagran obligaciones de hacer a cargo del Estado. Este grado de operatividad significa que, en principio, su implementación requiere de una ley del Congreso o de una decisión del Poder Ejecutivo que provoque su implementación¹⁴.

Otra consideración que hace la Corte es que los gobiernos tienen autoridad para adoptar decisiones de políticas públicas vinculadas a los derechos, pero sus reglamentaciones deben ser constitucionalmente razonables en relación con los derechos involucrados¹⁵, y que dicha autoridad queda limitada por el imperativo de asegurar las garantías básicas de los derechos.

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que constituye el intérprete autorizado del Pacto homónimo en el plano internacional y cuya interpretación debe ser tenida en cuenta ya que comprende las “condiciones de vigencia” de este instrumento que posee jerarquía constitucional en los términos el art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional (Fallos: 332:709).

¹⁴ CONSIDERANDO 11) Que el segundo aspecto que cabe considerar es que la mencionada operatividad tiene un carácter derivado en la medida en que se consagran obligaciones de hacer a cargo del Estado.

Este grado de operatividad significa que, en principio, su implementación requiere de una ley del Congreso o de una decisión del Poder Ejecutivo que provoque su implementación. Ello es así porque existe la necesidad de valorar de modo general otros derechos, como por ejemplo la salud, las prestaciones jubilatorias, los salarios, y otros, así como los recursos necesarios. En estos supuestos hay una relación compleja entre el titular de la pretensión, el legitimado pasivo directo que es el Estado y el legitimado pasivo indirecto que es el resto de la comunidad que, en definitiva soporta la carga y reclama de otros derechos. Por esta razón, esta Corte no desconoce las facultades que la Constitución le asigna tanto al Poder Ejecutivo como al Poder Legislativo locales, en el ámbito de sus respectivas competencias, para implementar los programas o alternativas destinadas a hacer operativo el derecho a la vivienda y al hábitat adecuado. Es incuestionable que no es función de la jurisdicción determinar qué planes concretos debe desarrollar el gobierno.

Que todo ello significa que las normas mencionadas no consagran una operatividad directa, en el sentido de que, en principio, todos los ciudadanos puedan solicitar la provisión de una vivienda por la vía judicial.

¹⁵ CONSIDERANDO 12) Que la tercera característica de los derechos fundamentales que consagran obligaciones de hacer a cargo del Estado con operatividad derivada, es que están sujetos al control de razonabilidad por parte del Poder Judicial.

Lo razonable en estos casos está relacionado con el principio que “manda desarrollar las libertades y derechos individuales hasta el nivel más alto compatible con su igual distribución entre todos los sujetos que conviven en una sociedad dada, así como introducir de-

Otro punto a tener en cuenta en la interpretación de la Corte es que la Constitución Argentina y las Convenciones de Derechos Humanos que la integran, establecen una obligación general para los gobiernos nacional y locales de priorizar la protección y garantía de los derechos de los grupos más vulnerables. El Estado tiene la responsabilidad constitucional de adoptar medidas positivas para garantizar niveles básicos de dignidad.

Asimismo, otro aspecto a destacar del fallo es que la invocación de escasez o restricciones presupuestarias por parte de los Gobiernos no es una excusa válida para postergar la protección de los derechos fundamentales y así lo sostiene en el considerando 14 cuando invoca una serie de pautas establecidas por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “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 so-

sigualdades excepcionales con la finalidad de maximizar la porción que corresponde al grupo de los menos favorecidos (Rawls, 1971). Estos principios de igualdad democrática y de diferencia con finalidad tuitiva de los sectores excluidos deben ser respetados por quienes deciden políticas públicas.

En el campo de las reglas normativas, ello significa que hay una garantía mínima del derecho fundamental que constituye una frontera a la discrecionalidad de los poderes públicos. Para que ello sea posible, debe acreditarse una afectación de la garantía, es decir, una amenaza grave para la existencia misma de la persona. Estos requisitos se dan en el caso, ya que es difícil imaginar un estado más desesperante: hay un niño discapacitado, con una madre en situación de calle.

La razonabilidad significa entonces que, sin perjuicio de las decisiones políticas discrecionales, los poderes deben atender a las garantías mínimas indispensables para que una persona sea considerada como tal en situaciones de extrema vulnerabilidad.

Esta interpretación permite hacer compatible la división de poderes, la discrecionalidad política del Poder Ejecutivo y del Congreso, con las necesidades mínimas de los sectores más desprotegidos cuando éstos piden el auxilio de los jueces.

ciudad aun en momentos de limitaciones graves de recursos, adoptando programas específicos de un costo relativamente bajo”¹⁶.

En el considerando 15 la Corte reconoce que el derecho a la vivienda, es un derecho fundamental reconocido y operativo, que obliga al Estado a proteger a quienes a pesar de su esfuerzo personal no pueden procurarse condiciones dignas de vivienda y que dicha protección, incluso cuando se trate de políticas de asistencia transitoria y de emergencia, debe ser integral y adecuada a las necesidades familiares.

9. Algunas Conclusiones Finales

En la misma línea que Losada Revol y Dubinsky (2012) entendemos que no debe entenderse que el derecho a una vivienda adecuada obliga a los estados a otorgar hogares a toda la población en forma automática. Los Estados deberán adoptar medidas administrativas, legislativas o judiciales para prevenir la carencia de viviendas, prohibir y evitar los desalojos forzosos, proteger a los grupos vulnerables y garantizar la seguridad de la tenencia. Sin perjuicio de ello, en determinadas situaciones excepcionales, los estados pueden verse obligados a adoptar medidas de carácter positivo que incluyan el otorgamiento de una vivienda adecuada como, por ejemplo, frente a desastres naturales o en relación con los grupos más vulnerables de la sociedad.

En nuestra opinión, el Fallo de la Corte tiene un gran valor porque reconoce la facultad que tiene el poder Judicial de controlar la razonabilidad de las políticas públicas destinadas a garantizar derechos fundamentales. Citando a Rawls, en el considerando 12, toma principios de Justicia y establece que lo razonable en estos casos está relacionado con el principio que “manda a desarrollar las libertades y derechos individuales hasta el nivel más alto compatible con su igual distribución entre todos los sujetos que viven en una sociedad dada, así como introducir desigualdades excepcionales con la finalidad de maximizar la porción que corresponde al grupo de los menos favorecidos”¹⁷.

En éste caso se presenta una situación de extrema vulnerabilidad, pues no estamos solamente frente al reclamo del derecho a la vivienda, consagrado constitucionalmente, sino que además se encuentra agravado porque hay un niño discapacitado, y no atender a la petición implicaría una desatención del deber de protección que existe a estos sectores desaventajados, como son las perso-

¹⁶ Ver considerando 14.

¹⁷ Extraído del considerando 12 del fallo.

nas con discapacidad, los niños en situación de desamparo, los ancianos, las mujeres, las embarazadas, entre otros, ya que por mandato constitucional estos grupos deben ser considerados por la Política legislativa a través de leyes y medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, según lo prescribe el Art 75 Inc. 23 de la CN.

Consiguientemente, establece la Corte en el Considerando 13, “el menú de soluciones brindado por la demandada para dar cumplimiento a la manda contemplada por los Art. 14 bis de la CN y el 31 de la Constitución local aparece como insuficiente para atender la particular situación de la actora” y finaliza el considerando sosteniendo “que resulta evidente que el esfuerzo estatal realizado para garantizar los derechos económicos, sociales y culturales que las normas constitucionales garantizan a la señora S. Y. Q. C y su hijo no es suficiente o adecuado ya que ni siquiera atiende a las necesidades que el grupo demandante requiere...lo cierto es que las alternativas implementadas por la ciudad no dan respuesta adecuada, definitiva y acorde a las extremas circunstancias que debe afrontar la recurrente”.

Cuando la Corte evalúa la falta de suficiencia de los medios empleados por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires para tutelar el derecho en cuestión, está analizando el compromiso asumido constitucionalmente de garantizar por lo menos un “umbral mínimo” de obligaciones, sin el cual el derecho no tendría razón de ser.

Cuando tratamos el punto sobre las políticas públicas y la efectividad de los DESC en general y del derecho humano a una vivienda digna en particular admitimos que el mismo se vinculaba con dos tipos de respuestas y en la segunda dijimos que la efectividad del derecho a la vivienda se podía dar a través de la exigencia coactiva de cumplimiento del derecho mediante mecanismos de división del poder o mediante responsabilización por el incumplimiento de los órganos internacionales. En este último supuesto se inscriben: a) las decisiones judiciales que imponen una política pública de alcance general omitida por la administración pública, y b) las que ordenan el cumplimiento del derecho a favor de una persona o familia determinada, usualmente por la condición de especial vulnerabilidad en que se encuentra. Entendemos que el presente caso se enrola en el supuesto b) es decir en una decisión judicial que ordenó el cumplimiento del derecho en función de la condición de vulnerabilidad a la que estaba expuesta ella y su hijo.

La Corte concluye finalmente, que las Políticas públicas referidas al tema de vivienda implementadas por el gobierno de la Ciudad de Buenos Aires es contraria al estándar de razonabilidad, pero no cuestiona la totalidad de la política.

Referencias bibliográficas

ABRAMOVICH, Víctor, (2004): “Una Aproximación al Enfoque de Derechos en las Estrategias y Políticas de Desarrollo de América Latina”, documento preparado para *Derechos y Desarrollo en América Latina: Una Reunión de Trabajo*, Santiago, Chile: CELS, 39 pàgs.

En:http://www.dhl.hegoa.ehu.es/ficheros/0000/0057/enfoque_de_dchos_en_estrategias_y_politicas_desarrollo_Am_Lat.pdf. Extraído el día 11/8/2015.

ABRAMOVICH, Víctor (2005): “La estructura de los derechos económicos, sociales y culturales y las posibles estrategias de incidencia judicial”, en *Revista Internacional de Derechos Humanos*, nº 2, España: Red Universitaria de Derechos Humanos. En <http://www.surjournal.org/esp/index2.php>. Extraído el día 11/8/2015.

ASOCIACIÓN PARA LOS DERECHOS CIVILES, (ADC) “*La Corte y los derechos*” (2005): Un Informe sobre el contexto y el impacto de sus decisiones durante el período 2003-2004, Capítulo VIII; Derechos Económicos, sociales y Culturales; “*La Corte Suprema en torno a los derechos sociales*” por Asociación por los Derechos Civiles, Editorial Siglo veintiuno Editores, Buenos Aires, Pág. 336-338.

BIDART CAMPOS, G. (2003): *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, Buenos Aires: Editorial Ediar,

EKMEKDJIAN, Miguel Ángel (1994): *Tratado de Derecho Constitucional*, Buenos Aires: Depalma.

GELLI, María Angélica (2001): *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada*, Buenos Aires: La Ley.

GARGARELLA, Roberto - MAURIÑO, Gustavo (2011): “Vivir en la Calle: el derecho a la vivienda en la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, *Lecciones y Ensayos*, nº 89, Facultad de Derecho, UBA, 2011, págs. 329-350.

En http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/pub_lye_numeros_89.php. Extraído el día 12/8/2015.

HARO, Ricardo (2003): “Los tratados internacionales en la Constitución de 1853”, *Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UNC, 2003, 25 págs.

En <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/arttratadosinternacionales>. Extraído el día 12/8/2015.

JOAN PRATS I CATALA (2001): “Gobernabilidad democrática para el desarrollo humano. Marco conceptual y analítico”, *Revista Instituciones y Desarrollo*, N° 10, Institut Internacional de Governabilitat de Catalunya, Barcelona, España, 2011, págs. 103-148

En <http://www.hegoa.ehu.es/dossierra/gobernanza/3-Prats2001.pdf>. Extraído el día 12/8/2015.

LOSADA REVOL, Isaías y DUBINSKY Karina (2012): “El derecho a una vivienda adecuada a la luz del derecho Internacional de los derechos Humanos”, *Infojus, Sistema argentino de Información Jurídica*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, DACF110176.

En http://www.infojus.gob.ar/doctrina/dacf110176-dubinsky_karina_a-derecho_una_vivienda_adecuada.htm?0-2.IBehaviorListener.0-search~panel-form-searcher-text&bsrc=ci. Extraído el día 12/8/2015.

PINTO, Mónica (1997): *Temas de Derechos Humanos*, Buenos Aires: Editorial del Puerto.

MANILI, Pablo, (2003): *El Bloque de Constitucionalidad Federal*, Buenos Aires: La Ley.

MENESES CARBAJAL; Aldo y GARRIDO VERGARA, (2009): Luís “Actores sociales y políticas Publicas: el discurso de la Iglesia Católica chilena frente a las políticas publicas en salud sexual adolescente”. *Revista Enfoques*, Vol. VII, n° 11, Facultad de Ciencias Políticas y Administración Pública, Universidad Central de Chile, 2009.

En <http://www.revistaenfoques.cl/index.php/revista-uno/article/view/172>. Extraído el día 12/8/2015.

MUÑOZ, Ricardo Alberto, (2003): “El Poder Constituyente y los Tratados Internacionales jerarquizados constitucionalmente, *Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UNC, 2003, 16 págs.

En <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/arttratadosinternacionales>. Extraído el día 12/8/2015.

O’DONNELL, Guillermo (1997): *Contrapuntos. Ensayos escogidos sobre autoritarismo y democratización*, Argentina: Paidós.

PIZZOLO, CALOGERO, (2006): “La validez jurídica en el ordenamiento argentino. El Bloque de Constitucionalidad Federal”, *La Ley*, 2006-D, 1023, 16 págs.

Rey, Sebastián Alejandro, (2013): “¿Existe un derecho a la vivienda adecuada en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”, *Revista de Derechos Humanos*, N° 2, Año 1, Infojus, Sistema Argentino de Información Jurídica, pág. 3-39.

En <http://www.infojus.gob.ar/derechos-humanos-nro-2-ministerio-justicia-derechos-humanos-nacion-rvdhu002-2013-03/123456789-0abc-defg200u-hdvsatsiver>. Extraído el día 12/8/2015.

RAWL, John (1971): *A Theory of Justice*, Harvard College).

RODRÍGUEZ, Matilde (2011): “Relación del derecho y la política. Un análisis del carácter político del ejercicio de la justicia en argentina”, *Revista Cartapacio de Derecho*, vol. 21, Facultad de Derecho, UNICEN, 2011, 16 págs. En <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/ctp/article/view/1377/1606> . Extraído el día 11/8/2015.

TEDESCHI, Sebastián (2007): “El derecho a la vivienda a más de diez años de la reforma de la Constitución”, en Abramovich, Víctor – Bovino, Alberto – Courtis, Christian (comp.), *La aplicación de los Tratados sobre Derechos Humanos en el ámbito local*, Buenos Aires: Ed. Del Puerto.

TRAVIESO, Juan Antonio (1996): “*Los Derechos Humanos en la Constitución de la República Argentina*”, Buenos Aires: Eudeba.

Legislación.

Argentina, “Constitución de la Nación Argentina”, Editorial Zavalia, 2004.

Convención Internacional Sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial. Art. 5 Inc. e). Punto iii. En Cayuso Susana, “*Constitución de la Nación Argentina*” *Clave para el estudio inicial de la Norma Fundamental*. Pág. 510. Editorial La Ley, 1º Edición, 1reimpresión. Buenos Aires, 2007.

Convención Sobre La Eliminación de Todas Formas de Discriminación contra la Mujer. Art. 14 Inc. h. En Cayuso Susana, “*Constitución de la Nación Argentina*” *Clave para el estudio inicial de la Norma Fundamental*. Pág. 528. Editorial La Ley, 1º Edición, 1reimpresión. Buenos Aires, 2007.

Convención Sobre Derechos Del Niño. Art. 27 Inc. 3. En Cayuso Susana, “*Constitución de la Nación Argentina*” *Clave para el estudio inicial de la Norma Fundamental*. Pág. 561. Editorial La Ley, 1º Edición, 1reimpresión. Buenos Aires, 2007.

Convención Americana de Derechos Humanos. Art. 26. En Cayuso Susana, “*Constitución de la Nación Argentina*” *Clave para el estudio inicial de la Norma Fundamental*. Pág. 444. Editorial La Ley, 1º Edición, 1reimpresión. Buenos Aires, 2007.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Art. 11. En Cayuso Susana, “*Constitución de la Nación Argentina*” *Clave para el estudio inicial de la Norma Fundamental*. Pág. 467. Editorial La Ley, 1º Edición, 1reimpresión. Buenos Aires, 2007.

Declaración Universal de Derechos Humanos. Art. 25 Inc. 1. En Cayuso Susana, “*Constitución de la Nación Argentina*” *Clave para el estudio inicial de la Norma Fundamental*. Pág. 430. Editorial La Ley, 1º Edición, 1reimpresión. Buenos Aires, 2007.

Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre. Art. 11. En Cayuso Susana, “*Constitución de la Nación Argentina*” *Clave para el estudio inicial de la Norma Fundamental*. Pág. 421. Editorial La Ley, 1º Edición, 1reimpresión. Buenos Aires, 2007.

Observación N° 3 del Comité de DESC. Disponible en

<http://www2.fices.unsl.edu.ar/~prosoc/material/14bOG3.pdf> Consultado mayo de 2015.

Observación N° 4 del Comité de DESC. Disponible

<http://www1.umn.edu/humanrts/gencomm/epcomm4s.htm> Consultado mayo de 2013.

Observación N° 9 del Comité de DESC: Disponible
[http://www.derechos.org/nizkor/ley/doc/obgen1.html#La aplicación](http://www.derechos.org/nizkor/ley/doc/obgen1.html#La_aplicación) Consultado mayo de 2013.

Jurisprudencia.

Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo. Disponible en <http://www.cels.org.ar/common/documentos/FalloVivienda2012QuisberthCastro.pdf>
Consultado mayo de 2013.